

Análisis del dictamen No. 023-10-DTI-CC de la Corte Constitucional para el período de transición referente al “Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre fomento y recíproca protección de inversiones de capital” (Caso No. 0006-10-TI)

*Christian Masapanta Gallegos**

RESUMEN

El presente trabajo analiza de manera crítica el pronunciamiento de la Corte Constitucional para el Período de Transición respecto al control constitucional de las denuncias de tratados bilaterales de inversiones de capital, tomando como caso de estudio el instrumento internacional suscrito entre Ecuador y Alemania, en el cual bajo una corriente constitucionalista, la Corte somete al crisol de la contradicción el contenido del tratado internacional con la normativa constitucional vigente.

En aquel sentido, analizaremos cómo, a través de este polémico dictamen, se inicia una línea jurisprudencial en la que se configuran temas controversiales como el denominado control automático de constitucionalidad; y, el debate respecto a la soberanía estatal en cuanto al no sometimiento del Ecuador a arbitrajes comerciales internacionales en asuntos de índole comercial.

PALABRAS CLAVE: inversiones de capital, control automático de constitucionalidad, denuncia de tratados internacionales, arbitraje comercial internacional, tratados bilaterales de inversiones.

SUMMARY

The aim of this paper is to analyze the rulings of The Ecuadorian Constitutional Court that deals with the denunciations or withdrawals from the Bilateral Investment Treaties (BITs) signed by Ecuador. The article is focus on the Ruling over the Ecuadorian and German BIT, where under a constitutional approach the Court contrasted the BIT obligations with the Ecuadorian Constitution of 2008. In

* Docente contratado de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

addition, the article explains how this controversial Rulings starts a line of precedents related with the concept of automatic constitutionality control, and contributes to the debate of the prohibition to cede sovereign jurisdiction to international arbitration venues in contractual or commercial disputes.

KEY WORDS: capital investments, automatic constitutionality control, denunciation of international treaties, international commercial arbitration, bilateral investment treaties

FORO

INTRODUCCIÓN

Como bien lo destaca César Montaña Galarza, la Constitución es la “norma de derecho que encausa, institucionaliza y pone barreras al poder estatal que es a la vez, el del pueblo soberano”.¹ En aquel sentido, dentro del contexto nacional e internacional la Carta Fundamental ecuatoriana se articula como un sistema de límites y vínculos para todos los poderes públicos. Es así cómo los representantes de la Función Ejecutiva, al momento de la suscripción de tratados internacionales, así como los representantes del parlamento al momento de ratificarlos, deben observar la armonía del tratado internacional con las normas constitucionales como requisito para su validez.

Dentro de las relaciones internacionales es obligación de los representantes del Estado ecuatoriano actuar con la debida diligencia para comprometer a nuestro país en un instrumento internacional, así al momento de negociar, firmar, aprobar, controlar y ratificar el tratado internacional, los distintos agentes del Estado ecuatoriano deben observar que las normas que integran estos instrumentos internacionales no vulneren las disposiciones constitucionales.

Bajo la corriente constitucionalista nada está exento del control constitucional; aquel espíritu se vio plasmado en la Constitución ecuatoriana de 2008, dotando a la Corte Constitucional la facultad de realizar aquel control mediante un dictamen previo y vinculante de constitucionalidad de los instrumentos internacionales suscritos por el Ecuador. Precisamente, dentro del ejercicio de esta potestad, la Corte Constitucional ecuatoriana realizó el control de constitucionalidad de varios tratados bilaterales de inversión recíproca entre el Ecuador y distintos países; decisiones que generaron varios

1. César Montaña Galarza, “Las relaciones internacionales y los tratados en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, 2009, p. 353.

cuestionamientos en cuanto al manejo de las relaciones internacionales en temas de inversiones del Ecuador en el contexto internacional.

En este trabajo se analiza el dictamen de constitucionalidad del tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre fomento y recíproca protección de inversiones de capital, por ser el dictamen iniciador de línea jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional, en que impulsa figuras como el control automático de constitucionalidad y el polémico conocimiento de denuncias de tratados internacionales *a posteriori* a su suscripción; correspondiendo a la Corte Constitucional establecer la verosimilitud de esta denuncia de los tratados internacionales ante un supuesto conflicto de su normativa con el texto constitucional ecuatoriano; en lo principal, una supuesta contradicción del texto del tratado internacional con principios como la supremacía constitucional, la seguridad jurídica y un posible atentado a la soberanía estatal, especialmente respecto a la regla constitucional que prohíbe la cesión de soberanía a instancias de arbitraje internacional en controversias contractuales de índole comercial.

NATURALEZA DEL DICTAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD RESPECTO A LA DENUNCIA DE TRATADOS INTERNACIONALES

Antes de realizar un análisis en cuanto al contenido formal y material del dictamen de constitucionalidad emitido por la Corte Constitucional ecuatoriana, es menester determinar la naturaleza de esta acción a la luz del constitucionalismo ecuatoriano vigente.

En ese sentido, se debe determinar que la norma constitucional contenida en el artículo 438 consagra la atribución de la Corte Constitucional ecuatoriana para emitir dictamen previo y vinculante de constitucionalidad, entre otros casos, respecto de los tratados internacionales, antes de a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional,² aquello guarda relación con el principio de supremacía constitucional, el cual podemos observar expresamente en el artículo 424 que determina “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico [...]”; de

-
2. Art. 438. La Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la ley:
 1. Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional.
 2. Convocatorias a consultas populares de carácter nacional o a nivel de los gobiernos autónomos descentralizados.
 3. Objeciones de inconstitucionalidad presentadas por la Presidenta o Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes.

igual manera se establece una jerarquía superior de la Constitución por sobre los instrumentos internacionales (art. 425 CRE).³

Este imperativo constitucional de un control formal y material de constitucionalidad de los tratados e instrumentos internacionales permite configurar una supremacía constitucional, aparejada con la armonía que todas las normas deben guardar con la Constitución; correspondiendo a un órgano constituido como la Corte Constitucional realizar el control de constitucionalidad previo y vinculante de estos tratados suscritos por el Estado ecuatoriano, para su posterior ratificación por parte del órgano legislativo.

Empero, nada se manifiesta respecto a un control posterior de estos instrumentos internacionales y es ahí en donde nos encontramos dentro de una disyuntiva hermenéutica en el ámbito del control de constitucionalidad de los instrumentos internacionales en el constitucionalismo ecuatoriano, en cuanto al alcance de este pronunciamiento de la Corte Constitucional respecto a las denuncias de tratados internacionales.

Una primera cuestión a ser analizada es que la normativa constitucional no dice nada respecto a la denuncia de los instrumentos internacionales, puesto que la atribución de la Corte Constitucional antes descrita bajo el espíritu constituyente solo se haría extensiva a un control previo a la ratificación por parte del órgano legislativo, surgiendo un primer problema a ser resuelto por la Corte en cuanto a su competencia para conocer esta denuncia.

Siguiendo una interpretación literal, la Corte Constitucional subsana este problema manifestando que si bien la normativa constitucional no dice nada respecto a su competencia para realizar un control a posteriori de la denuncia de tratados internacionales, la norma *ibídem* abre una brecha interpretativa para que la Corte Constitucional emita este dictamen además de los casos expresados en el artículo 438 de la Constitución a otros casos que determine la ley.

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional vía hermenéutica direcciona su competencia para conocer la denuncia de este tratado internacional y emitir su dictamen de constitucionalidad en disposiciones de carácter legal, para lo cual se sirve de las varias disposiciones consagradas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control

3. Art. 425. El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente:

La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

Constitucional y la Ley Orgánica de la Función Legislativa. Así, manifiesta que de acuerdo al artículo 75 numeral 3 literal d) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Corte Constitucional⁴ es competente para realizar el control de constitucionalidad de los Tratados internacionales, pese a que esta norma trata del control abstracto de constitucionalidad de tratados internacionales y no específicamente acerca de la denuncia de estos. La Corte Constitucional sustenta además su competencia en las modalidades de control establecidas en el artículo 107 *ibidem*.

Sin embargo, ninguna de las disposiciones invocadas por la Corte Constitucional hace referencia de manera clara y expresa a esta competencia de ejercer un control de constitucionalidad respecto a las denuncias de instrumentos internacionales. Si bien el artículo 112 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su numeral 4, abre de una manera no muy clara, esa posibilidad cuando se declare la inconstitucionalidad de un tratado ya ratificado,⁵ sin embargo, lo que parece no haber observado la Corte Constitucional es que ese artículo es aplicable exclusivamente a los efectos de las sentencias y dictámenes constitucionales y sobre todo a tratados ya ratificados; pero ¿qué sucede con las denuncias de tratados internacionales antes de a su ratificación?

Para solucionar este problema, la Corte Constitucional sustenta su competencia en el artículo 71, numeral 3 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional para el Período de Transición,⁶ en que bajo una interpretación sistemática la Corte Constitucional asume esta competencia para emitir un dictamen previo y vinculante de constitucionalidad respecto a las denuncias de tratados internacionales conforme la disposición contenida en el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa.⁷ Es decir, la competencia de la Corte Constitucional termina siendo asumida a través de una disposición contenida en un reglamento interno, emi-

-
4. Art. 75. Para ejercer el control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional será competente para:
 3. Ejercer el control de constitucionalidad en los siguientes casos:
 - d) Tratados Internacionales
 5. Art. 112. Las sentencias y dictámenes correspondientes tendrán los mismos efectos de las de constitucionalidad abstracta en general, y en particular, los siguientes:
 4. Cuando se declara la inconstitucionalidad de un tratado ya ratificado, el Estado deberá denunciar el tratado ante el órgano correspondiente, la orden de promover la renegociación del tratado, o promover la enmienda, reforma o cambio constitucional.
 6. Art. 71. Para el control constitucional de los tratados internacionales, la Corte Constitucional procederá de la siguiente forma:
 3. El control previo de constitucionalidad de las denuncias de los tratados de que trata el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, se sujetará a lo dispuesto en numeral anterior.
 7. Art. 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa. La ratificación o denuncia de los tratados y otras normas internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: 1. Se refieran a materia territorial o de límites; 2. Establezcan alianzas políticas o militares; 3. Contengan el compromiso de

tido por el Pleno de la misma Corte Constitucional, lo cual evidencia una crisis de legitimidad en cuanto al ámbito competencial para asumir este control.

ANTECEDENTES DEL DICTAMEN

Conforme se desprende del dictamen de constitucionalidad, el Economista Rafael Correa Delgado, Presidente de la República, mediante oficio No. 4766-SNJ-10-21 de 6 de enero del 2010, solicitó a la Corte Constitucional para el Período de Transición emitir dictamen favorable para la denuncia de los acuerdos bilaterales de Protección Recíproca de inversiones, suscritos por la República del Ecuador con distintos países, dentro de los cuales se encuentra el Acuerdo Internacional celebrado entre el Gobierno de la República del Ecuador y la República Federal de Alemania.⁸

Se debe mencionar que antes de a la emisión del dictamen de constitucionalidad de la denuncia del instrumento internacional, el Pleno de la Corte Constitucional debía aprobar un informe en el que se establecía si se requería o no aprobación legislativa; una vez que este informe fue aprobado por el Pleno de la Corte Constitucional se procedió a la publicación del texto del tratado internacional⁹ para luego realizar un control automático de constitucionalidad del tratado internacional.¹⁰

expedir, modificar o derogar una ley; 4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución; 5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales; 6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio; 7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional; y, 8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético.

En todos estos casos, en un plazo máximo de diez días después de que se emita el dictamen previo y vinculante de constitucionalidad expedido por la Corte Constitucional, la Presidencia de la República deberá remitir a la Asamblea Nacional, el tratado u otra norma internacional junto con el referido dictamen. En este caso, la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional, verificará la documentación correspondiente y remitirá el tratado a la comisión especializada, para que en el plazo máximo de veinte días, emita el informe que será puesto a conocimiento del Pleno. La aprobación de estos tratados requerirá el voto de la mayoría absoluta de las y los miembros de la Asamblea Nacional.

8. El *Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones de Capital*, fue suscrito el 21 de marzo de 1996 y ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 335 de 23 de mayo de 1997.
9. Mediante comunicación de 12 de abril de 2010, se dispone la publicación en el Registro Oficial del texto del “Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones de Capital”, a fin de que cualquier ciudadano pueda intervenir defendiendo o impugnando la constitucionalidad total o parcial del respectivo Tratado Internacional. Este que fue publicado el 20 de abril de 2010, en el Suplemento del Registro Oficial No. 175.
10. En sesión extraordinaria celebrada el día jueves 25 de marzo de 2010, el Pleno de la Corte Constitucional aprobó el informe previo mediante el cual se establecía que requiere aprobación legislativa y en consecuencia procede el control automático de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional.

INTERVENCIÓN DEL PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

El economista Rafael Correa Delgado, Presidente de la República del Ecuador, mediante oficio No. T.4766-SNJ-10-21 de 6 de enero de 2010, establece la necesidad de que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad de este instrumento internacional, el que según el primer mandatario contiene cláusulas contrarias a la Constitución y que son lesivas para los intereses nacionales, como la de:

someter jurisdiccionalmente al Ecuador, (la mayoría con sede en Washington), al resolver controversias entre compañías extranjeras y el Estado ecuatoriano, no suelen tomar en cuenta el derecho ecuatoriano, sino que valoran peculiarmente el concepto de “inversión”, llegando a desconocer el derecho nacional cuando consideran que las medidas legislativas tomadas por la República del Ecuador han sido “arbitrarias” o “discriminatorias” [...].

Según el Presidente de la República, para evitar que situaciones como estas perjudiquen al país, en cumplimiento del art. 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, concordante con el art. 112 numeral 4 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales señala que corresponde a la Corte Constitucional emitir dictamen de constitucionalidad, previo y vinculante a la denuncia de tratados internacionales, que, como en este caso, atribuyen competencias propias del orden jurídico interno a organismos internacionales o supranacionales.

INTERVENCIÓN DE CIUDADANOS

De conformidad al art. 111, literal b) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, comparece el señor Blasco Peñaherrera Solah, en su calidad de representante legal de la Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador, dentro del término de 10 días, contados a partir de la publicación del Tratado en el Suplemento del Registro Oficial No. 175 del 20 de abril de 2010, manifestando que no existe en la Constitución ecuatoriana un procedimiento para declarar un tratado internacional como inconstitucional.

Hace referencia a la posición de la Presidencia de la República sobre la aparente contradicción del instrumento internacional con el artículo 422 de la Constitución de la República, el mismo que señala: “No se podrá celebrar tratados o instrumentos 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”. Manifiesta que el artículo 422 no tiene relación entre la soberanía y arbitraje ya que las controversias derivadas de violación de un tratado usualmente nacen de decisiones soberanas de un Estado no contenido en contratos sino más bien en leyes o actos administrativos.

Sostiene que el artículo 422 se refiere a controversias contractuales; es decir se prohibiría que el Estado suscriba tratados internacionales en los que ceda jurisdicción en controversias contractuales, mientras que, los Tratados de Protección de inversiones se encuentran en tratados internacionales que regulan aspectos de los estados no contractuales porque son soberanos.

De lo manifestado por el Presidente: “Los Tribunales arbitrales a los que dichos tratados obligan a someter jurisdiccionalmente al Ecuador, al resolver controversias entre compañías extranjeras y el Estado ecuatoriano, no suelen tomar en cuenta el derecho ecuatoriano...”. Afirma que el Estado ecuatoriano decidió denunciar el Convenio de Washington, por lo que, al haber transcurrido más de seis meses desde dicha denuncia, no podría ser sometido a los tribunales arbitrales del CIADI.

Con los antecedentes expuestos, el representante legal de la Federación Nacional de Cámaras de Comercio del Ecuador, solicita a la Corte Constitucional se abstenga de emitir dictamen previo y vinculante de constitucionalidad de los *Acuerdos Bilaterales de Protección Recíproca de inversiones suscrito por la República del Ecuador con Alemania*; y, que

se instruya al Gobierno ecuatoriano se renegocien los tratados internacionales referidos utilizando para ello las disposiciones contenidas en los mismos, para lo cual se iniciarán las negociaciones diplomáticas pertinentes y en caso de que ello no ocurra se presenten los arbitrajes necesarios para solucionar las diferencias en cuanto al contenido y alcance de las disciplinas jurídicas contenidas en los referidos acuerdos de inversión.

EL CONTROL AUTOMÁTICO DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE TRATADOS INTERNACIONALES

Conforme se destacó en líneas anteriores, la Corte Constitucional ha establecido que el Pleno del organismo emita un informe respecto a la necesidad o no de aprobación o denuncia de los tratados internacionales por parte de la Asamblea Nacional, con el objeto de establecer si el instrumento a ser analizado se encasilla dentro de los casos contemplados en el artículo 419 de la Constitución de la República en concordancia con el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Judicial.

En ese sentido, el Pleno de la Corte Constitucional resolvió en sesión extraordinaria de 25 de marzo del 2010 aprobar el informe respecto a la necesidad de aprobación

legislativa de la denuncia del Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones de Capital, conforme lo dispuesto en el artículo 419, numeral 6 de la Constitución, y el artículo 108, numeral 6 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, que en la especie determina: “La ratificación o denuncia de los tratados y otras normas internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: [...] 6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio”.

Una vez aprobado el informe, y publicado el texto del tratado internacional para conocimiento de la ciudadanía y de las personas interesadas en este, conforme lo determina el artículo 71.3 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional en concordancia con el artículo 110 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional,¹¹ la Corte Constitucional realiza un control automático de constitucionalidad de los Tratados Internacionales, que consiste en un control formal y material del presente instrumento internacional.

EN CUANTO AL CONTROL FORMAL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA DENUNCIA DE TRATADOS INTERNACIONALES

Una vez subsanada la barrera competencial para realizar el control constitucional de la denuncia de estos tratados de inversión recíproca, la Corte Constitucional procede a realizar un control automático de constitucionalidad respecto al contenido de este instrumento internacional; dicho control automático consiste en el análisis formal y material del tratado.

Bajo el paradigma constitucional ecuatoriano, todas las disposiciones normativas deben guardar armonía formal y material con el texto constitucional, configurándose de esta manera la supremacía de la constitución; así, el artículo 417 de la Carta Fundamental ha establecido que “Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución [...]”. Este mandato constitucional compromete a las relaciones internacionales del Estado ecuatoriano a establecer un control de constitucionalidad de los diversos instrumentos internacionales

11. Art. 110. La Corte Constitucional realizará el control constitucional de de los tratados internacionales, de la siguiente manera: 1. Los tratados internacionales que requieran aprobación legislativa, tendrán un control automático de constitucionalidad antes de su ratificación, previo a iniciarse el respectivo proceso de aprobación legislativa.

suscritos por parte del Estado, en donde el respeto a la Constitución será el factor detonante de su validez.

En el dictamen objeto de nuestro análisis se puede observar que la Corte Constitucional realiza una justificación normativa desde el punto de vista formal respecto a la competencia de este órgano para ejercer el control de constitucionalidad de los instrumentos internacionales. Para aquello se apoya en la disposición contenida en el artículo 417 de la Constitución.¹²

La Corte Constitucional del Ecuador en el dictamen analizado, claramente se ubica dentro de la corriente constitucionalista al manifestar que:

Está plenamente justificado el control constitucional dentro de la vida jurídica de cada uno de los Estados, y aquel control se hace extensivo también al ámbito del Derecho Internacional y en la especie a los Tratados y Convenios Internacionales; ya que si bien aquel mecanismo de control se ha producido para limitar el poder de los órganos tradicionales que lo detentan (ejecutivo, legislativo y judicial), las temáticas abordadas dentro de un instrumento internacional tienden a contener derechos que les asisten a los particulares de un Estado suscriptor. En nuestro medio la principal fuente de legitimidad a la hora de la suscripción de un tratado o convenio internacional está dado por el respeto a las normas constitucionales.¹³

En este sentido, la Corte Constitucional reconoce que la validez de un instrumento internacional está determinado por el respeto y armonía con la Constitución de la República, ya que dentro del instrumento internacional puesto a su conocimiento se ven inmersos derechos de los habitantes del Ecuador.

En cuanto al control formal, la Corte Constitucional toma como referente el informe previo realizado por el Pleno del organismo, determinándose que la denuncia del Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones de Capital, se encasilla en las causales del artículo 419 de la Constitución de la República.

La Corte Constitucional va a ejercer dicho control atendiendo a los límites formales que la propia Constitución de la República establece en cuanto al respeto de las normas constitucionales contenidas en los artículos 417, 418 y 419, que determinan en la especie la sujeción de los tratados y convenios internacionales a lo establecido

12. Art. 417. Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

13. Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición No. 023-10-DTI-CC, caso No. 0006-10-TI.

en la Constitución, así como la facultad del Presidente o Presidenta de la República para suscribirlos y de la Asamblea Nacional para ratificarlos, determinándose que estas funciones del Estado son competentes para hacerlo, lo cual implica un claro límite en cuanto a los órganos competentes para realizar el control de constitucionalidad, la suscripción y ratificación de los instrumentos internacionales, denotándose que continúan siendo los órganos estatales quienes mantienen la competencia en cuanto a la suscripción, aprobación y ratificación de los tratados internacionales.

Así, el artículo 419 de la Constitución faculta a la Asamblea Nacional la aprobación previa a la ratificación o denuncia de los tratados o convenios internacionales, ubicando dentro de este artículo los casos en los cuales podrá intervenir el órgano legislativo.

La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que:

1. Se refieran a materia territorial o de límites;
2. Establezcan alianzas políticas o militares.;
3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley;
4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución;
5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales;
6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio;
7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional;
8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético.

En su análisis, la Corte Constitucional además señala que las relaciones internacionales del Ecuador son un motor del desarrollo nacional, así el artículo 416 determina que:

las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia: 12. Fomenta un nuevo sistema de comercio e inversión entre los Estados que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional, justo, transparente y equitativo. Rechaza que controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados.

Por disposición constitucional contenida en el artículo 419 de la Carta Fundamental ecuatoriana y en el art. 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, corresponderá a la Corte determinar si para la denuncia de este instrumento internacional, este se encuentra dentro de los casos que requieren aprobación previa por parte de la Asamblea Nacional; y en aquel sentido se establece que el “*Acuerdo Bilateral de protección Recíproca de Inversiones*”, suscrito por la República del Ecuador con la República Federal de Alemania se enmarca dentro de los casos contemplados en los artículos 419.6 de la Constitución y 108.6 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, es decir, que: “comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio”; por lo que, al tratarse de temas de inversiones de capital se verán inmersas actividades de índole comercial, por lo tanto, se requerirá de la aprobación previa del legislativo para la denuncia de este instrumento internacional.

En la especie, se determina que el contenido del instrumento internacional objeto de control previo a su denuncia, hace referencia al fomento, tratamiento, protección de las inversiones, libres transferencias, y solución de controversias entre las partes; es decir, temáticas asociadas al comercio internacional. En este sentido este instrumento internacional compromete al país en un acuerdo de comercio, justificándose la necesidad de requerir la aprobación legislativa previa a la denuncia.

Por lo antes expuesto, se puede colegir que la Corte Constitucional asume de manera formal que el contenido del instrumento internacional objeto de análisis se encasilla dentro de los tratados internacionales que comprometerán al Estado ecuatoriano en acuerdos de integración y de comercio al tratar la temática asociada a las inversiones recíprocas entre la República del Ecuador y la República de Alemania, por tanto sujeto a ratificación o denuncia por parte del órgano legislativo.

CONTROL MATERIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

En cuanto al control material que realiza la Corte Constitucional ecuatoriana en el dictamen objeto de este análisis, de manera didáctica podríamos agruparlo en dos escenarios:

A) NORMAS CONSIDERADAS CONSTITUCIONALES

En el análisis realizado por la Corte Constitucional, en su dictamen se destaca el que realiza al contenido del articulado del tratado internacional, en donde se realiza la determinación de conceptos nucleares del tratado internacional y las disposiciones que guardan armonía con la Carta Fundamental contrastándolas con el texto consti-

tucional, para lo cual es necesario analizar la naturaleza de los tratados de inversiones recíprocas.

Conceptos Nucleares del Tratado Internacional

El artículo 1 del “Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones de Capital”, contiene varias definiciones de los conceptos nucleares que serán empleados a lo largo de este instrumento internacional, los que se encuentran directamente relacionados con elementos descriptivos, por lo que la Corte Constitucional no realiza un profundo análisis hermenéutico respecto a su compatibilidad con la Constitución de la República

Artículo 1. Definiciones.

Para los fines del presente Tratado:

1. El concepto de “Inversiones de capital” comprende toda clase de bienes, en esencial:
 - a) la propiedad de bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales, como hipotecas y derechos de prenda;
 - b) derechos de participación en sociedades, y otros tipos de participaciones en sociedades;
 - c) derechos a fondos empleados para crear un valor económico o a prestaciones que tengan un valor económico;
 - d) derechos de propiedad intelectual, en especial derechos de autor, patentes, modelos de utilidad, diseños y modelos industriales, marcas, nombres comerciales, secretos industriales y comerciales, procedimientos tecnológicos, know-how y valor llave;
 - e) concesiones otorgadas por entidades de derecho público, incluidas las concesiones de prospección y explotación; las modificaciones en la forma de inversión de los bienes no afectan a su carácter de inversiones de capital;
2. El concepto de “rentas” designa aquellas cantidades que corresponden a una inversión de capital por un período determinado, como participantes en los beneficios, dividendos, intereses y derechos de licencia.
3. El concepto de “nacionales” designa:
 - a) con referencia a la República Federal de Alemania:
Los alemanes en el sentido de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania;
 - b) con referencia a la República del Ecuador:
Las personas que son consideradas ecuatorianas de conformidad con la Constitución Política del Ecuador;

4. El concepto de “sociedades” designa:

a) con referencia a la República Federal de Alemania:

Todas las personas jurídicas, así como todas las sociedades comerciales y demás sociedades con o sin personalidad jurídica que tengan su sede en el territorio de la República Federal de Alemania, independientemente de que su actividad tenga o no fines de lucro;

b) con referencia de la República del Ecuador;

Toda persona jurídica constituida de conformidad con las leyes y reglamentos ecuatorianos y que tenga su domicilio en el territorio de dicha Parte Contratante, independientemente de que su actividad tenga o no fines de lucro.

En ese sentido, llega a determinar que el artículo 1, al establecer conceptualizaciones respecto a “inversiones de capital”, “rentas”, “nacionalidades” y “sociedades”, y al ser eminentemente descriptivos no contradicen de manera alguna el texto constitucional, más bien asocia que a través de este artículo se está promoviendo la inversión, encontrándose este artículo acorde al artículo 339 de la Constitución¹⁴ en donde se determina que el Estado ecuatoriano promoverá las inversiones nacionales y extranjeras; y que de igual manera en el concepto de *nacionales*, se hace referencia a que en Ecuador serán considerados como tales las personas que son ecuatorianas conforme a la Constitución de la República, guardando aquello conformidad con lo establecido en sus artículos 7 y 8 de la norma,¹⁵ que trata acerca de los sistemas de determinación de nacionalidad ecuatoriana.

14. Art. 339. El Estado promoverá las inversiones nacionales y extranjeras, y establecerá regulaciones específicas de acuerdo a sus tipos, otorgando prioridad a la inversión nacional. Las inversiones se orientarán con criterios de diversificación productiva, innovación tecnológica, y generación de equilibrios regionales y sectoriales.

La inversión extranjera directa será complementaria a la nacional, estará sujeta a un estricto respeto del marco jurídico y de las regulaciones nacionales, a la aplicación de los derechos y se orientará según las necesidades y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo, así como en los diversos planes de desarrollo de los gobiernos autónomos descentralizados.

La inversión pública se dirigirá a cumplir los objetivos del régimen de desarrollo que la Constitución consagra, y se enmarcará en los planes de desarrollo nacional y locales, y en los correspondientes planes de inversión.

15. Art. 7. Son ecuatorianas y ecuatorianos por nacimiento: 1. Las personas nacidas en el Ecuador. 2. Las personas nacidas en el extranjero de madre o padre nacidos en el Ecuador; y sus descendientes hasta el tercer grado de consanguinidad. 3. Las personas pertenecientes a comunidades, pueblos o nacionalidades reconocidos por el Ecuador con presencia en las zonas de frontera.

Art. 8. Son ecuatorianas y ecuatorianos por naturalización las siguientes personas: 1. Las que obtengan la carta de naturalización. 2. Las extranjeras menores de edad adoptadas por una ecuatoriana o ecuatoriano, que conservarán la nacionalidad ecuatoriana mientras no expresen voluntad contraria. 3. Las nacidas en el exterior de madre o padre ecuatorianos por naturalización, mientras aquellas sean menores de edad; conservarán la nacionalidad ecuatoriana si no expresan voluntad contraria. 4. Las que contraigan matrimonio o mantengan unión de hecho con una ecuatoriana o un ecuatoriano, de acuerdo con la ley. 5. Las que obtengan la nacionalidad ecuatoriana por haber prestado servicios relevantes al país con su talento o esfuerzo individual.

Quienes adquieran la nacionalidad ecuatoriana no estarán obligados a renunciar a su nacionalidad de origen. La nacionalidad ecuatoriana adquirida por naturalización se perderá por renuncia expresa.

Naturaleza de los Tratados Bilaterales de Inversiones

El mercado global exige que los diversos estados del mundo alimenten sus economías mediante la captación de inversiones extranjeras provenientes de otros países con los cuales mantiene relaciones internacionales en el ámbito financiero y productivo; en este sentido, nuestro país, al no estar exento de la dinámica mundial, ha emprendido en la suscripción de una serie de tratados internacionales bilaterales de protección de inversiones recíprocas, como un mecanismo de fomentar la inversión, lo cual denota un claro objetivo económico en esta clase de instrumentos internacionales.

Para Esteban Ymaz Videla:

El fundamento económico de este tipo de tratados es, por un lado la necesidad de los países exportadores de capital de dar a sus nacionales que intervienen en países en desarrollo una protección confiable basada en un acuerdo intergubernamental que no puede ser modificado unilateralmente –como las leyes internas– por el país receptor de la inversión; protección que atiende a riesgos no comerciales o políticos [...] procurando cubrir los aspectos más importantes del tratamiento de las inversiones, incluyendo los principios del derecho internacional consuetudinario en el tratamiento de la propiedad extranjera. Y por el otro, la necesidad de los países en desarrollo del ingreso de capitales a su territorio, siendo la firma de estos convenios una de las medidas para atraerlos.¹⁶

En líneas generales, estos tratados bilaterales lo que buscan es el fomento y la promoción de la cooperación económica bilateral, en donde se establecen prerrogativas para los estados suscriptores, pero ante todo a favor de los inversores a través de normas que garanticen un trato justo y equitativo de estos últimos en el país receptor para que no exista un trato discriminatorio respecto a los inversores nacionales. Cabe destacar como elemento característico de estos compromisos internacionales que al tratarse de un instrumento internacional estas prerrogativas así como las cláusulas que garantizan estas inversiones no se vinculan a una relación directa entre el Estado receptor y el inversor particular, sino en una serie de deberes y obligaciones que el Estado receptor asume con el otro Estado, lo cual es propio de un tratado bilateral.

Esta naturaleza de los tratados bilaterales de inversiones recíprocas se ve plasmado a lo largo del tratado internacional y es justificado por parte de la Corte Constitucional asociando el tema de las inversiones como uno de los objetivos primordiales del Estado en búsqueda del desarrollo; al respecto se observa que a partir del artículo 2 se esta-

16. Esteban Ymaz Videla, *Protección de inversiones extranjeras. Tratados bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas*, Buenos Aires, La Ley, 1999, p. 9.

blecen normas asociadas al fomento, promoción, tratamiento justo y equitativo a estas inversiones de capital, sin que se perjudique en su territorio la utilización, el uso, o el aprovechamiento de las inversiones de capital de nacionales o sociedades de la otra parte contratante a través de medidas arbitrarias o discriminatorias.

Al respecto, esta Corte manifiesta que este artículo se enmarca dentro de los preceptos establecidos en el art. 284.8 de la Constitución de la República que consagra como objetivos de la política económica propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes; el art. 339 de la Constitución que promueve las inversiones nacionales y extranjeras; y, art. 416.12 *ibidem* que determina entre las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional el fomentar un nuevo Sistema de Comercio e Inversión entre los estados, que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional, justo, transparente y equitativo. Por lo tanto se declara su constitucionalidad.

En el artículo 3, la Corte manifiesta que en cuanto al tratamiento de inversiones no se evidencia una contradicción con normas contenidas en el texto constitucional ecuatoriano, toda vez que el numeral 1 del mentado artículo consagra el principio de igualdad de tratamiento a las inversiones de capital que sean propiedad o estén bajo la influencia de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante con las inversiones de capital de los propios nacionales y sociedades o a las inversiones de capital de nacionales y sociedades de terceros estados. En su numeral 2 admite que no se concederá un trato menos favorable que el de sus nacionales o sociedades nacionales en cuanto se refiere a sus actividades relacionadas con las inversiones de capital, a las Partes Contratantes. Además, expresa que este artículo, en su numeral tercero, deja a salvo el trato en cuanto a los privilegios que se suscitaren respecto a instituciones del Derecho de Integración en el ámbito económico, como son una unión aduanera o económica, mercado común, una zona de libre comercio, o a causa de su asociación con tales agrupaciones, lo cual guarda concordancia con el art. 276. 5, que determina que el régimen de desarrollo tendrá entre sus objetivos “impulsar una inserción estratégica en el contexto internacional”. Y finalmente, el numeral 4 no se refiere a las ventajas que una de las Partes Contratantes conceda a los nacionales o sociedades de terceros estados como consecuencia de un acuerdo para evitar la doble imposición o de otros acuerdos sobre asuntos tributarios.

La Corte establece que el artículo 4 del tratado respecto a la protección y seguridad de inversiones e indemnizaciones en caso de expropiaciones, determina en cuanto al numeral primero lo siguiente: “Las inversiones de capital de nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes gozarán de plena protección y seguridad en el territorio de la otra Parte Contratante”, según el criterio de la Corte aquel numeral

guarda concordancia con el art. 321 del texto constitucional, el mismo que reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en todas sus formas y por lo tanto resulta ser constitucional.

De igual manera sostiene que el numeral segundo guarda armonía con el texto constitucional ecuatoriano, en la especie con la disposición contenida en el art. 323 de la Constitución de la República¹⁷ que determina las causales por las cuales se podría continuar a un proceso de expropiación previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley; determinándose adicionalmente que se prohíbe toda forma de confiscación; con lo cual se brinda seguridad a estas inversiones guardando este numeral coherencia con el texto constitucional.

El numeral tercero consagra la igualdad de trato entre las partes contratantes, cuando una de ellas sufra pérdidas en sus inversiones de capital por efecto de guerra u otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional o motín en el territorio de la otra Parte Contratante, ante lo cual no serán tratados menos favorablemente de sus propios nacionales o sociedades en lo referente a restituciones, ajustes, indemnizaciones u otros pagos, lo cual según la Corte Constitucional se encasilla dentro del principio de igualdad de las partes que suscribieron este instrumento internacional y que guarda armonía con el art. 339 de la Constitución que promueve las inversiones nacionales y extranjeras.

Y, el numeral 4 determina que: “En lo concerniente a las materias reglamentadas en el presente artículo, los nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes gozarán en el territorio de la otra Parte Contratante del trato de la nación favorecida”, lo cual permite el adecuado desarrollo de este instrumento nacional aplicando prerrogativas a favor de las Partes suscriptoras de este tratado que se encuentre en una situación económica débil frente a la otra parte contratante.

En cuanto al artículo 5 del instrumento en análisis que establece la libertad de transferencia de pagos relacionados con sus inversiones de capital, en donde se determinan los capitales, rentas, amortizaciones de préstamos, del producto de la inversión de capital en caso de liquidación o enajenación total o parcial y las indemnizaciones; en ese sentido, es un artículo que permite hacer válido y operativo el objeto del tratado internacional; la Corte expresa que no existe contradicción con la Constitución, más bien señala que se adecua al art. 339 de la Constitución de la República.

17. Art. 323 de la Constitución de la República. Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación.

El artículo 6 del tratado hace referencia al proceso de subrogación en virtud de la cual si una Parte Contratante realiza pagos a sus nacionales o sociedades en virtud de una garantía otorgada para una inversión de capital en el territorio de la otra Parte Contratante, esta reconocerá el traspaso de todos los derechos de estos nacionales o sociedades a la primera Parte Contratante, bien sea por disposición legal o por acto jurídico. Además, la otra Parte Contratante reconocerá la subrogación de la primera Parte Contratante en todos estos derechos (derechos transferidos), los cuales estará autorizada a ejercer en la misma medida que el titular anterior. Adicionalmente, se determina que para la transferencia de los pagos en virtud de los derechos transferidos regirán mutatis mutandis los párrafos 2 y 3 del artículo 4 y el artículo 5 de este instrumento los que ya fueron analizados en líneas precedentes.

Del análisis de este artículo, la Corte observa que este contempla la posibilidad de subrogar el traspaso de derechos y el reconocimiento de aquello entre las partes contratantes, lo cual viabiliza el instrumento internacional, sin que esto comporte una contradicción con el texto constitucional.

Finalmente, en este análisis de los artículos compatibles con el texto constitucional, la Corte señala que en el artículo 11, se determina que “el presente Tratado regirá independientemente de que existan o no relaciones diplomáticas o consulares entre las Partes Contratantes”; y el artículo 12 establece los mecanismos para la entrada en vigor y vigencia de este instrumento internacional. Respecto a este tópico nada dice la Corte Constitucional en el dictamen, determinándose por ende de manera tácita su conformidad con el texto constitucional.

En cuanto al Protocolo adicional que complementa al instrumento internacional, la Corte Constitucional manifiesta que en el adendum al art.1 se amplía el ámbito del concepto de inversión de capital a la preinversión, y de nacional de una Parte Contratante asumiendo que estas gozarán de igual protección, por ende aquello se encasilla a lo manifestado en el análisis del artículo 1 del presente instrumento internacional y por tanto son conceptos que guardan concordancia con el texto constitucional.

El adendum 2 amplía el ámbito de su protección a las zonas marítimas adyacentes al límite exterior del mar territorial del territorio nacional sobre las cuales la Parte Contratante concernida pueda ejercer soberanía. Denotándose que no existe contradicción de este artículo ni con el contenido del instrumento internacional principal, ni con la Constitución de la República.

El adendum 3 contiene elementos descriptivos que complementan el artículo 3 del instrumento internacional, en este sentido no se evidencia una contradicción con el texto constitucional.

El adendum 4 guarda relación con el artículo 4 del tratado principal que de manera general se refiere a la protección de las inversiones e indemnizaciones en caso de

expropiaciones, no existiendo contradicción de esta norma constante en el Protocolo con la Constitución.

El adendum 5 guarda concordancia con el artículo 5, numeral 2 del tratado y determina cuándo puede considerarse a una transferencia “sin demora”; en este sentido clarifica la aplicación de este artículo del tratado; considerándose el texto de este artículo del Protocolo como ajustado al texto constitucional.

Y finalmente, el adendum 6 hace referencia al transporte de mercaderías y personas que también gozarán de una protección en virtud de las inversiones de capital que realicen; en este sentido, se denota que este artículo del Protocolo guarda concordancia con el tratado principal y con la Constitución de la República.

Por lo antes expuesto, manifiesta la Corte Constitucional que tanto los artículos del Tratado Internacional como el Protocolo analizados guardan armonía con los artículos analizados en el texto principal del presente dictamen, no contraviniendo norma constitucional alguna.

B) NORMAS CONSIDERADAS INCONSTITUCIONALES

A continuación se analizarán las normas consideradas inconstitucionales por la Corte Constitucional por considerar que atentan la supremacía constitucional, los principios de legalidad, seguridad jurídica, y finalmente la prohibición de cesión de soberanía a instancias de arbitraje internacional en controversias contractuales de índole comercial.

Dentro de su análisis la Corte Constitucional determina que los artículos 7, 8, 9, y 10 del Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones de Capital contienen normas que contravienen el texto constitucional, en la especie en cuanto a una aparente contradicción del artículo 7 con la supremacía y jerarquización normativa de la Constitución, artículo 8 del tratado, con el principio de seguridad jurídica y de los artículos 9, y 10 en cuanto a la prohibición constitucional de cesión de soberanía a instancias de arbitraje internacional en controversias contractuales de índole comercial. Al respecto, es menester señalar algunos elementos importantes del análisis efectuado por la Corte Constitucional.

En cuanto a la vulneración a la supremacía constitucional

La Corte manifiesta en cuanto al ámbito de aplicación de otras normas ajenas al presente tratado, el artículo 7 determina que:

(1) Si las disposiciones legales de una de las Partes Contratantes o de obligaciones emanadas del Derecho Internacional al margen del presente Tratado, actuales o futuras, entre las Partes Contratantes resultare una reglamentación general o especial en virtud de la cual deba concederse a las inversiones de capital de los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante un trato más favorable que el previsto en el presente Tratado, dicha reglamentación prevalecerá sobre el presente Tratado, en cuanto sea más favorable”; y adicionalmente “(2) Cada Parte Contratante cumplirá cualquier otro compromiso que haya contraído con relación a las inversiones del capital de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante en su territorio.

Para el análisis de este artículo, la Corte adopta una interpretación constitucionalista, valiéndose de principios como la supremacía constitucional y la aplicación directa de la Constitución, para llegar a la conclusión de que ninguna norma puede contravenir las disposiciones constitucionales.

Menciona la Corte que del análisis de este artículo y sus numerales se evidencia que aquella disposición permite la aplicación preferente de normas que consagren un trato más favorable a las inversiones, las cuales prevalecerán incluso por sobre el contenido de este tratado.

Dentro de aquella enunciación se observa que esta hace referencia a dos circunstancias en las cuales se podría aplicar esta preferencia normativa: disposiciones legales de una de las Partes Contratantes o de obligaciones emanadas del Derecho Internacional, lo cual a criterio de la Corte contraría el principio de supremacía de la normativa constitucional consagrada en el art. 424 de la Constitución de la República, en virtud de la cual: “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 [...]”, llegando la Corte a la conclusión que cualquier disposición normativa del derecho interno de las Partes Contratantes, así como la normativa contenida en los instrumentos internacionales deben guardar armonía con el texto constitucional, por lo que no pueden ser aplicadas de manera preferencial sobre este tratado sin antes ser objeto de control respecto a su compatibilidad con las normas constitucionales.

Además, recuerda la Corte que el art. 425 de la Constitución de la República determina el orden jerárquico de aplicación de las normas en el Ecuador, que será el siguiente: “La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”; manifestándose adicionalmente que “en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior”; por lo que, el aceptar

que una disposición normativa del derecho interno de una de las Partes Contratantes, por más que consagre un trato favorable para las inversiones no puede contradecir el orden jerárquico que establece la Constitución; en aquel sentido, una ley interna no podría contradecir el contenido de un instrumento internacional y mucho menos el de la Constitución de la República.

Finalmente, en cuanto a este tópico, la Corte manifiesta que el art. 417 de la Constitución consagra que: “Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución [...]”; por lo que, el aplicar directamente esta normativa más favorable a las inversiones podría en muchos casos contradecir el texto constitucional, lo cual atenta al principio de jerarquía normativa y supremacía de la Constitución lo cual generará ineficacia jurídica. Por lo tanto, este artículo, a criterio de la Corte Constitucional, contraviene el contenido de la Constitución de la República, y en ese sentido declara su inconstitucionalidad.

En cuanto al principio de seguridad jurídica

Respecto al artículo 8 la Corte Constitucional manifiesta que este consagra la protección de las inversiones de capital anteriores a la entrada en vigencia de este instrumento internacional, lo cual podría atentar contra la seguridad jurídica en el país.

ARTÍCULO 8

Protección de Inversiones anteriores

El presente Tratado se aplicará también a las inversiones de capital efectuadas antes de la entrada en vigor del mismo por los nacionales o sociedades de una Parte Contratante a las disposiciones legales de la otra Parte Contratante en el territorio de esta última.

Para la Corte, aquello evidencia una contradicción con la naturaleza de los instrumentos internacionales y su fuerza normativa, señalando que de aceptarse el texto de ese instrumento internacional se atentaría al principio de legalidad, ya que de acuerdo a la Corte Constitucional los tratados, una vez ratificados por el país suscriptor a través de sus procedimientos constitucionales, se convierten en norma de derecho interno, manifestando que antes de aquello no tienen eficacia jurídica alguna, entendiéndose que las normas en el tiempo solo tienen aplicación para el futuro y por ende no tienen efecto retroactivo.

El artículo 8 del Tratado consagra la protección de las inversiones de capital anteriores a la entrada en vigencia de este instrumento internacional. Aquello evidencia una contradicción con la naturaleza de los instrumentos internacionales y su fuerza normativa, los mismos que una vez ratificados por el país suscriptor a través de sus procedimientos constitucionales se convierten en norma de derecho interno, pero antes no tienen eficacia jurídica.

dica alguna, por ende y en aplicación del principio de legalidad en cuanto a los efectos de las normas en el tiempo se ha de entender que las disposiciones contenidas en este instrumento internacional deben regir para lo venidero y no tener efecto retroactivo, más aún considerándose las particularidades y momento histórico distinto en virtud de las cuales fueron realizadas inversiones antes de la ratificación de este instrumento internacional. Como se puede observar del texto de este tratado de inversiones, sus artículos conceden ventajas o prerrogativas a las Partes Contratantes, por lo que el Estado ecuatoriano debe velar por el mantenimiento de la seguridad jurídica, la misma que se halla consagrada en el art. 82 de la Constitución y que “[...] se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”. Por lo expuesto, este artículo resulta ser inconstitucional.

Este pronunciamiento de la Corte Constitucional determina además que el artículo 8 del tratado internacional atenta a la seguridad jurídica al retrotraer las prerrogativas a favor de las partes contratantes, a los contratos celebrados con anterioridad a la vigencia del presente instrumento internacional, lo cual, a criterio de la Corte Constitucional, no constituye un acatamiento a las normas jurídicas previas con las que fueron celebrados los contratos anteriores a la vigencia de este instrumento internacional, lo cual convierte a esta norma del artículo 8 en inconstitucional.

En cuanto a la prohibición de cesión de soberanía a instancias de arbitraje internacional en controversias contractuales de índole comercial

La problemática que se genera a partir de esta suscripción se ve plasmada en que los agentes que intervienen en el ámbito del derecho internacional son los estados soberanos, quienes en uso de esta soberanía asumen compromisos internacionales que deben ser cumplidos y respetados en apego al principio de buena fe internacional.

El artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador¹⁸ contiene una regla constitucional expresada en una obligación de no hacer, al prohibir la celebra-

18. Art. 422. No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.

Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia.

En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.

ción de tratados e instrumentos internacionales en los que nuestro país ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales de índole comercial, entre el Estado y personas nacionales o jurídicas privadas.

Es, precisamente, respecto a esta temática la denuncia solicitada por parte de la Presidencia de la República al considerar que mediante los acuerdos de inversión recíproca se estaría vulnerando este imperativo constitucional.

En cuanto al contenido del dictamen de constitucionalidad, se debe destacar que el artículo 9 determina el mecanismo de solución de divergencias entre las Partes Contratantes sobre la interpretación o aplicación del presente tratado, en donde se establecen los siguientes parámetros:

[...]

(1) Las divergencias que surgieren entre las Partes Contratantes sobre la interpretación o aplicación del presente Tratado deberán, en lo posible, ser dirimidas por los gobiernos de ambas Partes Contratantes por la vía diplomática”.

(2) Si una divergencia no puede ser dirimida de esa manera, en el plazo de seis meses contados a partir de la presentación formal del reclamo diplomático, esta será sometida a un tribunal arbitral, a petición de una de las Partes Contratantes.

(3) El Tribunal Arbitral será constituido *ad hoc*; cada Parte Contratante nombrará un miembro, y los dos miembros se pondrán de acuerdo para elegir como Presidente a un nacional de un tercer Estado que será nombrado por los gobiernos de ambas Partes Contratantes. Los miembros serán nombrados dentro de un plazo de dos meses, el Presidente dentro de un plazo de tres meses, después de que una de las partes Contratantes haya comunicado a la otra que desea someter la divergencia de un tribunal arbitral.

(4) Si los plazos previstos en el párrafo 3 no fueren observados, y a falta de otro arreglo, cada parte Contratante podrá invitar al Presidente de la Corte Internacional de Justicia a proceder a los nombramientos necesarios.

En caso de que el Presidente sea nacional de una de las Partes Contratantes o se halle impedido por otra causa, corresponderá al Vicepresidente efectuar los nombramientos. Si el Vicepresidente también fuere nacional de una de las Partes Contratantes o si se hallare también impedido, corresponderá efectuar los nombramientos al miembro de la Corte que siga inmediatamente en el orden jerárquico y no sea nacional de una de las Partes Contratantes.

(5) El tribunal arbitral tomará sus decisiones por mayoría de votos. Sus decisiones son obligatorias. Cada Parte Contratante sufragará los gastos ocasionados por la actividad de su árbitro así como los gastos de su representación en el procedimiento arbitral; los gastos del Presidente, así como los demás gastos, serán sufragados por partes iguales por las dos Partes Contratantes. No obstante, el Tribunal Arbitral podrá determinar en su decisión que una mayor proporción de los gastos sea sufragada por una de las dos Partes Contratantes. Por lo demás, el tribunal arbitral determinará su propio procedimiento.

(6) Si ambas Partes Contratantes fueren también Estados contratantes del Convenio sobre “Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados” de 18 de marzo de 1965, no se podrá, en atención a la disposición del párrafo 1 del artículo 27 de dicho Convenio, acudir al tribunal arbitral arriba previsto cuando el nacional o la sociedad de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante hayan llegado a un acuerdo conforme al artículo 25 del Convenio. No quedará afectada la posibilidad de acudir al tribunal arbitral arriba previsto en el caso de que no se una decisión del Tribunal de Arbitraje del mencionado convenio (artículo 27), o en el caso de traspaso por disposición legal o por acto jurídico, conforme al artículo 6 del presente Tratado”.

La Corte Constitucional, dentro de su control material, manifiesta que el artículo 9 del instrumento objeto de control establece los mecanismos de solución de las divergencias suscitadas de la aplicación e interpretación de este instrumento internacional, en circunstancias en que la divergencia no sea posible de ser solucionada por la vía diplomática; determinándose que la controversia debe ser solucionada por un Tribunal Arbitral por petición de las partes contratantes; desarrollándose en los distintos numerales que contempla este artículo la conformación del Tribunal Arbitral el cual será constituido *ad hoc*, se determina también la conformación del tribunal y la duración en sus funciones; además, la forma en que tomarán sus decisiones el Tribunal Arbitral.

La Corte es muy precisa al determinar que el presente artículo atenta a la disposición constitucional contenida en el art. 422 que determina: “No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje comercial internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas”.

Manifiesta que este instrumento internacional se encasilla dentro de las causales de índole comercial y que respecto a la norma constitucional es muy clara. Además, conforme se desprende del informe aprobado por el Pleno de la Corte Constitucional en sesión extraordinaria del 25 de marzo de 2010, el presente instrumento se encasilla dentro de las causales contempladas en el artículo 419 de la Constitución de la República y en la especie en su numeral 6 ya que compromete al país en acuerdos de integración y de comercio, al abordar una temática relacionada directamente con el ámbito comercial como son las inversiones.

Señala que el artículo 1 del tratado, al mencionar el concepto de inversiones de capital, es muy claro al determinar que estas involucran actividades que están relacionadas con el ámbito comercial. De igual modo, el numeral 5 del artículo en análisis determina que las decisiones de este tribunal serán obligatorias, y que el Tribunal Arbitral determinará su propio procedimiento, lo cual sitúa a la decisión adoptada de cierta arbitrariedad en cuanto a su pronunciamiento, al no establecerse procedimientos claros respecto a su actuación.

Expresa que la norma constitucional señala claramente la prohibición de que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional; lo cual en concordancia con el análisis del artículo 7 antes revisado atentaría contra el principio de supremacía constitucional, en el sentido que podrían generarse controversias en cuanto a la aparente aplicación de normas más favorables a las inversiones pero en contradicción con la Constitución de la República; en ese sentido, el mantener este mecanismo de solución de conflictos atentaría contra el principio de supremacía de la Constitución, más todavía considerando el efecto obligatorio que otorga este instrumento a las decisiones arbitrales.

La Corte realiza una extensión del principio de supremacía constitucional al artículo 9 del tratado internacional y manifiesta que acorde a la corriente constitucionalista nada está exento del control de constitucionalidad, por ende no se puede permitir la creación de estos tribunales *ad hoc* para la solución de controversias que se suscitaren del presente tratado, aquello iría en contra no solo de disposición constitucional expresa, sino que sería un atentado a la soberanía popular expresada a través de la Constitución de la República, atentándose contra el art. 422 de la Constitución.

En cuanto a la excepción de la disposición constitucional contenida en el art. 422 “[...] los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia”;¹⁹ manifiesta que, aquello guarda coherencia con el art. 423 que proclama la integración del Ecuador y Latinoamérica, en sus numerales 1 y 7 que propenden a impulsar la integración económica y el comercio regional; así como favorecer la consolidación de organizaciones de carácter supranacional tendientes a la integración regional. Aquello está determinado por el compromiso del Ecuador a mantener un proceso de integración regional permanente así como lograr un proceso de integración profundo con sus pares latinoamericanos.

Empero, el análisis del art. 9 de este instrumento internacional manifiesta que “el mismo no tiende hacia un proceso de integración regional, sino a un instrumento que compromete a los estados, particulares y sociedades del Ecuador y Alemania en un tema específico que son las inversiones, por ende, el mismo no se encasilla dentro de la salvedad que contempla el texto constitucional”; con estas consideraciones, la Corte colige que el artículo 9 del tratado internacional objeto en análisis es claramente contrario a la Constitución de la República del Ecuador.

19. Inciso segundo del artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador.

El artículo 10 del tratado en análisis continúa con los mecanismos de solución de divergencias entre un inversionista y la Parte Contratante receptora de la inversión, determinándose en la especie que “Las divergencias relativas a las disposiciones del presente Tratado entre una Parte Contratante y nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas”, sin embargo, conforme lo determina el numeral 2:

Si una divergencia no puede ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contados desde la fecha en que una de las Partes en litigio la haya hecho valer, será sometida a petición del inversionista: (a) a un tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se haya realizado la inversión; (b) a un tribunal arbitral cuya competencia haya sido previamente convenida por las Partes Contratantes.

En este sentido y de conformidad a lo expuesto en el análisis del artículo precedente, la Corte, siguiendo su línea argumentativa, evidencia que por expresa prohibición constitucional esta divergencia no puede ser sometida a un Tribunal Arbitral, puesto que aquello implicaría ceder la jurisdicción soberana del Estado ecuatoriano a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Ecuador y personas naturales o jurídicas privadas como es el caso del presente artículo del tratado internacional. Por lo expuesto, a criterio de la Corte Constitucional, la solución de controversias entre un inversionista y la Parte Contratante receptora de la inversión, que constituye un Estado en los asuntos que regula este tratado por mandato constitucional no podría someterse a un tribunal de arbitraje.

Manifiesta que el artículo 10 del tratado en consideración se refiere a la inclusión de un organismo independiente como mediador de conflictos en cuanto las partes no llegasen a solucionar amigablemente las controversias, para ello consideran necesario someterse al arbitraje internacional conforme al “Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados” (CIADI), suscrita por el Estado ecuatoriano el 18 de marzo de 1965; sin embargo, precisa que el Estado ecuatoriano mediante Decreto Ejecutivo No. 1823, publicado en el Registro Oficial No. 632 de 13 de julio de 2009, se retiró del arbitraje internacional, por tanto no estaría vinculado a este arbitraje internacional.

Adicionalmente, menciona la Corte Constitucional que aquellas resoluciones provenientes de estos Tribunales *ad hoc* podrían generar serios perjuicios al Estado ecuatoriano que, como parte del presente tratado, representa a los intereses de todos los habitantes de nuestro país; en aquel sentido, se atentaría al art. 416 de la Constitución de la República que determina:

Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en conse-

cuencia: [...] 12.- Fomenta un nuevo Sistema de Comercio e Inversión entre los Estados que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional, justo, transparente y equitativo. Rechaza que controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados.

Por las consideraciones antes expuestas, la Corte Constitucional determina que el artículo 10 del tratado internacional resulta ser inconstitucional.

COMENTARIO AL DICTAMEN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

El imperativo de los diversos estados del orbe para captar capitales externos obligó a que se flexibilicen ciertos marcos decisionales internos de los estados, entre los cuales se encontraba la solución de controversias que devinieren de conflictos comerciales internacionales.

En nuestro contexto, la crisis económica por la que ha atravesado nuestro país, al igual que la mayoría de países latinoamericanos a lo largo de su historia ha generado que el Estado ecuatoriano busque permanentemente inversiones extranjeras como mecanismo de fomento de su economía; empero, esta búsqueda de inversiones a su vez generó compromisos internacionales de índole comercial, especialmente en cuanto a los mecanismos de solución de controversias.

Es así como en 1965, a través de la Convención de Washington, se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en el que uno de sus principales pilares es la cesión de la jurisdicción de los países al procedimiento arbitral excluyente de cualquier otro recurso de jurisdicción interna, instrumento internacional contra el que el contexto constitucional ecuatoriano vigente, generó serios cuestionamientos respecto a tratados internacionales que contemplen este mecanismo de solución de conflictos frente a una posible cesión de jurisdicción soberana en asuntos en que el Estado mantiene intereses económicos.

La problemática planteada en este dictamen de constitucionalidad está determinada por el nivel de regulación en cuanto a compartir competencias jurisdiccionales con otras instancias internacionales, posición que confronta la soberanía estatal interna con la dinámica comercial internacional, puesto que en el contexto internacional, la solución de controversias en el ámbito del derecho comercial está determinada por el reconocimiento del arbitraje comercial internacional como un sistema apropiado para la solución de controversias.

El profesor Martin Hunter manifiesta:

[...] Muchos de nosotros debemos aceptar que es cosa del pasado los días en que los tribunales nacionales eran expresamente escogidos por las partes como foro para resolver los conflictos derivados del comercio internacional. Ahora, su papel en la resolución de controversias de este tipo surge típicamente cuando las partes han omitido hacer una escogencia expresa en los contratos, Los tribunales nacionales son, en consecuencia, un foro residual [...].²⁰

En esta línea de defensa del arbitraje comercial internacional, Susan Karamanian manifiesta:

[...] El arbitraje de los conflictos internacionales promueve el orden, la certeza y la eficiencia; permite a las partes sustraer una potencial controversia de una eventual corte extranjera hostil; las faculta para que sus disputas sean decididas por aquellos escogidos por las mismas y, en muchas ocasiones, tiene el beneficio adicional de la confidencialidad. [...] La comunidad mundial, como tal, se benefició [del arbitraje internacional] por que los conflictos son resueltos efectiva y eficientemente, sin costos directos para ella.²¹

Finalmente, Sergio Quintero Rubianogroot es otro defensor del arbitraje comercial internacional, y manifiesta:

¿Podríamos imaginar... un sistema de mercado tan grande y cada vez más sin fronteras si no dispusiéramos de mecanismos legales rápidos y eficaces que aseguraran los efectos derivados de los contratos? ¿O sería factible el tan “polémico” proceso de globalización si no existiera la posibilidad de celebrar contratos internacionales cuya jurisdicción fuera neutral para las partes y de esa manera aproximarse mucho más al sentido objetivo que el dirimente ha de observar en la resolución de conflictos, generando así mayor confianza en los intervinientes del mercado? Es evidente que las respuestas son claramente negativas, y por ello cada vez más la institución del arbitraje toma fuerza en el mundo del tráfico comercial.²²

Como se ha descrito en líneas anteriores, la corriente internacional promueve el empleo de estos medios de solución de diferencias en materia comercial, sin embargo, nuestro país ha optado por mantener una preponderancia de la soberanía estatal en materia comercial internacional.

20. Martin Hunter, *Internacional Commercial Dispute Resolution: The Challenge of the Twenty-first Century, Arbitration International*, Nottingham/London, Court of International Arbitration, vol. 16, No. 4, 2000, p. 381.

21. Susan Karamanian, *Overstating the “Americanization” of International Arbitration: Lessons from ICSID, Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 5, No. 19, 2003, p. 33.

22. Sergio Quintero, “Ordenamientos colombiano, español y británico”, en *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, julio de 2002, disponible en [www.servilex.com].

En cuanto a esta inmunidad soberana, esta parte históricamente del principio “*par in parem no habet imperium*”,²³ en virtud del cual un Estado no está sujeto a la jurisdicción de su par; este principio ha sido recogido por el constitucionalismo ecuatoriano en la norma del artículo 422 de la Constitución.

Esa posición del Estado ecuatoriano ha generado álgidos debates y serios cuestionamientos a nivel internacional; así, existen críticos a este dictamen de la Corte que manifiestan que tal como está concebida la regla del artículo 422 de la Constitución, aquella esta direccionada hacia una relación de índole comercial que se suscite entre el Estado ecuatoriano y personas particulares, sean naturales o jurídicas, mas no en el caso de relaciones internacionales entre estados y menos aún cuando exista de por medio un tratado internacional de inversiones recíprocas, en que las relaciones de índole comercial superan el carácter contractual y adquieren una categoría suprallegal. Se genera entonces una relación internacional en el plano intergubernamental, que en aplicación de las normas contenidas en el derecho internacional, impide la modificación unilateral por el país receptor de la inversión, y por tanto, la tesis de que el Estado debe velar por el interés general y el principio de soberanía estatal no implica el desconocimiento de lo pactado internacionalmente, puesto que se debe respetar el principio fundamental del derecho internacional plasmado en el *pacta sunt servanda*, que se constituye en el elemento esencial de la buena fe internacional y que a su vez genera una seguridad y confianza internacional de fiel cumplimiento de lo pactado.

En cambio, quienes defienden la posición soberana del Estado, justifican sus argumentos manifestando que la Constitución ecuatoriana a lo largo de su texto consagra una preeminencia de la soberanía estatal; así, el artículo 1 de la Constitución de la República, no solo consagra al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y de justicia, denotando un cambio paradigmático en el modelo de Estado vigente, sino que además dentro de sus elementos constitutivos atribuye la característica de la soberanía al ente estatal. Adicionalmente, entre los deberes primordiales del Estado, el artículo 3 de la Constitución consagra el garantizar y defender la soberanía estatal, encontrando los defensores de esta línea en las normas constitucionales su principal herramienta para justificar esta soberanía estatal en el ámbito de la solución de conflictos internacionales en materia comercial.

23. En 1812 el juez Jhon Marshall en Estados Unidos en el caso denominado “The Schooner Exchange vs. McFaddon”, recogió este principio al desestimar la acción de dos ciudadanos americanos en contra de un buque de guerra francés (el Balaou) que había decidido atracar en Filadelfia por e mal tiempo, en donde los demandantes alegaban era su propia embarcación (el Shooner Exchange), ilegalmente apropiada por Napoleón y convertida en navío de combate. El fundamento de la decisión fue la imposibilidad de que Francia pudiera ser demandada ante los tribunales norteamericanos. Citado de <http://press-pubs.uchicago.edu>

La Corte Constitucional claramente se identifica con una corriente constitucionalista para el control formal y material de este instrumento internacional, contrastando las disposiciones atinentes a la cesión de soberanía a instancias arbitrales en materia comercial, con disposiciones constitucionales que propenden la supremacía de la Constitución y la armonía de la normativa internacional con su texto como condición indispensable para su validez. Así, manifiesta que lo que se busca a través de las inversiones es el desarrollo nacional, por tanto aquello debe guardar también concordancia con la Constitución de la República, “defiende que la observancia de las normas constitucionales es condición esencial para la validez de los tratados”.²⁴

Esta corriente constitucionalista y la doctrina de la soberanía estatal en el ámbito jurisdiccional ha sido recogida por parte del Estado ecuatoriano; criterios como los del ex Procurador General del Estado así lo evidencian cuando señala: “El Estado tiene ciertas atribuciones y competencias que le son exclusivas en el orden interno, tal como las potestades soberanas de legislar, gobernar y juzgar. Estas competencias privativas del Estado no deben cederse ni limitarse por el solo hecho de suscribir un tratado o convenio internacional”.²⁵

Para esta línea, la regla constitucional contenida en el artículo 422 es clara y resulta ser determinante dentro del análisis que realiza la Corte Constitucional en estos tratados de inversiones recíprocas para declarar la inconstitucionalidad parcial de sus normas; y en cuanto a la excepción de esta regla, manifiesta que se la debe realizar de manera expresa dentro del texto constitucional, conforme lo reconoce nuestra Carta Fundamental cuando establece la salvedad para organismos regionales de integración “[...] la cesión no se haga de manera totalmente libre o incondicionada [...] la Constitución sujeta la cesión de poder a condiciones y límites, a veces expresos, a veces implícitos, a veces deducidos por la jurisprudencia ordinaria y constitucional”.²⁶

24. Marco Monroy Cabra, *Derecho de los Tratados*, Bogotá, Leyer, 1995, p. 348.

25. Xavier Garaicoa, “Interpretación Jurídica sobre el Tratado Bilateral de Inversiones”, en *Soberanía: actitud indeclinable*, Quito, Procuraduría General del Estado, 2007, p. 11.

26. *Ibid.*

CONCLUSIONES SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA DENUNCIA DEL “TRATADO ENTRE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA SOBRE FOMENTO Y RECÍPROCA PROTECCIÓN DE INVERSIONES DE CAPITAL”

La Constitución ecuatoriana ha determinado dentro de su jerarquización normativa la ubicación de los tratados e instrumentos internacionales como normas supra legales pero infraconstitucionales, por tanto, ninguna disposición contenida en una norma internacional puede contravenir el texto de la Constitución de la República, ubicándola claramente dentro de una corriente constitucionalista, en que se busca la armonización de la normativa nacional e internacional como condición de validez formal y material de estas disposiciones.

Esta tesis no es exclusiva del Ecuador, estados como Argentina también lo han plasmado a través de su jurisprudencia así:

El estatus del acto de adhesión a las reglas del CIADI es de superioridad en relación con la ley y de inferioridad con relación a la Constitución. [...] Ello es así por cuanto la vocación aperturista del sistema jurídico argentino hacia el sistema jurídico internacional incorporada en la reforma de 1994 se encaminó a privilegiar claramente la jerarquización de los derechos humanos estricto sensu (desde los contenidos) y la participación de nuestro país en distintas variantes de integración (desde lo organizativo); no eliminó las fronteras del bloque normativo local ni subvirtió la jerarquía jurídica establecida en el art. 31 de la Constitución. Volviendo al tema en análisis; las reglas de procedimiento CIADI no están exentas del control de constitucionalidad argentino, como no lo está exento cualquier norma con jerarquía inferior a la máxima.²⁷

Frente a esta disposición jerárquica normativa, el constitucionalismo ecuatoriano ha previsto un control íntegro de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico; en el ámbito de los instrumentos internacionales, este se encuentra determinado por el denominado control automático de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales, en virtud del cual la Corte Constitucional, a través de un ejercicio hermenéutico, ha establecido que no solo el control que realiza es respecto al procedimiento y si requiere o no aprobación legislativa conforme el art. 419 de la Constitución, sino que ha establecido que se realizará un control automático que

27. Horacio Rosatti, “Globalización, estatidad y derecho (Argentina y el CIADI)”, en *Transnational Dispute Management*; vol. 2, No. 1, S/L, 2005, p. 14.

comprende además del análisis de forma también un control material o de fondo respecto a la constitucionalidad del instrumento.

Dentro del caso específico, la Corte Constitucional llega a determinar que a la fecha en la que se celebró el instrumento internacional –21 de marzo de 1996– las disposiciones contenidas en los artículos del convenio eran concordantes con lo que establecía el Capítulo VI “De Los Tratados Internacionales” de la Constitución de 1998 (arts.161, 162 y 163), vigente a esa fecha, llegando a la conclusión de que el tratado internacional fue constitucional a la fecha de su celebración; empero, realiza una equiparación del instrumento celebrado con la Constitución de 2008 vigente y determina que las condiciones constitucionales han cambiado, señalando que ahora el control constitucional de los tratados internacionales se lleva a cabo de una manera más concreta, debiendo responder las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional a los verdaderos intereses del pueblo ecuatoriano.

En el presente caso se puede observar que frente a una brecha interpretativa amplia en materia de denuncia de tratados e instrumentos internacionales, la Corte Constitucional para el período de transición realiza una adecuación de la ratificación y emprende en un ejercicio hermenéutico similar, cuando debido a su naturaleza la denuncia de instrumentos internacionales obedece a procedimientos diferentes debido a que ya existen compromisos internacionales que deben ser respetados, lo que no sucede con el control previo a la ratificación de constitucionalidad por parte de las asambleas. Esta circunstancia parece no haber sido analizada por la Corte al momento de dar paso a la denuncia de los tratados de inversión recíproca.

Lo que plantea la Corte es redefinir el control a partir de una supremacía del derecho constitucional interno por sobre el internacional. Esto se evidencia con la obligatoriedad y vinculatoriedad del dictamen de la Corte Constitucional antes de asumir un compromiso internacional, e incluso a través de esta línea hermenéutica se lo hace extensivo también en el caso de denuncias, con lo cual se está habilitando un control de constitucionalidad a posteriori de instrumentos internacionales que se encuentran en vigor e integrados dentro del ordenamiento jurídico interno.

En América Latina, por las razones antes expuestas, se ha venido desarrollando paulatinamente la aceptación del sistema arbitral como método de solución de controversias en el ámbito comercial internacional. Nuestro país ha optado por una invocación de la negativa a este sistema arbitral comercial internacional en cuanto a la cesión de su potestad jurisdiccional soberana, lo cual contraviene el diseño institucional de la mayoría de países del continente.

El Estado ecuatoriano forma parte del contexto internacional en donde ha quedado evidenciada la permanente interdependencia de los distintos estados del orbe. Fenómenos como la integración, la globalización y la economía son imperativos a los cuales ningún país del mundo puede dejar de observar. El asumir compromisos inten-

cionales de buena fe refleja la seriedad y confianza en la comunidad internacional, siendo la mejor carta de presentación de un Estado ante la comunidad internacional.

El respeto de los instrumentos internacionales celebrados por parte de los estados Parte a través del principio *pacta sunt servanda* se configura como un mecanismo que propende al respeto de la seguridad jurídica en el concierto internacional, para no caer en acciones discrecionales por parte de los estados receptores de inversiones.

Este dictamen genera efectos que desmotivan la inversión, por cuanto no se establecen reglas claras y frente a la posibilidad de una modificación unilateral de los términos y condiciones en cuanto a los inversionistas extranjeros. Los resultados han generado serios cuestionamientos por cuanto no se da cumplimiento a principios del derecho internacional como la buena fe y estar a lo pactado.

Una de las características de los tratados bilaterales de inversión es generar una confianza de los inversionistas; sin embargo, a través de este dictamen se genera una desconfianza colectiva en los procesos de inversiones recíprocas entre el Ecuador y otros países. Sobre la decisión de la Corte, este organismo determina que solo ciertos artículos del instrumento internacional están en contradicción con el texto constitucional, por tanto, considera que no es menester denunciar todo el tratado internacional sino exclusivamente los artículos que no guardan armonía con el texto constitucional, en la especie los relacionados con el arbitraje comercial internacional, previniendo al órgano legislativo que dentro de aquel instrumento internacional es importantísimo establecer los mecanismos de solución de las diferencias, los cuales deben establecerse de común acuerdo entre las partes contratantes, pero respetando los preceptos constitucionales.

Consideramos que se pudo renegociar los tratados de inversión recíproca antes de proceder a su denuncia, más aún considerando que la inversión es un motor del desarrollo de un país como el Ecuador. Es por ello que dentro de la esfera económica, el Estado ecuatoriano tiende a promover estas inversiones enmarcadas en la planificación económica del país, así lo consagra el artículo 339 de la Constitución que manifiesta:

Art. 339. El Estado promoverá las inversiones nacionales y extranjeras, y establecerá regulaciones específicas de acuerdo a sus tipos, otorgando prioridad a la inversión nacional. Las inversiones se orientarán con criterios de diversificación productiva, innovación tecnológica, y generación de equilibrios regionales y sectoriales.

La inversión extranjera directa será complementaria a la nacional, estará sujeta a un estricto respeto del marco jurídico y de las regulaciones nacionales, a la aplicación de los derechos y se orientará según las necesidades y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo, así como en los diversos planes de desarrollo de los gobiernos autónomos descentralizados.

La inversión pública se dirigirá a cumplir los objetivos del régimen de desarrollo que la Constitución consagra, y se enmarcará en los planes de desarrollo nacional y locales, y en los correspondientes planes de inversión.

Finalmente, resumiremos nuestra posición manifestando que a través de este dictamen la Corte Constitucional genera inseguridad jurídica al interior del Estado y en el ámbito de las relaciones internacionales, puesto que realiza una denuncia unilateral desconociendo compromisos adquiridos con antelación por estados soberanos, lo cual atenta contra principios básicos del derecho internacional como el *pacta sunt servanda*, buena fe, e improcedencia de alegar normas del derecho interno para justificar el incumplimiento de instrumentos internacionales, dejando al país en mal precedente ante la comunidad internacional como un Estado que no da cumplimiento a los compromisos internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

- Bazán, Víctor, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales*, México, Porrúa, 2003.
- Fernández, Enrique, *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- Gamboa, Nicolás, *Apuntes sobre arbitraje internacional*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006.
- Garaicoa, Xavier, “Interpretación Jurídica sobre el Tratado Bilateral de Inversiones”, en *Soberanía: actitud indeclinable*, Quito, Procuraduría General del Estado, mayo, 2007.
- Hunter, Martin, *International Commercial Dispute Resolution: The Challenge of the Twenty-first Century*, *Arbitration International*, Nottingham/London, Court of International Arbitration, vol. 16, No. 4, 2000.
- Karamanian, Susan, *Overstating the ‘Americanization’ of International Arbitration: Lessons from ICSID*, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 5, No. 19, 2003.
- Monroy Cabra, Marco, *Derecho de los Tratados*, Bogotá, LEYER, 1995.
- Montaño Galarza, César, “Las relaciones internacionales y los tratados en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, 2009.
- Quintero, Sergio, “Ordenamientos colombiano, español y británico”, en *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, julio de 2002, disponible en [www.servilex.com].
- Rosatti, Horacio, “Globalización, estatidad y derecho (Argentina y el CIADI)”, en *Transnational Dispute Management*, vol. 2, No. 1, S/L, enero de 2005.

Soto, Carlos Alberto, *Tratado de Derecho Arbitral*, t. II, Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011.

Ymaz Videla, Esteban, *Protección de inversiones extranjeras. Tratados bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas*, Buenos Aires, La Ley, 1999.

NORMAS

Constitución de la República del Ecuador, R.O. No. 449, 20 de octubre de 2008.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Segundo Suplemento-R.O. No. 52, 22 de octubre de 2009.

Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional para el Período de Transición, Suplemento-R.O. No. 127, 19 de febrero de 2010.

Fecha de recepción: 14 de agosto de 2012
Fecha de aprobación: 9 de septiembre de 2012