

PRESENTA AMICUS CURIAE. RECUSA CON EXPRESIÓN DE CAUSA

Señores Jueces y Juezas de la Corte Constitucional

ALEJANDRO OLMOS GAONA, ciudadano argentino, pasaporte número AAA990688, constituyendo domicilio legal en la Avenida 12 de octubre 1035, edificio 12 de octubre, piso 10, oficina 1002, en la ciudad de Buenos Aires – Argentina, con correo electrónico olmosgaona@gmail.com ante esa Corte Constitucional, me presento y como mejor proceda en derecho respetuosamente digo:

I.- OBJETO DE LA PRESENTACIÓN

Vengo a presentar un amicus curiae, en la acción de inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo N° 122 firmado por el presidente Guillermo Lasso Mendoza, la que fuera deducida por la Asambleísta VIVIANA VELOZ RAMÍREZ y el Parlamentario Andino VIRGILIO HUMBERTO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ registrada por la Corte Constitucional en la Causa Nro. 62-21-IN. Además, vengo a recusar en forma expresa a los Jueces de esta corte DRES. HERNÁN SALGADO PESANTES Y TERESA NUQUES

MARTÍNEZ en razón de las circunstancias de hecho y razones de derecho que a continuación se exponen.

El día 21 de junio del corriente año, en horas de la mañana la embajadora del Ecuador en los Estados Unidos de Norteamérica, Ivonne Leila Juez de A. Baki, procedió a suscribir el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI) que se instrumentara en Washington en el año 1965. Tal Convenio había sido suscripto oportunamente por el ex Ministro de Relaciones Exteriores Edgard Terán Terán en el año 1986, aprobado por el Congreso Nacional en el año 2001, y finalmente ratificado por el ex Presidente de la República Gustavo Noboa Bejarano. Finalmente ese Convenio fue denunciado el 2 de julio de 2009 por el entonces presidente de la República Econ. Rafael Correa Delgado.

Ese mismo día, mediante el oficio N° T 79- SGJ - 21-0044, el Abogado Fabián Pozo Neira, Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República, solicitó a la Corte que Ud. dignamente preside que se expida si a los efectos de la ratificación del Convenio CIADI se requiere o no la aprobación de la Asamblea Nacional.

Esta Corte entendió mediante la sentencia dictada el día 28 de junio que no resultaba necesaria la aprobación legislativa, y en consecuencia, el Presidente de la República

Guillermo Lasso Mendoza, expidió el Decreto Ejecutivo 122 del 16 de julio del corriente año, ratificando la suscripción del Convenio CIADI efectuado por la Embajadora Baki.

Debido a la suscripción del Decreto ratificatorio emitido, los Asambleístas VIVIANA VELOZ RAMÍREZ y VIRGILIO HUMBERTO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, presentaron el día 16 de este mes de agosto una acción legal a los efectos que esa Corte resuelva la inconstitucionalidad del Decreto N° 122, dejándose sin efecto la ratificación efectuada.

Debido a lo expuesto y, de conformidad con el artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, vengo a presentar este *amicus curiae*, a efectos de que la Corte que Ud. preside tenga en cuenta elementos que fundamenten su decisión en el marco de los deberes primordiales del Estado respecto de la defensa y garantía de la soberanía nacional y la salvaguarda de los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales. Para que de tal manera se decida la inconstitucionalidad del Decreto presidencial, por ser violatorio de lo establecido en el artículo 422 de la Constitución de la República.

II.-PLANTEA RECUSACIÓN COMO UNA CUESTIÓN DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO

Como una cuestión de previo y especial pronunciamiento y sin que ello importe menoscabo alguno a la dignidad del Sr. Presidente de esta Corte **Dr. HERNÁN SALGADO PESANTES**, vengo a recusarlo en forma expresa a los efectos de intervenir en esta acción de inconstitucionalidad. De igual manera también recuso a la Jueza que integra la misma Dra. **TERESA NUQUES MARTÍNEZ**, sobre la base de los argumentos que expongo a continuación.

FUNDAMENTOS DE LA RECUSACIÓN

RESPECTO AL DR. HERNÁN SALGADO PESANTES.

En el ámbito de la jurisdicción ordinaria, la abstención y la recusación de los jueces y magistrados son aquellos instrumentos procesales que tienden a asegurar la imparcialidad de los juzgadores en un proceso determinado. A través de la imparcialidad judicial se garantiza no solo la igualdad entre las partes en el proceso, sino se trata de evitar que los jueces intervinientes, resuelvan sobre la base de opiniones anteriores que pueden inevitablemente condicionarlos a la hora de resolver la cuestión traída a su conocimiento. Esa condición del juez imparcial está inescindiblemente ligada a la jurisdicción como función de uno

de los tres poderes del Estado, y que hace a la plena independencia del poder judicial.

La imparcialidad judicial es un elemento esencial a la jurisdicción, supone que el titular de la potestad jurisdiccional no puede ser al mismo tiempo parte en el conflicto que se somete a su decisión como dos principios estructurales básicos del poder judicial, distintos, pero complementarios. Y esto no obsta a la independencia del juez, que puede ser independiente, pero no imparcial, al existir cuestiones subjetivas que puedan afectar esa garantía en alguna causa determinada¹. Al proceder a examinar algunas cuestiones relacionadas con la imparcialidad judicial el profesor Jiménez Asensio expone algunas consideraciones sobre la abstención y recusación que han de tenerse en cuenta en la práctica forense. Así, advierte que, por regla general, los jueces y magistrados muestran una gran renuencia, incluso en casos muy evidentes, a encontrarse incursos en causas de abstención. Pero esa reticencia aumenta todavía más cuando se está ante el instituto de la recusación. En este sentido, abundan casos en los que este instituto no se ve como un mecanismo a través del cual se ejerce un derecho fundamental, sino que se considera como una «práctica dilatoria o, incluso, como un espurio procedimiento para apartar del conocimiento de la causa a un determinado magistrado». Asimismo, se observa en la judicatura una «resistencia numantina» a aceptar

¹ Al respecto el Tribunal Constitucional de España en la STC 47/1982, 12 de julio, establece dos notas que caracterizarán a la imparcialidad judicial: «el desinterés y la neutralidad»

los incidentes de recusación, pues parecen poner en duda «la honorabilidad y profesionalidad del juez recusado»²

En el presente caso en ningún momento pretendo poner en duda la honorabilidad ni profesionalidad del señor Presidente de este Tribunal, cuya trayectoria como respetable jurista es suficientemente conocida, como también los antecedentes de la Dra. Nuques Martínez, sino plantear cuestiones, que a mi juicio tienen entidad suficiente para que se excusen ambos de intervenir en la presenta acción de inconstitucionalidad.

Yendo a algunos antecedentes que resulta importante puntualizar, debo recordar que el 5 de junio del año 2000, el entonces Presidente del Ecuador Gustavo Noboa Bejarano, mediante oficio número 00-550-DAJ.T.332 se dirigió al Presidente del Tribunal Constitucional, René de la Torre Alcivar remitiendo el informe de la Comisión Especializada Permanente de Asuntos Internacionales y Defensa Nacional del Congreso Nacional respecto al Convenio CIADI, *“con el fin de que lo someta a dictamen del Pleno del Tribunal Constitucional, conforme lo ordena el segundo inciso del artículo 162 de la Constitución.”*. En respuesta a esta remisión, el Secretario General del Tribunal Constitucional, Fausto Garcés Pastor, remitió al Presidente de la República, mediante oficio número 371-TC-SG de 21 de junio de 2000, copia certificada de la providencia de misma fecha en el caso número 0008-2000-CI, en que el Presidente del

² JIMÉNEZ ASENSIO, R., Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial, Pamplona, 2002, pág. 71

Tribunal Constitucional avoca conocimiento del caso relativo al dictamen del Convenio CIADI y designa como Vocal Informante a Luis Chacón Calderón para que presente el informe para que el pleno del Tribunal emita dictamen.

Continuando con el procedimiento, el Presidente del Tribunal Constitucional solicitó al Ministro de Relaciones Exteriores, mediante oficio número 231-00-TC-P de 16 de agosto de 2000, copia certificada de la suscripción del Convenio CIADI a fin de realizar el análisis constitucional correspondiente. Así mismo, en memorándum número 315DGT de 5 de septiembre de 2000 el Director General de Tratados, encargado, Juan Pablo Valdivieso, se refiere al trámite ante el Tribunal Constitucional e indica al Secretario General, encargado, Gonzalo Salvador Holguín, que *“se debería asegurar que el dictamen del Tribunal Constitucional sea favorable de manera que se facilite la aprobación por parte del Congreso Nacional sin inconvenientes; por ello considero, señor Secretario General, que resultaría adecuado que una alta autoridad de la Cancillería realice una aproximación al doctor Chacón Calderón con el objeto antes puntualizado.”* Finalmente, mediante oficio número 00-1404-DAJ.T.391 de 2 de octubre de 2000, el Subsecretario General de la Administración Pública, Gonzalo Muñoz Sánchez, remite al Ministro de Relaciones Exteriores, la resolución original del Pleno del Tribunal Constitucional respecto al Convenio CIADI.

El Tribunal Constitucional, consideró en su análisis que en el informe de la Comisión Especializada Permanente

de Asuntos Internacionales y Defensa Nacional se destacaba la naturaleza del Convenio CIADI, como la de un tratado que se recae uno de aquellos instrumentos internacionales establecidos en el artículo 161 de la Constitución de 1998. Específicamente el *“que atribuye a un organismo supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley y que además, contiene el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley”*³, el pronunciamiento del Tribunal sobre la constitucionalidad del referido Convenio era pertinente y necesaria para la aprobación del mismo por parte del Congreso Nacional.

El Tribunal Constitucional, una vez verificada su competencia para la realización del dictamen, conforme a lo dispuesto en el artículo 276 de la Constitución de 1998, el cual otorgaba competencia para *“dictaminar acerca de la conformidad de los Tratados o Convenios Internacionales”* con la Constitución, pasó a considerar las disposiciones constitucionales con relación a la naturaleza del convenio CIADI. El Tribunal citó los artículos 244, 271 de la Constitución de 1998 que contenían garantías constitucionales para la inversión nacional y extranjera, y consideró también el artículo 191 que se refería al reconocimiento del arbitraje, la mediación y otros medios alternativos para la solución de conflictos. En concordancia con el mencionado artículo, el Tribunal se refirió a los artículos 41 y 42 de la Ley de Mediación y Arbitraje, los cuales indican los criterios para considerar a un arbitraje como

³ Dictamen Nro. 171-2000-TP del Tribunal Constitucional del Ecuador publicado en el Registro Oficial No.180 del 10 de octubre del 2000.

internacional y que este será regulado por los tratados y otros instrumentos internacionales en vigencia para Ecuador.⁴

Basándose en la normativa constitucional expuesta, el Tribunal concluyó que el convenio se ajusta al ordenamiento jurídico pues, *“no está en contraposición por cuanto para acudir al órgano creado por dicho Convenio es indispensable que -en este caso- el Estado ecuatoriano, a través del titular del Ejecutivo, dé su consentimiento al momento de suscribir un contrato.”* En este mismo sentido el Tribunal indica que no existe contradicción de la Constitución con el Convenio puesto que este dispone en su preámbulo que el Estado no se encuentra obligado a someter ninguna diferencia a conciliación o arbitraje a menos que exista el consentimiento del mismo. Desafortunadamente este análisis no consideró la prórroga de la jurisdicción a arbitraje internacional de inversiones a través de los TBI que abarcan una amplia variedad de opciones para que un inversionista extranjero pueda demandar. Así mismo, no se consideró la posibilidad que tribunales arbitrales constituidos y procediendo bajo las reglas del centro de arbitraje CIADI realizarían interpretaciones extensivas de lo que constituye consentimiento del Estado bajo un TBI.

El Tribunal Consitucional indicó que *“por otro lado, se estaría cumpliendo con algunos de los tres requisitos (los literales a/ y b/) señalados en la Ley de Arbitraje respectiva en cuanto a que para ir al arbitraje u otro medio similar es necesario que se trate de un nacional de*

⁴ Ecuador. *Ley de Mediación y Arbitraje*. Quito, 4 de Septiembre de 1997.

*otro Estado (o sea que debe ser extranjero) frente al Estado ecuatoriano y que este nacional extranjero esté domiciliado fuera del Ecuador”.*⁵ Esta conclusión resultaba confusa y parecía referirse a los requisitos establecidos en el artículo 41 de la referida ley, la cual no hacía más que definir un arbitraje internacional y no sería suficiente para considerar la legalidad de un tratado internacional como el Convenio CIADI.

De tal forma, el Tribunal concluyó que las disposiciones del Convenio *“guardan 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, se entiende que una de ellas se refiere al Estado contratante”*⁶ Este dictamen contó con el voto favorable de 5 miembros del Tribunal y con 3 abstenciones, sin embargo ninguno de los miembros que se abstuvieron del voto favorable emitió voto salvado o explicación de su abstención. El dictamen del Tribunal Constitucional se constituyó así en el principal argumento de la Comisión de Asuntos Internacionales del Congreso Nacional para mocionar al Pleno la aprobación del Convenio, el que luego fue ratificado por Decreto del Presidente de la República Gustavo Noboa Bejarano.

En ese momento, el Dr. Salgado Pesantes integraba el Tribunal Constitucional, que emitió opinión favorable para la suscripción del Convenio CIADI, lo que me hace suponer

⁵ Dictamen Nro. 171-2000-TP del Tribunal Constitucional del Ecuador publicado en el Registro Oficial No.180 del 10 de octubre del 2000.

⁶Ibidem.

fundadamente, que en las actuales instancias tal criterio favorable es el que tiene actualmente el Sr. Presidente y en virtud de ello, me parece que el criterio de imparcialidad que se debería tener al analizar la petición presidencial no es tal, ya que existe un precedente que lo relativiza de manera evidente. Es cierto que las opiniones cambian y las concepciones jurídicas que uno tenga en un determinado momento pueden modificarse, sin embargo en todo lo que hace al arbitraje internacional y el sometimiento del Ecuador al CIADI, no ha existido nunca el menor cuestionamiento por su parte como abogado, magistrado, ni como integrante del Tribunal Constitucional, ni como prestigioso jurista que es, y eso suma mis reparos a su intervención al tratar esta acción de inconstitucionalidad traída a consideración de esta Corte.

A lo expuesto anteriormente se suma otro hecho que estimo de singular relevancia, y es el hecho, de que su hija la Dra. CLAUDIA SALGADO LEVY, ocupa el importante cargo de Directora Nacional de Asuntos Internacionales de la Procuraduría del Estado, que es precisamente la Dirección que se ocupa de todos aquellos asuntos referidos a los temas internacionales respecto al arbitraje. En importantes trabajos de la autoría de esta distinguida letrada he visto también que ella no presenta reparo alguno al arbitraje internacional y a la actuación del CIADI en las distintas disputas en las que pueda encontrarse el Estado ecuatoriano. Los casos de Oxy y de Perenco son claros ejemplos de esas decisiones arbitrales que suponen afrontar enorme sumas de dinero en concepto de reparación a esas empresas.

La Dra. Salgado Levy es docente especializada en arbitraje internacional comercial y de inversiones. Como es de su conocimiento ella trabajó durante varios años en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) en Ginebra donde realizó varios análisis y reportes sobre tratados internacionales de inversión y sobre arbitraje internacional en materia de inversiones. Obtuvo su Ph.D en Derecho Internacional en su enfoque sobre arbitraje de inversiones internacionales en el Instituto de Altos Estudios Internacionales y Desarrollo en Ginebra, Suiza, donde además cursó un Master en Derecho en Solución de Controversias Internacionales de la Universidad de Ginebra.

Si bien no resulta inevitable que exista coincidencia de criterios jurídicos sobre arbitraje internacional entre la Dra. Salgado y su padre, ello en el presente caso resulta cuestionable, debido a los antecedentes que citara respecto a su anterior actuación en el Tribunal Constitucional. Es decir pareciera que existe coincidencia objetiva sobre esa cuestión sobre la que debe decidirse, y queda confirmada por la reciente presentación del Procurador General, Dr. Iñigo Salvador Crespo, en favor de la ratificación del Convenio CIADI, ya que él resulta ser el superior inmediato de la Dra. Salgado, existiendo entre ambos la lógica coincidencia sobre cuestiones jurisdiccionales.

Entre las causales de excusación obligatoria para juezas o jueces de la Corte Constitucional mencionadas por el Art. 175 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se establecen las siguientes aplicables al presente caso:

1. Tener ella o él, su cónyuge o conviviente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.

2. Ser cónyuge o conviviente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de alguna de las partes, o de su representante legal, o de su mandataria o mandatario, o de su abogada o abogado defensor.

En el caso traído a consideración de esta Corte resulta evidente el interés de la Dra. Salgado, no solo por sus criterios favorables al arbitraje sino por el criterio sustentado en la causa por la Procuración del Estado a la que ella pertenece como Directora Nacional de Asuntos Internacionales. En efecto en la presentación que efectuara ante esta Corte el Dr. Marco Antonio Proaño Durán, como Director Nacional de Patrocinio y Delegado del Procurador de la República con fecha 28 de junio del corriente año, se repitieron los argumentos del Secretario General Jurídico de la Presidencia en el sentido de que dada las características del Convenio CIADI, no corresponde la intervención de la Asamblea Nacional. Indudablemente que esos criterios son sustentados por todos los directores de la Procuraduría, porque de lo contrario no

podrían ocupar tales cargos, pero además la especial función que desempeña la Dra. Salgado Levy hace mucho más comprometido su interés, debido a las opiniones que sustentara en sus importantes trabajos, hay aún su labor en los distintos arbitrajes llevados adelante por la Procuraduría.

La relación familiar que une al Dr. Salgado Pesantes con la Dra. Salgado Levy, sumada a las anteriores circunstancias que planteara ut supra determinan que por una razón de prudencia jurídica, debiera excusarse de intervenir en esta acción de inconstitucionalidad, ya que trata precisamente de una cuestión donde él ya interviniera y donde su hija además de ser funcionara e intervenir en cuestiones arbitrales, a expuesto públicamente sus concepciones favorables a este tipo de solución de conflictos.

Como dijera anteriormente, aquí no estoy cuestionando ni la honorabilidad, ni la versación jurídica del Dr. Salgado Pesantes que es más que conocida en todos los ámbitos de su actuación, como así también el respeto y la consideración que existe en los mismos sobre su persona. Sino que estoy valorando cuestiones que se encuentran muy bien especificadas en la norma legal que citara, y que también tienen que ver con ese derecho sustancial que sostuviera el eminente jurista brasileño André Franco Montoro, quien reiteradamente hablaba de no estar condicionado por formas procesales que muchas veces en su rigidez impiden la búsqueda de la verdad. Es por ello que estimo que una

interpretación amplia de las normas establecidas por el art. 175 citado, hacen viable que el Dr. Salgado Pesantes deba excusarse de intervenir en la presente acción.

RESPECTO A LA DRA. TERESA NUQUEZ MARTÍNEZ

La recusación respecto de la Dra. Nuquez Martínez se fundamenta en que es suficientemente conocida su posición sobre la procedencia del arbitraje internacional, criterio dado a conocer en oportunidades donde se la invitara a exponer. Como es de público conocimiento el 12 de junio de 2018, se hizo presente en la Asamblea Nacional del Ecuador en calidad de directora del Centro de Arbitraje y Mediación y delegada del Presidente de la Cámara de Comercio de Guayaquil donde planteó abundantes argumentos jurídicos en favor del arbitraje, considerando que el mismo estaba autorizado en la Constitución, coincidiendo en esa oportunidad con el criterio de la asambleísta Arteaga, quien habíase manifestado en el sentido de una reinterpretación del artículo 422 de la Carta Magna favor del arbitraje.

Analizando las numerosas publicaciones efectuadas por la Dra. Nuquez Martínez, puede observarse que ella considera que un Tratado Bilateral de Inversión, sin dejar de ser un instrumento jurídico es más que todo un instrumento de desarrollo de la economía. Tal posición sostenida en diversos ámbitos, hace

incompatible que ella como miembro de esta Corte tenga la imparcialidad suficiente para opinar sobre la inconstitucionalidad que aquí se plantea, al haber emitido con anterioridad opinión favorable al arbitraje que esgrime la Convención CIADI. También puede verse uno de sus trabajos “ Una aproximación al arbitraje en el Ecuador desde la óptica constitucional, del que es autora, junto con el Dr. Santiago Velázquez Velázquez, en la obra *Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada*” Madrid. 2011.

La Dra. Nuñez Martínez es una experta en cuestiones arbitrales y al respecto puede verse la Tesis de doctorado presentada en el año 2016 en la Universidad de La Coruña cuyo título es: **“Jurisdicción y arbitraje: Análisis comparativo en los ordenamientos jurídicos ecuatorianos y español”**, y sus criterios son públicos respecto a su consideración del arbitraje que valora de manera muy especial, lo que representa una contradicción insalvable respecto a la opinión que deba emitir como jueza de esta Corte, ya que se está planteando la inconstitucionalidad de una decisión que permite que el Ecuador se someta al arbitraje lo que está prohibido por el artículo 422 de la Constitución del país.

El artículo 175 numeral 1 de la vigente Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece como causa de excusa de todo juez constitucional, tener interés directo o indirecto en la causa, y la posición de la Dra. Nuñez Martínez respecto del arbitraje, significa un adelantamiento de opinión, porque la misma ha sido expresada reiteradamente a

través de sus trabajos jurídicos. En razón de ello, estimo que tiene la obligación legal de excusarse, por lo cual corresponde que se haga lugar a la recusación de la Dra. Nuques Martínez, dada la implicancia que tiene el tema traído a consideración de esta Corte, que ella integra como jueza.

Si bien podría alegarse que la opinión favorable al arbitraje de la Dra. Nuques no condiciona la consideración que pueda hacer respecto a la inconstitucionalidad planteada respecto del Decreto impugnado, no es menos cierto que hay un aspecto de subjetividad en el análisis a realizar que no puede ser descartado y que indudablemente puede influenciar en el voto que emita respecto al pedido efectuado por los asambleístas.

Esta recusación que planteo se refiere estrictamente a cuestiones referidas con el pensamiento jurídico de la Dra. Nuques Martínez y en ningún caso significa menoscabo a su dignidad de magistrada, ni a su competencia como jueza de este máximo tribunal.

III.- PROCEDENCIA DEL AMICUS

La institución del *amicus curiae* - vocablo latino que significa “amigo de la corte” - tiene origen, como se sabe, en el derecho romano, en el cual el juez estaba facultado para pedir el consejo de un experto; el juez podía *sibi advocabit ut in consilio*

adessente, según el testimonio de Cicerón (Quint. 2 Gell, XIV). En su primigenia configuración el *amicus curiae* era verdaderamente un “amigo del tribunal”; los amigos de la curia podían informar, advertir e ilustrar a la corte, incluso petitionar ante los jueces. La actuación del *amicus* no tenía, por entonces, más objeto que la de asistir a los magistrados en los casos de dudas y/o salvarlos del error. La preocupación del *amici* era la coronación de lo suyo de cada cual (*suum cuique tribuere*), de lo justo en concreto, a través del *ius dicere* del juez. Hay quienes hablan de neutralidad o imparcialidad en este período de la institución, lo que es cierto en relación a que los *amicus* no tenían compromiso con los intereses de las partes, mas podría decirse que el interés estaba más bien orientado a la conclusión justa del pleito, al cual el *amici* concurría a través de la asistencia al magistrado. Muchos autores cuentan de esta concepción tradicional en el common law, tal cual su descripción en el *Abbott’s Dictionary of Terms and Phrases* en el que el término *amicus curiae* significaba estrictamente amigo del tribunal: “Este término se aplica a un tercero, quien careciendo de interés en el caso, efectúa algunas sugerencias por su propia cuenta sobre una cuestión de derecho o de hecho para la información del juez a su cargo”, y en el *Hothouse’s Law Dictionary* que señala: “Cuando un juez se encuentra en dudas o equivocado en materia de derecho, un tercero puede informar al tribunal como *amicus curiae*. Los abogados en el tribunal actúan frecuentemente en tal capacidad cuando sucede que conocen un precedente que el juez no ha visto o no recuerda en ese momento”.

El instituto, en el derecho anglosajón, abandonaría aquél carácter de “amigo de la corte”, transformándose el *amici* en un tercero interesado y comprometido con la causa de una de las partes, que resultaría así promovida, patrocinada, apoyada, etc. por el *amicus curiae*. La tradición anglosajona adoptó esta transformación en la inteligencia de que la intervención de terceros con aquel carácter se erigiría en el equivalente judicial de la actividad que los lobbyists realizaban en el Congreso de los Estados Unidos y en los órganos administrativos del Estado: “...el mecanismo de promoción (lobbyng) disponible para su utilización en el tribunal (brief) es el alegato del *amicus*” con más el agregado de que este lobby tendría carácter público y permitiría dar participación a la comunidad en las decisiones judiciales. Este cambio motivó la sanción de la conocida Rule 36 de las Reglas de Procedimiento de la Suprema Corte de los Estados Unidos que reglamentó la institución del *amicus*. Un caso notable fue “Edgard vs. Aguillard” (1986), en el que se presentaron como *amicus* 72 premios Nobel y otras tantas Academias de ciencia que informaron sobre el falso conflicto entre ciencia y religión. La saludable aplicación que el instituto del *amicus curiae* tuvo en el derecho anglosajón, así como en los países recipiendarios de la tradición del common law, determinó su incorporación al derecho internacional de los derechos humanos, donde la divulgación de la figura elevó la cotización del debate judicial a través del aporte esclarecedor allí donde el derecho de los tratados, la costumbre internacional o el derecho de los jueces no resultaba preciso.

En el Ecuador la figura del *amicus curiae*, fue incorporada en su legislación a partir del año 2009 en que entró en vigencia la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en cuyo artículo 12 reza lo siguiente: “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. Podrán también intervenir en el proceso, en cualquier estado de la causa, como parte coadyuvante del accionado, cualquier persona natural o jurídica que tuviere interés directo en el mantenimiento del acto u omisión que motivare la acción”.

No debe prescindirse, por último, que la actuación de los Amigos del Tribunal encuentra sustento en el sistema interamericano al cual se ha asignado jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), 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.

En el presente caso, mi intervención como “*amicus curiae*” tiene una clara fundamentación, en el trabajo que llevé a cabo como Delegado del Ministro de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, en la Comisión para la Auditoría de los

Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA), creada mediante Decreto Ejecutivo N° 1506 del 6 de mayo de 2013, publicado en el Registro Oficial 958 del 21 de mayo de 2013, la que concluyó oportunamente la tarea asignada, habiendo entregado su informe, con las conclusiones y recomendaciones al ex Presidente Rafael Correa en el año 2017.

Como es de público conocimiento, la Comisión estuvo integrada por representantes del Poder Ejecutivo como Alexis Mera, Pabel Muñoz y Viviana Bonilla, por expertos nacionales e internacionales de gran prestigio, como el ex Procurador del Tesoro de la Nación Argentina, Dr. Osvaldo Guglielmino, el miembro de la Comisión Interamericano de Juristas, Dr. Hugo Ruiz Díaz Balbuena, el Dr. Muthucumaraswamy Sornarajah, experto en tratados bilaterales y profesor de la Universidades de Ceylan, Singapur y Tasmania, el Dr. Javier Echaide profesor de la Universidad de Buenos Aires, la experta en Tratados Bilaterales Cecilia Olivet y el especialista mexicano Alberto Arroyo, siendo su presidente el eminente jurista colombiano, Dr. Carlos Gaviria Díaz, que fuera presidente de la Corte Constitucional de Colombia, y uno de los más prestigiosos constitucionalistas latinoamericanos. También durante el 2007/2008 fui miembro de la Comisión de la Auditoría Integral del Crédito Público (CAIC), y fue un honor haber sido designado por el gobierno para presentar al país los resultados de esa Comisión, en el

acto en el que participaran las más altas autoridades del país, además de invitados extranjeros. Además de las investigaciones realizadas en Ecuador y en mi país, soy miembro de la Comisión de Deuda Exterior del Consejo Europeo de Investigaciones Sociales de América Latina (CEISAL), integrado por los más importantes académicos de Europa y Latinoamérica.

Dado mis extensas investigaciones relacionadas con cuestiones financieras e inversiones extranjeras, y mi carácter de haber integrado la CAITISA presento este “amicus” con la intención de colaborar con la Corte Constitucional en la medida de mis posibilidades a través de esta presentación ya que resulta evidente que la firma del Convenio CIADI supone la violación expresa de normas constitucionales de prohibición del arbitraje, lo que parece no ha sido tomado en cuenta por el gobierno presidido por Guillermo Lasso Mendoza. Como consecuencia de ello y dadas las claras disposiciones constitucionales que han sido violadas de manera flagrante por el Presidente de la República, entiendo que corresponde hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad que presentaron la Asambleísta VIVIANA VELOZ RAMÍREZ y el Parlamentario Andino VIRGILIO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ por estar conforme a derecho.

La CAITISA realizó una auditoría integral y evaluó: i) el proceso de firma y negociación de los tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones (TBI) y otros

acuerdos de inversión suscritos por el Ecuador, la suscripción del Convenio del CIADI y las consecuencias de su aplicación; ii) el contenido y compatibilidad de estos tratados con la legislación ecuatoriana; iii) la validez y la pertinencia de las actuaciones y los procedimientos adoptados y los laudos y decisiones emitidos por los órganos y jurisdicciones que son parte del sistema de arbitraje internacional en materia de inversiones que han conocido procesos arbitrales en contra del Ecuador, con el fin de determinar la legalidad, legitimidad y licitud de sus decisiones e identificar inconsistencias e irregularidades que hayan provocado o puedan provocar impactos al Estado ecuatoriano en términos económicos, sociales y ambientales, y a los pueblos y nacionalidades; y iv) la Relación entre Tratados Bilaterales de Inversión, Inversión Extranjera y de las perspectivas de Desarrollo Nacional.

Después de casi dos años desde el establecimiento de la CAITISA, el pleno de la Comisión, en sesión del 14 de mayo de 2015, aprobó un informe final de más de 1000 páginas que incluía conclusiones y recomendaciones, para conocimiento del Poder Ejecutivo.

En el mes de mayo del año 2017 y por decisión de la Asamblea Nacional se decidió la denuncia de varios tratados bilaterales y el Presidente Correa, a través de un Decreto Ejecutivo publicado en la página oficial de la Presidencia de Ecuador, con fecha 16 de mayo efectivizó las denuncias de TBI con Italia (2001); Bolivia (1995); Perú (1999); España (1996); EE.UU.

(1993); Canadá (1996); Argentina (1994); Venezuela (1993); Francia (1994); Reino de los Países Bajos (1999); Reino de Suecia (2001); Chile (1993); Suiza (1968); China (1994); Alemania (1996) y Gran Bretaña e Irlanda del Norte (1994).

Como la nueva suscripción del Convenio CIADI tiene como único objetivo firmar nuevos tratados, y ése es el mismo propósito que tuvo la presentación efectuada en su momento por la presidenta de la Asamblea Nacional Elizabeth Cabezas, el ex ministro de Relaciones Exteriores José Valencia y que ahora se concretó a través del instrumento internacional ratificado por el Presidente Lasso Mendoza, entiendo que resulta de importancia para conocimiento de esa Corte, consignar las conclusiones significativas a las que arribó la CAITISA, después de una exhaustiva investigación y que son las siguientes:

1.- Las tensiones más evidentes entre la legislación nacional y los TBI han surgido respecto de los mecanismos de solución de controversias que implican cesión de soberanía y sometimiento a tribunales internacionales. Sin embargo los problemas de compatibilidad son muchos más amplios. La constitución ecuatoriana de 2008 en sus artículos 3, 276, 277, 283, 284, 313-318, 339, 222 mandan al Estado a regular la Inversión extranjera para que cumpla un papel positivo en la consecución de Plan para el buen Vivir. Los TBI atentan contra la capacidad regulatoria del Estado ya que limitan las posibilidades del gobierno de imponer obligaciones al inversor o de regular sus operaciones en el país. Por ejemplo, cuatro de las demandas que ha enfrentado el país (Perenco,

Burlington y Murphy I y II) rechazan la aplicación de la Ley 42-2006, aprobada en abril de 2006. Esta ley estableció que las compañías petroleras debían entregar al Estado ecuatoriano el 50% de las ganancias extraordinarias generadas por el alza de los precios del petróleo. Cláusulas como trato nacional, de nación más favorecida, la expropiación indirecta y la prohibición casi total de poner requisitos de desempeño, limitan la capacidad regulatoria del Estado y afectan a la industria nacional, y la cooperación regional, y están en oposición a políticas nacionales como el cambio de matriz productiva y el desarrollo de la industria local. A su vez, los efectos de la protección a los inversores extranjeros contenida en los TBI resultan contradictorios con las obligaciones asumidas por el Estado ecuatoriano en materia de derechos humanos, que poseen carácter prioritario en su cumplimiento como normas erga omnes reconocidas por la comunidad internacional, e incluso pueden considerarse como normas de carácter imperativo a nivel internacional. Las cláusulas de los TBI suscritos por el Ecuador están redactadas de manera amplia- muchas veces ambiguas- lo que ha permitido que, en demandas internacionales contra el país, tanto los demandantes como los árbitros hagan una interpretación expansiva de las normas, más allá de lo convenido por las partes durante la firma del acuerdo. Esto ha derivado en sentencias excesivamente onerosas, además de notoriamente voluntaristas en favor del inversor.

2.- El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, por la cual el Ecuador se sometió al Tribunal del CIADI, fue suscrito por el Ecuador en el año de 1986 mediante la firma del entonces Canciller Edgar Terán Terán, quien en esa misma fecha enviara una carta al presidente del entonces BIRF (ahora Banco Mundial) expresando que el convenio entraba

en plena vigencia para el Ecuador. Sin embargo, de acuerdo a la normativa ecuatoriana, este Convenio debió ser aprobado por el Congreso Nacional, para su plena vigencia. Por lo tanto, el mismo sólo entró en vigencia en el Ecuador, cuando fue ratificado por el poder legislativo y se publicó el decreto emitido por el Presidente Gustavo Noboa Bejarano, el 19 de abril del año 2001. Esta acción por parte del Canciller Terán, determinó una serie de anomalías en torno a la vigencia del CIADI. Por ejemplo, Ecuador procedió a la designación de árbitros y conciliadores ante el CIADI. Así también, y aún más grave, antes de la ratificación del Convenio de Washington la Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones y el formato básico común para el contrato de inversión aprobados en el 2001, establecían que todo contrato de inversión suscrito con un inversionista extranjero incorporaba la competencia del CIADI para resolver controversias entre inversionista y Estado. Cabe cuestionar la validez de estos actos y de otros instrumento suscritos entre el año 1986 y el 2001, como contratos de distinta índole, ya que dichas normas establecen la remisión a un tratado internacional al cual Ecuador no estaba obligado y un Centro al cual no pertenecía. Esta situación irregular sobre la subscripción y ratificación del Convenio de Washington implica que cualquier controversia derivada de los contratos firmados con empresas privadas antes de 2001, no pueden someterse al arbitraje del CIADI. Esta afirmación está amparada en la Convención de Viena que establece que “Las disposiciones de un tratado no obligaran a una parte respecto de ningún acto o hecho que haba tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se

desprenda del tratado o conste de otro modo” (parte III, Sección segunda, numeral 28).

3.- La Corte Constitucional en una anterior conformación, consideró en múltiples dictámenes, que los TBI son contrarios a la Constitución. Expresó la imposibilidad de seguir ejecutando las obligaciones contraídas, en razón de un cambio fundamental de circunstancias y expuso la incompatibilidad con la disposición constitucional que prohíbe la transferencia de competencias jurisdiccionales a favor de tribunales internacionales de arbitraje.

4.- De hecho, los TBI han menoscabado los objetivos y políticas concretas del Plan Nacional de Desarrollo como son: las políticas relacionadas con la generación de regulación económica que oriente la inversión extranjera hacia la consecución de los objetivos de empleo, transferencia de tecnología y reducción de pobreza; con la política de generación de incentivos que benefician a la producción nacional para efectos de lograr la ansiada transformación de la matriz productiva y con el objetivo de promover una gobernanza internacional justa no supeditada a los intereses del gran capital extranjero.

5.- La responsabilidad del Estado es la única que se pone en tela de juicio dentro del análisis de violaciones a las cláusulas de los TBI. Ello dota de un sesgo pro-inversor que desequilibra las relaciones inversor-Estado ante un arbitraje internacional. La responsabilidad del Estado es importante, pero también lo es el establecer las responsabilidades a nivel local e internacional que entes no estatales deben asumir en el compromiso de realizar una inversión o de generar estos mecanismos de protección. El fomento de la inversión extranjera desregulada por parte de los organismos internacionales de crédito así como el accionar irresponsable

de las empresas –como el que ha ocurrido en el caso Chevron en Ecuador– son ejemplos evidentes de la necesidad de impulsar mecanismos de responsabilidad internacional para entes no estatales (organismos internacionales y empresas transnacionales) a fin de reequilibrar las relaciones jurídicas existentes en materia de inversiones. Iniciativas como las impulsadas por Ecuador en el ámbito de Naciones Unidas de lograr Códigos Vinculantes para las empresas transaccionales o el borrador de artículos en materia de responsabilidad internacional de organismos internacionales, tratan de subsanar este problema.

6.- El actual sistema de protección a las inversiones se encuentra viciado por una errónea interpretación y aplicación de las reglas de compensación al momento de indemnizar los daños. En la actualidad, se emplean reglas generales que resultan inaplicables porque carecen de la objetividad necesaria y no se adaptan a la situación particular de cada caso y de cada Estado y contravienen la legislación nacional que prohíbe el anatocismo.

7.- En la actualidad gobiernos de países de diferentes regiones y organismos internacionales como la UNCTAD y la CEPAL, avalados por un gran número de investigaciones empíricas sobre los flujos de inversión extranjera y sus efectos en las economías receptoras, han comenzado a cuestionar los beneficios del sistema actual de protección de las inversiones y a la vez se han embarcado en la búsqueda de alternativas. Entre los aspectos más criticados está el conflicto de intereses de árbitros, el sesgo comercial del sistema de arbitraje, el arbitraje ad-hoc sin garantías institucionales de imparcialidad e independencia, y la falta de instancias adecuadas de recusación y apelación. Estos fomentan un sistema parcializado que ha causado perjuicios económicos graves para los países

demandados, a través de laudos dictados con fundamentos tendenciosos. Ecuador es uno de los gobiernos que, desde mediados de la década del 2000, está en proceso de revisar el modelo de protección de inversiones. Especialmente a partir de la ratificación de la constitución de 2008 que reafirma y fortalece el mandato de un Estado regulador, lo que entra en contradicción con los compromisos contraídos en los TBI.

8.- Del análisis de los 24 casos contra Ecuador, se ha verificado que los árbitros han hecho en repetidas ocasiones una interpretación expansiva de las normas aplicables, lo cual ha derivado en laudos favorables a los inversores tanto al momento de establecer la jurisdicción del Tribunal para intervenir como al momento de resolver sobre el mérito de la demanda. Como consecuencia, Ecuador ha enfrentado y enfrenta numerosas condenas multimillonarias.

9.- Se comprobó que los Tribunales del Ciadi han hecho una interpretación pro-inversor de las normas de los respectivos TBIs, lo que ha llevado a que en la mayoría de los casos se descarten los argumentos del Estado sobre la falta de jurisdicción del Tribunal.

10.- La investigación académica, así como encuestas de empresas internacionales, han demostrado que los tratados de inversión no son un factor concluyente en la decisión de los inversores de invertir en el Ecuador. Al respecto no encontramos una relación directa entre los países con los que se tiene TBI y su aporte al monto de inversión extranjera directa (IED) que llega a Ecuador. 1) La mayoría de la IED no viene de países con TBI. 18 2) Los dos países que más invierten en Ecuador no tiene TBI. 3) De los 7 grandes inversores externos en Ecuador solo el 23% viene de países con TBI. 4) En el contexto latinoamericano, el contraste entre Brasil y México confirma esta conclusión. Brasil, sin ningún TBI ni TLC,

mantiene flujos de IED como porcentaje del PIB a niveles superiores a los de muchos países que cuentan con TBI; México, uno de los países con más TLC y/o TBIs, es desplazado por Brasil como el primer receptor de IED en América Latina.

11.- Quedó demostrado de manera categórica la parcialidad de los árbitros que intervinieran en demandas contra el Ecuador.

12.- De acuerdo con la información disponible al 2014 el Estado Ecuatoriano fue demandado por un total de US\$17,764,797,508 en términos de compensación por supuesta violación de los acuerdos de protección a los inversores extranjeros. Hasta ese momento, el Estado Ecuatoriano había pagado y/o adeuda a los inversores en función de laudos la suma de US\$ 2,806,658,392. Los pagos a inversores responden a cuatro demandas ante tribunales internacionales en base a TBIs donde el laudo ha sido negativo o hubo acuerdo de partes (IBM, Oxy I, Duke Energy, Noble Energy & Machala) por el monto de US\$174,897,373. Además de los montos ya pagados, el Estado cuenta con dos laudos multimillonarios en su contra: Oxy II por 2536 millones de dólares, y el laudo del caso Chevron II por 96 millones de dólares (ambos incluyendo intereses hasta diciembre de 2014).. En el período 2003-2013, tomando en cuenta las 24 demandas contra Ecuador por violación de TBIs, el costo total de bufetes de abogados y otros gastos del arbitraje para Ecuador ha sido de US\$155,929,417. De este monto, US\$11,581,137 se gastaron en concepto de honorarios del Tribunal y costos del procedimiento, y US\$144,348,280 en concepto de honorarios y gastos de los bufetes de abogados representantes del Estado. El grueso de los pagos -casi la mitad del monto total abonado en el periodo- fue dirigido a Winston & Strawn, con un total

cercano a los US\$ 67 millones. Se trata de la firma que defendió al Estado en los tres casos de demandas por parte de la empresa Chevron. El segundo monto más grande se lo llevó Dechert LLP, firma que defendió al Estado en los casos de Oxy, Perenco y Burlington, por un total cercano a los US\$ 36 millones. El costo total ya pago por el Estado en relación a los arbitrajes inversor-Estado en base a TBIs (a inversores, abogados y Tribunales arbitrales) asciende a US\$ 330,826,790.

13.- Los principales pasivos ambientales dejados por empresas petroleras, que litigan contra el país, son las piscinas abiertas para depósitos de crudo, de lodos y desechos cargados de metales pesados tóxicos; también, excavaciones más pequeñas llamadas fosas, realizadas, como mala práctica a orillas de ríos, lagunas o pantanos para confinar productos contaminantes; luego están los derrames de crudo y fluidos, como la peor causa de contaminación porque dañan suelos, ríos, esteros, lagunas, destruyen la flora y la fauna por donde se expanden. Parece que en la Amazonia ecuatoriana, en mayor o menor grado, se aplicaron prácticas rudimentarias y dañosas a diferencia de otros lugares donde esas mismas empresas operaban. Cabe una distinción respecto de OXY, en este aspecto, porque, según técnicos de Petroamazonas, desarrolló procesos responsables que redujeron el impacto ambiental, así como enseñanzas técnicas que la operación nacional continuó y mejoró. En el caso de la compañía Texaco, adquirida por Chevron, inició operaciones de exploración en 1967 y de explotación desde 1972; desde entonces procedió con irresponsabilidad e irrespeto, con tecnologías anticuadas, provocando derrames de más de 26.000 barriles de crudo hacia importantes ríos: Aguarico, Quijos y Shiripuno, y a numerosos esteros, también vertió 18.000 galones de agua de formación, más tóxica que el mismo crudo, provocando todo ello muerte de

peces, ganado, animales salvajes; se encontraron 916 piscinas que abrió Texaco, cuyas filtraciones han causado toxicidad de tierras y contaminación del agua y del aire. El poco escrúpulo de la empresa se constata cuando en comunicación escrita entre sus ejecutivos, respecto de un plan de respuesta a derrames, se dispone que los mismos serán informados solo cuando "... atraigan la atención de la prensa y/o de las autoridades regulatorias,.." Por el alto nivel de contaminación la salud de la población se vio muy afectada; solo en una encuesta realizada a 1064 familias se encontraron 306 casos de cáncer. Se presume, sin embargo, un daño mayor, en vista de que no se registraba esta causa de muerte, por desconocimiento de la enfermedad. En electricidad, han concluido los casos presentados por las cinco empresas. Llama la atención la demanda de la Empresa Eléctrica del Ecuador (EMELEC) que ni siquiera se trataba de inversión extranjera directa, entre otras improcedencias. En minería, la información oficial fue nula. Por relatos extraoficiales de funcionarios y por referencias de Memoriales de la Procuraduría General del Estado, se encuentra en los procedimientos de las tres empresas demandantes características recurrentes: falta de transparencia, especulación en mercados financieros, asociaciones con alto riesgo. Adicionalmente, persecuciones y agresiones a pobladores opuestos a la explotación minera, por parte de fuerzas de choque de las empresas. Las corporaciones ante obligaciones y relaciones con el Estado. La apertura y liberalidad con que fueron recibidas las inversiones extranjeras dieron lugar a manejos especulativos por parte de las corporaciones para elevar beneficios, aunque implique eludir obligaciones. Así, siete de las empresas que se investigan se registraron como nacionales de paraísos fiscales, pero se acogieron a TBI suscritos con otros países (EUA, Francia, Canadá) para demandar a Ecuador ante tribunales internacionales. Estas y otras

prácticas poco transparentes han generado caos y distorsiones en los registros y estadísticas oficiales sobre la Inversión Extranjera Directa en el país. La subcapitalización para eludir las obligaciones tributarias se volvió una estrategia recurrente de las empresas en la década de los noventa y continuó hasta los últimos años, con alguna menor intensidad. Esta figura consiste en disfrazar como créditos los ingresos de capital; la magnitud de esta práctica irregular se constata en el crecimiento desmesurado de la deuda privada desde 1993. La compañía OXY recibió una glosa tributaria por subcapitalización y la consiguiente judicialización, con sentencia ratificada hasta las últimas instancias. El examen de balances contables y declaraciones de impuesto a la Renta ha permitido identificar numerosas irregularidades practicadas por la mayor parte de las 15 empresas investigadas y que se resumen en: pérdidas en ejercicios continuos con lo cual habrían incurrido en causales de disolución (en el caso de que el valor de dichas pérdidas excediera el 50% del total del capital más las reservas, de acuerdo a la Ley de Compañías); la relación ingresos por ventas e impuesto a la Renta pagado tiene poca racionalidad, mientras mayores son los ingresos menores los impuestos pagados; los mayores créditos se registran en subsidiarias (finalidad oculta de consocios); créditos intra-firmas llegan hasta 99% de pasivos mientras los valores de capital suscrito se mantienen perennemente en el mínimo exigido para la constitución de la empresa. El costo fiscal por convenios para evitar doble tributación, incentivos, concesiones y gasto tributario en impuesto a la Renta. Por estos conceptos el Estado renuncia a buena parte de los ingresos que podría obtener; según cifras, la mayor fracción de ese gasto fiscal beneficia al decil empresarial de más altos ingresos. Las corporaciones extranjeras han sido beneficiarias sin limitación de los precios reducidos de combustibles, de servicios de

energía eléctrica, telecomunicaciones, agua potable. La diferencia con lo que les habría costado en sus países de origen les representa un considerable ahorro poco cuantificado y reconocido. En comunicaciones escritas encontradas y denunciadas, las mismas empresas confiesan sus cabildeos para acrecentar ganancias y la liviandad de autoridades nacionales para complacerlos, la intromisión diplomática en el conflicto de la compañía OXY, irresponsabilidad y ocultamiento de daños provocados, inconcebibles e impunes declaraciones de manejos de sobornos.

Entiendo que los contratos de inversión tienen el potencial de convertirse en una oportunidad para el Estado si se los concibe como una recomposición del balance entre derechos y obligaciones entre el Estado y los inversores y como una vía de entrada hacia el rediseño del sistema de resolución de controversias relativas a las inversiones, pero ello no significa en modo alguno someterlos a la posibilidad de un arbitraje internacional que ni siquiera tiene la jerarquía de un ámbito jurisdiccional integrado por magistrados, sujeto a una legislación específica y con la posibilidad a acceder a otras instancias superiores en caso de un fallo adverso como lo establece entre otras la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

El Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversión (COPCI) ha dado algunos pasos en esta dirección pero podría ir mucho más allá. Con el objetivo de recuperar espacio regulatorio por la vía contractual, el Estado ecuatoriano podría incluir en toda nueva negociación o

renegociación de contrato de Estado con inversores extranjeros: - restricciones de derechos y mayores obligaciones para los inversores, como por ejemplo cláusulas de desempeño; - exigencias de compra de insumos a proveedores nacionales con la importación de productos del inversionista; - exigencias de participación de nacionales en la dirección de la empresa inversora y participación de capitales locales bajo diversas modalidades en las sociedades o corporaciones inversora; y - exigencias de transferencia de tecnología. - una cláusula que derogue la cláusula sobre solución de disputas inversor-Estado contenida en el TBI relevante, y donde el inversor se atenga, en vez, al mecanismo de solución de disputas incorporado y minuciosamente desarrollado en el contrato. Esta cláusula puede establecer que las disputas se resuelvan en jurisdicción nacional, o incorporar un régimen autónomo de resolución de controversias exhaustivo, incluyendo disposiciones sobre los requisitos para el consentimiento del Estado y todos los aspectos procesales de la controversia, incluida la selección de árbitros y la organización del procedimiento.

Volver a la redacción de los viejos tratados, volver a comprometer la soberanía del Ecuador al arbitraje, supone seguir con la habitual costumbre de someter al Ecuador a la voluntad de los inversores internacionales, con las lesivas consecuencias que ello ocasionaría. Los casos de Oxy y de Perenco, son un claro ejemplo de lo que podría ocurrir.

VI.- LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y SU PROCEDENCIA

El artículo 439 de la Constitución establece que las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual y colectivamente, y esa norma habilitó a la Asambleísta Veloz Ramírez y al Parlamentario Andino Hernández Enríquez a presentar una acción de inconstitucionalidad, al considerar que la ratificación de la suscripción del Convenio CIADI efectuada por el Decreto Ejecutivo 122 del 16 de julio del presente año es manifiestamente inconstitucional y esta Corte es el Tribunal que tiene potestades para declararla a través del debido análisis de los hechos y normas que se trajeron en consideración. A ello se suma que como lo establece el artículo 424 “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. **Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica**”. También como lo indica el artículo 425 donde se establece el orden jerárquico de aplicación de las normas, la Constitución es la Ley Suprema del Estado, como lo es en todos los gobiernos constitucionales, estando todas las personas, funcionarios, autoridades e instituciones sometidas a sus normas. Como lo enseña Loewenstein es la que resuelve todas las cuestiones constitucionales y los conflictos que puedan producirse en el ordenamiento legal del

Estado⁷. Esta no es una cuestión que pueda relativizarse sobre la base de que la suscripción del Convenio CIADI no obliga al Ecuador a someterse a arbitraje, y de tal manera tal adhesión de ninguna manera afecta la manda del artículo 422 de la Carta Magna. Digo que no puede relativizarse porque la firma de ese convenio establece la posibilidad de que el Ecuador recurra al arbitraje, lo que no puede hacerse de conformidad con la norma citada.

En la nota de la Presidencia que oportunamente presentara el Secretario General Jurídico, Abogado Pozo Neira cuando solicitó a esta Corte un dictamen sobre si era necesaria la aprobación de la Asamblea al Convenio CIADI una serie de disquisiciones para demostrar que la ratificación del Convenio 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 Tratados Bilaterales de Inversión 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 artículo 1 (2) del Convenio CIADI establece que
“ El Centro tendrá por objeto facilitar la sumisión de las diferencias

⁷ Karl Loewenstein. Teoría de la Constitución. Ariel Demos, Barcelona, 1982

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 artículo 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 es el fundamento básico de los Tratados Bilaterales de Inversión donde inexorablemente el Estado se somete al arbitraje de ese Centro, como claramente queda demostrado en todos los Tratados Bilaterales que suscribiera el Ecuador, y que fueran investigados y analizados en la CAITISA. 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? Aunque se lo niegue enfáticamente, la suscripción del CIADI significa atribuir competencias jurisdiccionales que son propias del orden jurídico interno del Ecuador, que prohíbe expresamente el arbitraje conforme el art. 422 de la Constitución. Si se lo suscribe es porque se acepta la aplicación de esos mecanismos, ya que de lo contrario no

tendría sentido suscribir un instrumento del que no se va a hacer uso. Por esa razón es que David Malpass, presidente del Grupo Banco Mundial y presidente del Consejo Administrativo del CIADI dijo al tener conocimiento de la decisión del Ecuador *“Resolver reclamaciones con los inversionistas extranjeros de manera eficiente y justa es fundamental para desarrollar un entorno empresarial competitivo”, “Felicitó al Gobierno del Ecuador por dar este importante paso y su renovado enfoque en inversiones del sector privado”*. Y la Secretaría General del CIADI Meg Kinnear sostuvo el mismo día de la suscripción del Convenio: *“Damos la bienvenida a la firma del Convenio del CIADI por parte del Ecuador. La firma de hoy confirma el compromiso del país para fortalecer su clima de inversión. Brindar acceso a un mecanismo imparcial para el arreglo de diferencias reduce el riesgo y brinda mayor confianza a los inversionistas, lo que conduce a la atracción de importantes flujos de inversión y la generación de más oportunidades de desarrollo para todos”*. A eso se suma que todos los periódicos del país y varios del exterior han informado sobre las declaraciones de distintos representantes empresarios, para los cuales resulta vital para la inversión extranjera la suscripción del Convenio, por lo cual es más que evidente que la decisión adoptada por el gobierno tiene por principal objetivo someter nuevamente al Ecuador a procedimientos arbitrales, prohibidos expresamente por la Constitución de la República.

Como lo establece el artículo 439 de la Constitución *“ Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadano o ciudadana individual o colectivamente y*

la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 12 establece el derecho de toda persona a presentar un “amicus curiae”. Ambas normas me permiten presentar este amicus curiae, y lo hago ya que no puedo permanecer en una actitud pasiva, sino que me encuentro obligado debido a haber ejercido funciones públicas en la CAITISA, que dieron como resultado mostrar lo que habían significado los arbitrajes y el daño sufrido por el Ecuador a través de esa sujeción jurisdiccional, donde su soberanía fue relativizada, dejada de lado, sometiéndose la misma a un conjunto de árbitros y no reconociendo el carácter fundamental que tiene la misma como uno de los atributos del poder del Estado y de la independencia de la Nación, todo lo cual está establecido en el Artículo 1 de la Constitución.

LA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE

El artículo 422 del Constitución del Ecuador, es taxativo en cuanto dispone que “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.”, y tal prohibición estuvo en el espíritu del legislador, ya que en el informe de la Mesa 9 de la Asamblea Constituyente, se expresó con contundencia: *“El Artículo [422] recoge una aspiración de gran respaldo nacional, consecuencia*

de los abusos que han deteriorado la soberanía jurídica del Ecuador. En forma expresa, dicha norma prescribe que no se podrá celebrar convenios o tratados internacionales que obliguen al Estado ecuatoriano a ceder jurisdicción a instancias de arbitraje internacional en materia contractual o comercial. Históricamente, en el Ecuador se han suscrito tratados que se han considerado como lesivos para los intereses del país, por cuanto trasladan la jurisdicción y competencia en casos de controversias originadas por relaciones contractuales o comerciales suscritas con empresas transnacionales, a instancias supranacionales de arbitraje, en las que, al parecer, los Estados son puestos al mismo nivel que una compañía comercial” Esta concepción estaba presente, aún cuando todavía faltaban años para que se pusieran en evidencia los perjuicios ocasionados al Ecuador por los referidos tratados, lo que demuestra que se trató de articular una norma constitucional, que en defensa de la soberanía del país, evitara que nuevamente fuera sometido a jurisdicciones extrañas, que además carecían de relevancia judicial, debido a que el arbitraje, es un procedimiento, donde se eligen árbitros que en la mayoría de los casos -como lo probó la CAITISA- provienen del sector privado, y han sido abogados de empresas transnacionales, y defienden ese interés, aunque formalmente existan apariencias de independencia.

Ahora bien, entiendo que para interpretar esa norma, como oportunamente lo hizo la composición anterior de la Corte, no cabe aislar el artículo 422, de otras disposiciones de la Constitución, ya que como ha señalado la doctrina, la interpretación

constitucional debe hacerse mostrando la integralidad del espíritu de las normas, y no la consideración aisladas de muchas de ellas. El propio artículo 427 de la Constitución lo aclara al puntualizar que *“Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. 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 la opinión de los integrantes de la mesa 9 que he transcripto ut-supra, sino en otras normas de la Carta Magna. 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. Esa ha sido la concepción del constituyente y guarda relación armónica con las otras normas que he citado y con el artículo 422, ya que al mencionar el marco jurídico y las regulaciones nacionales, se está reafirmando la decisión que todo contrato de inversión y cualquier otra contratación que efectúe el Estado, estará sujeta a ese marco, porque ése ha sido el espíritu que nutrió a la Constitución, a fin de evitar, la sujeción a soberanías extrañas, cuyas decisiones siempre fueron perjudiciales para la Nación.

En el caso traído a consideración de esta Corte el primer párrafo del artículo 422 resulta concluyente en cuanto a la afirmación de la soberanía irrestricta del Ecuador en lo que hace a su jurisdicción, y en esto se recogen las normas de los anteriores textos constitucionales, en los cuales existía la denominada clausula Calvo, además del principio de inmunidad soberana de los Estados, que debe tenerse siempre presente, más allá de que el Estado, pueda en algunas cuestiones específicas, aceptar el juzgamiento en otra jurisdicción, la que debe ser expresa, y considerando que esa jurisdicción tiene que ver con el poder jurisdiccional de otro país, que está sometido al orden jurídico, y no como ocurre con el arbitraje, donde existe la discrecionalidad de un tribunal arbitral, que se maneja con sus propias reglas, y no las de la juridicidad de un Estado. Esta cuestión de la soberanía arranca de la primera Constitución ecuatoriana dictada en Riobamba en 1830, lo que configura un antecedente de enorme significación que no puede soslayarse, y fue repetido en distintos textos que forman parte de la historia constitucional del Ecuador.

EL CONTRATO DE INVERSIÓN Y SU SIGNIFICADO EN RELACION CON EL CONVENIO DEL CIADI

Un punto fundamental que también debe considerarse es que si la Constitución no permite el arbitraje en cuestiones relacionadas con “Tratados” o “instrumentos internacionales” tampoco puede permitirlo en simples

contrataciones entre el Estado y sujetos de derecho privado o personas naturales, ya que admitir lo contrario significaría darle preeminencia a la simple contratación estatal sobre instrumentos con mayor significación jurídica. La eventual sujeción al llamado tribunal del CIADI además de violentar las normas constitucionales desconoce no solo la investigación y conclusiones de la CAITISA, sino lo que surge de innumerables investigaciones internacionales sobre el significado de los tratados bilaterales y los perjuicios ocasionados por ellos a varios Estados. Equivocadamente se creyó y se sigue sosteniendo, que la celebración de tales instrumentos, provocaría una lluvia de inversiones sobre el país, tal como lo consignan las distintas opiniones de lobystas y abogados de empresas transnacionales, desconociendo que tales criterios no pasan de ser afirmaciones efectistas que están refutadas por la evidencia empírica. Y al respecto, antes de continuar, cabría preguntarle al Sr. Presidente de la República, si tiene conocimiento que la República Federativa de Brasil, nunca suscribió la Convención del CIADI y es el país que más inversión extranjera directa ha recibido en las últimas décadas. Lo hizo sin haber firmado ningún tratado de inversión.

Cuando en el artículo 422, se hace referencia a controversias contractuales o de índole comercial, se está efectuando una diferencia que debe ser tomada en cuenta a los efectos de cualquier consideración, ya que en numerosos trabajos que pretenden justificar la procedencia del arbitraje se ha sostenido que los TBI solo establecen normas de protección respecto a posible

incumplimientos del Estado lo cual no es cierto. Si se toma como ejemplo entre otros el Tratado celebrado con los Estados Unidos de Norteamérica que fuera firmado en Whashington el 27 de agosto de 1993, se puede observar que se dispone: *A efectos del presente Tratado: a) "Inversión" significa todo tipo de inversión tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio y de inversión, que se haga en el territorio de una Parte y que directa o indirectamente sea propiedad de nacionales o sociedades de la otra Parte o esté controlada por dichos nacionales o sociedades, y comprende:*

i) Los bienes corporales e incorporeales, incluso derechos tales como los de retención, las hipotecas y las prendas;

ii) Las sociedades o las acciones de capital u otras participaciones o en sus activos;

iii) El derecho al dinero o alguna operación que tenga valor económico y que esté relacionada con una inversión;

iv) La propiedad intelectual que, entre otros, comprende los derechos relativos a:

las obras artísticas y literarias, incluidas las grabaciones sonoras,

los inventos en todos los ámbitos del esfuerzo humano,

los diseños industriales,

las obras de estampado de semiconductores,

los secretos comerciales, los conocimientos técnicos y la información comercial confidencial, y

las marcas registradas, las marcas de servicio y los nombres comerciales, y

v) Todo derecho conferido por la ley o por contrato y cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la Ley.

Es decir que existe una amplísima variedad de aplicaciones contractuales derivadas de ese tratado, que no tienen solo que ver con el marco protectivo sino sobre las propias cláusulas contractuales, porque esa fue la intención de los que diseñaron el sistema, que no se limitaron a los aspectos legales de la inversión, sino a los aspectos contractuales de la misma, constituyendo una falacia suponer, que en caso de controversia solo se reclamará sobre las garantías y protecciones acordadas por el Tratado, ya que no solo no es así, sino que los propios litigios que enfrentara el Ecuador en el CIADI, son un claro ejemplo de esa inescindible relación contractual que vincula a los TBI con los contratos de inversión.

En la Constitución de la República se enfatiza la soberanía del Estado, y la imposibilidad que esa soberanía sea limitada por un arbitraje, donde intervienen un particular, designado, por la empresa demandante y otro de ellos por el Banco Mundial, que es una institución multilateral, y esa soberanía a la que me refiero no solo fue establecida en el 2008 a través de un nuevo

texto sino que como señalara reconoce antecedentes históricos que deben ser tenidos en cuenta.

LA SOBERANÍA DEL ESTADO. LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD. EL CIADI.

En la presentación efectuada oportunamente por el Secretario General Jurídico de la Presidencia, Abogado Pozo Neira, se reitera que la firma de la Convención del CIADI no obliga al Ecuador a someterse a un arbitraje, ya que ésta sería una cuestión donde voluntariamente el Ecuador se somete a un procedimiento de resolución de controversias, pero podría no hacerlo. Indudablemente pareciera que el funcionario de la Presidencia no conoce el mundo de las inversiones internacionales, todo lo padecido por el Ecuador a través de la suscripción de los TBI, además de las enormes sumas de dinero que ha tenido que pagar y que adeuda, por haberse sometido a un tribunal arbitral. El caso más evidente es el laudo de Oxy, que repugna al ordenamiento jurídico de cualquier Estado, y es la más palpable manifestación de cómo opera el sistema de arbitraje y cómo favorece invariablemente el interés del inversor. El abogado Pozo Neira ¿Conoció ese fallo? ¿Lo ha leído? ¿Sabe a los extremos que se llegó en desconocer las normas reguladoras del país y la razonabilidad de lo actuado? Indudablemente me parece que no, porque de lo contrario no argumentaría con tal liberalidad respecto a la perfección del sistema y a su protección constitucional. Pero esta cuestión de la

voluntariedad es una forma convencional que no responde a la realidad objetiva de aquellos países que suscribieran el Convenio y que firmaran TBI, por los cuales se sometieran al arbitraje. El criterio observado para optar por el arbitraje siempre ha sido el mismo: que es fundamental para la inversión externa, ya que los nacionales de otros Estados se sienten seguros de la jurisdicción arbitral a la que van a recurrir.

Aunque para las modernas concepciones del derecho internacional público, el concepto de soberanía ha ido cambiando estableciéndose las diferencias entre los actos de “*iure imperii*” y *iure gestionis*”, ello está referido a la actuación de la competencia jurisdiccional de un tribunal estatal, y no a lo que se conoce como tribunal del CIADI, que tiene características especiales que afectan la soberanía de los Estados, por lo establecido en su propia estructura y procedimientos, donde la omnímoda decisión de ese particular tribunal es inapelable, y solo admite un limitado recurso de nulidad, que también es decidido por el mismo, sin que ante su rechazo, haya posibilidad alguna de recurrir a otra instancia, lo que contradice claramente normas de la estructura jurídica de los Estados que admiten la doble instancia. Que se haya generalizado la adopción de esos tratados no significa en modo alguno, que pueda convalidarse esa cesión de soberanía, por la cual un Estado se somete a tres abogados que decidirán de manera inapelable, lo traído a consideración de ellos. Esa cuestión es la que llevó a la creación de la CAITISA, a la decisión del ex Presidente Rafael

Correa, para retirarse del CIADI, y denunciar varios tratados bilaterales.

Aceptar la la constitucionalidad del decreto presidencial que ratifica la suscripción del Convenio CIADI significaría someter la soberanía ecuatoriana a un marco regulatorio, que repugna al espíritu de la propia Constitución que es clara, en cuanto como hemos citado, en su art. 339 establece que la inversión extranjera estará sometida al marco jurídico y a las regulaciones del estado ecuatoriano, no a supuestos arbitrajes internacionales, como al que se propugna volver, para conseguir quiméricos beneficios, que solo están en la intención del actual gobierno, pero que en modo alguno tienen que ver con la realidad que viviera el país desde la adhesión al CIADI en 1986 por decisión del entonces Presidente León Febres Cordero.

Una de las formas habituales del control económico, lo constituye la imposición de normas jurídicas que permiten a los que manejan el sistema financiero y la inversión transnacional, contar con estructuras legales que puedan ser funcionales a sus intereses, y donde el poder del Estado se debilita al ser considerado como un comerciante convencional, que nunca se encuentra en igualdad de condiciones con los bancos que le prestan dinero, o con los inversores en actividades que hacen a la economía de un país. Al estar sujeto a presiones e imposiciones, a renunciaciones y condicionamiento, la soberanía se convierte en una verdadera

ficción, aunque presente los aspectos formales que caracterizan a una nación independiente de todo poder externo.

Stephan Krasner estudió en profundidad las distintas concepciones de soberanía mostrando las diferencias entre lo que significa la verdadera entidad de un país soberano, con lo que resultan ciertas ficciones como la soberanía legal internacional mostrando lo que a su juicio es una “hipocresía organizada” ya que frecuentemente las soberanías de los países débiles son arrasadas por aquellos con suficiente poder para imponerse, no solamente mediante intervenciones militares, sino a través de otras formas más efectivas de penetración.⁸ En lo que hace al endeudamiento externo, la renuncia a la inmunidad soberana fue condición excluyente de cualquier contratación, con el fin de que los prestamistas se aseguraran que en caso de eventuales conflictos intervinieran los tribunales de sus países, siempre sensibles a las influencias de su poder. Respecto a la inversión extranjera se buscó un instrumento para protegerla como la Convención CIADI, con mecanismos adecuados que excluyeran cualquier intento de cuestionar en otra instancia la decisión definitiva de un laudo. Además, la intervención de los organismos multilaterales de crédito, fue parte de un nuevo sistema de intervención, que preservando la soberanía legal, instrumentaba políticas, condicionaba la economía, influía en las negociaciones internacionales, presionaba para obligar a los países miembros a

⁸ Stephen D. Krasner, *Soberanía. hipocresía organizada*, Paidós, Barcelona, 2001, 366 páginas

ajustar sus decisiones a las pautas que marcaban sus tecnócratas. De la misma manera a través de la firma del Convenio de Washington, que dio lugar a la creación del tribunal del CIADI, los inversores se aseguraron de contar con un sistema de arbitraje, donde contarán con árbitros, que privilegiaran el interés privado, frente al interés público.

Aunque las leyes de inmunidades soberanas de los Estados Unidos y Gran Bretaña aparecieron en la década del 70, hubo una clara intención de modificar el derecho interno de los países de América Latina, debido a que él mismo resultaba limitativo para la expansión de las empresas transnacionales. La restricción de la soberanía nacional a través de la sujeción del país a tribunales arbitrales internacionales (en reemplazo de los tribunales locales), fue por la voluntad de dar la más amplia cobertura a un sistema de preferencias en favor del inversor extranjero. Estas preferencias aparejan, de hecho y de derecho, una declinación de la soberanía y la total inmunidad de acción para el inversor foráneo quien, protegido por la prohibición de imponérsele cláusulas de desempeño (pactadas a su favor en todos los TBI), puede depredar el medio ambiente del país, no aportar mayormente a la economía, eludir o estar exento de tributos y así competir en mejores condiciones con las empresas locales, sin responsabilidad alguna. Conexa con esta aceptación sin reservas, fue el consentimiento irrestricto prestado, a resolver ante el CIADI todas las controversias. Esta sujeción a una soberanía extraña a nuestra jurisdicción se trata

de una fibra más de las que componen la coyunda con que atan su yugo los países dominantes a los países dependientes.

Hace unos años un destacado jurista argentino mostrando contradicción con las nuevas tendencias de relativización soberana planteó hace unos años que *“El Estado Nacional en virtud de su fin, el bien público o bien común, tiene un rango superior al de cualquier otra persona en el ámbito de la sociedad humana. Esa superioridad deriva de la índole de su finalidad, que está constituida por el bien más alto, el bien Supremo, el que desplaza y subordina a todos los otros bienes de la comunidad. El servicio del público, el servicio de la totalidad de los ciudadanos al común de la población, no es equiparable, pues, a ningún fin en particular por respetable que parezca, mucho menos a los lucros privados de las sociedades comerciales”*⁹ La práctica "habitual" de la prorroga jurisdiccional o el sometimiento al arbitraje del CIADI, ha sido el eufemismo detrás del cual se escondió siempre la verdadera naturaleza de estas operaciones, donde el poder soberano del Estado desaparece y éste se convierte en un particular cualquiera, que va a contratar con otro particular o con una entidad privada en igualdad de condiciones, alterándose de tal manera la profunda significación que tiene el Estado soberano como representante de una comunidad independiente y no sometida a las imposiciones de cualquier vulgar comerciante que pretende tratarla de igual a igual. Por otra parte, es más que elemental que si ese comerciante cuenta con el recurso de solicitar la intervención de los

⁹ Lozada, Salvador María. El desguace del Estado Nacional, Ediciones Jurídicas Cuyo, Buenos Aires, Argentina, 2001.

tribunales de su propio país, es altamente improbable que, ante una controversia que se pueda plantear, reciba un fallo adverso, máxime cuando no se trata solamente de acreedores particulares, sino de los grandes conglomerados transnacionales del llamado "mundo libre".

La doctrina del realismo periférico instalada en la década del 90, fue funcional a las acciones de sometimiento a la autoridad del CIADI, donde el Estado cedió sus prerrogativas, al haber acordado con las empresas una serie de concesiones que fueron esgrimidas en ese Tribunal para obtener sentencias que resultaran favorables a la pretensión de los actores en esos juicios arbitrales. El jurista Carlos Calvo había afirmado hace décadas, con base en el principio de igualdad de los Estados, que los nacionales y extranjeros tenían los mismos derechos y obligaciones. Las controversias que pudieren suscitarse relativas a reclamos de esos extranjeros contra el Estado receptor o sus nacionales, quedaban sujetas a las leyes y jurisdicción de éste último. Los Estados extranjeros debían abstenerse de intervenir en las controversias de sus nacionales en terceros países. No menos grave que el haber aceptado ese tipo de arbitraje de índole crematística y financiera, por encima del ordenamiento jurídico nacional, es la doctrina que el CIADI ha formulado para sustentar y defender su competencia, a instancias del inversor, aún en aquellos casos en que los tribunales locales hubieren dictado sentencia en un diferendo.

Cabe recordar que este Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) no cuenta

con un Tribunal permanente, sino que se constituye ante cada caso registrado.

También se debe destacar la particularidad, que en todos los procesos llevados adelante ante el Tribunal del CIADI, se le asigna una amplia importancia a la confidencialidad del proceso, lo que no fue establecido en el Convenio de Washington, ni en todas las normas procesales, sino debido al expreso pedido de todos los demandantes en todos los procesos que inician contra los Estados nacionales. De esta manera también se viola la publicidad de todos los actos de gobierno, una de las bases del sistema republicano que rige en el Ecuador.

La magnitud y fuerza de esta corriente globalizante de las finanzas internacionales en beneficio de los capitales transnacionales se advierte claramente en la circunstancia que, según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), solamente hasta el año 2008 se acumulaban en el mundo un total de 2.676 TIB. Este número determina que los países que tienen gran número de causas, tendrán una menor calificación crediticia para ser considerados territorios donde invertir capitales genuinos.

Estos temperamentos arbitrales, menester es señalarlo, contradicen explícitamente las doctrinas de derecho internacional aportadas por la ciencia jurídica al mundo, conocidos por los nombres de los juristas que las concibieron, Drago y Calvo.

Drago sostenía, ya en 1902, que *“el prestamista tiene siempre en cuenta los recursos y la solvencia del país con el cual negocia, y que las condiciones del empréstito van a depender del crédito de que éste goza ya que sabe que contrata con una entidad soberana y es condición inherente a toda soberanía que no pueden seguirse procedimientos ejecutivos contra ella”*, en tanto que Calvo había afirmado años antes, con base en el principio de igualdad de los Estados, que *los nacionales y extranjeros tenían los mismos derechos y obligaciones... las controversias que pudieren suscitarse relativas a reclamos de esos extranjeros contra el Estado receptor o sus nacionales, quedaban sujetas a las leyes y jurisdicción de éste último. Los estados extranjeros debían abstenerse de intervenir en las controversias de sus nacionales en terceros países”*. Las doctrinas, que dieron sustento a la soberanía e igualdad de los Estados, fueron tiradas por la borda sin recato, prefiriéndose optar por dar un consentimiento en blanco al sometimiento irrestricto e incondicionado no a una jurisdicción de jueces internacionales sino a una jurisdicción arbitral explícitamente protectora de prestamistas, especuladores y corporaciones multinacionales.

No resulta admisible volver a un esquema que afectará la soberanía del Ecuador, y si se debe pretender el dictado de normas que garanticen el interés nacional, el desarrollo de la economía local, el cuidado del ambiente, del orden público y del bienestar general. El acogimiento anticipado e irrestricto a la jurisdicción arbitral en nada le sirvió al país y en nada le servirá en un futuro. Por el contrario, es más el daño que le provocarán sus

fallos (que son inapelables) que los beneficios que podrían aparejar, aún no vislumbrados.

Aunque resulta visible la propaganda internacional que muestra las bondades del sistema de arbitraje internacional, como un ejemplo de transparencia en la resolución de las controversias, la realidad que surge de los laudos, y de los árbitros que intervienen en ellos, ponen en evidencia el grado de parcialidad que existe en favor de los inversores, que generalmente se ven beneficiados por árbitros, que antes han sido abogados de empresas y que tienen criterios muy claros para adjudicar siempre la responsabilidad del incumplimiento al Estado demandado. De acuerdo a informes que surgen de la página web del Banco Mundial, en las designaciones de árbitros siempre se privilegia a Europa y Estados Unidos, además de países que se encuentran bajo su influencia económica. En el último informe estadístico correspondiente al año 2014, se indica que el 47% de los árbitros designados provienen de Europa y el 22% de Estados Unidos, Canadá y México, correspondiéndole a América del Sur solo el 11%, y en general los que se designan, tienen posición conocida a favor del inversor. En cuanto al número de árbitros se menciona que 173 corresponden a Estados Unidos, 171 a Francia, 144 al Reino Unido, 100 a Suiza, 94 a Canadá, 82 España y 52 a Alemania. Dicho de otra forma, la industria del arbitraje internacional de inversiones está dominada por un reducido y compacto grupo de árbitros, los cuales han sido caracterizados por académicos, periodistas y otras personas cercanas al circuito del arbitraje de inversiones como “un

pequeño club secreto”, “un círculo cerrado”, “un hermético grupo homogéneo integrado por ‘grandes veteranos’.

Un ejemplo se puede observar también en los casos tramitados contra Ecuador, donde el 58% de los árbitros nominados son considerados como “de élite” pues forman parte del club de árbitros con influencia y con nominaciones repetidas. De estos 26 árbitros, 13 son considerados como los principales referentes en el mundo del arbitraje de inversiones a nivel mundial. Los árbitros que forman parte de este grupo tienden a promover y defender el sistema de protección de inversiones, incluso cuando sus contradicciones son tales que amenazan con desprestigiarlo. Muchos tienen mayor afinidad con el mundo comercial, y sin embargo tienen el poder de decidir si las políticas nacionales de los Estados son "legales". Además, tienden a ignorar en su análisis de los casos que en determinadas circunstancias los Estados deben implementar políticas públicas en el interés de sus ciudadanos o el medioambiente, aún cuando éstas afecten las ganancias de los inversores. Los árbitros que evaluaron la validez de los actos del Estado ecuatoriano fueron elegidos de manera ad-hoc, sin garantías institucionales previas de imparcialidad e independencia. La mayoría de los individuos que ejercen el rol de árbitros continúan ejerciendo otros roles tales como: consejeros de parte en arbitrajes, asesores de empresas, académicos, miembros del directorio de empresas o testigos expertos. De los 45 árbitros que han participado en casos contra Ecuador el 73% sigue ejerciendo la abogacía en bufetes y combinan la práctica de la profesión en firmas de

abogados o Chambers con su rol de árbitro. Y el 71% asesoran a empresas o son parte de directorios de empresas. En la práctica, este “modus operandi” tiende a desembocar en una serie de potenciales conflictos de intereses.

LA FICCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Todas las concepciones favorables al arbitraje, fueron defendidas fervorosamente por los grupos empresarios y sus abogados locales, pero nunca se tuvo en cuenta, que existe una evidente diferencia entre aquellos países receptores de inversiones, y aquellos que a través de sus empresas transnacionales operan en los países receptores, que debido a su vulnerabilidad, son condicionados y presionados para aceptar cláusulas verdaderamente abusivas, que luego son utilizadas ante cualquier controversia, y aceptadas por los Árbitros. Estas concepciones limitativas de la soberanía de los Estados que avanzaron notablemente durante las últimas décadas han permitido la utilización de un cuerpo jurídico que siempre tiende a favorecer a los sectores empresarios en perjuicio del Estado, y de allí han surgido determinadas teorías, que con el pretexto de evitar la arbitrariedad del Estado en la relación contractual con terceros, estructuraron toda una normativa, que no solo protege a estos últimos, sino que va contra los intereses del propio Estado. El argumento central de los defensores de estas tesis, es que funciona la autonomía de la voluntad, y que nadie está obligado a firmar

aquello que puede resultarle lesivo o perjudicial. Empero esto también puede resultar una ficción, y es por eso que un jurista señaló con acierto que *“Cuando el Estado debe contratar con súbditos de otros países o con sociedades multinacionales, desaparece su preeminencia y, en muchos casos puede encontrarse en verdadera situación de inferioridad, sea por “necesidad” sea por “inexperiencia”*¹⁰

En estos casos los conceptos de autonomía funcionan muy relativamente, ya que muchas veces las necesidades coyunturales son aprovechadas por los grupos empresarios para imponer condiciones de gran onerosidad, que no son advertidas, ante la ficción de mostrar a las inversiones como una fuente imprescindible del desarrollo. Cuando se cuestiona la validez de ciertas contrataciones, y la eventual existencia de cláusulas abusivas que han sido suscriptas sobre la base de los TBI firmados, se esgrime entre otros elementos la autonomía de la voluntad, que no solo significa el respeto a lo que se haya pactado, sino la libertad de las partes al realizar la contratación. Pero como señalara Ole Lando *“Una parte débil enfrentada con la alternativa de adherir a los términos establecidos por la otra parte o de no contratar en absoluto, puede encontrar que esa libertad es ficticia. Más aún, algunos contratos son objeto de un intenso interés público. El principal propósito de la legislación que los regula es proteger a la parte contra términos restrictivos o injustos...La libertad de las partes de elegir la ley aplicable dependerá de una*

¹⁰ Luis Moisset de Espanes, “La Lesión y el Derecho Administrativo” en Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1984, págs 686-687

ponderación de intereses por un lado, los intereses de la comunidad con la cual la transacción tiene contactos"¹¹ Por otra parte, aún atendiendo a la razonabilidad de ciertos argumentos, sobre el derecho de las partes, a manejarse con autonomía en cualquier tipo de contratación, no es lo mismo cuando esa relación bilateral está sustancialmente alterada por la desproporción que puede existir entre una y otra de las partes. Si nos atenemos a los principios que guían específicamente la autonomía de la voluntad como derecho, básicamente son cuatro: a) La discrecionalidad de contratar o de negarse a hacerlo. b) La de elegir con quién contratar c) La de decidir sobre las condiciones propias de la regulación que se conviene. d) Modificar, transmitir y extinguir los efectos de lo convenido, sincronizando con el co-contratante el ejercicio de estas facultades, reconociendo como límite la preservación de derechos de terceros.

El principio de autonomía de la voluntad tan esgrimido en el derecho anglosajón ha tenido reconocimiento expreso por el Consejo Constitucional Francés, por el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, y en Los Principios del Derecho Europeo de Contratos. Finalmente, y obviando otras disposiciones internas de los países que sería largo enumerar, también fue reconocido en la Convención Interamericana de México, sobre el derecho Aplicable a los Contratos internacionales. Pero más allá de estos principios básicos, la autonomía de la voluntad nunca fue

¹¹ Ole Lando, *El Conflicto de Leyes de Contratos: Principios Generales*. En: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. Vol. 189 (1984)

absoluta, y siempre estuvo sujeta a restricciones, determinadas por la legislación de los contratantes, que regulaban los diversos actos relacionados con la contratación. Pero además de ciertas regulaciones legales propias de cada país de celebración del contrato, existían principios generales del derecho que debían respetarse, siendo uno de ellos verdaderamente sustancial como es la buena fe, que ha sido incorporado al artículo 1.7 de los “Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales”. En el artículo de referencia se establece de manera categórica: a) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. b) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber¹².

Esas limitaciones a la autonomía, han surgido también de la llamada teoría de la imprevisión o principio *rebus sic stantibus*, que autoriza la revisión contractual, cuando se produjera un cambio de circunstancias que alterara las disposiciones de la contratación. Pero además otra de las cuestiones limitativas de la autonomía de la voluntad, la constituye la lesión que puede ser ocasionada a las partes por las características en que se desarrolló la contratación.

Al respecto cabe mencionar como causales de revisión, el “descuido aprovechado”, “la situación financiera extrema”, o el estado de ánimo excitado” (artículo 879, inciso 4º. Del Código Civil de Austria), o casos de “mala fe” (artículo 1867 del Código de Louisiana). A su vez la jurisprudencia británica ha

¹² International institute for the Unification of Private Law. Roma, 1994

descalificado reiteradamente actos lesivos, modificatorios de la autonomía. En los Estados Unidos, en el “Uniform Commercial Code (Sec. 2302) y en el Restatement Of Contracts 2nd, se contempla la categoría genérica del contrato injusto o irrazonable (unconscionable contrac), entendiéndose por tal el que conmueve la conciencia (shocks the conscience” según fórmula empleada por Lord Eldon en 1804). Estas limitaciones a la voluntad pueden verse en algunas partes del derecho norteamericano donde se consagra la figura del “unnecessary hardship” de revisión contractual cuando se produzca una alteración sustancial en la relación del contrato. Es decir que ese concepto autonómico no es absoluto y está condicionado por determinados principios de derecho que no pueden desconocerse, aún una de las partes quiera prevalerse de las especificaciones de un contrato impuesto a una parte por necesidad de esta, imprevisión, o una situación financiera extrema. Además, se debe considerar, que no solo hay una supremacía contractual desde las condiciones económicas que se pactan, sino un sometimiento normativo, ya que las modificaciones legales que se van produciendo respecto a los contratos internacionales, son impuestas por teóricos del derecho afines a las empresas transnacionales, que pretenden rediseñar el sistema jurídico para convertirlo en otro instrumento favorable a sus derechos. Como lo señalara Perrin: *“Las reglamentaciones autónomas de las grandes organizaciones económicas, comerciales.... Se desarrollan en forma intensa. Habría que estudiar cómo estos organismos han logrado imponer las normas que ellos mismos dictan. Es verdad que, en teoría, la colaboración internormativa mantenida con el derecho estatal parecería ser la propia de una conjunción resuelta por su subordinación a las instancias*

del derecho público. En la práctica, con frecuencia (cada vez con mayor frecuencia de acuerdo a nuestra experiencia) estas organizaciones llegan a imponer su supremacía a pesar y aún contra el derecho estatal. En razón de que esos plexos normativos están deliberadamente estructurados para responder a la parte dominante en el contrato, es importante oponerles los principios generales del derecho, que generalmente se desconocen porque implicarían una limitación clara a los condicionamientos de la inversión. Por eso este autor concluye diciendo que: “Por nuestra parte, hemos llegado a la misma conclusión sosteniendo que, toda vez que una relación de derecho privado se establece entre dos sujetos, debe ser posible invocar los principios generales del derecho continental, aun cuando la relación no sea sometida a un juez estatal.”¹³

Todo orden normativo que merezca el nombre de jurídico debe velar porque en su seno no existan relaciones arbitrarias, discriminatorias o abusivas. Sería contradictorio considerar que esos órdenes son jurídicos y que, al mismo tiempo, pueden dejar de cumplir esos grandes principios. No puedo dejar de señalar la ficción que encierra el pretendido respeto a la autonomía de la voluntad cuando esa autonomía no existe, y es solo el reflejo de la autonomía de una sola de las partes del contrato, quien decide, estructura e impone sus condiciones, abusando de la necesidad de la otra parte. Otro argumento que se utiliza habitualmente para cuestionar el argumento de la imposición de condiciones, es aquel

¹³ Jean Francois Perrin, La autonomía de la voluntad y el pluralismo jurídico en nuestros días. Trabajo presentado en el Comité 3 (estudios socio-jurídicos) XVII Congr s International des Sociologues de Langue Francaise. Universidad Rabelais de Tours, Francia 4 al 9 de julio de 2004

que sostiene que al estar firmados los convenios por sus representantes legítimos no pueden ser invalidados, y que esa supuesta imposición extra-legal debe ser suficientemente evidenciada, ya que de alguna manera significaría una vulneración de la soberanía. Hay cuestiones relacionadas con los principios generales del derecho que pueden ser utilizadas para cuestionar una contratación y mostrar la ilegitimidad del acto, evidenciando además la inexistencia de la tan mentada autonomía de la voluntad.

En lo que hace al contrato irrazonable, existe una coincidencia con los principios del derecho administrativo provenientes del derecho romano germánico, ya que se supone que en todo contrato de la administración pública siempre debe estar presente el principio cardinal de la razonabilidad. También existe en el common law la protección contra cláusulas ilícitas o que atenten contra la moral y las buenas costumbres y no respeten la equidad de los contratos. Si de una promesa resultase una obligación contraria a la ley y a las buenas costumbres es obvio que tanto el Derecho inglés como el norteamericano declaran que la promesa es nula. Los juristas admiten una acción de nulidad en contra de cualquier contrato cuya ejecución comprenda una infracción de la ley positiva o a la ley moral. Es por eso que se habla de un contrato nulo como contrario al orden público y bajo este aspecto se nulifican las promesas de no acudir a la justicia. Empero hay que tener en cuenta que para eximirse de cumplir un contrato es necesario que el contratante invoque y pruebe el error, violencia, abuso de autoridad o ilicitud (breach of contract).

Es un principio de derecho que ningún sujeto puede hacer legalmente lo que tiende a ser injurioso para el pueblo; también la acción que pueda alterar la tranquilidad y la paz social y aquellos valores y principios que deben ser respetados por los Estados, aún cuando la relación entre ellos esté sujeta a una ley extranjera. Esta indicación del orden público debe ser tomada en cuenta los efectos de considerar no solo los aspectos legales de la Convención CIADI sino de los TBI, y las consecuencias derivadas de ellos a través de las contrataciones que efectuó el Ecuador durante la vigencia de tales instrumentos internacionales, ya que tiene un enorme significado respecto no solo al debido cumplimiento del orden jurídico, sino a las consecuencias originadas en contratos no ajustados a derecho.

EL ORDEN PÚBLICO Y LA CONVENCION CIADI

En 1853, la Cámara de los Lores en el Reino Unido de Gran Bretaña, estableció que “orden público (public policy) es aquel principio de derecho que sostiene que ningún sujeto puede hacer legalmente lo que tiende a ser injurioso al público o contrario al bien público. Esta concepción del orden público en el derecho anglosajón, debe interesarnos, ya que sistemáticamente se hace referencia al mismo en los laudos. Y es así que en EE.UU. en distintos fallos emitidos por sus tribunales se plantearon las razones básicas de moralidad y de justicia que están ínsitas en el orden

público.¹⁴ Esas concepciones no eran nuevas y tuvieron un claro origen en el derecho romano siendo incorporadas al Código Napoleón, y están referidas esencialmente con aquellas leyes o normas internas de los Estados Uno de los doctrinarios que más se ocuparan del tema resumió el concepto de orden público diciendo que es “el conjunto de condiciones fundamentales de la vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos, ni en su caso, por la aplicación de normas vigentes” , y antes de él se había explicado que “la expresión “orden público” se presenta a varios usos en el campo del derecho¹⁵. Uno es afirmativo: el orden público sirve para resolver dudas concernientes a la interpretación de las normas jurídicas, función afirmativa particularmente importante respecto de las previsiones contenidas en las leyes de carácter penal. Otros dos usos del concepto son negativos o limitativos: 1º.- El orden público limita la libertad contractual, invalidando por ejemplo los acuerdos restrictivos del comercio, 2º.- el orden público, además, limita la aplicación de la ley extranjera y el reconocimiento de las sentencias dictadas fuera del país.

Algunos autores, pensaron que el concepto de orden público estaba asimilado al Derecho Público, conforme lo usaban los romanos, pero analizando algunos aspectos relacionados

¹⁴ Entre otros caso “Parsons y Whittmore Overseas Co, Inc v Societe Generale de L’Industrie du papier Rakta and Bank of. America, 508 F. 2 cir. 969. Nueva York 1974

¹⁵ J,C, Smith. Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, 1964 T° XXI, pág. 56

con esta cuestión, el jurista alemán Federico Carlos de Savigny indicó que los romanos empleaban indistintamente las expresiones Jus Publicum y Jus Commune para referirse con ellas, a las reglas necesarias e invariablemente imperativas, es decir a las que prescriben de modo absoluto ciertos actos u omisiones sin admitir su eventual derogación por actos de la voluntad privada. Y en su conocida obra Sistema de Derecho Romano actual, publicada en 1848 indica sin designarlo que el orden público son los límites locales a la aplicación de la ley extranjera.

En el caso que nos interesa respecto a la aplicación de este concepto, intervienen aquellas cuestiones relacionadas con el derecho internacional y con las normas pactadas en la Convención CIADI y en los tratados y contratos suscritos a su amparo. La aplicación de la ley extranjera a la que toca tener como norma según la regla de conflicto, solamente queda excluida por razón de orden público y por fraude de la ley imputable a las partes, y al respecto debemos señalar que el orden público está unido inescindiblemente al derecho constitucional, ya que la Constitución está en la base del sistema jurídico, y en virtud de ello es la norma máxima protectora del orden público. Ese orden tiene algunos elementos distintivos que determina que las leyes de orden público, y la Constitución es su máximo exponente: a) No puedan ser derogadas por las partes por acuerdo de voluntades. b) Impiden la aplicación de la ley extranjera, no obstante, cualquier norma legal que así lo disponga. c) Pueden y deben aplicarse retroactivamente ya que no se pueden invocar a su respecto los derechos adquiridos.

Además, el concepto atraviesa transversalmente toda la materia jurídica en cualquier rama de que se trate, siendo un concepto jurídico fundamental que define en parte a un sistema normativo estatal. Al respecto nos parece muy oportuno volver a algunas de las clásicas definiciones de orden público centradas en el interés protegido por el Estado en función de la defensa de derechos y principios socialmente valiosos, por encima de aquellos particularmente legítimos, pero fundamentalmente individuales, más no en abstracto, sino ligados a la necesaria revalorización de la idea de Estado.

Después de todas estas referencias, se puede ver que ese orden público ha sido invariablemente desconocido en las contrataciones que fueran sometidas al CIADI, ya que, a la abdicación de la soberanía, se sumó el sometimiento a un tribunal arbitral, cuyas decisiones resultaron inapelables, teniendo la autoridad de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. También como puede verse una de las principales características del orden público, es que este no admite la supremacía de una ley extranjera sobre el ordenamiento legal del país. Aunque en este caso no existe la supremacía de una ley, sí existe la sujeción a un arbitraje internacional donde las decisiones se realizan conforme a sus propias normas, aunque ocasionalmente pueda haber alguna consideración relativa al derecho del país. Ello choca inevitablemente con disposiciones legales y constitucionales, pero además con el criterio realista con el que debe ser encarada una contratación internacional, donde no es posible admitir toda clase de

imposiciones contractuales, que después van a ser consideradas, por interesados árbitros, que son parte de una estructura conformada para favorecer el interés del inversor privado. La experiencia del Ecuador, junto a la de muchos países hermanos es prueba suficiente de ello y no es posible admitir esa sujeción arbitral que permite el Convenio CIADI, recuperando la facultad, de que el inversor extranjero, en caso de sentirse afectado por el Estado en el cumplimiento de un contrato, recurra a los tribunales del país, donde ha radicado su inversión, y se someta a la legislación del mismo, que conoce debidamente, ya que nadie realiza inversiones importantes, sin conocer previamente las normas legales que rigen las relaciones comerciales. Seguir aceptando jurisdicciones como la del CIADI, supone poner en manos de árbitros interesados, designados ad-hoc, y que serán remunerados con importantes sumas, el derecho de un país a decidir sobre aquello que resulte más conveniente para sus intereses.

LAS INTERPRETACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Para finalizar con esta presentación, hago presente que he recurrido a esta Corte porque la misma es el interprete final de la Constitución; y el derecho judicial emanado de sus sentencias es una fuente vital de la Constitución material. Como lo señalara Bidart Campos *“la interpretación jurisprudencial que la Corte hace de la Constitución integra el derecho federal con el mismo tenor*

*de la Constitución; o, lo que es equivalente, que el derecho judicial emanado de la Corte en interpretación de la Constitución, acompaña, como fuente, a la misma fuente que interpreta y aplica: la creación judicial se coloca al lado de la Constitución interpretada, porque es la misma Constitución que ha pasado por interpretación judicial. Y es esta interpretación judicial de la Constitución la que integra la Constitución con su misma jerarquía dentro del derecho federal”*¹⁶. Coincide con este criterio García Pelayo, cuando sostiene que “ *la ley no es solo lo que el Congreso quiso, sino también lo que resultó de ella después de pasar por la interpretación judicial*”¹⁷

En el derecho constitucional juega el principio del “paralelismo de las competencias” y en razón de ello el órgano de poder que es autor de la norma o de un acto, o el que los ratificó puede retirarlos o dejarlos sin efecto en el mundo jurídico. Según ese principio el Poder Legislativo que es quien dicta la Ley o ratifica un tratado puede dejarlo sin efecto, y en el art. 120, numeral 8 de la Constitución se establece claramente esa facultad, como también surge del Art. 9, numeral 8 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

Aunque en su momento no resultaba necesario un dictamen de la Corte Constitucional para que la Asamblea Nacional se expidiera respecto los TBI que se firmaran oportunamente, el ex Presidente Correa entendió que si bien las

¹⁶ Bidart Campos, Germán J. *La Interpretación y el Control Constitucionales en la Jurisdicción Constitucional*. Ediar S.A. Buenos Aires, 1988, pág. 59

¹⁷ García Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, 5ª Edición, Madrid 1959, pág. 419

disposiciones constitucionales resultaban fundamento suficiente para la denuncia de los TBI, era necesario obtener un dictamen previo y vinculante de la Corte Constitucional, tal como surge de lo previsto en el Artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa. Como consecuencia del pedido la Corte emitió varios pronunciamientos dictaminando sobre la inconstitucionalidad de los Tratados.

Como lo analizara exhaustivamente un autor¹⁸ el pedido del Presidente, se efectuó no fundado en normas constitucionales, sino en disposiciones de menor rango, ya que el Art. 436 no le atribuye competencias a la Corte Constitucional para emitir dictámenes sobre la denuncia de tratados internacionales, y esto lo reconoce la propia Corte en el dictamen emitido sobre el Convenio celebrado entre el gobierno del Ecuador y el gobierno de Chile para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, al decir *“El Artículo 438 de la Constitución de la República ordena que la Corte Constitucional deberá emitir dictamen previo y vinculante de constitucionalidad de los instrumentos internacionales que requieran de aprobación de la Asamblea Nacional (ratificación) y no establece que se requerirá un dictamen previo en relación a la denuncia de los tratados; sin embargo bajo el principio de que en derecho las cosas se deshacen como se hacen, es necesario que, para que un instrumento internacional sea eliminado de la vida jurídica interna del Estado, la Corte se pronuncie al respecto, precautelando el orden constitucional y manteniendo un bloque de*

¹⁸ NEIRA ORELLANA, E *Posición del Tribunal Constitucional frente a los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones*, V Conferencia de Arbitraje Internacional. Quito 19 de febrero de 2011. Ponencia presentada.

*constitucionalidad uniforme, para lo cual sea en el caso de incorporación de un instrumento internacional al ordenamiento interno o en el caso de la finalización de la vigencia de uno, se emitirá el dictamen de constitucionalidad por parte de la Corte”*¹⁹ Esta expresión de que las cosas se hacen como se deshacen importa un principio de dudosa legalidad, ya que la Corte no puede atribuirse competencias que no tiene y que la Constitución no le asigna, pero si ejercer el control de constitucionalidad en virtud de la supremacía que tiene.

Ahora bien como el Artículo 438 del texto constitucional, además de especificar los casos en que debe dictaminar la Corte, menciona “*además de los que determine la Ley*” recurro a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y puede observarse que tampoco en el artículo 107 de la misma surjan tales facultades, ya que el mismo expresa: *Modalidades de control constitucional de los tratados internacionales. Para efectos del control constitucional de los tratados internacionales, la Corte Constitucional intervendrá a través de los siguientes mecanismos:*

- 1.- *Dictamen sobre la necesidad de aprobación legislativa,*
- 2.- *Control constitucional previo a la aprobación legislativa.*
- 3.- *Control sobre las resoluciones mediante las que se imparte la aprobación legislativa.*

¹⁹ Corte Constitucional, Dictamen N° 038-10-DTI-CC N° 0010.TI, 11 de noviembre de 2010. Suplemento del Registro Oficial N° 331 del 30 d noviembre de 2010, p. 10

En esta norma no se habla de otras competencias que las especificadas, pero en esto cabe ser estricto, ya que no puede haber interpretaciones analógicas sobre las facultades que tiene la Corte, ya que aún en el supuesto de que no existan indicaciones precisas, la misma puede ejercer el control de constitucionalidad en base a su supremacía de ser el órgano rector en tal sentido. Resulta poco entendible esta limitación que se impuso la Corte fundando su competencia no en la supremacía constitucional que tiene, sino debido a la mención de distintos incisos del artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, como si hubiera sido necesario tener una indicación precisa a la que ajustarse para poder dictaminar.

Tal criterio lejos de producir una doctrina uniforme sobre los fundamentos del significado de los TBI respecto al sometimiento a una jurisdicción extraña, llevó a la Corte Constitucional a realizar diversas interpretaciones sobre la base de lo establecido en distintas partes del artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa. En el caso del dictamen sobre el TBI con Canadá lo fundó en el numeral 5 que establece que a los efectos de denunciar tratados que comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo. En el caso del TBI con Estados Unidos lo fundó en el numeral 6, hablando que ese acuerdo compromete al país en un acuerdo de comercio, y lo mismo hizo con el TBI celebrado con Finlandia. En el caso del Tratado con Gran Bretaña la Corte entendió que el mismo entraba dentro de las

previsiones del numeral 7 del artículo 108, en razón de que en el tratado se atribuyen competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional. Sobre la base de esos distintos numerales la Corte emitió sus dictámenes, aún cuando la sujeción a la jurisdicción del CIADI era común a todos ellos, y esa es la parte fundamental que supuestamente contravenía la norma del artículo 422.

Respecto a las competencias que se asignara la Corte así misma pero que no surgen de la Constitución en forma expresa, las fundó en su momento en los numerales 2 y 3 del artículo 71 del Reglamento de sustanciación de Procesos en la Corte Constitucional, que ella misma elaborara²⁰. Pero como podemos observar se trata de un reglamento no de una ley, dictado por un órgano para atribuirse competencias que no surgen de la norma fundamental. Nos parece que resultaba innecesaria esa fundamentación reglamentaria, cuando la Corte tenía plenas facultades para decidir sobre la inconstitucionalidad de los tratados en el supuesto que ello correspondiera, ya que la doctrina constitucional es pacífica en cuanto a las competencias que tiene más allá de que existan normas específicas o reglamentarias donde se las determine.

Tal como hemos visto la Corte Constitucional ha planteado la inconstitucionalidad sobreviniente de los TBI

²⁰ Corte Constitucional, Resolución 0. Suplemento del Registro Oficial N° 127 del 10 de febrero de 2010

analizados, respecto a las nuevas normas constitucionales, o para ser más precisos respecto al Artículo 422 tantas veces citados, sin hacer ninguna referencia a las constituciones anteriores, que ponían en evidencia esa inconstitucionalidad.

En el TBI con Suiza, la Corte solo lo fundó en la Constitución del 2008, obviando la Constitución del 1967 que contemplaba la cláusula Calvo. En los TBIs suscritos con Alemania, Canadá, Chile, China, Gran Bretaña, Estados Unidos y Venezuela, también lo fundan en la Constitución del 2008 omitiendo en la argumentación las expresas disposiciones de la Constitución de 1979. En los TBI suscritos con Finlandia, Suecia y los Países Bajos, también existe fundamentación en el art. 422 de la Constitución del 2008, sin mencionar la Constitución de 1998, que admitía la cláusula Calvo y los fundamentos se centraron en lo relativo a la cesión jurisdiccional. Es decir que aún cuando en las Constituciones de 1967, 1979 y 1998 había suficientes fundamentos para declarar la inconstitucionalidad de los TBI suscritos durante la vigencia de las mismas, solo se efectuó tomando en cuenta el tantas veces citado artículo 422., pero aún así puede verse que la inconstitucionalidad ya se encontraba contemplada en anteriores textos constitucionales.

Señores Jueces y Juezas:

Me he permitido tratar con cierta extensión esta presentación respecto al Decreto presidencial impugnado, por entender que resultaba necesario considerar una serie de elementos fundamentales a tener en cuenta a considerar. La experiencia

histórica que existe en el Ecuador respecto a los arbitrajes ha sido perjudicial y manifiestamente dañosa, y esta Corte no puede avalar que sea violentada la Carta Magna, con las consecuencias que de esa violación podrían derivarse. Es responsabilidad de Uds. que resuelvan conforme a derecho para así salvaguardar el orden público del país. Se debe tener en cuenta, que cuando se suscribió el Convenio CIADI en 1986, y después los tratados de Promoción y Protección recíproca de inversiones, llamados comunmente TBI, no existía una norma expresa que prohibiera el arbitraje como ocurriera con el dictado de la Constitución en el año 2008. Es decir que el marco jurídico que regía antes del dictado de la misma se ha modificado sustancialmente, y en razón de eso no puede aceptarse que se violen sus normas a través de un Decreto, como también resulta insólito que el gobierno presidido por el Sr. Lasso Mendoza, ha ordenado suscribir un convenio a sabiendas que existía la prohibición constitucional de hacerlo.

En razón de lo anteriormente expuesto solicito:

1.- Se me tenga por presentado, por constituido el domicilio legal.

2.- Se tenga presente como una cuestión de previo y especial pronunciamiento la recusación efectuada al Dr. Hernán Salgado Pesantes y a la Dra. Teresa Nuques Martínez, y se resuelva la misma conforme las normas que han servido de fundamento para la misma.

3.- Oportunamente se sustancie esta acción, y se declare la inconstitucionalidad del Decreto N° 122 del 16 de julio de este año, emitido por el Sr. Presidente de la República y la suscripción del “Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1966”.

Proveer de Conformidad

SERA JUSTICIA

A handwritten signature in dark ink, appearing to be 'Sera Justicia', with a long horizontal line underneath it.