

Señor Doctor

Hernán Salgado Pesantez

Presidente de la Corte Constitucional del Ecuador

En su despacho

Nosotros, **María Cecilia Olivet**, Magister en Relaciones Internacionales, Politóloga, investigadora del Transnational Institute (TNI) con sede en Ámsterdam, (Países Bajos) y ex Presidenta de la Comisión de Auditoría Integral sobre los Tratados de Inversión y el Sistema de Arbitraje (CAITISA) de la República de Ecuador, con nacionalidad uruguaya y con pasaporte uruguayo Nro. YA4850877; **Javier I. Echaide**, Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (Argentina), Abogado, profesor e investigador de la Universidad de Buenos Aires, Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) de Argentina y ex Vicepresidente de la Comisión de Auditoría Integral sobre los Tratados de Inversión y el Sistema de Arbitraje (CAITISA) de la República de Ecuador, con nacionalidad argentina, documento de identidad Nro. 23.877.191 y con pasaporte argentino Nro. AAB377868; **Alberto Arroyo Picard**, Licenciado en Filosofía, Master en Sociología, estudios de Doctorado en Ciencias Sociales, investigador titular C de la Universidad Autónoma Metropolitana de México y ex Comisionado de la Comisión de Auditoría Integral sobre los Tratados de Inversión y el Sistema de Arbitraje (CAITISA) de la República de Ecuador, con nacionalidad mexicana y con pasaporte mexicano Nro. G37222642; **Luciana M. Ghiotto**, Doctora en Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires (Argentina), Politóloga, profesora e investigadora de la Universidad Nacional de San Martín (UNSAM) en Argentina, Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) de Argentina y ex integrante del equipo asesor de la Comisión de Auditoría Integral sobre los Tratados de Inversión y el Sistema de Arbitraje (CAITISA) de la República de Ecuador, con nacionalidad argentina, documento de identidad Nro. 27.085.637 y con pasaporte argentino Nro. AAA374510; **Federico Suárez Ricaurte**, Magíster en Derecho Internacional Comercial con Derecho Internacional en la

Universidad de Kent (Inglaterra) y Magister en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia en convenio con la Universidad Carlos III de Madrid (España), Abogado de la Universidad Externado de Colombia, profesor e investigador visitante en el Instituto de Derecho Transnacional del King's College de Londres y ex integrante del equipo asesor de la Comisión de Auditoría Integral sobre los Tratados de Inversión y el Sistema de Arbitraje (CAITISA) de la República de Ecuador, con nacionalidad colombiana, y con pasaporte colombiano Nro. 232084; todos en calidad de académicos expertos en materia de arbitraje internacional sobre inversiones, constituyendo domicilio legal en **calle El Día N37-48 y El Comercio, Edif. Ateneo, Oficina 101, Quito (Ecuador)**, correo electrónico jechaide@hotmail.com y luciana.ghiotto@gmail.com; en la **Causa 5-21-TI** ante esa Corte Constitucional, nos presentamos ante usted respetuosamente y decimos que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 88 de la Constitución de la República en concordancia de lo determinado en los artículos 12, 39, 40 y 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, presentamos ante su autoridad el presente *Amicus Curiae*:

I. ANTECEDENTES DE LA CAITISA

Los firmantes participamos de la Comisión de Auditoría Integral sobre los Tratados de Inversión y el Sistema de Arbitraje (CAITISA), la cual fue una comisión independiente de expertos internacionales y nacionales del Ecuador en materia de tratados de inversión y del sistema de arbitraje de inversiones. La CAITISA fue constituida por Decreto Nro. 1506 del 6 de mayo de 2013 y publicado en el Registro Oficial 958 del 21 de mayo de 2013, y llamada por iniciativa del Estado ecuatoriano para la realización de una auditoría jurídico-económica para elaborar un informe exhaustivo, independiente y no vinculante para el Poder Ejecutivo ecuatoriano a fin de determinar los efectos de los tratados bilaterales de inversión (TBI) y del sistema de arbitraje en materia de inversión para el Ecuador. En dicho marco fuimos convocados como miembros comisionados de la CAITISA y como integrantes de su equipo asesor, trabajando durante dos años con absoluta independencia y autonomía del gobierno ecuatoriano en la investigación y auditoría encomendada a la luz del marco institucional ecuatoriano, manteniendo nuestra excelencia académica y rigor técnico, y en apoyo a las instituciones ecuatorianas para el desarrollo de marcos normativos respetuosos con los derechos humanos, proporcionando

asimismo una orientación jurídico-técnica sobre cuestiones como la que fundamenta esta causa.

En este sentido, y como parte de este objetivo, es que presentamos esta solicitud de *Amicus Curiae* en nuestra calidad de expertos en la materia.

II. OBJETO

El 21 de junio de 2021, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), organismo perteneciente al Grupo del Banco Mundial, publicó en su portal web oficial un comunicado donde anunció que La embajadora de la República del Ecuador en Estados Unidos, S.E. Ivonne Juez Abuchacra de Baki, firmó el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1965, también conocido como “Convenio del CIADI”.¹ El mismo portal indica asimismo que: *“Tras la firma del Convenio del CIADI, este ahora debe ser ratificado por el país para que entre en vigor para el Ecuador.”*

A partir de este acto administrativo por parte del Poder Ejecutivo ecuatoriano, se abrió el **Caso 5-21-TI**² promovido por el Sr. Fabián Teodoro Pozo Neira como Secretario General Jurídico de la Presidencia de Ecuador, presentado en fecha 22 de junio de 2021 ante la Corte Constitucional del Ecuador, y a fin de que la Corte pudiera pronunciarse sobre la constitucionalidad o no respecto de la firma del Convenio del CIADI por parte de las autoridades de la República.

Tras esta admisión a trámite, y por medio del presente escrito, en nuestra calidad de académicos, expertos en materia comercial, sobre el régimen internacional de protección de inversiones y sobre el sistema de arbitraje internacional en la materia, solicitamos a su autoridad se sirva tenernos por constituidos en carácter de Amigos de la Corte (*Amicus Curiae*), con el objeto de poner en su consideración fundamentos de hecho

¹ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados celebrado en Washington en 1965, también conocido como “Convenio del CIADI”. Ver: <https://icsid.worldbank.org/es/noticias-y-eventos/comunicados/ecuador-firma-el-convenio-del-ciadi> (consultado el 24 de junio de 2021).

² Verificable según el portal web de la Corte constitucional del Ecuador en el enlace: <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaCausa.aspx?numcausa=5-21-TI> (consultado el 24 de junio de 2021).

y de derecho, los mismos que son relevantes a fin de resolver adecuadamente la acción de interpretación antedicha.

III. ADMISIBILIDAD DEL AMICUS CURIAE

Si bien la presente interposición de *Amicus Curiae* no nos convierte en parte procesal, esta permite nuestro pronunciamiento fundamentado sobre un problema jurídico de interés nacional. En este sentido, la admisibilidad del presente *Amicus Curiae* tiene como sustento jurídico lo determinado en el Art. 12, inciso primero de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que determina:

“Cualquier persona o grupo de personas que tenga interés en la causa podrá presentar un escrito de amicus curiae que será admitido al expediente para mejor resolver hasta antes de la sentencia. De creerlo necesario, la jueza o juez podrá escuchar en audiencia pública a la persona o grupo interesado”.

Por último, resulta pertinente destacar que la actuación de los Amigos del Tribunal encuentra sustento en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pues ha sido objeto de regulación en el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 62.3) y ha sido expresamente autorizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sustento en los arts. 44 y 48 de la Convención Americana”, todos instrumentos jurídicos del cual Ecuador forma parte.

IV. FUNDAMENTOS DEL AMICUS CURIAE: LÍMITES JURÍDICOS AL REINGRESO AL CIADI

La política de comercio e inversión de Ecuador viene enmarcada por un amplio conjunto de disposiciones de la Constitución de la República de 2008, como el artículo 422 y no sólo el artículo 218 sobre el consulta a esta Corte el Presidente de la República, que son fruto de la clara voluntad del Poder Constituyente de garantizar la soberanía jurídica de su política comercial y de inversión extranjera.

El oficio No. T.79-sgj-21-0044, del Secretario Jurídico, en representación del Presidente de la República, pretende llevar a la Corte Constitucional para avalar un acto

del Presidente consultado sólo de forma aislada sobre un artículo constitucional y no sobre la constitucionalidad de firmar la adhesión a un convenio como el CIADI.

El art. 218 de la Constitución de la República Ecuatoriana, sobre el que se hace la consulta, se refiere a una potestad del Presidente de la República en materia comercial, pero la acción de suscribir el Convenio CIADI, no sólo tiene que ver con cuestiones comerciales sin también contractuales (toda inversión implica un contrato) y por ello la Corte debe revisar el asunto viendo integralmente la Constitución y por lo que debe considerar, entre otros, también el artículo 422.

Consultar a esta Corte sólo sobre el art. 218 busca arrastrar a la Corte Constitucional a avalar lo que a nuestro entender es una inconstitucionalidad, permitiendo así al Presidente además actuar sólo informado a la Asamblea evadiendo la facultad constitucional de la Asamblea Nacional e aprobar o no este tratado internacional.

La CAITISA concluyó que el CIADI, los Tratados Bilaterales de Inversión y sus mecanismos de solución de disputas inversionistas-Estado no sólo causaron grandes perjuicios al pueblo ecuatoriano, sino que no se apegan al marco constitucional como fundamentaremos enseguida.

1. Funcionamiento del sistema de arbitraje en materia de inversiones

El CIADI fue instituido en 1966 dentro del Grupo del Banco Mundial y a raíz de la entrada en vigor del Convenio de Washington de 1965 (o Convenio del CIADI) que es el que precisamente es objeto de esta presentación. Durante los últimos cincuenta años el CIADI ha sido el centro de arbitraje más utilizado por parte de las empresas multinacionales a nivel mundial para dirimir sus controversias contra los Estados en lo que se conoce como el “sistema de disputas inversor-Estado” (o ISDS, por sus siglas en inglés) ofreciendo un marco para lo que se conoce como un “arbitraje institucionalizado”, es decir con un conjunto de reglas procedimentales que ofician de guía para los tribunales de arbitraje que se conforman dentro de su órbita. Las reglas del CIADI establecidas en el Convenio de Washington de 1965, una vez ratificado este, ofrece **una serie de procedimientos que no pueden ser interpelados por los tribunales nacionales** de los Estados en virtud del principio internacional del *pacta sunt servanda*.

El sistema de arbitraje en materia de inversiones es un rompecabezas conformado por distintas piezas que se relacionan entre sí de manera indisoluble ya que, de constituirse cada pieza por separado, carece de sentido y resulta imposible su funcionamiento eficaz. Para exponerlo de forma transparente: una primera pieza de este armado es el Convenio del CIADI, otra son los TBI y los TLC, y una tercera pieza son los tribunales arbitrales. Cada pieza permite que la otra resulte funcional al sistema de arbitraje. Todo este rompecabezas constituye una cesión de jurisdicción en tanto permite que se actúen reglas de procedimiento, se conformen tribunales de arbitraje y se apliquen cláusulas de protección a las inversiones extranjeras. Por este motivo fue que la CAITISA recomendó al Poder Ejecutivo ecuatoriano que la denuncia del Convenio del CIADI de 1965 **resultaba una medida acertada pero incompleta** para preservar la soberanía del Ecuador. De la misma manera que hubiese resultado acertado pero incompleto fortalecer las estrategias de defensa jurídica dentro de los arbitrajes presentes y futuros si es que la República de Ecuador continuaba obligada a aquellas cláusulas de fondo que constituían **un entramado de protección de privilegio** de las inversiones extranjeras frente al resto de la ciudadanía. O de igual forma hubiese sido incompleta la decisión de denunciar los TBI sin tomar medida alguna respecto del **Convenio del CIADI que brinda toda la legislación de procedimiento para el arbitraje internacional en materia de inversión**. Los TBI y los capítulos de inversiones de los TLC ofrecen las cláusulas de fondo de la protección del capital extranjero; el Convenio del CIADI ofrece todas las cláusulas procesales para la actuación del arbitraje internacional sobre inversiones; y los tribunales de arbitraje deciden sobre las situaciones concretas que se les presenten en base a los hechos alegados y a la normativa internacional vigente, esto es: los TBI, los capítulos de inversiones de los TLC y el Convenio del CIADI.

En nuestro Informe Final, la CAITISA concluyó que:

“Un hito clave en la consolidación del sistema de solución de controversias en materia de inversiones fue la celebración del Convenio de Washington, firmado en 1966, por medio del cual se creó el Centro sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). **Este Centro es una institución supranacional, dependiente del Banco Mundial, instituido con el objetivo de conocer y solucionar las disputas que pueden surgir entre un inversionista y el Estado receptor de la inversión.**

Con el transcurso del tiempo se constituyó en uno de los principales centros de solución de controversias en materia de inversiones externas y en el principal tribunal donde ha sido demandado el Estado ecuatoriano.

Vale la pena rescatar, como hito histórico, el hecho de que en 1964, durante una reunión anual del Banco Mundial en Tokio, el gobierno de Ecuador, junto a otros 20 países en desarrollo, votaron en contra del establecimiento de un centro de solución de disputas entre inversores y Estados, lo que hoy sería el CIADI.” (pág. 29 del Informe. El destacado en nuevo).

Tomar al Convenio del CIADI como una pieza aislada es un sinsentido que pretende apelar al desconocimiento técnico del sistema arbitral de inversiones a fin de desdecir las políticas encaradas oportunamente y que resultaron de la conclusión empírica en cuanto a los efectos perniciosos que este sistema provocó sobre la economía y los derechos de la ciudadanía ecuatoriana. No ver esto es no observar la realidad que sí ven los inversores a nivel internacional, y ello implica –aunque fuese de forma involuntaria- **colocar al Ecuador en una posición de indefensión de sus derechos soberanos**. Entender que la firma del Convenio del CIADI “no compromete en nada” al Ecuador es negar –o cuanto menos desconocer- el funcionamiento del arbitraje internacional en materia de inversiones.

Es por ello que, a fin de evitar interpretaciones simplistas que lleven a la República de Ecuador a decisiones basadas en interpretaciones erróneas o desconocimientos técnicos, y en nuestra calidad de expertos en el tema, nos acercamos a V.E. para que se tenga en consideración estos argumentos y, en consecuencia, poder tomar una decisión a conciencia y a sabiendas de lo que implica la (re)incorporación al CIADI mediante la firma del Convenio de Washington de 1965.

2. Naturaleza jurídica del Convenio del CIADI en cuanto a la cesión de jurisdicción

La naturaleza jurídica del Convenio del CIADI no ha cambiado. Tampoco ha cambiado la institucionalidad del Ecuador, por lo que los actos propios realizados con anterioridad trazan una línea de conducta en cuanto a los valores interpretativos y la razonabilidad de los actos del Estado. Y esto involucra a todos los poderes públicos, incluyendo el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial. Por este motivo, todo cambio debe ser debidamente motivado en razonamientos tanto lógicos como empíricos que brinden los motivos suficientes como para justificar tales transformaciones. Precisamente por ello fue que en 2013 la CAITISA fue convocada: para realizar una tarea de auditoría e

investigación independiente que realizara un balance acerca de los efectos del sistema de arbitraje en el caso ecuatoriano y, aportado esos datos, que el Poder Ejecutivo tomara las decisiones que estimase convenientes y así lo consideraba necesario.

Dentro de las investigaciones realizadas por la CAITISA encontramos que el ingreso original de Ecuador al CIADI gozó de flagrantes irregularidades en cuanto a su procedimiento y que fueron identificadas y debidamente informadas por la CAITISA:

“Los documentos que instrumentan la adhesión del Ecuador al CIADI presentan una serie de irregularidades que hay que tener en cuenta, para constatar la vigencia efectiva del sometimiento a ese tribunal arbitral. El Convenio de Adhesión al CIADI, fue suscrito en la ciudad de Washington el 15 de enero de 1986, por el entonces Canciller Édgar Terán Terán, durante una visita del ex Presidente León Febres Cordero a esa ciudad. El mismo día, el Canciller Terán dirigió una comunicación al Banco Mundial, afirmando que dicho Convenio “se encuentra en plena vigencia de acuerdo con las normas legales del país”.

La afirmación del Canciller Terán, contenida en el documento citado, era claramente inexacta ya que **para la vigencia efectiva del Convenio, era necesaria la aprobación del Congreso Nacional y la ratificación del Presidente de la República**, tal como lo disponía la Constitución de 1979, codificada en 1984.

Las organismos competentes del Banco Mundial anunciaron que Ecuador había depositado el instrumento de aceptación del Convenio y comunicaron su vigencia desde el 14 de febrero de 1986 (30 días después del depósito), lo cual fue comunicado a los Estados miembros del Convenio de Washington.

(...)

La irregularidad de la vigencia del Convenio, por no cumplimiento de disposiciones constitucionales, fue observada por la Procuraduría General del Estado (PGE) mediante un primer oficio dirigido al Ministro de Relaciones Exteriores, con fecha 19 de febrero de 1987; un segundo oficio, con similar contenido, fue dirigido por la misma entidad al Ministro de Energía y Minas, el 19 de septiembre de 1994.

Desde entonces, **se desplegaron gestiones ante el Congreso Nacional** para la aprobación del Convenio de Adhesión al CIADI, mediante pedidos cursados desde el Ejecutivo. Así, se encuentran comunicaciones en tal sentido en junio de 1995, en enero de 1996, en junio y julio de 1997 y en el año 2000; a su vez, el Congreso pidió documentos complementarios para someter a aprobación del Pleno.

(...)

Finalmente, el Convenio de Adhesión al CIADI fue aprobado por el Congreso Nacional el 7 de febrero de 2001, previo informe favorable del Tribunal Constitucional, en tanto **el Convenio**

'atribuye a un organismo supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley'. El criterio del Tribunal fue que 'guarda conformidad con el texto constitucional en cuanto condiciona el sometimiento a la jurisdicción del Centro a la existencia de un consentimiento escrito de las partes'." (págs. 29-30 del Informe. Los resaltados son nuevos).

Resulta evidente para cualquier análisis que el Estado ecuatoriano continúa con su personería jurídica, es decir que mantiene una continuidad institucional en cuanto sus consideraciones sobre la naturaleza jurídica de instrumentos internacionales como el Convenio del CIADI que, a pesar del paso del tiempo, no han cambiado.

Es necesario remarcar esta situación ya que la institucionalidad ecuatoriana no ha variado y el Convenio del CIADI tampoco. En consecuencia, **sería realmente necesario justificar de manera razonada por qué si en febrero de 2001 el Convenio del CIADI fue aprobado por la Asamblea Nacional en tanto dicho instrumento "atribuye a un organismo supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley" (sic), y por qué en cambio esta aprobación legislativa parecería hoy no ser necesaria** debido a que, según argumentos que apoyan dicha tesis, el Convenio no reviste cesiones de jurisdicción alguna. Si el Estado ecuatoriano entendió en 2001 que el Convenio del CIADI cedía soberanía y hoy, en 2021, entiende que el mismo instrumento jurídico sin modificación alguna no lo hace, es una conclusión que debería tener que ser demostrada en forma lógica para evitar caer en una flagrante contradicción institucional que pudiera reiterar actos administrativos marcados por irregularidades o, caso contrario, si la decisión de reincorporarse al CIADI obedece más por motivos ideológicos o caprichos políticos del momento.

3. Incompatibilidad de la firma del Convenio del CIADI con el articulado armónico de la Constitución Política del Ecuador

El art. 427 de la Constitución puntualiza que: "*Las normas constitucionales se interpretaran por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integridad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente*", y ese espíritu está muy claramente expresado en otras normas de la Carta Magna. En efecto, en el art. 3 numeral 2 se establece la decisión de "garantizar la soberanía nacional". En el capítulo 4 se habla

de la “soberanía económica” y en el art. 339 se establece que “*El Estado promoverá las inversiones nacionales y extranjeras, y establecerá regulaciones específicas de acuerdo a sus tipos. La inversión extranjera directa... estará sujeta a un estricto cumplimiento del marco jurídico y las regulaciones nacionales*”. Es decir, que a la fundamental concepción de la soberanía, se une la decisión de que la inversión extranjera esté sometida al marco jurídico nacional y a las regulaciones nacionales, y no a un convenio internacional que establece la posibilidad de una cesión de la potestad jurisdiccional a favor de árbitros externos. El Convenio del CIADI es lo que permite precisamente la conformación de tribunales de arbitraje que funcionen con las reglas que el propio Convenio establece. Así pues, **la concepción del constituyente ha sido clara y contundente en contra de concederle a centros de arbitraje –como lo es el CIADI- la posibilidad de regir las reglas procesales para la solución de controversias entre los inversores extranjeros y el Estado ecuatoriano. Esto ha sido reservado a la propia soberanía del Ecuador y a los tribunales naturales nacionales previamente establecidos**, algo que además guarda relación armónica con otras normas vigentes, incluyendo los artículos 422 y 419 de la Constitución de Montecristi.

4. El bloque de constitucionalidad de la política de comercio e inversión como marco sistémico indivisible

El art. 416 de la Constitución de la República establece que las relaciones de Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores. En cuanto a los tratados e instrumentos internacionales, el art. 417 determina que se aplicarán los principios pro ser humano. En este marco, deben leerse tanto el art. 421 como el 422 de la Constitución:

“Art. 421.- La aplicación de los instrumentos comerciales internacionales no menoscabará, directa o indirectamente, el derecho a la salud, el acceso a medicamentos, insumos, servicios, ni los avances científicos y tecnológicos.

Art. 422.- No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales

regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia. En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.” (Subrayado fuera del texto original).

De esta manera, la Constitución de Montecristi pone las bases para el desarrollo de una serie de políticas que responden a la clara voluntad del constituyente de mantener la soberanía y primar la satisfacción de las mayorías sociales y la consecución de la realización de los derechos plasmados a lo largo del articulado constitucional frente a cualquier otro objetivo de índole comercial y/o de inversión.³

Estas disposiciones se enmarcan en uno de los pilares de la construcción nuevo constitucionalismo latinoamericano: la limitación del alcance del mercado a través de una intervención democrática de la economía.⁴ Así, los artículos señalados deben entenderse en un marco más amplio, el de la sumisión de la economía a la realización del “Buen Vivir” que la Constitución ecuatoriana elabora en dos títulos fundamentales, bajo la rúbrica de “régimen de desarrollo” y de “régimen del buen vivir”. En el texto, el sistema económico se describe como “social y solidario”, buscando una “relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza” e integrado por “*formas de organización económica pública, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine*” (art. 283).

El marco constitucional reaccionaba así, en su conjunto y de manera sistémica, frente a una realidad marcada por los conflictos de inversiones con empresas transnacionales, que habían demandado en numerosas ocasiones al Estado ecuatoriano a través de la utilización de los mecanismos previstos en los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por Ecuador. Al tiempo, se plasmaba la voluntad de establecer otro tipo de políticas en materia comercial y de atracción de la inversión extranjera, tanto en

³ Deben subrayarse las similitudes con el art. 151 de la Constitución de Venezuela y el art. 366 de la Constitución de Bolivia.

⁴ En este sentido se remite a los estudios de Viciano Pastor, R., Martínez Dalmau, R., “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”. En *El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Corte Constitucional de Ecuador. Quito. 2010; Viciano Pastor, R., Martínez Dalmau, R., “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal”. En *Revista general de derecho público comparado*. Núm. 9, 2011.

el plano internacional como nacional, que respetaran tanto la soberanía del pueblo ecuatoriano como los derechos humanos y de la naturaleza.

5. Falta de racionalidad de la nueva firma del Convenio del CIADI

La incorporación de temas relativos al arbitraje internacional tampoco resulta conveniente y actualmente existen datos empíricos que avalan que los motivos que intentan justificar el reingreso de Ecuador al CIADI son infundados. Actualmente, y tras 25 años de experiencia en el sistema de inversiones, hay prueba suficiente y relevante como para poder establecer que no hay racionalidad en la decisión que se desea tomar entendiendo que *“El convenio fomenta la atracción de inversionistas responsables que se comprometan a contribuir al desarrollo del país”*, según los dichos del Sr. Presidente de Ecuador.⁵

En el Informe Final elaborado por Comisión⁶ se demostró con nitidez que, perteneciendo al CIADI y manteniendo casi una treintena de TBI durante más de veinticinco años, Ecuador recibió solamente el 0,79% de la Inversión Extranjera Directa (IED) que llegó a América Latina y el Caribe. Ello mientras Ecuador era parte del CIADI y mientras mantenía una serie de treinta (30) TBI celebrados con otros países. También se informó que el principal flujo de inversión extranjera directa (IED) había provenido de Brasil, México y Panamá, países con los que Ecuador no mantenía ningún TBI. Es más, el caso de Brasil también resulta importante destacar que no es un país miembro del CIADI. No obstante estos datos empíricos, durante el período 2006-2015 se registraron el 71% de las demandas al Estado ecuatoriano.

Asimismo, la necesidad de cambios en materia de inserción comercial y económica por parte de Ecuador tuvo una justificación claramente material. Entre 1968 y 2002 el Ecuador suscribió un total de 27 tratados bilaterales de inversión, de un total de

⁵ Declaraciones extraídas de: Reuters, “Ecuador apunta a regresar al tribunal arbitral del Banco Mundial para atraer inversión”. Ver: <https://www.reuters.com/article/economia-ecuador-ciadi-idESKCN2DX2ES> (consultado el 24 de junio de 2021).

⁶ Informe Final publicado por la Comisión de Auditoría Integral sobre los Tratados de Inversión y el Sistema de Arbitraje (CAITISA) en el enlace: <https://drive.google.com/file/d/14m0VnGIHNzuNVRVJRiOFDXqh9agGMC4x/view> (consultado el 24 de junio de 2021).

30 negociados⁷. La gran mayoría de los mismos, 16, se negociaron bajo el gobierno de Sixto Durán Ballén (1992-1996). Este conjunto de tratados ha recibido una fuerte crítica, tanto por los defectos y vicios jurídicos asociados a su gestación como, y fundamentalmente, por las consecuencias que generó en términos de demandas de empresas transnacionales contra el Estado ecuatoriano. En este sentido, se incluyen no sólo los TBI celebrados sino también el ingreso al CIADI a través de la firma y ratificación de su convenio constitutivo: el Convenio de Washington de 1965.

Dentro del Informe de la CAITISA⁸, analizamos el impacto de estos tratados sobre las arcas del Estado Ecuatoriano y se señalamos oportunamente que:

“el Estado Ecuatoriano ha sido demandado por un total de USD 21.223’947.079, en términos de compensación, por la supuesta violación de los TBI (...) Hasta el momento, ha pagado USD \$1.342’115.969 en función de laudos negativos o por acuerdo de partes (a las empresas IBM, Oxy I, Duke Energy, Noble Energy & Machala, Oxy y Chevrón), descontando el pago ordenado a favor del Estado en el caso Ulysseas. Por laudos también condenatorios, pero que se encuentran bajo pedido de anulación por parte del Estado ecuatoriano, se ha determinado el pago de USD \$377’415.988 (casos Brulington, Murphy III y Cooper Mesa)”.

⁷ Suiza (1969), Uruguay (1985), Egipto (1992), Estados Unidos, Chile y Venezuela (1993); Paraguay, Argentina, China, Gran Bretaña, El Salvador y Francia (1994); Bolivia (1995); Panamá, Alemania, Rumania, Rusia, Canadá y España (1996); Cuba (1997), República Dominicana (1998), Países Bajos y Perú (1999), Nicaragua y Honduras (2002); Suecia, Italia, Finlandia y Costa Rica (2001); Guatemala (2002). Cabe recordar que tres de los acuerdos no entraron en vigor: Panamá, Costa Rica y Rusia. De los restantes, el acuerdo con Egipto, se extinguió el 19 de abril de 1995 por la no renovación de las partes.

⁸ Con el propósito de realizar una auditoría integral con acompañamiento ciudadano de los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones (TBI) y del Sistema de Arbitraje Internacional, que examine su legitimidad, legalidad e impacto de aplicación, Ecuador conformó en el año 2013 la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA). La CAITISA estuvo conformada por expertos en materia de Inversiones y Derecho Internacional que representan a la Sociedad Civil, y por el Secretario Nacional de Planificación y Desarrollo; La Secretaria Nacional de Gestión de la Política; El Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República; y, el Ministro de Relaciones Exteriores, como representantes del Estado ecuatoriano. La CAITISA fue creada mediante Decreto Ejecutivo N°1506 el 6 de mayo de 2013, el precedente utilizado fue la experiencia de la auditoría integral del crédito público realizada entre 2007 y 2008. Sus miembros analizaron el proceso de negociación de los TBI y otros acuerdos de inversión suscritos por el país, así como, la validez y pertinencia de laudos, procedimientos, actuaciones y decisiones emitidos por los órganos y jurisdicciones que son parte del sistema de arbitraje internacional en materia de inversiones, todo en el marco del derecho nacional e internacional. El informe final fue entregado el día 8 de mayo de 2017 y puede encontrarse en <http://www.caitisa.org/index.php/home/enlaces-de-interes>.

El informe CAITISA fue entregado al Presidente de la República, Rafael Correa, y hecho público el 11 de mayo de 2017⁹ aun cuando su elaboración finalizó en el año 2015.

En el Informe de la CAITISA se reflejó que el monto total de demandas de inversores contra el Estado fue de \$ 21.200 millones de dólares, de los que ya se habían pagado \$ 1.498 millones de dólares; de los cuales \$ 1.342 millones habían sido para indemnizar a las empresas Oxy, Chevron, Duke Energy, y Noble Energy; mientras que \$ 156 millones de dólares fueron a bufetes de árbitros y abogados. En su momento la presidenta de la Comisión Sra. Cecilia Olivet destacó que \$ 1.498 millones equivalen al 31% del presupuesto de educación, 62% de salud o la vivienda para 239.000 familias ecuatorianas. Al momento en que el Informe fue publicado por las autoridades ecuatorianas, quedaban pendientes demandas por \$ 13.410 millones que representan el 52% del Presupuesto General del Estado para el año 2017.

Con todo ello se concluyó que **ni la pertenencia al Convenio del CIADI ni la vigencia de tratados bilaterales de protección de inversiones fueron determinantes para captar la inversión extranjera.**

6. La doctrina de la Corte Constitucional respecto de la constitucionalidad de los convenios para la protección y promoción de inversiones

El 3 de mayo de 2017, la Asamblea Nacional ecuatoriana aprobó la denuncia de 12 Tratados de Protección y Promoción de la inversión, una denuncia que ya contaba con un pronunciamiento favorable de la Corte Constitucional. Cumplidos estos dos requisitos, el 16 de mayo de 2017, el Presidente de la República, mediante sendos Decretos

⁹ En la entrega del informe, la presidenta de la Comisión, Cecilia Olivet, señaló que *“La comisión concluyó que estos tratados no han traído inversión. El sector que presenta mayor cantidad de demandas es la explotación petrolera; se ha hecho un análisis de los casos y los inversores han salido favorecidos en un 67%”. Además, Olivet indicó que “mientras las promesas de inversiones y desarrollo no se materializaron, los costos han sido extraordinarios” (...)* *“El total de las demandas de inversores contra el Estado ha sido de 21.200 MMUSD, de los que ya se han desembolsado como pago 1.498 MMUSD que representa el 31% del presupuesto de educación, 62% de salud y vivienda para 239.000 familias. Además, 1.342 MMUSD se destinaron para el pago a Oxy, Chevron, Duke Energy, Noble Energy; y otros 156 MMUSD a árbitros y bufetes de abogados”.*

Ejecutivos, procedió a denunciar y declarar terminados 16 acuerdos, ordenando la comunicación a las contrapartes.¹⁰

Se culminaba así una línea de trabajo que comenzó en el año 2008 con el inicio por el ejecutivo del trámite de denuncia de 9 tratados bilaterales de inversión (con República Dominicana, El Salvador, Cuba, Nicaragua, Guatemala, Honduras, Uruguay, Paraguay y Rumania)¹¹. Este primer proceso de “desenganche” de la arquitectura de la protección de la inversión extranjera comenzó bajo el marco de la Constitución de 1998, la cual exigía únicamente la decisión del ejecutivo para completar el proceso de denuncia.

Posteriormente, amparado en la Constitución de Montecristi, **en el año 2009 el Ecuador denunció el Convenio del CIADI.**¹² En el año 2010, el ejecutivo comenzó el proceso de denuncia de los acuerdos de inversión con Finlandia, Alemania, Gran Bretaña, Francia, Suecia, Países Bajos, Venezuela, China, Chile, Suiza, Canadá, Estados Unidos, Argentina, Bolivia, Perú, España e Italia¹³. Antes de que se culminara este proceso de denuncia, Ecuador había sido demandado en 26 procesos arbitrales, en los que se había utilizado el TBI con EEUU hasta en 16 ocasiones, seguido por el TBI con Canadá, España, Francia, Bolivia y Argentina.

Cabe recordar que el art. 422 de la Constitución prohíbe la cesión de jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, *entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas*, lo cual, evidentemente, se refiera al arbitraje inversor-Estado, entendiendo los conflictos relativos a la inversión dentro del concepto de controversia contractual o comercial, y tal como hemos dejado sentado *ut supra*, **el Convenio del CIADI forma parte de esa cesión de jurisdicción soberana en tanto establece normas procedimentales supranacionales que impiden el ejercicio jurisdiccional del Ecuador dentro del arbitraje internacional en materia de inversión.** Si las normas de procedimiento para el arbitraje

¹⁰ Decretos ejecutivos del 1399 al 1414, suscritos el 16 de mayo de 2017.

¹¹ Debe recordarse que la totalidad de estos acuerdos tienen una cláusula de supervivencia de 10 años, incluida para la protección de los inversores en caso de denuncia.

¹² Esta denuncia se materializó mediante Decreto Ejecutivo 1823, de 2 de julio de 2009 del presidente de la República, Rafael Correa y notificación del entonces canciller, Fander Falconí, al Banco Mundial. La denuncia tuvo efecto desde el 7 de enero de 2010. Según el informe de la CAITISA, la adhesión del Ecuador al CIADI presentó una serie de irregularidades jurídicas que se sumaban a la vinculación del entonces canciller, Edgar Terán, con diversas empresas que demandaron posteriormente al Ecuador utilizando el CIADI (Vid. Informe CAITISA, p. 29 y 30).

¹³ La cláusula de supervivencia de estos acuerdos oscila entre los 10 y los 15 años.

internacional no pueden ser acordadas en cada arbitraje en concreto, y los TBI tampoco ofrecían normas procesales para el arbitraje internacional, entonces es ineludible remitirse al Convenio del CIADI para encarnar un verdadero “código de procedimiento” en lo que tiene que ver con el arbitraje en materia de inversión. **Esto es, sin duda alguna, una cesión de jurisdicción soberana que el Ecuador tiene vedado por normativa constitucional vigente al día de la fecha.**

Antes de comenzar con un análisis sobre la prohibición de la cesión de jurisdicción soberana, es importante señalar que la Corte mantuvo de manera invariable la subsunción del ámbito de las inversiones dentro del ámbito comercial, presupuesto necesario para la aplicación del artículo 422 CE¹⁴.

Más allá de esta cuestión general, la primera cuestión que va a ser atendida se refiere, por tanto, al objeto de control constitucional y al alcance de la declaración de inconstitucionalidad. Como comentario inicial, debe subrayarse que la Corte realiza, en una mayoría de los dictámenes analizados, una interpretación conjunta de todos los mecanismos de resolución de controversias que se incluyen en los acuerdos de promoción y protección de la inversión. Así, y con excepciones, la Corte no aborda una distinción entre los mecanismos de resolución de controversias Estado-Estado y los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado (los clásicos ISDS, por sus siglas en inglés), aplicando un análisis conjunto de su (in)constitucionalidad a la luz del art. 422 de la Constitución del Ecuador.

En el Dictamen respecto del Convenio con Suecia¹⁵, la Corte entró en la valoración de la inconstitucionalidad artículo por artículo, considerando inconstitucionales los artículos 8 y 9 que contenían los dos mecanismos de resolución de controversias antes señalados (inversor-Estado y Estado-Estado, respectivamente), por contraponerse con lo dispuesto en el art. 422 de la Constitución.

En un sentido similar, considerando inconstitucionales los artículos relativos a los dos tipos de mecanismos de arbitraje previstos, se pronunció la Corte al analizar el

¹⁴ La afirmación utilizada por la Corte en distintos dictámenes fue la siguiente: “El presente instrumento se encasilla dentro de las causales contempladas en el artículo 419 de la Constitución de la República y, en la especie, en su numeral 6, ya que compromete al país en acuerdos de integración y de comercio, al abordar una temática relacionada directamente con el ámbito comercial, como es la de inversiones.”

¹⁵ DICTAMEN No. 029-10-DTI-CC CASO No. 002-10-TI. Registro Oficial Suplemento 294 de 06-oct.-2010.

Convenio con Gran Bretaña¹⁶. De hecho, en este Dictamen, únicamente realiza un control material de los artículos 8 y 9, relativos a estos mecanismos, apreciándose una clara confusión de ambos tipos de situaciones, que se contemplan de manera unificada¹⁷. Idéntico razonamiento conjunto, incluso indistinto, respecto de la inconstitucionalidad de los dos mecanismos se contiene en el dictamen del Acuerdo con Alemania¹⁸, Estados Unidos¹⁹, Países Bajos²⁰, Francia²¹, Venezuela²².

En el Acuerdo con Suiza²³, solo se indica la inconstitucionalidad del mecanismo de arbitraje Estado-Estado, porque tal acuerdo no contenía un ISDS (mecanismo de resolución de controversias inversor-Estado). Cabe resaltar de nuevo que, según reza la literalidad del artículo 422 CE, “no se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, *entre el*

¹⁶ DICTAMEN No. 020-10-DTI-CC. CASO No. 0008-10-TI. Registro Oficial Suplemento 249 de 03-ago.-2010.

¹⁷ El siguiente párrafo del dictamen ejemplifica esta confusión: “En el presente caso, el contenido de los artículos 8 y 9 del Convenio entre Ecuador y el Reino Unido de Gran Bretaña para el Fomento y Protección de Inversiones, somete al Ecuador a un tribunal arbitral ad-hoc, para la resolución de controversias surgidas con un inversionista (persona natural o jurídica) que tenga la nacionalidad del Reino Unido de Gran Bretaña, lo que implica renunciar a la “Jurisdicción del Estado”, considerada como una de las manifestaciones más importantes de la soberanía territorial, y que se refiere a la administración de justicia por tribunales del Estado”. Aun siendo adecuada la conclusión, habría sido conveniente un mayor rigor al analizar y diferenciar ambos mecanismos.

¹⁸ DICTAMEN No. 023-10-DTI-CC. CASO No. 0006-10-TI. Registro Oficial Suplemento 249 de 03-ago.-2010.

¹⁹ DICTAMEN N. 043-10-DTI-CC. CASO N. 0013-10-TI. Registro Oficial Suplemento 359 de 10-ene.-2011.

²⁰ DICTAMEN No. 030-10-DTI-CC. CASO N0005-10-TI. Registro Oficial Suplemento 294 de 06-oct.-2010.

²¹ DICTAMEN No. 031-10-DTI-CC. CASO No. 0007-10-TI. Registro Oficial Suplemento 294 de 06-oct.-2010. La confusión en este caso es patente, puesto que, aun cuando el art. 9 del acuerdo se refiere al mecanismo inversor-Estado y el 12 al mecanismo Estado-Estado, la Corte señala que: “Del estudio y análisis realizado por esta Corte a las disposiciones establecidas en el Convenio Internacional, se desprende que los artículos 9, 11 y 12 que versan sobre la solución de divergencias entre un nacional o compañía de cualquiera de las Partes Contratantes respecto de las inversiones, tienen una orientación que compromete y someten jurisdiccionalmente al Estado ecuatoriano a tribunales arbitrales, a efectos de solucionar las controversias que surjan del mentado Convenio Internacional, el cual, conforme ha quedado determinado mediante informe aprobado por el Pleno de la Corte Constitucional en sesión extraordinaria del 25 de marzo del 2010, y que al referirse al tema de inversiones, consta dentro de los instrumentos internacionales de índole comercial, por lo que se requiere del procedimiento de aprobación previa del legislativo, anterior al proceso de denuncia”.

²² DICTAMEN No. 041-10-DTI-CC. CASO No. 0011-10-TI. Registro Oficial Suplemento 342 de 16-dic.-2010.

²³ DICTAMEN No. 040-10-DTI-CC. CASO No. 0012-10-TI Registro Oficial Suplemento 331 de 30-nov.-2010.

Estado y personas naturales o jurídicas privadas". Teniendo en cuenta esta última frase, no se comprende el sentido del razonamiento de la Corte, particularmente cuando no hay arbitraje de inversiones propiamente dicho en el acuerdo analizado.

En cambio, en otras ocasiones, la Corte hizo una adecuada diferenciación, señalando la inconstitucionalidad de un solo artículo, el relativo al mecanismo de arbitraje para la resolución de controversias inversor-Estado, como fue el caso del acuerdo con Finlandia²⁴, Canadá²⁵, Italia²⁶, España²⁷ o Perú²⁸. Es interesante el razonamiento en el caso del Acuerdo con Perú:

"En el presente caso, el contenido del artículo 9 numeral 3 del Convenio, puesto en conocimiento de esta Corte, somete al Ecuador a un Tribunal Arbitral ad hoc, para la resolución de controversias surgidas con un inversionista (persona natural o jurídica) que tenga la nacionalidad de la República del Perú, lo que implica renunciar a la "Jurisdicción del Estado", considerada como una de las manifestaciones más importantes de la soberanía territorial y que se refiere a la administración de justicia por tribunales del Estado; por tanto, la citada norma del Convenio objeto de análisis contraviene lo preceptuado en el primer inciso del artículo 422 del texto constitucional, por lo que es procedente su denuncia."

En cuanto al alcance del fallo, en algunos dictámenes, como ocurre en el caso de Suecia, la Corte considera inconstitucionales dos artículos (los relativos a los mecanismos de solución de controversias); en otros, la Corte considera inconstitucionales estos mecanismos y amplía esta consideración a todo el acuerdo, como ocurre en el caso de Gran Bretaña, Italia o España; en el caso del Acuerdo con Suiza, la conclusión del

²⁴ DICTAMEN No. 026-10-DTI-CC. CASO No. 0001-10-TI. Registro Oficial Suplemento 258 de 17-ago.-2010. Además, en este caso la Corte señaló que: "Dado que no todos los artículos del instrumento internacional están en contradicción con el texto constitucional, esta Corte considera que no es menester denunciar todo el tratado internacional, sino exclusivamente aquel artículo que no guarda armonía con el texto constitucional, previniendo al órgano legislativo que dentro de aquel instrumento internacional es importantísimo determinar los mecanismos de solución de las diferencias, los mismos que deben establecerse de común acuerdo de las partes contratantes, pero respetando los preceptos constitucionales"

²⁵ DICTAMEN No. 035-10-DTI-CC. CASO No. 0003-10-TI. Registro Oficial Suplemento 313 de 04-nov.-2010

²⁶ DICTAMEN No. 022-13-DTI-CC. CASO No. 0015-13-TI. Registro Oficial Suplemento 64 de 22-ago.-2013.

²⁷ DICTAMEN No. 010-13-DTI-CC. CASO No.0010-11-TI. Registro Oficial Suplemento 956 de 17-may.-2013.

²⁸ DICTAMEN No. 032-13-DTI-CC. CASO No. 0016-13-TI. Registro Oficial Suplemento 154 de 03-ene.-2014.

dictamen ni siquiera identifica los artículos que se consideran contrarios a la Constitución, que a lo largo del razonamiento parecían centrarse en el mecanismo de arbitraje Estado-Estado, sino que se indica que:

“las disposiciones contenidas en el acuerdo analizado son claramente contrarias a la Constitución de la República por lo que se hace evidente la necesidad de que se prosiga con su denuncia, por cuanto se está cediendo una competencia propia del orden jurídico interno del Estado ecuatoriano a instancias internacionales de resolución de conflictos, que no cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 422 de la máxima norma jurídica del Ecuador”.

Sin embargo, en otros casos, como en el dictamen del acuerdo con Alemania²⁹, la Corte ha especificado el ámbito de la inconstitucionalidad, señalando que, dado que únicamente son inconstitucionales estos mecanismos de arbitraje

“no es menester denunciar todo el tratado internacional, sino exclusivamente los artículos que no guardan armonía con el texto constitucional, previniendo al órgano legislativo que dentro de aquel instrumento internacional es importante establecer los mecanismos de solución de las diferencias, mismos que deben establecerse de común acuerdo de las partes contratantes, pero respetando los preceptos constitucionales”.

El mismo párrafo se encuentra en el dictamen sobre el Acuerdo con Estados Unidos, con los Países Bajos, Francia, Venezuela, Perú.

Dejando de lado la cuestión del mecanismo concreto considerado inconstitucional, es interesante atender al desarrollo del contenido del artículo 422, fundamental para establecer los límites actuales que la Corte Constitucional no debería pasar por alto.

En el Dictamen sobre el acuerdo con Bolivia la Corte manifestó que del citado artículo se infieren dos aspectos:

- “1) La ratificación de que el arbitraje es una institución reconocida por el derecho internacional público, al cual el Ecuador reconoce como norma de conducta para desenvolverse en el concierto internacional de naciones en determinados asuntos.
- 2) La expresa prohibición de celebrar convenios o tratados internacionales en los que el Ecuador ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional en

²⁹ DICTAMEN No. 023-10-DTI-CC. CASO No. 0006-10-TI. Registro Oficial Suplemento 249 de 03-ago.-2010.

controversias relativas a asuntos contractuales o comerciales con personas naturales o jurídicas privadas”

Tras esta afirmación, la Corte consideró que:

“someten al Ecuador a un Tribunal Arbitral ad-hoc, para la resolución de controversias surgidas con un inversionista (persona natural o jurídica) que tenga la nacionalidad de la República Boliviana, lo que implica renunciar a la "Jurisdicción del Estado", considerada como una de las manifestaciones más importantes de la soberanía territorial y que se refiere a la administración de justicia por Tribunales del Estado”³⁰

En una línea similar, en el Dictamen respecto del acuerdo con Suecia, la Corte señaló que:

“Vale enfatizar que el artículo 422 de la Constitución de la República es concluyente al determinar expresamente la prohibición de que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, que inclusive vulneraría el principio de supremacía constitucional respecto a que podrían generarse controversias en cuanto a la aparente aplicación de normas más favorables a las inversiones, pero en contradicción con la Constitución de la República, más aún respecto al efecto obligatorio que otorga este Acuerdo Internacional a cualquier laudo arbitral. Es preciso anotar que conforme a los criterios de la corriente constitucionalista nada está exento del control de constitucionalidad de allí que no se puede permitir la creación de tribunales ad hoc para la solución de controversias que se suscitaran del presente Acuerdo, aquello iría en contra no solo de disposición constitucional expresa, sino que sería un atentado a la soberanía popular expresada a través de la Constitución de la República y a su norma establecida en el artículo 424 constitucional.”

Y, respecto de la excepción contenida en el artículo 422 CE, en este mismo Dictamen relativo a Suecia, la Corte concluyó que:

³⁰ La Corte incluyó ese mismo razonamiento en distintos dictámenes, en concreto en el relativo al acuerdo con EEUU afirmó que: “Al respecto, la norma constitucional es muy clara al señalar expresamente la prohibición de que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, lo que, en concordancia con lo expresado en el análisis de ambos artículos, atentaría en contra del principio de supremacía constitucional, en el sentido de que podrían generarse controversias en cuanto a la aparente aplicación de normas más favorables a las inversiones, pero en contradicción con la Constitución de la República. En aquel sentido, mantener este mecanismo de solución de conflictos, atentaría el principio de supremacía de la Constitución, más todavía considerando el efecto obligatorio que otorga este instrumento a las decisiones arbitrales”.

“Cabe indicar que el artículo 422 de la Constitución de la República establece excepciones respecto a la celebración de tratados o instrumentos internacionales cuando se "(...) establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia ": lo cual tiene conexión con lo dispuesto en el artículo 423 ibídem, que proclama la integración del Ecuador y Latinoamérica, particularmente en los numerales 1 y 7 que propenden a impulsar la integración económica y el comercio regional, y a favorecer la consolidación de organizaciones de carácter supranacional, tendientes a lograr la integración regional. Del estudio y análisis realizado se determina que a través de esta disposición del Acuerdo, no se consagra que éste se dirija a obtener un proceso de integración regional, sino que se trata de un instrumento internacional que compromete a los estados, particulares y sociedades de la República del Ecuador y del Gobierno del Reino de Suecia, básicamente en lo relacionado con las inversiones, razón por la cual, no tiene asidero en la excepción establecida en la antes referida norma constitucional”.³¹

En último lugar, es interesante señalar algunos pronunciamientos en los que la Corte explicita el giro que la nueva constitución supuso para la política económica y comercial del país, justificando así la necesidad de la revisión de los compromisos internacionales del Ecuador. Así, en el dictamen sobre el acuerdo con Gran Bretaña, la Corte señaló que:

“A partir del 20 de octubre del 2008 entró en vigencia la nueva Constitución de la República; se inscribe en el ámbito de la corriente constitucionalista latinoamericana que define al Estado como Constitucional de derechos y justicia, estructurado ya no para servir intereses económicos hegemónicos, sino priorizando un eje social que tiene como su vértice al ser humano mirado desde su diversidad, y vulnerabilidad. Deja atrás una concepción del Estado que se definía como social de mercado, impartía políticas neoliberales en las que se imponían reglas como la libre competencia, la pérdida de autodeterminación en el manejo de los recursos y la cesión de soberanía en el manejo

³¹ Interpretando la excepción en un sentido similar, en el Dictamen sobre el Acuerdo con Chile la Corte señaló que: “Como podemos observar, esta norma prohíbe expresamente la celebración de tratados o instrumentos internacionales en los que se ceda la jurisdicción a instancias internacionales, no define evidentemente qué tipo de instancias internacionales, por lo que se colige que son a todas las instancias que no pertenecen a iniciativas regionales, o que por su parte integren los tribunales arbitrales con jueces de los Estados que, como tales o sus nacionales, sean parte de la controversia, lo que se encuentra señalado en el referido artículo en su inciso segundo, lo cual está evidentemente en contra de las actuales disposiciones constitucionales”.

de mecanismos alternativos de solución de conflictos. En consecuencia, han cambiado sustancialmente las circunstancias que si bien hicieron posible hace 16 años la suscripción del Convenio materia de estudio (...).³²

En una línea similar, en el dictamen respecto del Acuerdo con Canadá³³, la Corte afirmó que:

“... la realidad nacional ha tomado otros rumbos en el ámbito jurídico, político y económico, en razón de que ha adoptado un nuevo modelo constitucional e institucional, lo que exige de manera inmediata la actualización de sus compromisos internacionales de naturaleza preconstitucional, analizarlos y armonizarlos a la luz de la realidad jurídica contemporánea y el mandato constitucional, a fin de integrar las normas jurídicas nacidas de los convenios internacionales con aquellas que forman parte del ordenamiento jurídico interno, bajo el principio de que la regulación interna es competencia exclusiva de cada uno de los Estados”.

Un razonamiento similar puede encontrarse en los dictámenes respecto de los acuerdos con España e Italia. En el Dictamen respecto del acuerdo con Argentina, la Corte remarcó que:

“El cambio de la estructura política y jurídica de la sociedad ecuatoriana, expresada en la nueva Constitución, plantea nuevos escenarios en los ámbitos interno y externo. Las políticas públicas de nuestro país plantean un nuevo modelo de desarrollo, en el marco de un claro ejercicio de la soberanía nacional de nuestro Estado. El artículo 276 de la Constitución señala: "El régimen de desarrollo tendrá los siguientes objetivos: (. .) 5. Garantizar la soberanía nacional, promover la integración latinoamericana e impulsar una inserción estratégica en el contexto internacional, que contribuya a la paz y a un sistema democrático y equitativo mundial" (...) “Es política del Estado ecuatoriano vincularse con los otros Estados del mundo, en virtud del respeto mutuo e identificando áreas donde la relación política, económica, cultural y de otros órdenes se construya y consolide; principalmente de los ordenamientos jurídicos internos que se sustentan en la capacidad política y jurídica de los estados de auto gobernarse a través de sus instituciones políticas”

³² Es importante señalar que, como se desgana en el informe CAITISA, los acuerdos se suscribieron desconociendo las normas que regían en el momento de su negociación y adopción, lo cual no es mencionado por la Corte.

³³ DICTAMEN No. 035-10-DTI-CC. CASO No. 0003-10-TI. Registro Oficial Suplemento 313 de 04-nov.-2010

En las resoluciones sobre los acuerdos con Perú, China³⁴ o Chile³⁵ se menciona expresamente el nuevo modelo de constitucionalidad.

Como conclusión de este apartado, cabe decir que surge de una interpretación armónica de la Constitución ecuatoriana que no sólo la prórroga de jurisdicción se halla prohibida de manera expresa, sino que también es la cesión al sistema de arbitraje internacional en materia de inversión lo que fue sometido a la voluntad del constituyente y a una auditoría independiente (la CAITISA) que acabó concluyendo que el Convenio del CIADI conforma parte del sistema de arbitraje que resultó gravemente pernicioso para los intereses del Ecuador.

7. Necesidad de la aprobación legislativa por parte de la Asamblea Nacional (art. 419 de la Constitución Política del Ecuador)

Entendemos que la ratificación del Convenio del CIADI sería violatorio del plexo normativo constitucional del Ecuador. Pero si la Corte Constitucional entendiera que así no fuese, menos dudas pueden caber respecto al **necesario y obligado debate democrático que debiera ocurrir por el paso del trámite correspondiente ante la Asamblea Nacional.**

En la nota presentada por el Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República, se sostiene que no resulta necesaria la aprobación de la Asamblea Nacional al citado Convenio, debido a que el mismo no está incluido en las especificaciones establecidas por el art. 419 de la Constitución de la República. También se dice que: *“Naturalmente, fuera de estos casos (i.e. los establecidos en el artículo 419 de la Constitución), se aplica la regla general establecida en el artículo 418 de Carta Magna”* Esa regla general **en ningún caso le da carta blanca al Presidente para firmar tratados internacionales**, y en cuanto a la enumeración contenida en el art. 419, la misma cubre con amplitud todo el rango de tratados que pudieran suscribirse, ya que como lo indica el numeral 4 del mismo *“se refieran a derechos y garantías establecidos en la Constitución”*. En ese artículo no se hace referencia alguna a los tratados internacionales

³⁴DICTAMEN No. 027-10-DTI-CC. CASO No. 0004-10-TI Registro Oficial de 17 de agosto de 2010.

³⁵ DICTAMEN No. 038-10-DTI-CC. CASO N°. 0010-10-TI.

sobre derechos humanos, por ejemplo, y eso no quiere decir que cualquier tratado al respecto no deba contener la aprobación de la Asamblea Nacional.

En la nota de la Presidencia se hacen una serie de definiciones con la pretensión de querer demostrar que la ratificación del Convenio de Washington no somete al Ecuador a la competencia de organismos internacionales como el CIADI, ya que el arbitraje o la conciliación no serían obligatorios y el Estado no se encontraría obligado a someterse a ellas en caso de diferencias que pudieren surgir en alguna contratación. Sin embargo el texto del Convenio y la aplicación del mismo a través de los TBI ha demostrado a través de más de 50 años, que el arbitraje es una consecuencia natural a la que han recurrido inevitablemente los Estados firmantes del Convenio, que se ha estructurado precisamente a esos efectos, y que es el único objeto del mismo.

El art. 1 (2) del Convenio del CIADI establece que *“El Centro tendrá por objeto facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio”*. El art. 25 (1) dice que: *“La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”*.

En su presentación, el Secretario General Jurídico enfatiza el carácter voluntario del sometimiento, pero pareciera ignorar, que el CIADI no sólo es el fundamento básico de los TBI donde inexorablemente el Estado se somete al arbitraje de ese Centro, sino que además es una pieza indisoluble del sistema de arbitraje internacional en materia de inversión. Esto, además de haber quedado expuesto previamente, se refleja claramente de la lectura de todos los TBI que suscribiera el Ecuador y que fueran investigados y analizados en la CAITISA, pues remiten –todos ellos- a la jurisdicción del CIADI como foro de solución de disputas. Nuevamente, el sostener una mirada acotada y sesgada a partir de lecturas parciales de los textos legales es no tomar seriamente los derechos involucrados de la ciudadanía ecuatoriana, algo que V.E. no puede dejar pasar.

Por otra parte, si el Estado no tiene la menor intención de someterse al arbitraje ¿cuál es el sentido de suscribir un Convenio, que ha sido instrumentado únicamente para el arbitraje y la conciliación? Y un elemento más a agregar, que parece ignorarse, es el hecho de que **la suscripción del CIADI significa atribuir posibles competencias jurisdiccionales que son propias del orden jurídico interno del Ecuador**, algo que prohíbe expresamente el arbitraje conforme el art. 422 de la Constitución, como ya dejáramos sentado.

V. CONCLUSIONES

Las normas constitucionales no son intangibles. Los poderes constituidos pueden reformar el marco constitucional con los límites establecidos en la propia Constitución. Los límites de la reforma son claros: el poder constituido puede actuar sobre el texto siempre que su actuación no suponga una restricción en los derechos y garantías constitucionales, ni modifique el procedimiento de reforma de la Constitución. Cualquier otra incidencia sobre el texto corresponde al Poder Constituyente.

Teniendo clara la premisa mayor, es evidente que las restricciones para la actuación de la Corte Constitucional son aun más estrictas. Es tarea y obligación de la Corte realizar una interpretación de la Constitución como máximo intérprete de la misma, pero siempre bajo el mandato férreo del art. 424 de la Carta Magna. En este sentido, la Corte no es libre sino que está sujeta a la voluntad del Poder Constituyente, expresada en el *conjunto* del texto constitucional y a las normas fundamentales de interpretación jurídica así como a su propia jurisprudencia.

Así las cosas, los límites al caso concreto se derivan de varios factores, señalados en las páginas anteriores. En primer lugar de la propia voluntad del Poder Constituyente, expresada en las actas de la Asamblea de Montecristi. En segundo lugar de la propia dicción de los artículos citados, que es de manera meridianamente clara fija la prohibición de cesión de jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional. En tercer lugar, la posible interpretación debe realizarse a la luz del conjunto de artículos de la Constitución y de la orientación sistémica de la política de comercio e inversión que la misma enmarca. En cuarto lugar, la Corte debe tener muy presente su propia jurisprudencia, que podría modificarse previa justificación y, atendiendo a las obligaciones que se derivan de los tratados internacionales de derechos humanos,

cumpliendo el principio de progresividad y, por ende, nunca aplicar las normas en un sentido regresivo.

La adhesión al CIADI forma parte de un rompecabezas que atrapa los poderes regulatorios del Estado y los somete a una regulación extranjera: en materia de cláusulas de fondo pero también en cuanto a las cláusulas de procedimiento y en cuanto al poder decisorio de los casos concretos. Una pieza funciona si las demás están presentes, por lo que la firma aislada de este Convenio carece de sentido. Pero incluso si la Presidencia del Ecuador entendiese que la adhesión al CIADI resultara inocua –algo que a partir del trabajo de la CAITISA ha sido sobradamente demostrado que no lo es-, **implica la adopción de un instrumental procesal externo a la soberanía ecuatoriana. Eso es una cesión de soberanía tanto como el someterse la voluntad de un tribunal extranjero para una controversia en concreto.** Adoptar reglas foráneas de procedimiento implica la obvia imposibilidad de poder utilizar las normas y jurisdicciones propias de la soberanía ecuatoriana para dirimir las diferencias entre inversor extranjero y el Estado local. El sostener que la posible incorporación al CIADI no atribuye competencia alguna a nada ni a nadie es entender de forma parcial la cuestión aduciendo tecnicismos con el afán de evitar una lectura completa del tema a analizar, esto es, el funcionamiento del sistema de arbitraje internacional.

La naturaleza jurídica del Convenio del CIADI no ha variado en el tiempo. Ello implica que, incluso si la Corte Constitucional entendiera que la sola firma del mismo no implara cesiones soberanas, **el trámite de aprobación obligadamente debe pasar por la Asamblea Nacional**, dado que el Poder Ejecutivo no posee carta blanca para firmar compromisos internacionales en la materia. Y ello implica el debate necesario y obligado de la representación de la voluntad popular hacia adentro de las instituciones públicas, como lo es el debate parlamentario, y cuando no también un consiente y maduro debate democrático hacia el resto de la ciudadanía.

En cuanto a la cuestión de fondo que eventualmente pudiera justificar los argumentos para la (re)incorporación al CIADI, ha quedado demostrado en base a los estudios realizados por la CAITISA que **ni la pertenencia al Convenio del CIADI ni la vigencia de los TBI fueron determinantes para captar la inversión extranjera**, sino que por el contrario la pertenencia al CIADI fue severamente perjudicial para el erario público, fruto del trabajo cotidiano de millones de ecuatorianos y ecuatorianas, así como

limitaron las estrategias de defensa del Estado en los casos concretos a las reglas procedimentales establecidas en un foro extranjero: el CIADI.

Con base en lo anterior, el presente *Amicus* sugiere respetuosamente sostener que la (re)incorporación al CIADI mediante la adhesión al Convenio de Washington de 1965 contraría el texto normativo de la Constitución Política del Ecuador de 2008, quebrando la voluntad del Poder Constituyente y las decisiones oportunamente adoptadas en base a los razonamientos e investigaciones resultantes de la CATISA para evitar políticas contradictorias o, peor aún, regresivas en materia del respeto a los derechos humanos y de la ciudadanía ecuatoriana.

VI. SOLICITUD

Por todo lo expuesto y conforme lo establece el art. 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, solicitamos respetuosamente que:

1. Se nos tenga por presentados y por constituidos el domicilio y correspondientes correos electrónicos indicados.
2. Se acoja el presente razonamiento técnico-jurídico en calidad de *Amicus Curiae* en colaboración a la Corte que V.E. preside.
3. Se decida, conforme lo establece el art. 419, numeral 7 de la Constitución, en el sentido de que la Asamblea Nacional debe decidir respecto a la suscripción del Convenio traído a consideración del Tribunal.
4. Se nos convoque a la audiencia pública de la acción de protección del caso de referencia para poder exponer de forma oral los criterios expuestos en el presente documento en calidad de *Amicus Curiae*.

VII. ANEXO

Se anexa a esta presentación como *Amicus Curiae* y para la profundización del buen entendimiento de la Corte, el Informe Ejecutivo de la CAITISA publicado en 2017.

VIII. NOTIFICACIONES

Notificaciones que me correspondan las recibiremos en los siguientes correos electrónicos: jechaide@hotmail.com y luciana.ghiotto@gmail.com

Téngase presente que,

SERÁ JUSTICIA



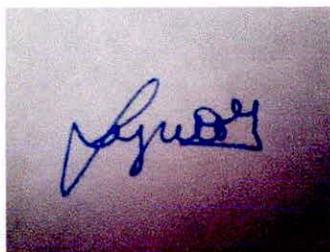
Mg. María Cecilia Olivet



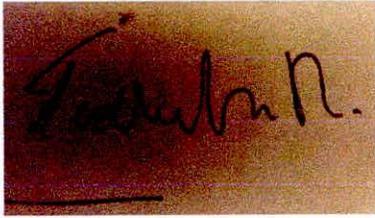
Dr. Javier I. Echaide



Mg. Alberto Arroyo Picard



Dra. Luciana M. Ghiotto

A rectangular image showing a handwritten signature in dark ink on a light-colored, textured background. The signature is written in a cursive style and appears to read "Federico Suárez Ricaurte".

Federico Suárez Ricaurte