

**UNIVERSIDAD DE LOS
HEMISFERIOS**



**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

TEMA

**“ANÁLISIS SOBRE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE LA
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 2008 Y ARTÍCULO
ACADÉMICO SOBRE LA HUIDA DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN”**

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador

Autor:

Alegría Jijón Andrade

Tutor:

Dr. Juan Carlos Riofrio

Quito - Ecuador

2016

INDICE

RESUMEN.....	3
ANÁLISIS ARTÍCULO 441 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 2008.....	4
ANÁLISIS ARTÍCULO 442 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 2008.....	18
ANÁLISIS ARTÍCULO 443 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 2008.....	29
ANÁLISIS ARTÍCULO 444 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 2008.....	35
ARTÍCULO ACADÉMICO SOBRE LA HUIDA DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN	47

RESUMEN

Este trabajo está dividido en cinco secciones independientes. La primera estudia la el artículo 441 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 sobre la posibilidad de introducir enmiendas constitucionales. El análisis se centra en la literalidad de la cláusula, repasa su génesis histórica, los artículos concordantes con la disposición, hace un repaso de la jurisprudencia y doctrina nacional en la materia, y termina con un comentario personal sobre la posibilidad de realizar enmiendas constitucionales. La segunda parte del trabajo realiza el mismo ejercicio descrito pero respecto del artículo 442 de la citada Constitución de 2008 sobre la reforma parcial de la Constitución. La tercera parte de este trabajo realiza el mismo ejercicio descrito pero respecto del artículo 443 de la misma Constitución sobre la potestad de la Corte Constitucional de determinar el procedimiento adecuado para las modificaciones constitucionales. La cuarta parte versa sobre el artículo 444 de la misma Constitución sobre la reforma total de la Constitución a través del mecanismo de consulta popular. Finalmente, la quinta y última sección de este trabajo es un artículo académico sobre la Huida del Arbitraje de Inversión por parte de países soberanos.

ABSTRACT

This paper is divided into five separate sections. The first section studies the Article 441 of the Constitution of the Republic Ecuador of 2008 on the possibility of introducing constitutional amendments. The analysis focuses on the wording of the clause, it review the clause's historical genesis, it related articles, and explores the case law and national doctrine on the matter, the analysis ends with a personal comment on the possibility of constitutional amendments. The second section of the work paper performs the same exercise but with respect to Article 442 of same Constitution on the partial reform of the Constitution. The third section of this paper performs the same exercise described but in regarding of Article 443 of the Constitution on the power of the Constitutional Court to determine the appropriate procedure for constitutional amendments. The fourth section concerns Article 444 of the same Constitution, on the integral reform of the Constitution through the mechanism of popular consultation. Finally, the fifth and final section of this paper is an academic article on the Flight from Arbitration Investment by sovereign countries.

ANÁLISIS ARTÍCULO 441 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 2008

Art. 441. La enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, se realizará:

1. Mediante referéndum solicitado por la Presidenta o Presidente de la República, o por la ciudadanía con el respaldo de al menos el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral.

2. Por iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional. El proyecto se tramitará en dos debates; el segundo debate se realizará de modo impostergable en los treinta días siguientes al año de realizado el primero. La reforma sólo se aprobará si obtiene el respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional.

GÉNESIS HISTÓRICA:

C. (1998) Art. 280.- La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso Nacional o mediante consulta popular. Art. 281.- Podrán presentar proyectos de reforma constitucional ante el Congreso Nacional, un número de diputados equivalente al veinte por ciento de sus integrantes o un bloque legislativo; el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional o un número de personas en ejercicio de los derechos políticos, cuyos nombres consten en el padrón electoral, y que equivalga al uno por ciento de los inscritos en él.

C. (1978-codificada en 1996 y 1997) Art. 180.- Pueden proponer reformas a la Constitución el Presidente de la República, los legisladores, la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional y por iniciativa popular. Art. 181.- El Congreso Nacional conocerá y discutirá los proyectos de reformas constitucionales, siguiendo el mismo trámite previsto para la aprobación de las leyes. Requerirá del voto favorable de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros, en cada debate. Aprobado el proyecto de reforma, el Congreso lo remitirá al Presidente de la República para su sanción u objeción. En caso de objeción parcial del Presidente de la República la rectificación se hará en un solo debate y la ratificación en dos, con el pronunciamiento de la mayoría antes señalada. Si no se resuelve la rectificación o la ratificación de las disposiciones comprendidas en el veto parcial, por falta de mayoría, ello no obstará la promulgación de las disposiciones aceptadas por el Presidente de la República y de las que el Congreso allane o ratifique, siempre que no requieran para su aplicabilidad de la promulgación de las no resueltas. En caso de que el Congreso Nacional niegue

total o parcialmente el proyecto de reformas constitucionales, se estará a lo dispuesto en la Sección de la Consulta Popular.

C. (1978-codificada en 1993) Art. 149.- Pueden proponerse reformas a la Constitución por los legisladores, por el Presidente de la República, por la Corte Suprema de Justicia y por iniciativa popular. El Congreso Nacional conocerá y discutirá los proyectos de reformas constitucionales y su aprobación requiere del voto de por lo menos, las dos terceras partes de la totalidad de los miembros del Congreso. Aprobado el proyecto de reforma en dos debates, el Congreso lo remitirá al Presidente de la República para su dictamen. De ser éste favorable, la reforma se promulga de acuerdo con la ley. El Presidente de la República, dentro del plazo de 90 días, podrá someter a consulta popular los proyectos de reforma constitucional en los siguientes casos: a) Cuando el proyecto de reforma propuesto por la iniciativa del Presidente de la República hubiere sido rechazado total o parcialmente por el Congreso Nacional; y, b) Cuando el proyecto de reforma aprobado por el Congreso Nacional, hubiese obtenido dictamen total o parcialmente desfavorable del Presidente de la República. La consulta popular convocada por el Presidente de la República se circunscribirá exclusivamente a la parte o partes del proyecto de reformas que hayan sido objeto de discrepancia.

C. (1978-codificada en 1984) Art. 143.- Pueden proponerse reformas a la Constitución por los legisladores, por el Presidente de la República, por la Corte Suprema de Justicia y por iniciativa popular. El Congreso Nacional conocerá y discutirá los proyectos de reformas constitucionales y su aprobación requiere del voto de por lo menos, las dos terceras partes de la totalidad de los miembros del Congreso. Aprobado el proyecto de reforma en dos debates, el Congreso lo remitirá al Presidente de la República para su dictamen. De ser éste favorable, la reforma se promulga de acuerdo con la ley. El Presidente de la República, dentro del plazo de 90 días, podrá someter a consulta popular los proyectos de reforma constitucional en los siguientes casos: a) Cuando el proyecto de reforma propuesto por la iniciativa del Presidente de la República hubiere sido rechazado total o parcialmente por el Congreso Nacional; y, b) Cuando el proyecto de reforma aprobado por el Congreso Nacional, hubiese obtenido dictamen total o parcialmente desfavorable del Presidente de la República. La consulta popular convocada por el Presidente de la República se circunscribirá exclusivamente a la parte o partes del proyecto de reformas que hayan sido objeto de discrepancia.

C. (1978) Art. 180.- Pueden proponer reformas a la Constitución el Presidente de la República, los legisladores, la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional y por iniciativa popular. Art. 181.- El Congreso Nacional conocerá y discutirá los proyectos de reformas constitucionales, siguiendo el mismo trámite previsto para la aprobación de las leyes. Requerirá del voto favorable de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros, en cada debate. Aprobado el proyecto de reforma, el Congreso lo remitirá al Presidente de la República para

su sanción u objeción. En caso de objeción parcial del Presidente de la República la rectificación se hará en un solo debate y la ratificación en dos, con el pronunciamiento de la mayoría antes señalada. Si no se resuelve la rectificación o la ratificación de las disposiciones comprendidas en el veto parcial, por falta de mayoría, ello no obstará la promulgación de las disposiciones aceptadas por el Presidente de la República y de las que el Congreso se allane o ratifique, siempre que no requieran para su aplicabilidad de la promulgación de las no resueltas. En caso de que el Congreso Nacional niegue total o parcialmente el proyecto de reformas constitucionales, se estará a lo dispuesto en la Sección de la Consulta Popular.

C. (1967) Art. 258.- Proyectos de reforma constitucional.- El Congreso Ordinario puede discutir cualquier proyecto de reforma constitucional, siempre que se observe el trámite establecido para la elaboración de las leyes. Sin embargo, el Congreso no podrá introducir cambio alguno que sustituya la forma republicana de gobierno o la forma democrática del Estado Ecuatoriano. Aprobado el proyecto por ambas Cámaras, se lo remitirá al Presidente de la República, para que lo publique con su opinión; de ser esta favorable a la reforma, el Congreso Ordinario, en Pleno y con la concurrencia de los Ministros Jueces y Fiscales de la Corte Suprema de Justicia los cuales tendrán derecho a voz y voto aprobará o negará total o parcialmente, el proyecto de reformas en un solo debate y por mayoría absoluta de la totalidad de sus miembros. Cuando la opinión del Presidente de la República fuere total o parcialmente desfavorable a la reforma, someterá a plebiscito la parte o partes con las cuales estuviere en desacuerdo, de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 10 del Art. 184. El Presidente de la República no podrá objetar la ley reformativa, y estará obligado a promulgarla. En el caso del proyecto de reformas de la Constitución propuesto por el Presidente de la República y rechazado total o parcialmente por el Congreso, se estará a lo establecido en el ordinal arriba citado.

C. (1946) Art. 190.- El Congreso Ordinario puede discutir cualquier proyecto de Reforma Constitucional, observando el trámite establecido para la formación de las leyes. Aprobado el Proyecto por ambas Cámaras, se lo remitirá al Presidente de la República para que lo publique con su informe. El próximo Congreso Ordinario, luego que se hubiera renovado la Cámara de Diputados aprobará sin modificación alguna, o negará el Proyecto de reformas constitucionales, en un solo debate y por mayoría absoluta de la totalidad de sus miembros. El Presidente de la República no podrá objetar la reforma y estará obligado a promulgarla.

C. (1945) Art. 34.- Son atribuciones y deberes del Congreso: 2. Reformar la Constitución, sujetándose a lo dispuesto en el artículo 166; Art. 166.- La Constitución no puede ser reformada antes de cuatro años, contados desde su promulgación. Transcurrido este plazo, el Congreso Ordinario puede discutir cualquier proyecto de reforma, observando el trámite establecido para la formación de las leyes Aprobado el proyecto, se lo remitirá al Presidente de la

República para que lo publique, con el informe que emita, por lo menos treinta días antes de la elección de nuevos diputados. El Congreso renovado aprobará sin modificación alguna o negará el proyecto de reformas constitucionales, en un solo debate y por mayoría de los dos tercios de sus miembros. El Presidente de la República no puede objetar la ley reformativa y está obligado a promulgarla.

C. (1929) Art. 164.- La Constitución no podrá ser reformada antes de cuatro años de su promulgación. Transcurrido este plazo, podrán las Legislaturas ordinarias discutir cualquier proyecto de reforma, observando el trámite establecido en la misma Constitución para la formación de las leyes. Aprobado por ambas Cámaras el proyecto de reforma, se lo remitirá al Poder Ejecutivo, para que lo publique con su informe, y será considerado por la próxima Legislatura ordinaria, luego que se hubiere renovado la Cámara de Diputados. La Legislatura se constituirá en Asamblea para conocer del proyecto de reforma, y si lo aprobare, total o parcialmente, por el voto de los dos tercios de sus miembros, la reforma será Ley de la República y formará parte de la Constitución. La Asamblea resolverá en dos debates y su voto será de aprobación o negación, sin modificación alguna en las disposiciones aceptadas. El Poder Ejecutivo no podrá objetar la Ley reformativa y estará obligado a promulgarla.

C. (1906) Art. 8.- En cualquier tiempo en que la mayoría absoluta de las Cámaras, juzgare conveniente la reforma de la Constitución, la propondrá al Congreso, a fin de que sea considerada por la Legislatura, cuando se haya efectuado la renovación de la Cámara de Senadores, conforme al artículo (46) cuarenta y seis. Y si entonces se aceptare por la mayoría absoluta de las Cámaras, procediéndose con arreglo a lo prescrito en la Sección VI, Título VIII, la reforma hará parte de la Constitución.

C. (1897) Art. 139.- La Constitución no podrá ser reformada antes de cuatro años. Transcurrido este término en cualquier tiempo en que las dos terceras partes de cada una de las Cámaras de una Legislatura ordinaria, juzgase conveniente la reforma de alguno o algunos de sus artículos, la propondrá a la próxima Legislatura ordinaria; y si entonces fuere también acordada con la mayoría absoluta de cada una de las Cámaras, procediéndose con las formalidades prescritas en la Sección VI del Título VI, será válida y hará parte de la Constitución.

C. (1884) Art. 136.- En cualquier tiempo en que la mayoría absoluta de las Cámaras, juzgue conveniente la reforma de la Constitución, la propondrá al Congreso, a fin de que sea considerada por la Legislatura, cuando se haya efectuado la renovación de que hablan los artículos 57 y 58; y si entonces se aceptare por la mayoría absoluta de las Cámaras, procediéndose con arreglo a lo prescrito en la Sección 6, del Título 6, la reforma hará parte de la Constitución.

C. (1878) Art. 121.- En cualquier tiempo en que la mayoría de cada una de las Cámaras de una Legislatura ordinaria, juzgue conveniente la reforma alguno o

algunos artículos de esta Constitución, podrá proponerla a la próxima legislatura ordinaria; y si entonces fuere también acordada por la mayoría absoluta de cada una de las Cámaras, procediéndose con las formalidades prescritas en la Sección VI del Título V será válida, y hará parte de la Constitución.

C. (1869) Art. 115.- En cualquier tiempo que el Congreso juzgue conveniente la reforma de algunos artículos de esta Constitución, podrá proponerla para que de nuevo se tome en consideración en otra Legislatura ordinaria, si entonces fuere también ratificada por la mayoría de cada una de las Cámaras, procediéndose con las formalidades prescritas en la Sección VI del Título VI, la reforma será válida, si la mayoría de los sufragantes la aprueba, votando por SI o NO. Pero nunca podrán alterarse las bases contenidas en los artículos 9, 14 y 15.

C. (1861) Art. 132.- En cualquier tiempo que las dos terceras partes de cada una de las Cámaras juzguen conveniente la reforma de algunos artículos de esta Constitución, podrá el Congreso proponerla para que de nuevo se tome en consideración, cuando se haya renovado por lo menos la mitad de los miembros de las Cámaras que propusieron la reforma; y si entonces fuere también ratificada por los dos tercios de cada una, procediéndose con las formalidades prescritas en la sección VI del Título VI, será válida y hará parte de la Constitución, pero nunca podrán alterarse las bases contenidas en los artículos 12, 13 y 14.

C. (1852) (que reforma la de 1845) Art. 142.- Cualquiera Legislatura constitucional puede proponer la reforma de alguno o algunos artículos constitucionales, y calificada de necesaria la reforma por la mayoría absoluta de cada una de las Cámaras, después de tres diversas discusiones, se publicará inmediatamente por la imprenta con el informe del Poder Ejecutivo y demás documentos, para que el próximo Congreso ordinario extraordinario convocado al efecto, se ocupe de la materia en sus primeras sesiones. Si éste, después de tres discusiones, calificase de justa la reforma de la mayoría absoluta de los votos en cada una de las Cámaras, se tendrá como parte de esta Constitución y se pasará al Poder Ejecutivo para su promulgación. Art. 143.- El poder que tiene el Congreso para reformar esta Constitución, no se extenderá nunca al artículo 13 del título 3o. que habla de la Religión de Estado.

C. (1851) Art. 137.- Pasados cuatro años, contados desde el día en que esta Constitución se sancione, podrá proponerse en la Asamblea Nacional la reforma o adición de esta Constitución; y si después de tres discusiones, la Asamblea Calificare de necesaria la reforma o adición, con el voto de los dos tercios de los Diputados presentes, se pasará al Poder Ejecutivo para que se publique por la imprenta, y llegue así al conocimiento de la Nación; debiéndose tomar de nuevo en consideración por la próxima Asamblea en sus primeras sesiones ordinarias. Se discutirá entonces por tres veces la reforma o adición; y si fuere aprobada con el voto de los dos tercios de los Diputados presentes, se tendrá como parte

de esta Constitución, y se pasará al Poder Ejecutivo para su promulgación y observancia.

C. (1845) Art. 141.- Pasados cuatro años en cualquier Legislatura y en cualquiera de las dos Cámaras, se puede proponer la reforma de alguno o algunos artículos constitucionales; y calificada de necesaria la reforma en ambas Cámaras, por el voto de los dos tercios de los Diputados presentes, después de tres diversas discusiones, se publicará por la imprenta, con el informe del Poder Ejecutivo y demás documentos, para que el próximo Congreso se ocupe de la materia en sus primeras sesiones. Si éste, después de tres discusiones, calificase de justa la reforma por el voto de los dos tercios de los individuos presentes en cada una de las dos Cámaras, se tendrá como parte de esta Constitución, y se pasará al Poder Ejecutivo para su promulgación. Art. 142.- El poder que tiene el Congreso para reformar esta Constitución, no se extenderá nunca al artículo 13 del título 3o. que habla de la Religión del Estado.

C. (1843) Art. 107.- Toda proposición hecha por escrito, en cualquiera de las dos Cámaras, reformando, alterando, adicionando, o aclarando algunos artículos de la Constitución, se discutirá como proyecto de ley; más para su adopción será indispensablemente necesario en cada una, el consentimiento de las dos terceras partes de sus miembros presentes. Art. 108.- Admitida la proposición por ambas Cámaras, se pasará al Poder Ejecutivo, para que con sus observaciones la mande imprimir, publicar, y circular por todas las provincias. Art. 109.- La proposición impresa, y publicada como proyecto, será considerada de nuevo en la próxima Legislatura, con el informe del Presidente de la República, y demás documentos; y si volviese el Congreso a calificar de justa la reforma, por el voto de los dos tercios de los individuos presentes en cada una de las Cámaras, después de tres discusiones, se tendrá como parte de esta Constitución, y se pasará al Poder Ejecutivo para su promulgación. Art. 110.- El poder que tiene el Congreso para reformar esta Constitución, no se extenderá al artículo tercero que habla de la forma de Gobierno.

C. (1835) Art. 111.- Pasados seis años en cualquier Legislatura, y en cualquiera de las dos Cámaras, se puede proponer la reforma de alguno o algunos artículos constitucionales; y calificada de necesaria la reforma, en ambas Cámaras por el voto de los dos tercios de los Diputados presentes, después de tres diversas discusiones, se reservará con el informe del Poder Ejecutivo y demás documentos para el próximo Congreso, con encargo de ocuparse de la materia en sus primeras sesiones. Si este después de tres discusiones calificase de justa la reforma por el voto de los dos tercios de los individuos presentes en cada una de las dos Cámaras, se tendrá como parte de esta Constitución, y se pasará al Poder Ejecutivo para su Promulgación.

C. (1830) Art. 71.- Como en la época en que se debe abrir el primer Congreso constitucional, o los siguientes, ya estará determinada la situación y forma de la República, y establecido el pacto de unión entre los Estados de Colombia; el

mismo Congreso o los siguientes declararán las alteraciones que deba sufrir esta Constitución en conformidad de lo dispuesto en el artículo 5. Art. 72.- Pasados tres años, en cualquiera Legislatura se puede proponer la reforma de alguno, o algunos artículos constitucionales; y calificada de necesaria la reforma por el voto de los dos tercios de los Diputados presentes después de tres diversas discusiones, se reservará con el informe del Gobierno y demás documentos para el próximo Congreso con encargo de ocuparse de la materia en sus primeras sesiones. Si este después de tres discusiones calificase de justa la reforma por el voto de los dos tercios de los Diputados presentes, se tendrá como parte de esta Constitución, y se pasará al Gobierno para su promulgación.

C. (1821) Art. 190.- En cualquier tiempo en que las dos terceras partes de cada una de las Cámaras, juzguen conveniente la reforma de algunos artículos de esta Constitución; podrá el Congreso proponerla para que de nuevo se toma en consideración cuando se haya renovado, por lo menos, la mitad de los miembros de las Cámaras que propusieron la reforma; y si entonces fuere también ratificada por los dos tercios de cada una, procediéndose con las formalidades prescritas en la sección I del Título IV será válida y hará parte de la Constitución, pero nunca podrán alterarse las bases contenidas en la sección I del título I y en la II del Título II.

CONCORDANCIAS:

Sobre la supremacía de la norma constitucional y la vinculación de los poderes del estado a la misma, v. C. 424-427.

Sobre la convocatoria a referéndum v. C. 104.

Sobre la determinación de cuál es el procedimiento aplicable para la reforma constitucional, v. C. 443.

Sobre Control constitucional de las enmiendas y reformas constitucionales v. LOGJYCC. 99-106.

JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, Dictamen número 001-14-DRC-CC (Caso número 001-14 RC) dictamen: « DICTAMEN (...) 2. Las propuestas de reforma de la Constitución puestas a conocimiento de la Corte Constitucional contenidas en los “artículos”: 2- Consulta popular- 3 –Candidatización de autoridades de elección popular que han sido reelectas por la ocasión- 4 –Requisito de edad para ser candidato a la presidencia de la República-; 5 –Candidatización del presidente de la República que ha sido reelecto por una ocasión-; 6 –Fuerzas Armadas apoyo de la Policía Nacional de conformidad con la Ley-; 7 –Competencias de Contraloría-; 8 –Competencias de la Contraloría-; 9 –División territorial de la Defensoría del Pueblo-; 10,11 y disposición transitoria única –Modificación del régimen laboral de las obreras y obreros del sector público-; 12 –Competencia

del Estado Central-; 13 –Competencia de los Municipios-; 14 –Pensiones jubilares de la fuerza pública-; 15 –Fondos previsionales-; 16 –Comunicación como servicio público-; y 17 –Conformación de regiones- procede que sean tramitadas a través de enmienda constitucional, de conformidad con el artículo 441 numeral 2 de la Constitución de la República, por cuanto estos temas no alteran la estructura fundamental o el carácter y elementos constitutivos del Estado, no establecen restricciones a los derechos y garantías, ni modifican el procedimiento de reforma de la Constitución.»

Corte Constitucional, Dictamen número 001-DPC-CC-2011 (Caso número 001-11 CP) dictamen «Para que proceda el referendo, la enmienda o reforma que se plantee debe cumplir con las condiciones establecidas en la Constitución. Según el constituyente y de conformidad con el acta No. 087 de la Asamblea Nacional Constituyente de Montecristi, en el artículo 441 previo que pueda ser posible la inclusión o adición de uno o varios artículos así como la modificación o enmienda que propenda a fortalecer el marco normativo constitucional. Siendo así, en el presente caso, se debe determinar si la propuesta del Presidente de la República se trata de una enmienda y si ésta no contraviene los límites y condiciones establecidos en el artículo 441 de la Constitución de la República. Una vez establecido aquello, se debe señalar si la enmienda puede darse por la vía del referendo o por acto legislativo.»

DOCTRINA:

Ramiro Ávila Santamaría (2014). Conferencia: "Reformas y Enmiendas Constitucionales en el Ecuador", Colegio de Abogados de Pichincha. Quito: CEP: «En dicha conferencia se trató un artículo del mismo autor Ramiro Ávila Santamaría, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar, que en resumen concluye: "CAMINO TERCERO: cuando los cambios no traten sobre derechos, garantías, estructura del Estado o el carácter y elementos constitutivos del Estado ni el procedimiento de reforma a la Constitución se sigue el camino que la constitución llama "enmienda"; es decir, cuando los cambios son superficiales y no afecta ni a los derechos de las personas ni a la esencia del Estado. El camino en estos casos puede ser simplemente parlamentario. En todos los casos, quien decide el camino es la Corte Constitucional, que tiene que argumentar y sustentar su resolución, precautelando la vigencia de la Constitución y los derechos fundamentales; su horizonte es el pueblo y no el poder.» (<http://www.gkillcity.com/articulos/el-mirador-politico/otra-vez-gato-liebre>).

María Gabriela Hernández Matovelle, "Reelección Indefinida en el Ecuador". Tribuna Democrática, Novedades Jurídicas, Ediciones Legales, Quito, Año VI, Número 72, XII 2014: «En su dictamen de la Corte Constitucional señala además, que los temas propuestos no alteran la estructura fundamental o el carácter y elementos constitutivos del Estado, por lo que no establecen

restricciones a los derechos y garantías, ni modifican el procedimiento de reforma de la Constitución.»

Stalin Raza Castañeda, “Reelección en la Constitución Ecuatoriana”. Tribuna Democrática, Novedades Jurídicas, Ediciones Legales, Quito, Año VI, Número 72, XII 2014: «Dicho esto, debo en cambio expresar mi absoluto desacuerdo con la fundamentación de la Corte Constitucional para habilitar el procedimiento de enmienda sobre la reelección, pues considero que sienta un nefasto precedente –hay que recordar que las sentencias y dictámenes de la Corte constituyen precedente obligatorio bajo el modelo del stare decisis vigente en el Ecuador en materia constitucional- al señalar con mucha soltura de huesos que la “alternancia” (como denomina al principio de “alternabilidad”), no constituye un elemento fundamental del Estado, bajo el pueril argumento de que no se encuentra textualmente establecida en ninguno de los artículos (1 al 9) de la Constitución que según su muy deficiente interpretación, serían los únicos que consignan dichos elementos fundamentales. »

Emilio Romero Parducci, “Remembranzas de las ‘enmiendas’ del 2011”, Diario El Universo, Sábado, 29 de noviembre, 2011 Ya todos sabemos que la “enmienda”, como nuevo vehículo especial para modificar nuestra Constitución, que figura en el art. 441 de la de Montecristi, fue copiada de la Constitución venezolana, que a su vez la tenía copiada desde 1893 de la Constitución de los Estados Unidos de América; por lo que, antes de octubre del 2008, en que se aprobó nuestra Constitución, la tal “enmienda” era completamente extraña al Derecho Constitucional ecuatoriano, según el cual, hasta entonces, la Constitución solo podía modificarse mediante la tradicional “reforma”, parcial o total, que el Ecuador conoció y reconoció desde siempre. Por esa historia, a partir de octubre del 2008, la “enmienda” aludida solamente pudo o puede ser una mera “adición” a la Constitución, sin sustituir, ni suprimir ni alterar sus textos preexistentes, tal y como ocurre en Venezuela y en los Estados Unidos; pero, para quienes no aceptan ese único significado posible de aquella histórica copia, la tal “enmienda” tendría que ser una simple corrección que se limite a “arreglar” o “quitar defectos”, según el Diccionario de la RAE. Y eso significa que de ninguna manera la “enmienda” en cuestión puede identificarse con nuestra tradicional “reforma”, mientras pretenda sustituir, suprimir o alterar textos constitucionales, porque la propia Constitución expresamente distingue a la una de la otra en sus arts. 441 y 442, no obstante sus pésimas redacciones. Más aún si se repara que la palabra “enmienda”, para aludir a una modificación constitucional, aparece – íngrima– una sola vez en la de Montecristi (justamente en el citado art. 441), mientras que la palabra “reforma”, referida a la modificación constitucional, figura en ella por lo menos doce veces; lo cual pone en evidencia, además de sus ancestros venezolanos, que semejante figura es una intrusa que nunca antes tuvo nada que ver con nuestro Derecho Constitucional. Y fue por eso que cuando en el 2011 el presidente de la República estrenó en el Ecuador ese frangollo

importado, mediante iniciativa propia y referéndum, confundió escandalosamente a la “enmienda” con la “reforma” –de buena fe, creo yo– para sustituir íntegramente y suprimir del todo textos completos (numerales, incisos y artículos enteros) de la Constitución del 2008 y, además, aunque usted no lo crea, para “reformular” el Código Orgánico de la Función Judicial, como acabó lográndolo, gracias a la colaboración de la mayoría de la entonces Corte Constitucional y al total desconocimiento ciudadano sobre qué mismo era la tal “enmienda” y en qué se diferenciaba de la tradicional “reforma”; desconocimiento del que también participó personalmente el presidente, ya que cuando solicitó a la entonces Corte Constitucional su bendición para las cinco “enmiendas” de su propia iniciativa, mediante oficio del 17 de enero del 2011, él mismo llamó “reformas” a las supuestas “enmiendas” por lo menos cinco veces; tal como consta de los siguientes pasajes extraídos de aquel oficio, cuyas itálicas no son del original: a) “1.- REFORMAS EN MATERIA PENAL”; b) “Por lo tanto, se hace necesario reformar el indicado art. 312 [de la Constitución]”; c) “la ciudadanía está necesitada de una reforma integral en el sector justicia”; d) “considero que la Corte Constitucional debe resolver que el presente proyecto de reforma constitucional se lo realice a través de referéndum”; y, e) “queda claro que las presentes propuestas de reforma constitucional no se encuadran en el presupuesto establecido en el numeral primero del artículo 102 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional”. Para apreciar mejor todo lo expresado, valgámonos de dos de las propuestas más emblemáticas de las presuntas “enmiendas” de entonces: la una, relativa a la justicia, contenida en la pregunta 5 del respectivo referéndum, que decía: “¿Está usted de acuerdo en modificar la composición del Consejo de la Judicatura, enmendando la Constitución y reformando el Código Orgánico de la Función Judicial, como lo establece el anexo 5?”; y, la otra, relativa a la mayor ojeriza de la revolución, contenida en el anexo 3 de la pregunta 3 del mismo referéndum, que proponía sustituir íntegramente el entonces primer inciso del art. 312 de la Constitución, para que “las instituciones del sistema financiero privado, así como las empresas privadas de comunicación de carácter nacional, sus directores y principales accionistas, no puedan ser titulares, directa ni indirectamente, de acciones y participaciones, en empresas ajenas a la actividad financiera o comunicacional, según el caso”. Haciendo a un lado el hecho de que las antedichas dos “enmiendas” fueron aprobadas en el mencionado referéndum, es indudable que ellas nunca pudieron tener la calidad de tales, por varias razones; entre las que se destacan: 1.- para el primer caso, la imposibilidad jurídica de que mediante una “enmienda constitucional” (aun cuando fuere legítima) se reformen expresamente los textos de una “ley secundaria”, porque para eso está la Asamblea Nacional, según el numeral 6 del art. 120 y los primeros renglones del art. 84 de la Constitución; y, 2.- para el segundo caso, por un lado, el hecho de que el solo texto del nuevo primer inciso del art. 132 de la Constitución propuesto por el presidente, por su forma y su contenido, aún reclama a gritos su

potencial calidad de “reforma” y no de “enmienda”, y, por otro lado, el descaro de introducir, con esa falsa “enmienda”, la inconstitucional prohibición –antes inexistente– de que los directores y los principales accionistas de las instituciones financieras y de los medios de comunicación privados tuvieran, directa o indirectamente, inversiones patrimoniales en “cualquier empresa ajena a la actividad financiera o comunicacional, según el caso”; con lo cual, en virtud de semejante discriminación –prohibida repetidamente por la Constitución– se les arrebató escandalosamente a esos accionistas y a esos directores, por lo menos, el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a la libertad de asociación, el derecho a la libertad de emprendimiento en actividades económicas, el derecho a la libertad de contratación y el derecho a la libertad de trabajo y empleo, garantizados en los arts. 11 y 66 de la Constitución, con escandalosa violación a sus arts. 441 y 442, que expresamente prohíben toda “enmienda” y toda “reforma” parcial a la Constitución en todos los casos que establecieren restricciones a los derechos y garantías constitucionales. Ante esos dos ejemplos emblemáticos, cualquier persona de mediana inteligencia podrá advertir que en el primer caso se cometió un muy feo fraude a la Constitución, para obtener con la martingala de la “enmienda constitucional” una “reforma” al Código Orgánico de la Función Judicial, y que en el segundo caso se efectuó una modificación manifiestamente inconstitucional al art. 312 de la de Montecristi, al arrebatarle a los accionistas y a los directores supradichos derechos y garantías que ni siquiera una verdadera “reforma” parcial podía suprimir. Claro que aquellas “enmiendas” fueron aprobadas mediante referéndum, pero eso no significa que por ello las mismas fueron convalidadas de manera alguna, porque un referéndum de aquellos no puede consagrar imposibles ni inconstitucionalidades, tal como tampoco podría ni derogar la ley de la gravedad ni restaurar en el Ecuador la pena de muerte. ... *a partir de octubre del 2008, la “enmienda” aludida solamente pudo o puede ser una mera “adición” a la Constitución, sin sustituir, ni suprimir ni alterar sus textos preexistentes...*

SUMARIO DEL COMENTARIO:

I. Génesis histórica de las enmiendas constitucionales. II. Los beneficios del Artículo 441. III. El peligro de ser juez y parte.

COMENTARIO PERSONAL:

I. Génesis histórica de las enmiendas constitucionales.

La Constitución de un Estado pretende ser la norma suprema del mismo, en el caso del Ecuador la propia Constitución de 2008 en el artículo 424 establece su carácter de norma suprema del ordenamiento jurídico, y además propugna que la Constitución es fuente directa de derecho.

La Constitución nace del poder constituyente ejercido por el pueblo, y de ella emanan los poderes y atribuciones del Estado. En los Estados democráticos la Constitución normalmente también reconoce los derechos de sus ciudadanos y crea sus deberes para con el Estado. Por lo tanto, la Constitución se encuentra por encima jerárquicamente de los poderes estatales, y de cualquier otra norma interna, y al ser norma superior a todas las demás, conceptualmente no podría ser modificada por ninguna otra norma o poder del Estado.

Resulta lógico entonces que, la gran mayoría de Constituciones prevean el proceso a seguir para su propia modificación. Es interesante como en muchas constituciones la aprobación de la reforma debe ser ratificada por el nuevo congreso, esto parecería ser para que no dependa de la voluntad o mayoría política de turno. Como se puede observar, diecinueve de las antiguas Constituciones del Ecuador contienen disposiciones relevantes sobre los procedimientos para reformar la misma Constitución. Incluso en varias de las constituciones antiguas hay ciertos temas que no pueden ser reformados ni por la mayoría.

Ahora bien, el Art. 441 de la Constitución de 2008, sí es una absoluta novedad en el constitucionalismo ecuatoriano, en el sentido de que se trata de un procedimiento previsto sólo para ciertos tipos de cambios constitucionales, a los que les denomina "enmiendas". Más allá de la etimología de la palabra enmienda, el artículo define una enmienda como un cambio que «no altere la estructura fundamental de la Constitución, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución».

Así, se crea un procedimiento para modificar la Constitución simplificado en razón de la materia. La ratio detrás de dicha norma parecería ser el flexibilizar la Constitución y facilitar la realización de cambios necesarios, pero no fundamentales, en el texto constitucional sin necesidad de recurrir al poder constituyente primario.

II. Los beneficios del Artículo 441.

El modificar la norma máxima del Estado, es en sí mismo un tema complicado, y debe serlo. La Constitución está diseñada para actuar como techo, límite o traba a los poderes constituidos del Estado, como quiera verse. La Constitución crea los poderes estatales y se encuentra siempre por encima de los mismos.

Quizás, la idea fundamental de la democracia, es la sumisión del poder al derecho, y este concepto encuentra su asidero práctico en que los poderes del Estado están sometidos a la Constitución y, consecuentemente, que estos no pueden modificarla a su antojo. Por este motivo, normalmente los procedimientos de reforma en las constituciones han estado encaminados a dificultar la modificación constitucional, creando los llamados "candados constitucionales".

Sin embargo, esta extrema rigidez ha probado también ser defectuosa, al crear Constituciones absolutamente rígidas que dan pie a que el siguiente Gobierno, al verse imposibilitado de cambiar ciertas disposiciones de la norma máxima, opte por desconocer la Constitución entera y crear otra aludiendo al poder constituyente primario del pueblo.

En nuestra historia democrática hemos tendido más de 20 constituciones, lo que indudablemente ha afectado a la solidez y continuidad institucional del Ecuador. Por lo que en principio, el relajar un poco el procedimiento de reforma constitucional para temas de menor relevancia y no conculcadores de derechos, podría ayudar a la continuidad constitucional e institucional a mediano y largo plazo.

III. El peligro de ser juez y parte.

El gran riesgo que crea el artículo 441 es no determinar con suficiente precisión qué temas son susceptibles de modificación a través del procedimiento simplificado de enmienda y que temas no lo son. Existen constituciones, como la española de 1978, en la que la propia norma suprema reconoce distinta jerarquía, y por ende distinto procedimiento de reforma, a sus diferentes disposiciones, estableciendo que artículos constitucionales exactamente requieren procedimientos más o menos complejos para su modificación.

La Constitución de la República del Ecuador de 2008, no hace lo mismo, sino que por un lado sí prevé un procedimiento simplificado, que solo requiere el apoyo de dos terceras partes de la Asamblea Nacional, excluyendo todo tipo de referéndum o consulta popular, para ciertas reformas "enmiendas", sin embargo no establece que artículos serán los susceptibles a enmendarse por este método.

Como vimos la Constitución del 2008 establece una lista negativa, es decir, detalla los temas excluidos a la reforma a través de una enmienda, como la supresión de derechos fundamentales, el cambio en la estructura del Estado, y el cambio a los procedimientos de reforma constitucional. La Constitución establece también que será la Corte Constitucional quien decidirá de qué tipo de reforma se trata y si se puede o no utilizar en un caso concreto el procedimiento de enmienda.

El delegar este inmenso poder a la Corte Constitucional., resulta algo preocupante debido especialmente a su composición establecida en el Art. 434 de la Constitución de 2008 y regulada según Régimen de Transición de la Constitución Política del Ecuador, que otorga la designación de los miembros de la Corte

Constitucional a una comisión calificadora controlada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, a su vez nombrada por una Comisión Legislativa, vinculando directamente a la Corte Constitucional con el partido político mayoritario en 2008, que es el que busca perpetuar su poder.

Sin embargo, lo que resulta mucho más preocupante es como, ya en la práctica en sus resoluciones de 2011 y 2014, la Corte Constitucional ha interpretado el artículo 441. La Corte Constitucional en su reciente resolución ha llegado a afirmar que incluso la reelección indefinida del Presidente de la República es un tema que puede tratarse por el procedimiento simplificado de enmienda, dejando un tema que, de manera evidente, afecta a los elementos constitutivos del Estado y a la esencia misma de la democracia, a la sola voluntad de legislador omitiendo consultar al pueblo sobre la misma.

En un país en el que el poder Legislativo cuenta con una mayoría absoluta del mismo partido que el Ejecutivo, la decisión de la Corte Constitucional de tratar dieciséis de las diecisiete reformas planteadas, incluyendo la reelección indefinida del líder del mismo partido político, como enmienda, constituye un atropello a los derechos democráticos de las minorías y oposición ecuatoriana. Desconociendo el valor de la alternabilidad de los mandatarios, como un tema meramente organizacional y haciendo caso omiso a la importancia e historia de la alternabilidad como límite al poder. En conclusión, el artículo 441 no tiene graves problemas conceptuales en sí mismo, pero su error es ser demasiado amplio y dar cabida a interpretaciones distorsionadas por parte de la Corte Constitucional las cuales han ampliado, muy por encima de su natural ámbito, la aplicación al procedimiento previsto en el artículo 441.

ANÁLISIS ARTÍCULO 442 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 2008

Art. 442.- La reforma parcial que no suponga una restricción en los derechos y garantías constitucionales, ni modifique el procedimiento de reforma de la Constitución tendrá lugar por iniciativa de la Presidenta o Presidente de la República, o a solicitud de la ciudadanía con el respaldo de al menos el uno por ciento de ciudadanas y ciudadanos inscritos en el registro electoral, o mediante resolución aprobada por la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional.

La iniciativa de reforma constitucional será tramitada por la Asamblea Nacional en al menos dos debates. El segundo debate se realizará al menos noventa días después del primero. El proyecto de reforma se aprobará por la Asamblea Nacional. Una vez aprobado el proyecto de reforma constitucional se convocará a referéndum dentro de los cuarenta y cinco días siguientes.

Para la aprobación en referéndum se requerirá al menos la mitad más uno de los votos válidos emitidos. Una vez aprobada la reforma en referéndum, y dentro de los siete días siguientes, el Consejo Nacional Electoral dispondrá su publicación.

GÉNESIS HISTÓRICA:

C. (1998) Art. 280.- La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso Nacional o mediante consulta popular. Art. 281.- Podrán presentar proyectos de reforma constitucional ante el Congreso Nacional, un número de diputados equivalente al veinte por ciento de sus integrantes o un bloque legislativo; el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional o un número de personas en ejercicio de los derechos políticos, cuyos nombres consten en el padrón electoral, y que equivalga al uno por ciento de los inscritos en él.

C. (1978-codificada en 1996 y 1997) Art. 180.- Pueden proponer reformas a la Constitución el Presidente de la República, los legisladores, la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional y por iniciativa popular. Art. 181.- El Congreso Nacional conocerá y discutirá los proyectos de reformas constitucionales, siguiendo el mismo trámite previsto para la aprobación de las leyes. Requerirá del voto favorable de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros, en cada debate. Aprobado el proyecto de reforma, el Congreso lo remitirá al Presidente de la República para su sanción u objeción. En caso de objeción parcial del Presidente de la República la rectificación se hará en un solo debate y la ratificación en dos, con el pronunciamiento de la mayoría antes señalada. Si no se resuelve la rectificación o la ratificación de las disposiciones comprendidas en el veto parcial, por falta de mayoría, ello no obstará la promulgación de las

disposiciones aceptadas por el Presidente de la República y de las que el Congreso allane o ratifique, siempre que no requieran para su aplicabilidad de la promulgación de las no resueltas. En caso de que el Congreso Nacional niegue total o parcialmente el proyecto de reformas constitucionales, se estará a lo dispuesto en la Sección de la Consulta Popular.

C. (1978-codificada en 1993) Art. 149.- Pueden proponerse reformas a la Constitución por los legisladores, por el Presidente de la República, por la Corte Suprema de Justicia y por iniciativa popular. El Congreso Nacional conocerá y discutirá los proyectos de reformas constitucionales y su aprobación requiere del voto de por lo menos, las dos terceras partes de la totalidad de los miembros del Congreso. Aprobado el proyecto de reforma en dos debates, el Congreso lo remitirá al Presidente de la República para su dictamen. De ser éste favorable, la reforma se promulga de acuerdo con la ley. El Presidente de la República, dentro del plazo de 90 días, podrá someter a consulta popular los proyectos de reforma constitucional en los siguientes casos: a) Cuando el proyecto de reforma propuesto por la iniciativa del Presidente de la República hubiere sido rechazado total o parcialmente por el Congreso Nacional; y, b) Cuando el proyecto de reforma aprobado por el Congreso Nacional, hubiese obtenido dictamen total o parcialmente desfavorable del Presidente de la República. La consulta popular convocada por el Presidente de la República se circunscribirá exclusivamente a la parte o partes del proyecto de reformas que hayan sido objeto de discrepancia.

C. (1978-codificada en 1984) Art. 143.- Pueden proponerse reformas a la Constitución por los legisladores, por el Presidente de la República, por la Corte Suprema de Justicia y por iniciativa popular. El Congreso Nacional conocerá y discutirá los proyectos de reformas constitucionales y su aprobación requiere del voto de por lo menos, las dos terceras partes de la totalidad de los miembros del Congreso. Aprobado el proyecto de reforma en dos debates, el Congreso lo remitirá al Presidente de la República para su dictamen. De ser éste favorable, la reforma se promulga de acuerdo con la ley. El Presidente de la República, dentro del plazo de 90 días, podrá someter a consulta popular los proyectos de reforma constitucional en los siguientes casos: a) Cuando el proyecto de reforma propuesto por la iniciativa del Presidente de la República hubiere sido rechazado total o parcialmente por el Congreso Nacional; y, b) Cuando el proyecto de reforma aprobado por el Congreso Nacional, hubiese obtenido dictamen total o parcialmente desfavorable del Presidente de la República. La consulta popular convocada por el Presidente de la República se circunscribirá exclusivamente a la parte o partes del proyecto de reformas que hayan sido objeto de discrepancia.

C. (1978) Art. 180.- Pueden proponer reformas a la Constitución el Presidente de la República, los legisladores, la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional y por iniciativa popular. Art. 181.- El Congreso Nacional conocerá y discutirá los proyectos de reformas constitucionales, siguiendo el mismo trámite

previsto para la aprobación de las leyes. Requerirá del voto favorable de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros, en cada debate. Aprobado el proyecto de reforma, el Congreso lo remitirá al Presidente de la República para su sanción u objeción. En caso de objeción parcial del Presidente de la República la rectificación se hará en un solo debate y la ratificación en dos, con el pronunciamiento de la mayoría antes señalada. Si no se resuelve la rectificación o la ratificación de las disposiciones comprendidas en el veto parcial, por falta de mayoría, ello no obstará la promulgación de las disposiciones aceptadas por el Presidente de la República y de las que el Congreso se allane o ratifique, siempre que no requieran para su aplicabilidad de la promulgación de las no resueltas. En caso de que el Congreso Nacional niegue total o parcialmente el proyecto de reformas constitucionales, se estará a lo dispuesto en la Sección de la Consulta Popular.

C. (1967) Art. 258.- Proyectos de reforma constitucional.- El Congreso Ordinario puede discutir cualquier proyecto de reforma constitucional, siempre que se observe el trámite establecido para la elaboración de las leyes. Sin embargo, el Congreso no podrá introducir cambio alguno que sustituya la forma republicana de gobierno o la forma democrática del Estado Ecuatoriano. Aprobado el proyecto por ambas Cámaras, se lo remitirá al Presidente de la República, para que lo publique con su opinión; de ser esta favorable a la reforma, el Congreso Ordinario, en Pleno y con la concurrencia de los Ministros Jueces y Fiscales de la Corte Suprema de Justicia los cuales tendrán derecho a voz y voto aprobará o negará total o parcialmente, el proyecto de reformas en un solo debate y por mayoría absoluta de la totalidad de sus miembros. Cuando la opinión del Presidente de la República fuere total o parcialmente desfavorable a la reforma, someterá a plebiscito la parte o partes con las cuales estuviere en desacuerdo, de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 10 del Art. 184. El Presidente de la República no podrá objetar la ley reformativa, y estará obligado a promulgarla. En el caso del proyecto de reformas de la Constitución propuesto por el Presidente de la República y rechazado total o parcialmente por el Congreso, se estará a lo establecido en el ordinal arriba citado.

C. (1946) Art. 190.- El Congreso Ordinario puede discutir cualquier proyecto de Reforma Constitucional, observando el trámite establecido para la formación de las leyes. Aprobado el Proyecto por ambas Cámaras, se lo remitirá al Presidente de la República para que lo publique con su informe. El próximo Congreso Ordinario, luego que se hubiera renovado la Cámara de Diputados aprobará sin modificación alguna, o negará el Proyecto de reformas constitucionales, en un solo debate y por mayoría absoluta de la totalidad de sus miembros. El Presidente de la República no podrá objetar la reforma y estará obligado a promulgarla.

C. (1945) Art. 34.- Son atribuciones y deberes del Congreso: 2. Reformar la Constitución, sujetándose a lo dispuesto en el artículo 166; Art. 166.- La Constitución no puede ser reformada antes de cuatro años, contados desde su

promulgación. Transcurrido este plazo, el Congreso Ordinario puede discutir cualquier proyecto de reforma, observando el trámite establecido para la formación de las leyes. Aprobado el proyecto, se lo remitirá al Presidente de la República para que lo publique, con el informe que emita, por lo menos treinta días antes de la elección de nuevos diputados. El Congreso renovado aprobará sin modificación alguna o negará el proyecto de reformas constitucionales, en un solo debate y por mayoría de los dos tercios de sus miembros. El Presidente de la República no puede objetar la ley reformativa y está obligado a promulgarla.

C. (1929) Art. 164.- La Constitución no podrá ser reformada antes de cuatro años de su promulgación. Transcurrido este plazo, podrán las Legislaturas ordinarias discutir cualquier proyecto de reforma, observando el trámite establecido en la misma Constitución para la formación de las leyes. Aprobado por ambas Cámaras el proyecto de reforma, se lo remitirá al Poder Ejecutivo, para que lo publique con su informe, y será considerado por la próxima Legislatura ordinaria, luego que se hubiere renovado la Cámara de Diputados. La Legislatura se constituirá en Asamblea para conocer del proyecto de reforma, y si lo aprobare, total o parcialmente, por el voto de los dos tercios de sus miembros, la reforma será Ley de la República y formará parte de la Constitución. La Asamblea resolverá en dos debates y su voto será de aprobación o negación, sin modificación alguna en las disposiciones aceptadas. El Poder Ejecutivo no podrá objetar la Ley reformativa y estará obligado a promulgarla.

C. (1906) Art. 8.- En cualquier tiempo en que la mayoría absoluta de las Cámaras, juzgare conveniente la reforma de la Constitución, la propondrá al Congreso, a fin de que sea considerada por la Legislatura, cuando se haya efectuado la renovación de la Cámara de Senadores, conforme al artículo (46) cuarenta y seis. Y si entonces se aceptare por la mayoría absoluta de las Cámaras, procediéndose con arreglo a lo prescrito en la Sección VI, Título VIII, la reforma hará parte de la Constitución.

C. (1897) Art. 139.- La Constitución no podrá ser reformada antes de cuatro años. Transcurrido este término en cualquier tiempo en que las dos terceras partes de cada una de las Cámaras de una Legislatura ordinaria, juzgase conveniente la reforma de alguno o algunos de sus artículos, la propondrá a la próxima Legislatura ordinaria; y si entonces fuere también acordada con la mayoría absoluta de cada una de las Cámaras, procediéndose con las formalidades prescritas en la Sección VI del Título VI, será válida y hará parte de la Constitución.

C. (1884) Art. 136.- En cualquier tiempo en que la mayoría absoluta de las Cámaras, juzgare conveniente la reforma de la Constitución, la propondrá al Congreso, a fin de que sea considerada por la Legislatura, cuando se haya efectuado la renovación de que hablan los artículos 57 y 58; y si entonces se aceptare por la mayoría absoluta de las Cámaras, procediéndose con arreglo a lo prescrito en la Sección 6, del Título 6, la reforma hará parte de la Constitución.

C. (1878) Art. 121.- En cualquier tiempo en que la mayoría de cada una de las Cámaras de una Legislatura ordinaria, juzgue conveniente la reforma alguno o algunos artículos de esta Constitución, podrá proponerla a la próxima legislatura ordinaria; y si entonces fuere también acordada por la mayoría absoluta de cada una de las Cámaras, procediéndose con las formalidades prescritas en la Sección VI del Título V será válida, y hará parte de la Constitución.

C. (1869) Art. 115.- En cualquier tiempo que el Congreso juzgue conveniente la reforma de algunos artículos de esta Constitución, podrá proponerla para que de nuevo se tome en consideración en otra Legislatura ordinaria, si entonces fuere también ratificada por la mayoría de cada una de las Cámaras, procediéndose con las formalidades prescritas en la Sección VI del Título VI, la reforma será válida, si la mayoría de los sufragantes la aprueba, votando por SI o NO. Pero nunca podrán alterarse las bases contenidas en los artículos 9, 14 y 15.

C. (1861) Art. 132.- En cualquier tiempo que las dos terceras partes de cada una de las Cámaras juzguen conveniente la reforma de algunos artículos de esta Constitución, podrá el Congreso proponerla para que de nuevo se tome en consideración, cuando se haya renovado por lo menos la mitad de los miembros de las Cámaras que propusieron la reforma; y si entonces fuere también ratificada por los dos tercios de cada una, procediéndose con las formalidades prescritas en la sección VI del Título VI, será válida y hará parte de la Constitución, pero nunca podrán alterarse las bases contenidas en los artículos 12, 13 y 14.

C. (1852) (que reforma la de 1845) Art. 142.- Cualquiera Legislatura constitucional puede proponer la reforma de alguno o algunos artículos constitucionales, y calificada de necesaria la reforma por la mayoría absoluta de cada una de las Cámaras, después de tres diversas discusiones, se publicará inmediatamente por la imprenta con el informe del Poder Ejecutivo y demás documentos, para que el próximo Congreso ordinario extraordinario convocado al efecto, se ocupe de la materia en sus primeras sesiones. Si éste, después de tres discusiones, calificase de justa la reforma de la mayoría absoluta de los votos en cada una de las Cámaras, se tendrá como parte de esta Constitución y se pasará al Poder Ejecutivo para su promulgación. Art. 143.- El poder que tiene el Congreso para reformar esta Constitución, no se extenderá nunca al artículo 13 del título 3o. que habla de la Religión de Estado.

C. (1851) Art. 137.- Pasados cuatro años, contados desde el día en que esta Constitución se sancione, podrá proponerse en la Asamblea Nacional la reforma o adición de esta Constitución; y si después de tres discusiones, la Asamblea Calificare de necesaria la reforma o adición, con el voto de los dos tercios de los Diputados presentes, se pasará al Poder Ejecutivo para que se publique por la imprenta, y llegue así al conocimiento de la Nación; debiéndose tomar de nuevo en consideración por la próxima Asamblea en sus primeras sesiones ordinarias.

Se discutirá entonces por tres veces la reforma o adición; y si fuere aprobada con el voto de los dos tercios de los Diputados presentes, se tendrá como parte de esta Constitución, y se pasará al Poder Ejecutivo para su promulgación y observancia.

C. (1845) Art. 141.- Pasados cuatro años en cualquier Legislatura y en cualquiera de las dos Cámaras, se puede proponer la reforma de alguno o algunos artículos constitucionales; y calificada de necesaria la reforma en ambas Cámaras, por el voto de los dos tercios de los Diputados presentes, después de tres diversas discusiones, se publicará por la imprenta, con el informe del Poder Ejecutivo y demás documentos, para que el próximo Congreso se ocupe de la materia en sus primeras sesiones. Si éste, después de tres discusiones, calificase de justa la reforma por el voto de los dos tercios de los individuos presentes en cada una de las dos Cámaras, se tendrá como parte de esta Constitución, y se pasará al Poder Ejecutivo para su promulgación. Art. 142.- El poder que tiene el Congreso para reformar esta Constitución, no se extenderá nunca al artículo 13 del título 3o. que habla de la Religión del Estado.

C. (1843) Art. 107.- Toda proposición hecha por escrito, en cualquiera de las dos Cámaras, reformando, alterando, adicionando, o aclarando algunos artículos de la Constitución, se discutirá como proyecto de ley; más para su adopción será indispensablemente necesario en cada una, el consentimiento de las dos terceras partes de sus miembros presentes. Art. 108.- Admitida la proposición por ambas Cámaras, se pasará al Poder Ejecutivo, para que con sus observaciones la mande imprimir, publicar, y circular por todas las provincias. Art. 109.- La proposición impresa, y publicada como proyecto, será considerada de nuevo en la próxima Legislatura, con el informe del Presidente de la República, y demás documentos; y si volviese el Congreso a calificar de justa la reforma, por el voto de los dos tercios de los individuos presentes en cada una de las Cámaras, después de tres discusiones, se tendrá como parte de esta Constitución, y se pasará al Poder Ejecutivo para su promulgación. Art. 110.- El poder que tiene el Congreso para reformar esta Constitución, no se extenderá al artículo tercero que habla de la forma de Gobierno.

C. (1835) Art. 111.- Pasados seis años en cualquier Legislatura, y en cualquiera de las dos Cámaras, se puede proponer la reforma de alguno o algunos artículos constitucionales; y calificada de necesaria la reforma, en ambas Cámaras por el voto de los dos tercios de los Diputados presentes, después de tres diversas discusiones, se reservará con el informe del Poder Ejecutivo y demás documentos para el próximo Congreso, con encargo de ocuparse de la materia en sus primeras sesiones. Si este después de tres discusiones calificase de justa la reforma por el voto de los dos tercios de los individuos presentes en cada una de las dos Cámaras, se tendrá como parte de esta Constitución, y se pasará al Poder Ejecutivo para su Promulgación.

C. (1830) Art. 71.- Como en la época en que se debe abrir el primer Congreso constitucional, o los siguientes, ya estará determinada la situación y forma de la República, y establecido el pacto de unión entre los Estados de Colombia; el mismo Congreso o los siguientes declararán las alteraciones que deba sufrir esta Constitución en conformidad de lo dispuesto en el artículo 5. Art. 72.- Pasados tres años, en cualquiera Legislatura se puede proponer la reforma de alguno, o algunos artículos constitucionales; y calificada de necesaria la reforma por el voto de los dos tercios de los Diputados presentes después de tres diversas discusiones, se reservará con el informe del Gobierno y demás documentos para el próximo Congreso con encargo de ocuparse de la materia en sus primeras sesiones. Si este después de tres discusiones calificase de justa la reforma por el voto de los dos tercios de los Diputados presentes, se tendrá como parte de esta Constitución, y se pasará al Gobierno para su promulgación.

C. (1821) Art. 190.- En cualquier tiempo en que las dos terceras partes de cada una de las Cámaras, juzguen conveniente la reforma de algunos artículos de esta Constitución; podrá el Congreso proponerla para que de nuevo se toma en consideración cuando se haya renovado, por lo menos, la mitad de los miembros de las Cámaras que propusieron la reforma; y si entonces fuere también ratificada por los dos tercios de cada una, procediéndose con las formalidades prescritas en la sección I del Título IV será válida y hará parte de la Constitución, pero nunca podrán alterarse las bases contenidas en la sección I del título I y en la II del Título II.

CONCORDANCIAS:

Sobre la supremacía de la norma constitucional y la vinculación de los poderes del estado a la misma, v. C. 424-427.

Sobre la convocatoria a referéndum v. C. 104.

Sobre la determinación de cuál es el procedimiento aplicable para la reforma constitucional, v. C. 443.

Sobre Control constitucional de las enmiendas y reformas constitucionales v. LOGJYCC. 99-106.

Sobre el procedimiento para el Control Constitucional de las Enmiendas y Reformas Constitucionales v. Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional Arts. 67 y 68.

JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, Dictamen número 001-14-DRC-CC (Caso número 001-14 RC) dictamen: « De acuerdo al objeto perseguido a través de dichas propuestas constitucionales, esto es que todos los dignatarios elegidos por votación popular puedan candidatearse nuevamente para el mismo cargo, sin condiciones en cuanto al número de periodos de representación o gobierno ejercidos por tales

autoridades, se determina que las mismas no modifican elementos constitutivos del Estado o su estructura fundamental, ya que, por un lado, no se pretende cambiar los principios básicos y presupuestos constitucionales previstos desde los artículos 1 al 9 de la Constitución, así como tampoco se persigue alterar la organización del poder público y la estructura y funcionamiento de las cinco funciones del Estado; Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social, y tampoco restringe los derechos, sino que por el contrario, amplía los derechos de participación.»

Corte Constitucional, Dictamen número 001-DPC-CC-2011 (Caso número 001-11 CP) dictamen « Ahora bien, tratándose de una reforma parcial, el punto medular es aquello que se debería entender por reforma parcial de la Constitución. Según consta en las actas de la Asamblea Constituyente, la reforma parcial que no suponga una restricción a los derechos y garantías constitucionales, ni modifique el procedimiento de reforma a la Constitución, se deben tramitar única y exclusivamente por acto legislativo y luego ser ratificado por el pueblo mediante referendo. (Art. 442 de la Constitución) El constituyente previo este mecanismo riguroso a fin de garantizar que, tratándose de restricción de derechos, por ejemplo, exista un amplio debate no solo legislativo, sino que, en aquel debate pueda participar la ciudadanía que tuviere interés en la aprobación del proyecto de ley o que considere que sus derechos puedan ser afectados por la expedición de la ley, conforme lo estatuye el inciso segundo del artículo 137 de la Constitución.»

DOCTRINA:

Ramiro Ávila Santamaría (2014). Conferencia: "Reformas y Enmiendas Constitucionales en el Ecuador", Colegio de Abogados de Pichincha. Quito: CEP: En dicha conferencia se trató un artículo del mismo autor Ramiro Ávila Santamaría, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar, que concluye que dos de las reformas propuesta por la Asamblea Nacional debería tramitarse como reformas parciales: «Reformas sobre aspectos de la estructura fundamental del Estado o el carácter y elementos constitutivos del Estado, me parece que son dos: 1. Competencias de los gobiernos municipales y gobierno central; 2. Eliminación del plazo de 8 años para conformación de regiones autónomas.» (<http://www.gkillcity.com/articulos/el-mirador-politico/otra-vez-gato-liebre>).

SUMARIO DEL COMENTARIO:

I. La reforma parcial. II. Los elementos constitutivos del Estado III. La alternancia como elemento constitutivo del Estado.

COMENTARIO PERSONAL:

I. La reforma parcial.

Al igual que la enmienda constitucional, la reforma parcial constituye un procedimiento específico para modificar ciertos aspectos de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 en función de su contenido. A través del procedimiento de reforma parcial, se pueden modificar ciertos temas que no son susceptibles de modificación a través del procedimiento simplificado de enmienda.

La reforma parcial de la Constitución implica un referéndum popular, y debe contar con la mitad más uno de los votos válidos para entrar en vigencia. Al igual que en el caso de la enmienda, la reforma parcial no puede restringir derechos ni garantías constitucionales ni cambiar el proceso de modificación de la Constitución, pero a diferencia de la enmienda, la reforma parcial sí podría modificar la estructura fundamental de la Constitución y el carácter o elementos constitutivos del Estado.

Por lo tanto, la reforma parcial se sitúa de alguna forma como un mecanismo intermedio de reforma, no es puramente legislativo como lo es la enmienda (Art. 441), que se perfecciona a través de mayorías cualificadas en la Asamblea Nacional, pero tampoco evoca una vuelta al poder constituyente originario (Art. 444).

II. Los elementos constitutivos del Estado.

Según se ha explicado, la reforma parcial de la Constitución constituye un mecanismo para modificar su estructura fundamental y el carácter y elementos constitutivos del Estado. Sin embargo, en la práctica, ha resultado muy complicado establecer que modificaciones implican cambios que entren en estas categorías. En su reciente dictamen de noviembre 2014, la Corte Constitucional se pronunció sobre cuáles son los elementos constitutivos del Estado, y llegó a afirmar que los elementos constitutivos del Estado son aquellos que se encuentran entre los artículos 1 y 9 de la Constitución de 2008.

Esta interpretación crea más interrogantes de las que resuelve, y se antoja absolutamente insatisfactoria en el marco del neo constitucionalismo que inspiró la Constitución de 2008. Parecería que si el poder constituyente así lo habría querido esto estaría puesto en el texto constitucional. Llama la atención por ser absolutamente contrario al espíritu de la Asamblea Constituyente de Montecristi, que a una pregunta con un trasfondo político y jurídico tan importante, como es establecer cuáles son los elementos constitutivos del Estado, la respuesta pueda ser de carácter puramente literal.

Más aún cuando se interpreta una Constitución que se jactó de ser neo constitucional en la que lo que importa es el fondo y no las formas y que huye del formalismo en pos de una interpretación holística y universal de sus disposiciones. Por lo tanto, carecería de toda lógica que no existan más elementos constitutivos del Estado que aquellos recogidos en los artículos 1 al 9 de la propia Constitución. Sin embargo, esta teoría se encuentra en un Dictamen de la Corte Constitucional, máximo

órgano de interpretación de la Constitución, y por lo tanto debería tener carácter vinculante.

III. La alternancia como elemento constitutivo del Estado.

En el mismo Dictamen la Corte Constitucional concluye que la alternancia no es un elemento constitutivo del Estado ecuatoriano. Para llegar a esta conclusión la Corte esgrime varios argumentos, incluyendo el de la literalidad expuesto, la Corte estableció que, a diferencia de la Constitución Política de 1998 que expresamente establecía la alternancia como modo de gobierno, la Constitución de 2008 no lo hace, y por lo tanto, al no estar presente la palabra alternancia dentro de los artículos 1 al 9 de la Constitución de 2008, la alternancia no es un elemento constitutivo del Estado.

La Corte Constitucional argumenta también que el quitar todos los límites temporales a la reelección de las autoridades elegidas por votación popular, incluyendo al Presidente de la República, fortalece el derecho de participación ciudadana y asegura que no se viole el derecho de las autoridades a ser elegidas por el pueblo. Dice también que la alternancia no es necesaria para la democracia, sino que constituye una opción de gobierno que puede tomarse o no. Alega además que al estar sujetos a elecciones, la posibilidad de reelección indefinida no garantiza la perpetuidad en el cargo a no ser que el pueblo así lo desee.

Ninguno de estos argumentos parece demasiado persuasivo. Sobre el argumento de la literalidad ya se habló en el punto anterior y no parece tener ningún sustento por contradecir el espíritu de la propia Constitución. Sobre el argumento de que es necesaria la reforma constitucional para asegurar los derechos del pueblo a escoger a sus gobernantes, y de los gobernantes a ser elegidos por el pueblo, este también parece forzado.

Si bien es cierto de que la Constitución de 2008 reconoce el derechos a elegir y ser elegido, ningún derecho es absoluto y como bien establece el mismo Dictamen, los derechos pueden limitarse cuando existen razones justificadas para hacerlo.

La Corte Constitucional toca, sin mucha profundidad, el argumento de la oposición de que las autoridades al estar ejerciendo cargos públicos, tienen una ventaja competitiva sobre los demás candidatos en lo que se refiere a campaña política y exposición a los medios. La Corte Constitucional desecha este argumento diciendo, básicamente, que como la Constitución de 2008 prohíbe utilizar fondos públicos para hacer campaña electoral entonces tal ventaja no existe.

Más allá de estar en desacuerdo absoluto con esta lógica despegada a la realidad, la verdad es que los límites a la reelección sirven un fin muchísimo más importante que simplemente igualar el campo de juego entre los contendientes electorales. La idea de limitar los periodos de poder de un mismo individuo nace simultáneamente con la idea de la democracia.

En las revoluciones francesas y americana, la alternancia se considera como uno de los pilares de la democracia, y está conceptualizada como un contrapeso al poder. La alternancia parte del axioma de que el poder corrompe pero el poder absoluto corrompe absolutamente. La institución Estado debe estar por encima de la persona o caudillo para evitar abusos, cuando un mismo líder tiene el poder por demasiado tiempo entonces el régimen, casi sin excepción, tiende a convertirse en autócrata, dictatorial o monárquico incluso si la mayoría todavía quiere al gobernante este tendrá que dejar el poder para no embriagarse con el mismo.

Cae entonces el argumento de que la posibilidad de la reelección indefinida no garantiza el cargo, ya que la alternancia está pensada como una cautela, como un control previo del poder, que protege al estado de su propia mayoría. A mediados del Siglo XX, en Europa surgieron varios regímenes autoritarios y fascistas, que escudaron todo tipo de atrocidades detrás de la excusa de que así lo quería la mayoría.

El mundo aprendió una lección, y es que no porque en determinado momento la mayoría así lo desee todo queda justificado, la mayoría se puede equivocar. Medidas como la alternancia están encaminadas a cuidar al Estado de este tipo de errores. El mismo Ferragoli, referente intelectual de la Constitución de Montecristi, va incluso más allá, afirma «Las constituciones y los principios y derechos fundamentales establecidos en las mismas, pasan así a configurarse como pactos sociales en forma escrita que circunscriben la esfera de lo indecible, esto es, aquello que ninguna mayoría puede decidir o no decidir: de un lado, los límites y prohibiciones, en garantía de los derechos de libertad; de otro, los vínculos y obligaciones en garantía de los derechos sociales.»

En conclusión, pienso que la alternancia esté o no expresamente presente en los artículos 1 al 9 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 constituye un elemento constitutivo de cualquier Estado verdaderamente democrático.

ANÁLISIS ARTÍCULO 443 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 2008

Art. 443.- La Corte Constitucional calificará cuál de los procedimientos previstos en este capítulo corresponde en cada caso.

GÉNESIS HISTÓRICA:

C. (1998) 281.- Podrán presentar proyectos de reforma constitucional ante el Congreso Nacional, un número de diputados equivalente al veinte por ciento de sus integrantes o un bloque legislativo; el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional o un número de personas en ejercicio de los derechos políticos, cuyos nombres consten en el padrón electoral, y que equivalga al uno por ciento de los inscritos en él.

C. (1978-codificada en 1996 y 1997) Art. 180.- Pueden proponer reformas a la Constitución el Presidente de la República, los legisladores, la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional y por iniciativa popular. Art. 181.- El Congreso Nacional conocerá y discutirá los proyectos de reformas constitucionales, siguiendo el mismo trámite previsto para la aprobación de las leyes. Requerirá del voto favorable de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros, en cada debate. Aprobado el proyecto de reforma, el Congreso lo remitirá al Presidente de la República para su sanción u objeción. En caso de objeción parcial del Presidente de la República la rectificación se hará en un solo debate y la ratificación en dos, con el pronunciamiento de la mayoría antes señalada. Si no se resuelve la rectificación o la ratificación de las disposiciones comprendidas en el veto parcial, por falta de mayoría, ello no obstará la promulgación de las disposiciones aceptadas por el Presidente de la República y de las que el Congreso allane o ratifique, siempre que no requieran para su aplicabilidad de la promulgación de las no resueltas. En caso de que el Congreso Nacional niegue total o parcialmente el proyecto de reformas constitucionales, se estará a lo dispuesto en la Sección de la Consulta Popular.

C. (1978) Art. 180.- Pueden proponer reformas a la Constitución el Presidente de la República, los legisladores, la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional y por iniciativa popular. Art. 181.- El Congreso Nacional conocerá y discutirá los proyectos de reformas constitucionales, siguiendo el mismo trámite previsto para la aprobación de las leyes. Requerirá del voto favorable de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros, en cada debate. Aprobado el proyecto de reforma, el Congreso lo remitirá al Presidente de la República para su sanción u objeción. En caso de objeción parcial del Presidente de la República la rectificación se hará en un solo debate y la ratificación en dos, con el pronunciamiento de la mayoría antes señalada. Si no se resuelve la rectificación o la ratificación de las disposiciones comprendidas en el veto parcial,

por falta de mayoría, ello no obstará la promulgación de las disposiciones aceptadas por el Presidente de la República y de las que el Congreso se allane o ratifique, siempre que no requieran para su aplicabilidad de la promulgación de las no resueltas. En caso de que el Congreso Nacional niegue total o parcialmente el proyecto de reformas constitucionales, se estará a lo dispuesto en la Sección de la Consulta Popular.

CONCORDANCIAS:

Sobre la C.C, v. C. 429-440 y Disposición Transitoria Primera.

Sobre los procedimientos aplicables para los tipos de reforma constitucional, v. C. 441-442, 444.

Sobre Control constitucional de las enmiendas y reformas constitucionales v. LOGJYCC. 99-106.

Sobre el procedimiento para el Control Constitucional de las Enmiendas y Reformas Constitucionales v. Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional Arts. 67 y 68.

JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, Dictamen número 001-14-DRC-CC (Caso número 001-14 RC) dictamen «En todos los casos, de conformidad con el mandato constitucional contenido en el artículo 443 de la Constitución, la Corte Constitucional, de manera previa, emitirá el dictamen de procedimiento.»

Corte Constitucional, Dictamen número 001-DPC-CC-2011 (Caso número 001-11 CP) dictamen «II. COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL (...) El Art. 443 de la Carta Constitucional de la República establece la obligación de la Corte Constitucional de calificar el procedimiento que debe corresponder cuando se pretenda reformar la Constitución, y textualmente dice: "... La Corte Constitucional calificará cuál de los procedimientos previstos en este capítulo corresponde en cada caso.»

DOCTRINA:

Ramiro Ávila Santamaría (2014). Conferencia: "Reformas y Enmiendas Constitucionales en el Ecuador", Colegio de Abogados de Pichincha. Quito: CEP: En dicha conferencia se trató un artículo del mismo autor Ramiro Ávila Santamaría, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar, que concluye que dos de las reformas propuesta por la Asamblea Nacional debería tramitarse como reformas parciales: «En todos los casos, quien decide el camino es la Corte Constitucional, que tiene que argumentar y sustentar su resolución, precautelando la vigencia de la Constitución y los derechos fundamentales; su horizonte es el pueblo y no el poder.» (<http://www.gkillcity.com/articulos/el-mirador-politico/otra-vez-gato-liebre>).

Rafael Oyarte Martínez, Curso de Derecho Constitucional, Tomo II La Función Legislativa; Andrade & Asociados, Fondo Editorial, Quito, mayo 2005, página 126: «Si se entiende que la reforma constitucional debe estar en conformidad forma –tratándose del ejercicio del poder constituyente derivado- y material – limitaciones implícitas y explícitas que, de ser el caso, afectan tanto el constituyente originario como el derivado- con la Carta Fundamental, se debe establecer un órgano de control para hacer efectivas estas limitaciones al poder constituyente. Al respecto re recuerdan las palabras de Pablo Biscaretti quien señala: las limitaciones al poder de reforma, “como quiera que se entienda, pueden adoptar una concreta importancia jurídica solo cuando exista un control eficiente de constitucionalidad de las leyes, de manera que puedan calificarse viciadas por ilegitimidad constitucional también las eventuales leyes constitucionales que rebasen los citados límites”. Una extralimitación en las facultades del poder reformador afectaría a todo el ordenamiento positivo del cual la Constitución es condición de unidad y validez jurídica.»; página 127« De este modo el órgano de control se convierte “en un verdadero comisionado del poder constituyente para el sostenimiento de su obra, la Constitución, y para que mantenga a todos los poderes constitucionales en su calidad estricta de poderes constituidos”, calidad que también ostenta el poder constituyente derivado. Por ello, más allá de discutir sobre si una reforma constitucional puede ser inconstitucional por el fondo, es indiscutible que para modificar el Código Político se debe seguir el trámite previsto en la misma Constitución, por lo que se debe controlar, al menos, la regularidad formal de la reforma constitucional y esa potestad debe ser entregada expresamente al Tribunal Constitucional, como ocurre con otras constituciones de sistemas comparados. »

SUMARIO DEL COMENTARIO:

I. Génesis histórica de la potestad de la Corte Constitucional para intervenir en asuntos de reforma Constitucional. II. Idoneidad de la norma. III. Práctica de la Corte Constitucional

COMENTARIO PERSONAL:

I. Génesis histórica de la potestad de la Corte Constitucional para intervenir en asuntos de reforma Constitucional.

La potestad de la Corte Constitucional para interferir en asuntos de reforma constitucional no es una novedad de la Constitución 2008. De hecho, desde la creación del Tribunal Constitucional, antecesor directo de la actual Corte Constitucional, con la Constitución de 1978, se previó la facultad del Tribunal Constitucional de proponer reformas a la constitución, en este sentido el Tribunal Constitucional al igual que los demás poderes del estado, incluyendo al Presidente de la República, los legisladores, la Corte Suprema de Justicia, y el voto popular, estaban todos legitimados a interponer propuestas de reformas, y era el Congreso de los Diputados, el órgano que finalmente decidía sobre la procedencia de dichas reformas.

En este sentido, si bien el Tribunal Constitucional tenía la potestad para interponer reformas, lo hacía de la misma manera que los demás órganos e instituciones del Estado, sin tener una potestad expresa de control constitucional de las reformas propuestas.

Remontándonos aún más al pasado, antes de la Constitución de 1978, no existía el Tribunal Constitucional, sino que teníamos a su predecesor, el Tribunal de Garantías Constitucionales, que si bien ya ostentaba ciertas potestades y características similares al Tribunal Constitucional (y la actual Corte Constitucional) su naturaleza era de índole distinta.

Así, podemos apreciar que en el ámbito que nos ocupa, el de las reformas constitucionales, el antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales no jugaba ningún rol en el proceso. Vemos entonces que si bien el antiguo Tribunal Constitucional si tenía un papel en la propuesta de reformas la Constitución de 2008 en su Art. 443 introduce la novedad de dejar en manos de la Corte Constitucional el determinar que procedimiento de reforma debe aplicarse para cada reforma propuesta, como parte del control constitucional de las mismas.

II. Idoneidad de la norma.

La siguiente pregunta que surge de manera natural es: ¿es la Corte Constitucional el organismo adecuado para decidir el procedimiento constitucional de reforma de la constitución en función de su contenido?

La primera impresión es positiva, parece lógico que si la Corte Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución de 2008, este debe ser el organismo encargado de decidir si para la reforma planteada, por un grupo legitimado, debe seguirse el procedimiento simplificado de enmienda constitucional previsto en el Art. 441 de la Constitución de 2008, o si por modificar la estructura fundamental de la Constitución o los elementos constitutivos del Estado, la reforma parcial debe hacerse por medio del Art. 442, que incluye un referéndum popular para que el pueblo se pronuncie sobre su deseo o no, de enmendar su carta magna.

Finalmente la Corte Constitucional también podría establecer que debido a que la reforma limita derecho o garantías o modifica las normas referentes a las reformas constitucionales, que el camino correcto a seguir es la instauración de una nueva Asamblea Constituyente, convocando *de novo* al poder constituyente primario.

Determinar que procedimiento ha de seguirse es una tarea sumamente compleja, ya que, como vimos en sede del análisis del Art. 441, la Constitución no contiene un lista positiva ni cerrada se los temas que deben tratarse bajo los distintos procedimientos, dejando un amplio margen de discrecionalidad a la Corte Constitucional Como vimos, también en sede del análisis del Art 441 (el peligro de ser juez y parte), lo que puede ser preocupante más que la potestad como tal, con la que

no tenemos mayor inconveniente, es la vinculación real evidente entre la Corte Constitucional y el poder ejecutivo.

III. Práctica de la CC.

En la práctica, desde la aprobación de la Constitución en 2008, vemos dos instancias en las que se le presentó a la Corte Constitucional la pregunta sobre el procedimiento adecuado por el cual debían presentarse las enmiendas. La primera fue en el año 2011 cuando el ejecutivo le presentó un primer paquete de cinco preguntas a través de las cuales pretendían hacer enmiendas constitucionales referentes a temas penales, del ámbito financiero y a la reforma de la composición del Consejo de la Judicatura.

En esa ocasión mediante Dictamen número 001-14-DRC-CC (Caso número 001-14 RC), la Corte Constitucional resolvió que el procedimiento adecuado para las reformas tal y como fueron propuestas era la vía más estricta regulada en el Art. 444 de la Constitución ya que según la Corte Constitucional todas las propuestas planteadas, como estaban, restringían derechos fundamentales o modificaban la estructura esencial del Estado, sin embargo, la Corte Constitucional propuso una redacción alternativa para las 5 preguntas y aceptó su tramitación, que incluyó consulta popular.

La segunda ocasión en la que se le consultó a la Corte Constitucional sobre la vía adecuada para introducir un paquete de enmiendas fue en el año 2014, en este caso la propuesta vino de la Asamblea Nacional. Dicho órgano recomendó 17 enmiendas sobre los siguientes temas: Las enmiendas propuestas (17): 1. Reforma de la Acción Extraordinario de Protección para que no pueda ser abusada, art. 88 de la Constitución. (se alega se violarían el artículo 11. 7, 8 y 9 de la Constitución Ecuatoriana). 2. Capítulo IV Título V, establece el régimen de las competencias de los Gobiernos Autónomos Descentralizados. 3. Artículo 142, reducir la edad de 35 a 30 años en puestos públicos. 4. Reelección indefinida Artículo 66.1 de la Constitución. 5. Pensiones jubilares de los miembros de la policía y fuerzas armadas, art. 34 Constitución. Cambiar la misión de las fuerzas armadas. 6. Artículo 372, precisar que los fondos de del IESS son provisionales. 7. Concentrar todos los esfuerzos de la Contraloría General del Estado, no duplicar funciones. 8. Art 214 y 215, redefinir que la protección del defensor del pueblo se componga de acuerdo a la realidad ciudadana. 9. Igualar los derechos de los obreros del sector público y privado en pos de la igualdad material 66.4. (Se elimina para los trabajadores públicos la posibilidad de conformar sindicatos) 10. Coordinación entre el Gobierno Central y los Gobiernos Descentralizados sobre las políticas públicas de salud y educación. 11. Reconocer a la comunicación como un servicio público para fortalecer los derechos de comunicación. 12. Eliminar la limitación temporal para la constitución de regiones autónomas propuestas sean tratadas a través del procedimiento de enmiendas constitucionales previsto en el Art. 441 de la C. (2008).

La Corte Constitucional en su Dictamen número 001-DPC-CC-2011 (Caso número 001-11 CP), estableció que 16 de las 17 enmiendas propuestas, incluyendo la

relección indefinida de mandatarios en cargos público, podían tratarse a través del procedimiento simplificado de enmienda, mientras que estableció que la reforma la reforma número 1, relativa a de la Acción Extraordinario de Protección debía tratarse por el procedimiento establecido en el Art. De la Constitución 2008.

Ahora bien, una vez que han sido aprobadas las enmiendas por la Corte Constitucional la pregunta es si la Asamblea Nacional tiene potestad para modificar el contenido de las mismas. En este sentido, en los último días del mes de noviembre el Presidente de la República Rafael Correa ha planteado por el momento de manera oral, pero parecería que esta por tratarse en la Asamblea Nacional, una reforma al texto de las enmiendas, incluyendo una disposición transitoria por la que las enmiendas, en específico la relativa a la reelección indefinida no entren en vigencia para la elecciones que se realizaran en el año 2017.

Volvemos a la planteada de si puede la Asamblea Nacional modificar el contenido de las enmiendas que ya han sido aprobadas por la Corte Constitucional y sobre la cuales ya se ha establecido un procedimiento específico para su tratamiento. En nuestra opinión, en caso de que lo anunciado por el Presidente Rafael Correa, se llegue a materializar a través de la Asamblea Nacional, y se aumente la disposición transitoria anunciada, dicha enmienda debería ser remitida nuevamente a la Corte Constitucional para que se pronuncie sobre su validez y sobre el procedimiento de enmienda o reforma parcial por el que debería tramitarse, comenzando su control por parte de la Corte Constitucional desde cero.

ANÁLISIS ARTÍCULO 444 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 2008

Art. 444.- La asamblea constituyente sólo podrá ser convocada a través de consulta popular. Esta consulta podrá ser solicitada por la Presidenta o Presidente de la República, por las dos terceras partes de la Asamblea Nacional, o por el doce por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. La consulta deberá incluir la forma de elección de las representantes y los representantes y las reglas del proceso electoral. La nueva Constitución, para su entrada en vigencia, requerirá ser aprobada mediante referéndum con la mitad más uno de los votos válidos.

GÉNESIS HISTÓRICA:

C. (1998) Art. 280.- La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso Nacional o mediante consulta popular. Art. 281.- Podrán presentar proyectos de reforma constitucional ante el Congreso Nacional, un número de diputados equivalente al veinte por ciento de sus integrantes o un bloque legislativo; el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional o un número de personas en ejercicio de los derechos políticos, cuyos nombres consten en el padrón electoral, y que equivalga al uno por ciento de los inscritos en él.

C. (1978-codificada en 1996 y 1997) Art. 180.- Pueden proponer reformas a la Constitución el Presidente de la República, los legisladores, la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional y por iniciativa popular. Art. 181.- El Congreso Nacional conocerá y discutirá los proyectos de reformas constitucionales, siguiendo el mismo trámite previsto para la aprobación de las leyes. Requerirá del voto favorable de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros, en cada debate. Aprobado el proyecto de reforma, el Congreso lo remitirá al Presidente de la República para su sanción u objeción. En caso de objeción parcial del Presidente de la República la rectificación se hará en un solo debate y la ratificación en dos, con el pronunciamiento de la mayoría antes señalada. Si no se resuelve la rectificación o la ratificación de las disposiciones comprendidas en el veto parcial, por falta de mayoría, ello no obstará la promulgación de las disposiciones aceptadas por el Presidente de la República y de las que el Congreso allane o ratifique, siempre que no requieran para su aplicabilidad de la promulgación de las no resueltas. En caso de que el Congreso Nacional niegue total o parcialmente el proyecto de reformas constitucionales, se estará a lo dispuesto en la Sección de la Consulta Popular.

C. (1978-codificada en 1993) Art. 149.- Pueden proponerse reformas a la Constitución por los legisladores, por el Presidente de la República, por la Corte Suprema de Justicia y por iniciativa popular. El Congreso Nacional conocerá y discutirá los proyectos de reformas constitucionales y su aprobación requiere del voto de por lo menos, las dos terceras partes de la totalidad de los miembros del Congreso. Aprobado el proyecto de reforma en dos debates, el Congreso lo remitirá al Presidente de la República para su dictamen. De ser éste favorable, la reforma se promulga de acuerdo con la ley. El Presidente de la República, dentro del plazo de 90 días, podrá someter a consulta popular los proyectos de reforma constitucional en los siguientes casos: a) Cuando el proyecto de reforma propuesto por la iniciativa del Presidente de la República hubiere sido rechazado total o parcialmente por el Congreso Nacional; y, b) Cuando el proyecto de reforma aprobado por el Congreso Nacional, hubiese obtenido dictamen total o parcialmente desfavorable del Presidente de la República. La consulta popular convocada por el Presidente de la República se circunscribirá exclusivamente a la parte o partes del proyecto de reformas que hayan sido objeto de discrepancia.

C. (1978-codificada en 1984) Art. 143.- Pueden proponerse reformas a la Constitución por los legisladores, por el Presidente de la República, por la Corte Suprema de Justicia y por iniciativa popular. El Congreso Nacional conocerá y discutirá los proyectos de reformas constitucionales y su aprobación requiere del voto de por lo menos, las dos terceras partes de la totalidad de los miembros del Congreso. Aprobado el proyecto de reforma en dos debates, el Congreso lo remitirá al Presidente de la República para su dictamen. De ser éste favorable, la reforma se promulga de acuerdo con la ley. El Presidente de la República, dentro del plazo de 90 días, podrá someter a consulta popular los proyectos de reforma constitucional en los siguientes casos: a) Cuando el proyecto de reforma propuesto por la iniciativa del Presidente de la República hubiere sido rechazado total o parcialmente por el Congreso Nacional; y, b) Cuando el proyecto de reforma aprobado por el Congreso Nacional, hubiese obtenido dictamen total o parcialmente desfavorable del Presidente de la República. La consulta popular convocada por el Presidente de la República se circunscribirá exclusivamente a la parte o partes del proyecto de reformas que hayan sido objeto de discrepancia.

C. (1978) Art. 180.- Pueden proponer reformas a la Constitución el Presidente de la República, los legisladores, la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional y por iniciativa popular. Art. 181.- El Congreso Nacional conocerá y discutirá los proyectos de reformas constitucionales, siguiendo el mismo trámite previsto para la aprobación de las leyes. Requerirá del voto favorable de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros, en cada debate. Aprobado el proyecto de reforma, el Congreso lo remitirá al Presidente de la República para su sanción u objeción. En caso de objeción parcial del Presidente de la República la rectificación se hará en un solo debate y la ratificación en dos, con el pronunciamiento de la mayoría antes señalada. Si no se resuelve la

rectificación o la ratificación de las disposiciones comprendidas en el veto parcial, por falta de mayoría, ello no obstará la promulgación de las disposiciones aceptadas por el Presidente de la República y de las que el Congreso se allane o ratifique, siempre que no requieran para su aplicabilidad de la promulgación de las no resueltas. En caso de que el Congreso Nacional niegue total o parcialmente el proyecto de reformas constitucionales, se estará a lo dispuesto en la Sección de la Consulta Popular.

C. (1967) Art. 258.- Proyectos de reforma constitucional.- El Congreso Ordinario puede discutir cualquier proyecto de reforma constitucional, siempre que se observe el trámite establecido para la elaboración de las leyes. Sin embargo, el Congreso no podrá introducir cambio alguno que sustituya la forma republicana de gobierno o la forma democrática del Estado Ecuatoriano. Aprobado el proyecto por ambas Cámaras, se lo remitirá al Presidente de la República, para que lo publique con su opinión; de ser esta favorable a la reforma, el Congreso Ordinario, en Pleno y con la concurrencia de los Ministros Jueces y Fiscales de la Corte Suprema de Justicia los cuales tendrán derecho a voz y voto aprobará o negará total o parcialmente, el proyecto de reformas en un solo debate y por mayoría absoluta de la totalidad de sus miembros. Cuando la opinión del Presidente de la República fuere total o parcialmente desfavorable a la reforma, someterá a plebiscito la parte o partes con las cuales estuviere en desacuerdo, de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 10 del Art. 184. El Presidente de la República no podrá objetar la ley reformativa, y estará obligado a promulgarla. En el caso del proyecto de reformas de la Constitución propuesto por el Presidente de la República y rechazado total o parcialmente por el Congreso, se estará a lo establecido en el ordinal arriba citado.

C. (1946) Art. 190.- El Congreso Ordinario puede discutir cualquier proyecto de Reforma Constitucional, observando el trámite establecido para la formación de las leyes. Aprobado el Proyecto por ambas Cámaras, se lo remitirá al Presidente de la República para que lo publique con su informe. El próximo Congreso Ordinario, luego que se hubiera renovado la Cámara de Diputados aprobará sin modificación alguna, o negará el Proyecto de reformas constitucionales, en un solo debate y por mayoría absoluta de la totalidad de sus miembros. El Presidente de la República no podrá objetar la reforma y estará obligado a promulgarla.

C. (1945) Art. 34.- Son atribuciones y deberes del Congreso: 2. Reformar la Constitución, sujetándose a lo dispuesto en el artículo 166; Art. 166.- La Constitución no puede ser reformada antes de cuatro años, contados desde su promulgación. Transcurrido este plazo, el Congreso Ordinario puede discutir cualquier proyecto de reforma, observando el trámite establecido para la formación de las leyes Aprobado el proyecto, se lo remitirá al Presidente de la República para que lo publique, con el informe que emita, por lo menos treinta días antes de la elección de nuevos diputados. El Congreso renovado aprobará sin modificación alguna o negará el proyecto de reformas constitucionales, en un

solo debate y por mayoría de los dos tercios de sus miembros. El Presidente de la República no puede objetar la ley reformativa y está obligado a promulgarla.

C. (1929) Art. 164.- La Constitución no podrá ser reformada antes de cuatro años de su promulgación. Transcurrido este plazo, podrán las Legislaturas ordinarias discutir cualquier proyecto de reforma, observando el trámite establecido en la misma Constitución para la formación de las leyes. Aprobado por ambas Cámaras el proyecto de reforma, se lo remitirá al Poder Ejecutivo, para que lo publique con su informe, y será considerado por la próxima Legislatura ordinaria, luego que se hubiere renovado la Cámara de Diputados. La Legislatura se constituirá en Asamblea para conocer del proyecto de reforma, y si lo aprobare, total o parcialmente, por el voto de los dos tercios de sus miembros, la reforma será Ley de la República y formará parte de la Constitución. La Asamblea resolverá en dos debates y su voto será de aprobación o negación, sin modificación alguna en las disposiciones aceptadas. El Poder Ejecutivo no podrá objetar la Ley reformativa y estará obligado a promulgarla.

C. (1906) Art. 8.- En cualquier tiempo en que la mayoría absoluta de las Cámaras, juzgare conveniente la reforma de la Constitución, la propondrá al Congreso, a fin de que sea considerada por la Legislatura, cuando se haya efectuado la renovación de la Cámara de Senadores, conforme al artículo (46) cuarenta y seis. Y si entonces se aceptare por la mayoría absoluta de las Cámaras, procediéndose con arreglo a lo prescrito en la Sección VI, Título VIII, la reforma hará parte de la Constitución.

C. (1897) Art. 139.- La Constitución no podrá ser reformada antes de cuatro años. Transcurrido este término en cualquier tiempo en que las dos terceras partes de cada una de las Cámaras de una Legislatura ordinaria, juzgase conveniente la reforma de alguno o algunos de sus artículos, la propondrá a la próxima Legislatura ordinaria; y si entonces fuere también acordada con la mayoría absoluta de cada una de las Cámaras, procediéndose con las formalidades prescritas en la Sección VI del Título VI, será válida y hará parte de la Constitución.

C. (1884) Art. 136.- En cualquier tiempo en que la mayoría absoluta de las Cámaras, juzgare conveniente la reforma de la Constitución, la propondrá al Congreso, a fin de que sea considerada por la Legislatura, cuando se haya efectuado la renovación de que hablan los artículos 57 y 58; y si entonces se aceptare por la mayoría absoluta de las Cámaras, procediéndose con arreglo a lo prescrito en la Sección 6, del Título 6, la reforma hará parte de la Constitución.

C. (1878) Art. 121.- En cualquier tiempo en que la mayoría de cada una de las Cámaras de una Legislatura ordinaria, juzgare conveniente la reforma alguno o algunos artículos de esta Constitución, podrá proponerla a la próxima legislatura ordinaria; y si entonces fuere también acordada por la mayoría absoluta de cada

una de las Cámaras, procediéndose con las formalidades prescritas en la Sección VI del Título V será válida, y hará parte de la Constitución.

C. (1869) Art. 115.- En cualquier tiempo que el Congreso juzgue conveniente la reforma de algunos artículos de esta Constitución, podrá proponerla para que de nuevo se tome en consideración en otra Legislatura ordinaria, si entonces fuere también ratificada por la mayoría de cada una de las Cámaras, procediéndose con las formalidades prescritas en la Sección VI del Título VI, la reforma será válida, si la mayoría de los sufragantes la aprueba, votando por SI o NO. Pero nunca podrán alterarse las bases contenidas en los artículos 9, 14 y 15.

C. (1861) Art. 132.- En cualquier tiempo que las dos terceras partes de cada una de las Cámaras juzguen conveniente la reforma de algunos artículos de esta Constitución, podrá el Congreso proponerla para que de nuevo se tome en consideración, cuando se haya renovado por lo menos la mitad de los miembros de las Cámaras que propusieron la reforma; y si entonces fuere también ratificada por los dos tercios de cada una, procediéndose con las formalidades prescritas en la sección VI del Título VI, será válida y hará parte de la Constitución, pero nunca podrán alterarse las bases contenidas en los artículos 12, 13 y 14.

C. (1852) (que reforma la de 1845) Art. 142.- Cualquiera Legislatura constitucional puede proponer la reforma de alguno o algunos artículos constitucionales, y calificada de necesaria la reforma por la mayoría absoluta de cada una de las Cámaras, después de tres diversas discusiones, se publicará inmediatamente por la imprenta con el informe del Poder Ejecutivo y demás documentos, para que el próximo Congreso ordinario extraordinario convocado al efecto, se ocupe de la materia en sus primeras sesiones. Si éste, después de tres discusiones, calificase de justa la reforma de la mayoría absoluta de los votos en cada una de las Cámaras, se tendrá como parte de esta Constitución y se pasará al Poder Ejecutivo para su promulgación. Art. 143.- El poder que tiene el Congreso para reformar esta Constitución, no se extenderá nunca al artículo 13 del título 3o. que habla de la Religión de Estado.

C. (1851) Art. 137.- Pasados cuatro años, contados desde el día en que esta Constitución se sancione, podrá proponerse en la Asamblea Nacional la reforma o adición de esta Constitución; y si después de tres discusiones, la Asamblea Calificare de necesaria la reforma o adición, con el voto de los dos tercios de los Diputados presentes, se pasará al Poder Ejecutivo para que se publique por la imprenta, y llegue así al conocimiento de la Nación; debiéndose tomar de nuevo en consideración por la próxima Asamblea en sus primeras sesiones ordinarias. Se discutirá entonces por tres veces la reforma o adición; y si fuere aprobada con el voto de los dos tercios de los Diputados presentes, se tendrá como parte de esta Constitución, y se pasará al Poder Ejecutivo para su promulgación y observancia.

C. (1845) Art. 141.- Pasados cuatro años en cualquier Legislatura y en cualquiera de las dos Cámaras, se puede proponer la reforma de alguno o algunos artículos constitucionales; y calificada de necesaria la reforma en ambas Cámaras, por el voto de los dos tercios de los Diputados presentes, después de tres diversas discusiones, se publicará por la imprenta, con el informe del Poder Ejecutivo y demás documentos, para que el próximo Congreso se ocupe de la materia en sus primeras sesiones. Si éste, después de tres discusiones, calificase de justa la reforma por el voto de los dos tercios de los individuos presentes en cada una de las dos Cámaras, se tendrá como parte de esta Constitución, y se pasará al Poder Ejecutivo para su promulgación. Art. 142.- El poder que tiene el Congreso para reformar esta Constitución, no se extenderá nunca al artículo 13 del título 3o. que habla de la Religión del Estado.

C. (1843) Art. 107.- Toda proposición hecha por escrito, en cualquiera de las dos Cámaras, reformando, alterando, adicionando, o aclarando algunos artículos de la Constitución, se discutirá como proyecto de ley; más para su adopción será indispensablemente necesario en cada una, el consentimiento de las dos terceras partes de sus miembros presentes. Art. 108.- Admitida la proposición por ambas Cámaras, se pasará al Poder Ejecutivo, para que con sus observaciones la mande imprimir, publicar, y circular por todas las provincias. Art. 109.- La proposición impresa, y publicada como proyecto, será considerada de nuevo en la próxima Legislatura, con el informe del Presidente de la República, y demás documentos; y si volviese el Congreso a calificar de justa la reforma, por el voto de los dos tercios de los individuos presentes en cada una de las Cámaras, después de tres discusiones, se tendrá como parte de esta Constitución, y se pasará al Poder Ejecutivo para su promulgación. Art. 110.- El poder que tiene el Congreso para reformar esta Constitución, no se extenderá al artículo tercero que habla de la forma de Gobierno.

C. (1835) Art. 111.- Pasados seis años en cualquier Legislatura, y en cualquiera de las dos Cámaras, se puede proponer la reforma de alguno o algunos artículos constitucionales; y calificada de necesaria la reforma, en ambas Cámaras por el voto de los dos tercios de los Diputados presentes, después de tres diversas discusiones, se reservará con el informe del Poder Ejecutivo y demás documentos para el próximo Congreso, con encargo de ocuparse de la materia en sus primeras sesiones. Si este después de tres discusiones calificase de justa la reforma por el voto de los dos tercios de los individuos presentes en cada una de las dos Cámaras, se tendrá como parte de esta Constitución, y se pasará al Poder Ejecutivo para su Promulgación.

C. (1830) Art. 71.- Como en la época en que se debe abrir el primer Congreso constitucional, o los siguientes, ya estará determinada la situación y forma de la República, y establecido el pacto de unión entre los Estados de Colombia; el mismo Congreso o los siguientes declararán las alteraciones que deba sufrir esta Constitución en conformidad de lo dispuesto en el artículo 5. Art. 72.- Pasados tres años, en cualquiera Legislatura se puede proponer la reforma de alguno, o

algunos artículos constitucionales; y calificada de necesaria la reforma por el voto de los dos tercios de los Diputados presentes después de tres diversas discusiones, se reservará con el informe del Gobierno y demás documentos para el próximo Congreso con encargo de ocuparse de la materia en sus primeras sesiones. Si este después de tres discusiones calificase de justa la reforma por el voto de los dos tercios de los Diputados presentes, se tendrá como parte de esta Constitución, y se pasará al Gobierno para su promulgación.

C. (1821) Art. 190.- En cualquier tiempo en que las dos terceras partes de cada una de las Cámaras, juzguen conveniente la reforma de algunos artículos de esta Constitución; podrá el Congreso proponerla para que de nuevo se toma en consideración cuando se haya renovado, por lo menos, la mitad de los miembros de las Cámaras que propusieron la reforma; y si entonces fuere también ratificada por los dos tercios de cada una, procediéndose con las formalidades prescritas en la sección I del Título IV será válida y hará parte de la Constitución, pero nunca podrán alterarse las bases contenidas en la sección I del título I y en la II del Título II.

CONCORDANCIAS:

Sobre la supremacía de la norma constitucional y la vinculación de los poderes del estado a la misma, v. C. 424-427.

Sobre la convocatoria a referéndum v. C. 104.

Sobre la determinación de cuál es el procedimiento aplicable para la reforma constitucional, v. C. 443.

Sobre el procedimiento para el Control Constitucional de las Enmiendas y Reformas Constitucionales v. Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional Arts. 67 y 68.

JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, Dictamen número 001-14-DRC-CC (Caso número 001-14 RC) dictamen «Por medio del procedimiento más riguroso de reforma de la Constitución, previsto en el artículo 444, asamblea constituyente, se podría modificar los procedimientos de reforma de la Constitución que afectan directamente la rigidez constitucional, así como la configuración de la tutela de los derechos. Como en los dos procedimientos anteriores, para poder presentar una propuesta de Asamblea Constituyente, la Constitución atribuye la posibilidad al presidente de la República, las dos terceras partes de la Asamblea Nacional, o el doce por ciento de las personas inscritas en el registro electoral;»

DOCTRINA:

Ramiro Ávila Santamaría (2014). Artículo: "Ni espadachín ni odiador", El Mirador Político, Edición #164: «Los aspectos de la enmienda más delicados y más

importantes –que Tomasi no hace mención alguna– son dos: la posibilidad de la restricción legislativa por “abuso” de la acción de protección y la confusión de roles de las Fuerzas Armadas. Estas no son enmiendas y solo podrían modificarlas una Asamblea Constituyente por afectar y amenazar gravemente los derechos fundamentales.» <http://gkillcity.com/articulos/el-mirador-politico/ni-espachin-ni-odiador>.

Hernán Salgado Pesante, “Lecciones de Derecho Constitucional”: «El poder constituyente viene a ser el órgano con especial competencia para dictar o reformar la Constitución, frente a los “poderes constituidos” que tienen normal capacidad o competencia para expedir las demás normas jurídicas. La distinción entre poder constituyente y poderes constituidos significa distinguir entre la ley constitucional y las leyes ordinarias, fijando las diferencias: rígida de la primera flexible de las segundas; las leyes ordinarias debe guardar conformidad con la ley constitucional para tener validez, no la pueden contradecir o violar. De este modo, los poderes constituidos quedan enmarcados y limitados por el poder constituyente.

La teoría del poder constituyente se desarrolló durante la Revolución Francesa y estableció a la nación como sujeto titular del mismo. Su autor fue el abate Emmanuel Sieyès y lo esencial de esta doctrina consta en su célebre obra “¿Qué es el tercer Estado?”, donde sostiene el derecho originario y exclusivo que tiene la nación para elaborar su propia Constitución.

El poder constituyente derivado es aquel cuya competencia y atribuciones están determinadas por la Constitución. Como su denominación lo indica, este poder se deriva de las disposiciones de la Ley Fundamental y en consecuencia no tiene amplias facultades como en el caso anterior; debe actuar dentro de los límites establecidos por la Ley Suprema. El Poder Constituyente derivado es el que se encarga de la revisión, enmiendas o reformas de la Constitución. En definitiva, se observa que el poder constituyente derivado ocupa un nivel intermedio entre el poder constituyente propiamente dicho y los poderes constituidos. Se diferencia del primero y de los otros. Algunos autores, para referirse al poder que puede introducir enmiendas o reformar la Constitución, lo denominan poder constituyente constituido. »

SUMARIO DEL COMENTARIO:

I. El poder constituyente v. el poder constitutivo. II. Asamblea Constituyente. III. El poder constituyente constituido. IV. Realidad histórica en el Ecuador.

COMENTARIO PERSONAL:

I. El poder constituyente v. el poder constitutivo.

La conceptualización de lo que ahora conocemos como poder constituyente nace de los pensadores de la Revolución Francesa. En especial de Emmanuel Joseph Sieyès, famoso político francés. Sieyès define el poder constituyente como la voluntad originaria, soberana, suprema y directa que tiene un pueblo, para constituir un Estado dándole una personalidad al mismo y la organización jurídica y política que decida.

De esta definición podemos extraer las características principales del poder constituyente. En primer lugar vemos que es el pueblo el titular del poder constituyente. Vemos también que se trata de una voluntad originaria, es de decir que no se encuentra sometida a ninguna norma previa que le otorgue legitimidad. Es también soberana, ya que su única justificación es el derecho del pueblo de regir el territorio donde habita como desee hacerlo. Se dice que es suprema ya que no existe institución o norma alguna que se encuentre por encima del poder constituyente, al contrario el poder constituyente servirá como germen y base de los demás poderes del Estado.

El poder constituyente se ejerce directamente por el pueblo, antecede a cualquier representante o gobernante. El poder constituyente tiene también carácter de extraordinario ya que debería ocurrir una sola vez o por lo menos en circunstancias extraordinarias como, por ejemplo, después de una revolución. Además, hay quienes han defendido que el poder originario es ilimitado, sin embargo, en las doctrinas modernas se ha aceptado que los derechos fundamentales constituyen un límite para cualquier tipo de poder.

II. Asamblea Constituyente.

El poder constituyente puede ejercerse de cualquier manera mientras incluya, o pretenda incluir, la voluntad de todos los integrantes de pueblo. No existe ninguna fórmula específica por la que deba ejercerse, al tratarse del poder originario este puede darse de cualquier manera. Generalmente el poder constituyente se materializa a través del voto popular, este voto puede estar destinado a formar una Asamblea Constituyente, institución que ejerza plenos poderes y promulgue la nueva constitución que refleje el sentir y deseo político del pueblo, la que normalmente deberá contar con una aprobación posterior del pueblo.

El Art. 444, último artículo de la Constitución 2008, establece el procedimiento para la constitución de una Asamblea Constituyente, requiriendo que debe ser convocada a través de consulta popular. Dicho Art. establece que el llamamiento a Asamblea Constituyente puede hacerse de tres maneras: (i) por parte del presidente de la República, (ii) por dos terceras partes de la Asamblea Nacional, o (iii) por 12% del censo electoral. Adicionalmente, el Art. 444 requiere que la consulta popular incluya la forma de elección de los representantes y las reglas del proceso electoral. Finalmente, el Art. 444 requiere que para la entrada en vigencia de la nueva Constitución esta debe ser aprobada mediante referéndum con la mitad más uno de los votos válidos.

III. El poder constituyente constituido.

Ahora bien, la pregunta que inevitablemente surge es si estos requisitos deben cumplirse en caso de darse una nueva Asamblea Constituyente. ¿Puede estar el poder constituyente sometido a una norma previa?

La paradoja es evidente. Si decimos que el poder constituyente es originario y supremo, entonces, ¿por qué ha de cumplir, para su ejercicio, los requisitos establecidos en una constitución previa? Este es, en mi opinión, el punto más débil de cualquier norma constitucional que pretenda regular el proceso de formación de una potencial constitución nueva. La doctrina conoce a estas normas como normas de poder constituyente constituido.

La Constitución 2008, como hemos visto, pretende establecer los lineamientos mínimos de una futura Asamblea Constituyente, sin embargo, si se formase una Asamblea Constituyente en el futuro, esta al contar con plenos poderes, en principio no estaría sometida a la C. (2008). Por lo que el efecto útil del Art. 444 es bastante complejo.

IV. Realidad histórica en el Ecuador.

En la teoría, lo deseable, es que se respete la constitución vigente hasta el momento en que entre en vigor la nueva constitución, otorgándole legitimidad al proceso de cambio constitucional. Ahora bien, si vemos la historia nacional, podemos observar que esto jamás se ha cumplido en la práctica. Una vez que se invoca el poder constituyente este tiende a desconocer lo previsto para la reforma constitucional en la constitución anterior. Entre los ejemplos más evidentes de este fenómeno encontramos, la Constitución de 1861 y la Constitución de 1969 que en sus Arts. 132 y 115 respectivamente, prohibían en todo caso la reforma de los Arts. 12, 13, y 14 de la primera y 9, 14 y 15 de la segunda.

Evidentemente, las siguientes constituciones cambiaron el contenido de estos artículos, entre los que se incluían caracteres fundamentales del Estado como: (i) la religión católica del mismo, ahora somos un estado laico, (ii) la alternancia como elemento constitutivo del Estado que hoy más que nunca parece estar condenado a muerte, y (iii) la división de los poderes del Estado en legislativo, ejecutivo y judicial, división que tampoco está vigente en la Constitución 2008, que crea cinco poderes estatales. Otro ejemplo clarísimo, en el que se ignoró lo dispuesto en la constitución previa respecto a su modificación, es la Constitución 1851 que establecía que la misma no podía ser reformada durante un lapso de 4 años y sin embargo, la Constitución de 1852 se promulgó un año después.

Finalmente, la propia Constitución de 2008 ignoró absolutamente lo dispuesto en su predecesora, la Constitución de 1998, relativo a la reforma constitucional, y alegando la supremacía del poder constituyente se creó la Constitución de 2008 en sus propios términos.

Resulta evidente que en nuestra historia constitucional las constituciones posteriores tienden a ignorar las normas sobre reforma constitucional establecidas en las constituciones que les anteceden. Dicha práctica de ignorar el poder constituyente constituido, es absolutamente negativa para el país, si bien es cierto, que en teoría el nuevo poder constituyente es supremo, el desconocer lo previamente acordado por un poder constituyente previo merma la institucionalidad del estado y resta peso a las propias constituciones.

La idea de invocar el poder constituyente originario es que sea algo único, un hito absoluto en la historia de una nación, no que en cada cambio de gobierno o de ideología se vuelva a llamar al poder constituyente, ese tipo de reformas deberían hacerse a través del poder constituyente constituido, siguiendo los procedimientos pactos en la constitución vigente. De hecho, en las democracias más avanzadas vemos que hay constituciones que han durado cientos de años, y que si bien han sufrido modificaciones estas se han realizado siguiendo lo establecido en la propia constitución para hacerlo.

BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA:

ÁVILA, Santamaría Ramiro (2014). Artículo: "Ni espadachín ni odiador", El Mirador Político, Edición #164.

ÁVILA, Santamaría Ramiro Santamaría (2014). Conferencia: "Reformas y Enmiendas Constitucionales en el Ecuador", Colegio de Abogados de Pichincha. Quito: CEP.

FERRAGOLI, Luigi <https://procesalpenal.wordpress.com/2007/11/18/garantias-articulo-de-luigi-ferrajoli/>

HERNÁNDEZ Matovelle María Gabriela, "Reelección Indefinida en el Ecuador". Tribuna Democrática, Novedades Jurídicas, Ediciones Legales, Quito, Año VI, Número 72, XII 2014.

MACHICADO, Jorge, "¿Qué es el Poder Constituyente?", Apuntes Jurídicos™, 2013 <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/07/pcac.html>

OYARTE Martinez, Rafael *Curso De Derecho Constitucional, Tomo II La Función Legislativa*; Andrade & Asociados, Fondo Editorial, Quito, mayo 2005.

RAZA Castañeda Stalin, "Reelección en la Constitución Ecuatoriana". Tribuna Democrática, Novedades Jurídicas, Ediciones Legales, Quito, Año VI, Número 72, XII 2014.

SALGADO Pesantes Hernán, "Lecciones de Derecho Constitucional", Ediciones Legales, Quito, Ecuador.

TRUJILLO Julio César, Jorge Zavala Egos, Rafael Mendizábal Allende, Marco Morales Tobar, Alejandro Martínez Caballero, *MEMORIAS DE EVENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL, Compilación de Conferencias 2000*, Primera Parte: Seminario Internacional: El Papel de los Tribunales Constitucionales en el Fortalecimiento de la Democracia y la efectiva vigencia de la Constitución.

ZAVALA Egos Jorge, *DERECHO Constitucional, Neoconstitucionalismo Y Argumentación Jurídica*, Editores Edilex, Quito, 2010.

CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, Decreto Legislativo 0, Registro Oficial 449 de 20-X-2008.

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR, Decreto legislativo 0, Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, Publicada en el Boletín Oficial del Estado «BOE» núm. 311, de 29/12/1978. Entrada en vigor: 29/12/1978 Art. 168 «Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.».

Como Huir del Arbitraje de Inversión

Tabla de Contenidos

I.	Introducción	48
II.	Las denuncias a los tratados de protección de inversiones	49
III.	Mecanismos para limitar las protecciones otorgadas en los TBIs vigentes	50
	A. <i>El arbitraje internacional como protección no deseada</i>	50
	B. <i>Exclusión del arbitraje internacional por materias en bloque dentro del Tratado</i>	52
	C. Exclusiones por materias a través de Leyes nacionales	54
	D. Exclusiones por materias dentro de los contratos de inversión	55
	1. La cláusula contractual de sumisión exclusiva a los tribunales del estado receptor, como impedimento para iniciar un arbitraje bajo el TBI	56
	2. Diferencias entre las reclamaciones contractuales y las reclamaciones bajo los tratados de protección de inversión.-	57
	4. <i>Dificultades para determinar qué queda excluido de arbitraje internacional y qué no</i>	60
	5. Validez de las cláusulas renuncia expresas a protecciones otorgadas por un TBI	63
	E. Foro y procedimiento para un arbitraje de inversión bajo una cláusula contractual.....	66
IV.	Conclusiones.....	67

I. Introducción

Desde hace varios años, numerosos estados han manifestado su desacuerdo con el llamado “derecho de inversiones”, por ser en su opinión, favorable para los inversionistas y desfavorable para los estados receptores de la inversión.

Alegan que los Tratados Bilaterales de Inversiones (“TBIs”) se constituyeron como medios para promover y atraer la inversión extranjera, pero que han fracasado. Denuncian que se trata de tratados que solo imponen obligaciones a una parte – estados – mientras benefician a la otra – inversionistas – sin reciprocidad.

Según los detractores del derecho de inversiones, los tratados realmente no fomentan la inversión en la práctica. Se dice también que facultan a los inversionistas a denunciar actos soberanos solo porque no les favorecen, y que los tribunales que resuelven estas disputas están parcializados a favor de los inversores.

En este artículo estudiaremos los diferentes mecanismos utilizados por los estados detractores del derecho de inversiones, y de sus tratados, para liberarse de los mismos e intentar blindarse de los arbitrajes de inversión. Evidentemente, la principal arma que han tenido los estados frente a los tratados bilaterales y multilaterales de inversiones, que sienten que ya no les convienen, ha sido denunciarlos. Sin embargo, este no es lo único que han hecho los estados por deshacerse de las obligaciones contraídas bajo los mismos. Los estados se valen de otros varios mecanismos legales para minimizar sus obligaciones frente a sus inversionistas.

Con el afán de aterrizar los diferentes mecanismos utilizados por los estados para desvincularse de su obligación internacional de arbitrar en un foro internacional, utilizaremos a lo largo de este estudio, el ejemplo paradigmático del TBI entre Ecuador y España.

II. Las denuncias a los tratados de protección de inversiones

Dentro de esta coyuntura, varios estados, en especial sudamericanos, han denunciado diferentes tratados de inversión, tanto multilaterales como bilaterales. El estado ecuatoriano se ha unido a esta postura anti-tratados y arbitraje de inversión. En esta línea, el Ecuador denunció el tratado multilateral de inversiones CIADI el 12 de junio de 2009. Asimismo, inició un proceso de denuncias individuales de varios TBIs.

El proceso para denunciar un TBI en el Ecuador se compone a grandes rasgos de cinco pasos: (i) dictamen sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del tratado por la Corte Constitucional; (ii) informe de la Comisión Especializada Permanente de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral de la Asamblea Nacional; (iii) resolución del pleno de la Asamblea; (iv) decreto presidencial anunciando la renuncia; (iv) y notificación por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores al estado parte. Los cinco pasos son indispensables para considerar que un tratado ha sido denunciado.

El TBI España-Ecuador entró en este proceso de denuncia en el año 2013. En este mismo año, la Corte Constitucional resolvió que el TBI era inconstitucional por violar el artículo 244 inciso primero de la Constitución ecuatoriana de 2008. El 8 de julio de 2013, la Comisión Especializada Permanente de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral de la Asamblea Nacional, presentó su informe

aconsejando la denuncia del TBI España- Ecuador. Sin embargo, después de este paso el proceso se detuvo, sin que se haya pronunciado al respecto el Pleno de la Asamblea, y sin que haya un Decreto presidencial que oficialice la denuncia.

Este freno en los procesos de denuncia no es único para el caso del TBI con España, de hecho, la gran mayoría de procesos de denuncias de TBIs se encuentran en stand-by en el Ecuador. El gobierno ecuatoriano creó una Comisión de Auditoría de los Tratados Bilaterales de Inversión cuyo propósito es investigar la conveniencia y constitucionalidad de los TBIs, la Comisión todavía no ha emitido su informe.

Cabe anotar que a pesar de dichos esfuerzos por desvincularse del derecho de inversiones, este está lejos de haber muerto. Por un lado, muchos de los nuevos Tratados de Libre Comercio poseen cláusulas similares de protección de inversiones. Y, por otro, las cláusulas de carencia presentes en la mayoría de TBIs, incluyendo el Ecuador- España, establecen plazos de 10 años para que sea efectiva cualquier renuncia, por lo que la mayoría de TBIs siguen estando vigentes para disputas que surjan en un corto o mediano plazo.

III. Mecanismos para limitar las protecciones otorgadas en los TBIs vigentes

A. El arbitraje internacional como protección no deseada

Una de las protecciones más importantes que brindan los TBIs a los inversionistas de los estados firmantes es la posibilidad de solucionar sus disputas en tribunales arbitrales internacionales. Esta protección es fundamental para los inversionistas, ya que los protegen del temido *home court advantage*.

Hablando en términos generales, los inversionistas suelen tener miedo de litigar en contra de un estado en sus propias cortes. Este miedo cobra especial relevancia en países en vías de desarrollo, en donde puede ocurrir que la separación de poderes dentro del estado no sea perfecta. Esta ausencia de separación puede provocar que el poder judicial no sea completamente independiente al ejecutivo, lo que haría que el litigio se lleve ante quien es juez y parte de la disputa.

Los inversionistas prefieren solucionar sus disputas con los estados en foros especializados y neutrales. Es por esto que en los TBIs se incluyen cláusulas de solución de controversias que otorgan jurisdicción a tribunales internacionales no adscritos a ningún estado.

Como vimos antes, los países receptores de inversiones, se han mostrado reticentes en los últimos años a solucionar sus disputas con los inversionistas en estos foros. En parte porque los tribunales arbitrales de inversión han condenado a varios estados a pagar sumas astronómicas de dinero a los inversionistas, en parte porque sienten que los tribunales tienen una inclinación pro-inversionista, y en parte, porque prefieren de todas maneras litigar fuera del país.

La gran mayoría de TBIs vigentes confieren la protección del arbitraje internacional a los inversionistas. Sin embargo, nada obsta para que, en el supuesto de que ambos estados lo consientan, excluyan absoluta o parcialmente el arbitraje de inversión previsto, ya sea modificando los TBIs existentes o acordando nuevos tratados más restrictivos.

Considerando que los estados receptores de la inversión normalmente prefieren litigar en casa y limitar los arbitrajes internacionales, lo complicado será la negociación con el estado, potencial inversionista, ya que estos estados siempre preferirán la

protección que conlleva el llevar disputas fuera de las cortes nacionales a un foro imparcial como, teóricamente, es el arbitraje de inversión.

B. Exclusión del arbitraje internacional por materias en bloque dentro del Tratado

Un ejemplo típico de una exclusión *rationae materiae* del arbitraje de inversión es la exclusión de temas tributarios. Existen varios TBIs que expresamente establecen que las disputas en materia tributaria entre inversionistas y estados receptores se solucionarán siempre en las cortes nacionales y no en arbitraje internacional.

La razón de la práctica, más o menos común, de la exclusión de la materia tributaria del arbitraje no se debe a que la materia no sea arbitrable *per se*, sino que en general los estados sienten que la facultad tributaria está muy vinculada con su soberanía y no son partidarios de que tribunales extranjeros juzguen sus decisiones soberanas.

Los inversionistas tienden a aceptar esta exclusión debido a que existen otros tratados, como los convenios para evitar la doble imposición, que establecen o podrían establecer, otros mecanismos para resolver este tipo de disputas sin necesidad de recurrir a arbitrajes de inversión.

No existe ninguna norma genérica de derecho nacional o internacional que disponga que los temas tributarios no son susceptibles de dirimirse a través de arbitrajes de inversión. Sin embargo, ciertos TBIs, incluyendo algunos firmados por el Ecuador, han excluido o limitado la materia tributaria de los arbitrajes de inversión, véase por ejemplo los TBIs Ecuador- Estados Unidos y Ecuador Canadá que limitan la materia.

Existen abundantes precedentes en el arbitraje de inversión en los que se han arbitrado temas tributarios. En el Ecuador llaman la atención sobre todo los casos de Occidental y Encana, estos casos son especialmente interesantes ya que tienen como fundamentos justamente los citados TBIs restrictivos en materia tributaria, pero en ambos casos los respectivos tribunales aceptaron tratar temas de devolución de IVA a pesar de las restricciones impuestas en los TBIs.

Los TBIs Ecuador - Estados Unidos y Ecuador - Canadá limitan el arbitraje de temas tributarios en general pero establecen ciertas excepciones por las que sí se puede llevar estos temas a arbitraje.

Por otro lado, el TBI España – Ecuador está configurado de manera exactamente opuesta: el Tratado en general admite el arbitraje de temas tributarios y tan solo pone una excepción en su artículo IV.4 en la que no habría como alegar la cláusula de nación más favorecida cuando se trata de una disputa tributaria:

Art. IV.- TRATAMIENTO

4.- El tratamiento concedido con arreglo al presente artículo no se extenderá a deducciones, exenciones fiscales u otros privilegios análogos otorgados por cualquiera de las Partes Contratantes a inversionistas de terceros países en virtud de un Acuerdo para evitar la Doble Imposición o de cualquier otro Acuerdo en materia de tributación.

El TBI Ecuador – España, impone la limitación de no utilizar el argumento de nación más favorecida cuando el inversor en teoría “más favorecido” sea nacional de un país que tiene un tratado para evitar la doble imposición con el Ecuador, lo que le concedería esos beneficios específicos.

El limitar materias específicas con las que los estados no se sientan cómodos puede ser una buena estrategia para delimitar el alcance extensivo de los TBIs. La clave para que los países inversionistas aprueben estas limitaciones es que la materia no quede totalmente indefensa sino que existan otros mecanismos para protegerla, tal como los Convenios de Doble imposición en materia tributaria.

C. Exclusiones por materias a través de Leyes nacionales

Los estados han procurado también el arbitraje internacional a través de normas nacionales que impidan o limiten su utilización. En el Ecuador se acaba de aprobar la Ley para Incentivos de Alianzas Público Privadas, según esta nueva normativa, solo se aceptaría arbitraje de las Alianzas Público Privadas en sedes regionales.

Así mismo, según la citada Ley quedan excluida del arbitraje internacional las disputas sobre temas tributarios, aquellas que surjan debido a actos legislativos y regulatorios del Estado.

La pregunta que invariablemente surge es si esta disposición legal realmente puede preluir a inversores de un país con el que existe un TBI vigente a demandar al Estado ecuatoriano por la violación del tratado, en el foro que dispone el tratado o sobre alguna de las materias supuestamente escogidas.

A este respecto el artículo Art. 425 de la Constitución ecuatoriana de 2008 establece:

*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.*

Si bien se trata de un tema muy debatible parecería complicado aceptar que a través de una Ley Orgánica se limiten garantías otorgadas por un tratado internacional cuando nuestra propia Constitución acepta en el Ecuador los tratados internacionales tienen mayor jerarquía que las leyes orgánicas.

En conclusión, creemos que si existe un TBI que otorgue el derecho de llevar a arbitraje internacional las mismas materias que por ley han sido excluidas, las exclusiones legales no sería admisibles y el tribunal arbitral debería admitir la demanda a pesar de la existencia de una ley.

D. Exclusiones por materias dentro de los contratos de inversión

La exclusión de materias en bloque dentro de los tratados, como vimos, requiere de la aprobación de ambos estados, lo que no siempre es sencillo de conseguir. Por este motivo los estados receptores de inversión y partes de TBIs, han diseñado mecanismos alternos para limitar el ámbito de protección.

Uno de los mecanismos que se utilizan en la práctica para excluir materias concretas del arbitraje internacional es la inclusión de cláusulas dentro de los contratos de inversión específicos. Hay dos tipos de cláusulas típicas: las cláusulas de sumisión exclusiva de una materia en concreto a las cortes nacionales del estado receptor, y las cláusulas de renuncia expresa al arbitraje.

Estas opciones pueden ser interesantes para el estado receptor ya que en la negociación directa con un inversor interesado el estado normalmente tiene una posición más fuerte, y el inversionista con el fin de avanzar con el negocio es más susceptible a aceptar limitaciones a sus protecciones.

1. La cláusula contractual de sumisión exclusiva a los tribunales del estado receptor, como impedimento para iniciar un arbitraje bajo el TBI

Existen distintas maneras de intentar excluir materias de arbitrajes de inversión dentro de los contratos de inversión, una de estas es la inclusión de cláusulas de sumisión exclusiva a cortes nacionales de ciertas materias.

Se ha discutido arduamente ante tribunales arbitrales de inversión alrededor del mundo, si una cláusula contractual contenida en un contrato de inversión, que otorga jurisdicción exclusiva para la resolución de controversias a los tribunales del estado receptor de la inversión, impediría someter las disputas emanadas de la inversión a los mecanismos de arbitraje internacional previstos en los TBIs.

Los laudos más prominentes en el tema son: *Lanco Lanco International Inc. v. República de Argentina*, *Vivendi Universal v. República de Argentina*, *SGS v. Republic of the Philippine*, *Aguas del Tunari SA v Republic of Bolivia*, *Toto Construzioni Generali Spa v Republic of Lebanon*, *Azurix Corp. v. República de Argentina* y *Occidental Exploration and Production Company v. República del Ecuador* entre otros.

Más aún, existe una discusión técnica relativa a si este es un problema de jurisdicción del tribunal o admisibilidad de la demanda; es decir, si la cláusula de sumisión exclusiva afectaría a la jurisdicción misma del tribunal, o si por el contrario el tribunal siempre será competente para conocer la disputa en virtud de la existencia del TBI, y más bien se trata de un problema de admisión de la demanda que se tratará con relación al fondo del reclamo. La tesis mayoritaria, con la que coincidimos, es que se trata de un problema de admisibilidad en el mejor de los casos.

2. Diferencias entre las reclamaciones contractuales y las reclamaciones bajo los tratados de protección de inversión.-

Para poder dar respuesta a pregunta tan compleja de si cabe que un contrato limite lo pactado en un tratado, debemos, en primer lugar, recordar la diferencia entre las reclamaciones basadas en contratos y las reclamaciones basadas en los tratados.

Las reclamaciones basadas en contratos son aquellas en las que el reclamante alega que los actos del demandado violaron lo establecido entre las partes en su relación contractual. Las reclamaciones basadas en tratados son aquellas en las que el reclamante alega que las actuaciones del demandado violaron derechos o garantías originadas en el TBI.

Ésta distinción ha sido ampliamente reconocida por tribunales arbitrales. Entre otros en los siguientes laudos: *Occidental, Ronald S. Lauder v. Czech Republic, Alex Genin and others v. Republic of Estonia, Compañía de Aguas del Aconquija S.A. v. República Argentina, CMS Gas Transmission Company v. República Argentina and Azurix* y el Comité ad hoc en *Vivendi*.

“As was clearly explained by the Vivendi ad hoc Committee, “[a] treaty cause of action is not the same as a contractual cause of action; it requires a clear showing of conduct which is in the circumstances contrary to the relevant treaty standard.”

Esta distinción tan cristalina en la teoría puede llegar a ser más difícil de establecer en la práctica. Muchísima tinta se ha utilizado tratando de distinguir las distintas ofensas entre violaciones a las garantías concedidas en los tratados y las diferencias contractuales.

La diferencia sobre la inversión que la Demandante ha presentado a este Tribunal invoca las obligaciones de la Demandada para con la Demandante conforme a lo dispuesto en el APPRI y es una pretensión distinta de la reclamación con arreglo a los documentos contractuales. Aunque la diferencia, tal como la presenta la Demandante, pueda requerir que se interpreten o analicen hechos relacionados con la ejecución del Contrato de Concesión, el Tribunal considera que, en la medida en que esas cuestiones sean relevantes, el incumplimiento de las obligaciones de la Demandada de conformidad con el APPRI, no pueden per se, transformar la diferencia en virtud de lo dispuesto en el APPRI en una diferencia contractual.

El problema radica en que muchas veces un mismo acto viola simultáneamente el contrato y el tratado. Una distinción muy acertada es la propuesta por Velimir Živković:

It is submitted that in order for an act of State to cause breach of the BIT and engage international responsibility, it must be one done by the State in its capacity as a sovereign. Pragmatically speaking, it should be of such nature that the ordinary contractual party would not be in a position to perform such an act.

No todos los actos violatorios del contrato son actos violatorios del tratado. Pero puede haber actos que violan el contrato, pero al ser actos soberanos del estado, también violan el tratado. Esta disyuntiva es muy relevante ya que la doctrina considera que las limitaciones contractuales podrían obligar a dirigir reclamos

contractuales a las cortes nacionales, pero no podrían limitar reclamos bajo el tratado, incluso si estos mismos actos constituyen también violaciones al contrato.

3. Las reclamaciones basadas en los TBIs no se ven afectadas por las cláusulas de sumisión exclusiva de los contratos de inversión

La gran mayoría de jurisprudencia y doctrina, se alinea con la posición de que las únicas disputas que están sometidas a las cláusulas dispuestas en el contrato son aquellas que tienen su fundamento en una violación al contrato mismo. Por lo tanto, sostienen que las disputas que tienen origen en la violación de un derecho protegido por un tratado no se encuentran reguladas por el contrato.

Existen varias decisiones arbitrales que han puesto mucho énfasis en este punto. Quizás el Tribunal Ac Hoc en Vivendi es quien lo ha resuelto de manera más contundente:

101. Por otra parte, donde la “base fundamental de la reclamación” es un tratado asentando una norma independiente por la cual ha de juzgarse la conducta de las partes, la existencia de una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato entre la demandante y el Estado demandado o una de sus subdivisiones no puede operar como impedimento a la aplicación de la norma bajo el tratado. A lo sumo, podría ser relevante – del modo en que el derecho interno muchas veces será relevante – al evaluar si ha habido un incumplimiento del tratado.

Citando también el caso de Occidental en contra del estado ecuatoriano, se recalcó la diferencia entre las reclamaciones por violaciones del tratado y las reclamaciones por

violaciones del contrato, encontrando que las primeras no se ven afectadas por las cláusulas de sumisión exclusiva.

“The Tribunal held in CMS, referring to this line of decisions, that “as contractual claims are different from treaty claims, even if there had been or there currently was a recourse to the local courts for breach of contract, this would not have prevented submission of the treaty claim to arbitration”.

En conclusión, la sumisión expresa a tribunales ecuatorianos en una materia concreta en un contrato celebrado entre el inversionista y el estado, no podría impedir una reclamación nacida de la violación de sus derechos como inversionista bajo un TBI, incluso cuando dicha violación al mismo tiempo viola el contrato.

4. Dificultades para determinar qué queda excluido de arbitraje internacional y qué no

Además existe otra complicación a la hora de intentar excluir una materia concreta del arbitraje internacional garantizado por el TBI a través de una cláusula contractual, y es que no siempre es sencillo delimitar donde termina una materia y donde comienza la siguiente.

Para ejemplificar el problema vale la pena estudiar una cláusula real insertada en un contrato de inversión:

Exclusión de ciertas materias del ámbito del arbitraje y atribución de jurisdicción a tribunales y cortes nacionales.- Todas las controversias que se deriven de una declaratoria de caducidad o guarden relación con sus efectos, no podrán ser resueltas mediante

arbitraje y deberán ser resueltas por los tribunales competentes del Ecuador.

Las controversias sobre actos de la administración tributaria serán resueltas por los tribunales competentes del Ecuador.

Esta es un ejemplo paradigmático de una cláusula de sumisión exclusiva por materia dentro de un contrato de inversión. Esto, más allá análisis realizado ya sobre la validez de la cláusula e incluso en el caso de que un tribunal la considerase válida.

Continuando con el ejemplo de la materia tributaria. No es difícil pensar que incluso un inversionista al que el estado ha maltratado a través de actos de naturaleza tributaria, (véase glosas injustas, multas de SRI, resoluciones inmotivadas de reclamos por glosas, sentencias ilegales en materia tributaria, o leyes tributarias emitidas específicamente para dislocar al inversionista), pueda alegar que la “*cause of action*” de su reclamación es distinta a los actos de la administración tributaria como tal.

El inversionista siempre podría alegar que no le está pidiendo al tribunal arbitral que establezca exactamente lo que le correspondía pagar en impuestos, sino que resuelva si el trato recibido es justo y equitativo y que determine que si con sus actos, incluso en materia tributaria, el estado falló a su compromiso de tratar de manera justa al inversionista.

Si bien no es posible arbitrar actos de la administración tributaria, hay que entender un reclamo bajo el TBI no es un reclamo contra los actos de la administración tributaria como tal, sino un reclamo ante el trato recibido por el estado y en la medida

de que esos actos constituyen una violación a las garantías otorgadas por los estados en los tratados de inversión. Esta distinción se manifestó claramente en el caso Occidental, el tribunal resolvió:

“This is the situation that has in fact occurred in the instant case, where treaty-based issues have come to arbitration and non-contractual domestic law questions have been and are being dealt with by local courts in Ecuador. Far from creating a situation of incompatibility, the decisions adopted thus far by Ecuadorian courts on matters of interpretation of the Ecuadorian Tax Law have been of great help to this Tribunal in its own interpretation of both the Treaty and the relevant provisions of Ecuadorian law as will be shown further below. It follows that the causes of action might be separate and the nature of the disputes different, yet they may both have cumulative effects and interact reciprocally.”

Parecería que la *ratio* detrás de una cláusula de sumisión exclusiva tal como la transcrita, es que no se pueden discutir temas tributarios nacionales en sedes internacionales, y que esta *ratio* se cumple. Que una demanda arbitral con base en un TBI no requiere que el tribunal determine cuáles eran los impuestos aplicables, ni la validez de una glosa específica, sino que el *petitum* que se hace al tribunal es que se acepte que el estado ecuatoriano no trató a través de sus potestades –legislativas, administrativas, judiciales y constitucionales- al inversionista como se comprometió a hacerlo por medio del TBI que firmó.

Hay una diferencia entre demandar por actos de la administración tributaria *per se* y por los efectos finales de varias actuaciones del estado que causaron violaciones de derecho internacional de inversión. Podría ser que las autoridades ecuatorianas hayan cometido errores o faltas en la administración tributaria pero que esas faltas, según los estándares aplicables en el arbitraje de inversión, no constituyan violaciones a las garantías de inversión.

De hecho la literalidad de la cláusula en materia tributaria incluso apoyaría esta interpretación, ya que cuando la cláusula excluye la caducidad dice también “o guarden relación con sus efectos” mientras que nada se dice sobre los efectos no inmediatos de los actos de las administraciones tributarias, por lo que parecería que la exclusión en el caso transcrito es muy limitada.

En conclusión, parecería que para determinar si la cláusula de sometimiento expreso podría afectar el derecho, concedido en un TBI a arbitrar, habrá que atender especialmente a la literalidad de la cláusula en concreto.

5. Validez de las cláusulas renuncia expresas a protecciones otorgadas por un TBI

La validez de los “waivers” o renunciaciones a las protecciones concedidas a inversionistas bajo un TBI a través de una cláusula contractual, es un tema bastante novedoso en el arbitraje de inversión.

Hay poca jurisprudencia que ha abordado el tema, y en la mayoría de casos lo han hecho de manera tangencial. En un reciente artículo publicado en Oxford University Press, parte del ICSID Review por la profesora S.I. Strong, se hace referencia a los pocos casos que han tratado el tema de la validez de las renunciaciones contractuales al arbitraje de inversión.

La profesora Strong menciona cuatro casos en específico –que ya se han citado arriba-; en tres de ellos Tribunal dictaminó que una cláusula de renuncia expresa mediante contrato protecciones de un tratado no sería válida. Entre estos casos se incluyen Toto, el Tribunal Ad Hoc de Vivendi, y quizás el más claro, SGS, que en sus palabras dictaminó:

It is, to say the least, doubtful that a private party can by contract waive rights or dispense with the performance of obligations imposed on the States parties to those treaties under international law. Although under modern international law, treaties may confer rights, substantive and procedural, on individuals, they will normally do so in order to achieve some public interest. Thus the question is not whether the Tribunal has jurisdiction: unless otherwise expressly provided, treaty jurisdiction is not abrogated by contract.

Finalmente cabe resalta que el Tribunal de Aguas de Tunari llegó a una conclusión diferente. Ahora bien, el Tribunal mencionó su opinión en dicta; es decir, solo como un considerando, y no resolvió sobre el punto en la parte dispositiva del laudo.

“Assuming that parties agreed to a clear waiver of ICSID jurisdiction, the Tribunal is of the view that such a waiver would be effective. Given that it appears clear that the parties to an ICSID arbitration could jointly agree to a different mechanism for the resolution of their disputes other than of ICSID, it would appear that an investor could also waive its rights to invoke the jurisdiction of ICSID. However, the Tribunal need not decide this question in this case.”

Como se desprende de las fuentes citadas por la profesora Strong, no queda claro si estos waivers son *per se* válidos o *per se* inválidos. Sin embargo, parecería que del estudio de los casos mencionados se pueden extraer dos conclusiones:

- (i) Que se trata el tema de los waivers como un tema de admisibilidad (fondo) y no de jurisdicción. Es decir, que el tribunal arbitral tendría jurisdicción para conocer de la materia en todo caso.
- (ii) Que al tratarse de un tema de admisibilidad (fondo), la validez del waiver es efectiva en lo que respecta a disputas contractuales pero no puede servir como un impedimento para disputas surgidas de violaciones a los tratados.

Citando la conclusión de la Profesora Strong:

“Based on this Decision, contractual waivers appear incapable of affecting the availability of investment arbitration for claims based entirely on the treaty. However, contract claims may be heard outside the investment regime if the forum selection provision is considered valid.” (énfasis añadido)

Finalmente, como se desprende del estudio de la profesora Strong, el tema no está claro, y dependerá mucho de la postura o composición del tribunal la decisión de otorgar o quitar validez a waivers contractuales.

Existe también un artículo por el Dr. Xavier Andrade en el segundo número de la Revista Ecuatoriana de Arbitraje, que llega a la conclusión de que sobre este punto debe prestarse especial atención a la voluntad de las partes.

Existen académicos que estiman que la naturaleza supra nacional de los TBIs responde a un interés público superior a los intereses privados de las partes de un contrato y, por tanto, no podría un contrato entre dos partes disponer sobre las garantías otorgadas por un TBI. Hay otros árbitros que entienden que una renuncia contractual a las protecciones del TBI, como el arbitraje internacional, son plenamente disponibles por las parte al momento de contratar.

E. Foro y procedimiento para un arbitraje de inversión bajo una cláusula contractual

Un último tema a analizar es si el pactar dentro de un contrato de inversión una sede, autoridad nominadora o procedimiento distinto al pactado en el TBI, es válido o si el procedimiento arbitral debe conducirse exactamente como está previsto.

Transcribimos otro ejemplo real de una cláusula que prevé la utilización de un procedimiento arbitral pactado en el contrato, también para reclamaciones bajo al TBI, y que es distinto al método original pactado en el TBI.

Elección.- El arbitraje previsto en esta cláusula valdrá como elección de vía para la resolución de las desavenencias derivadas de este Contrato Modificatorio así como también será la vía para la resolución de controversias derivadas de cualquier Tratado sobre Promoción y Protección de Inversión que pudiera ser invocado por la Contratista.

Debido a que la piedra angular del arbitraje es el consentimiento, en un caso como el transcrito no vemos inconveniente alguno en iniciar un arbitraje de inversión bajo el

arbitraje UNCITRAL previsto en el contrato, especialmente porque por acuerdo entre las partes aplica para los reclamos por violaciones de tratado.

Tampoco creemos que esto implique una contradicción con el argumento de que los reclamos por violaciones al TBI no se rigen por el contrato. Creemos que se trata de un acuerdo posterior entre las partes y que al no restringir derechos del TBI, sino simplemente modificar ciertos términos del mismo, debería prevalecer.

IV. Conclusiones

En vista de los cuantiosos laudos en contra de estados en arbitrajes de inversión, varios estados buscan mecanismos para protegerse de estos reclamos.

El mecanismo más efectivo que tienen los estados, es modificar los TBIs de mutuo acuerdo y excluir la protección de los arbitrajes de inversión. Este mecanismo es complejo de conseguir en la práctica ya que para los estados, potenciales inversionistas, el arbitraje internacional como mecanismo para solucionar controversias es una protección básica a la que probablemente no estarán dispuestos a renunciar.

Otra opción es denunciar unilateralmente los TBIs, pero esto es poco efectivo a corto plazo debido a los términos de carencia presentes en los TBIs, la mayoría de los cuales hacen inefectiva la renuncia por diez años.

La tercera opción es intentar excluir el arbitraje a través de los contratos de inversión particulares. Sin embargo, esta opción es compleja, dependerá mucho de los términos exactos utilizados en cada contrato, y para la mayoría de la doctrina, con la que

coincidimos, no es aceptable el renunciar a una protección otorgada por un tratado por medio de un contrato.

Finalmente, lo que pueden hacer los estados con base al principio de la autonomía de la voluntad y del consentimiento como piedra angular del arbitraje, es pactar términos distintos a los estipulados en un TBI para llevar a cabo un arbitraje. Los estados podrían pactar procedimientos, foros y sedes con los que se sientan más cómodos a la hora de someterse a arbitraje. En nuestra opinión estos términos deberían ser respetados.

BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA:

AGUAS DEL TUNARI SA v Republic of Bolivia, ICSID Case No ARB/02/3, Decision on the Respondent's Objections on Jurisdiction (21 October 2005).

Toto Construzioni Generali Spa v Republic of Lebanon, ICSID Caso No ARB/07/12, (Award 7 June 2012)

ALEX GENIN and others v. Republic of Estonia (ICSID Case No. ARB/99/2), Award of the Tribunal (June 25, 2001); Decision on Claimants' Request for Supplementary Decisions and Rectification (April 4, 2002), *available at* <http://www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm>

ANDRADE Xavier, Renuncia al arbitraje previsto en un tratado: el caso ecuatoriano, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n° 2, 2010. p. 2

AZURIX Corp. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/12), Decision on Jurisdiction of December 8, 2003, *International Law in Brief available at* <http://www.asil.org/ilib/azurix.pdf>,

CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8), Decision on Jurisdiction of July 17, 2003, 42 ILM 788 (2003).

COMPAÑÍA DE AGUAS DEL ACONQUIJA S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic (Case No. ARB/97/3), Decision on Application for Annulment of July 3, 2002, 41 ILM 1135 (2002) (Vivendi Annulment).

CORTE CONSTITUCIONAL Dictamen N° 0019-013 CTI CC, caso N° 0010-11-TI de 25 de abril de 2013.

ENCANA Corporation v. República del Ecuador, Laudo Arbitral, Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres, 3 Febrero de 2006.

LANCO International Inc. V. Argentine Republic(Icsid Case No. Arb/97/6) (Preliminary Decision On Jurisdiction Of The Arbitral Tribunal)", December 8, 1998, 40 ILM 457 (2001).

LEY ORGÁNICA DE INCENTIVOS PARA ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS. Registro Oficial Suplemento 652. 18-dic-2015, Art. 20. Esta norma excluye del arbitraje internacional las disputas sobre temas tributarios, aquellas que surjan debido a actos legislativos y regulatorios del Estado.

OCCIDENTAL Exploration and Production Company v. the Republic of Ecuador (London Court of International Arbitration Administered Case No. UN 3467) Arbitral Award.

RONALD S. LAUDER v. Czech Republic, UNCITRAL Final Award (Sept. 3, 2001), as published in www.mfcr.cz/static/Arbitraz/en/FinalAward.pdf

SGS Societe Generale de Surveillance SA v Republic of the Philipnes, ICSID Case No ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections on Jurisdiction (29 January 2004), [2005]8 ICSID Rep, 518.

STRONG S.I., Contractual Waivers of Investment Arbitration: Waive of the Future?, ICSID Review, (2014), p.1-11.

TBI Ecuador- España XII “En caso de denuncia, a las disposiciones previstas en los artículos I a XI del presente Acuerdo seguirán aplicándose durante un periodo de diez años a las inversiones efectuadas antes de la denuncia”.

TOTO Construzioni Generali Spa v Republic of Lebanon, ICSID Caso No ARB/07/12, (Award 7 June 2012)

ŽIVKOVIĆ Velimir, LL.M. (Belgrade), M.Jur. (Oxford), CONTRACTS, TREATIES AND UMBRELLA CLAUSES: SOME JURISDICTIONAL ISSUES IN INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION,. London School of Economics - Law Department; Institute of Comparative Law, Belgrade, December 15, 2011 *Annals of the Faculty of Law in Belgrade - Belgrade Law Review*, 4/2012 pg. 7

NET GRAFÍA DE REFERENCIA:

http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/blogs/comision_cinco/files/2013/07/9-julio-2013-informe-denuncia-reino-de-espana.pdf