

UNIVERSIDAD DE SEVILLA

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO CONSTITUCIONAL

TÍTULO:

**REFORMA CONSTITUCIONAL Y LÍMITES EN LA CONSTITUCIÓN
ECUATORIANA DE 2008.**

AUTOR: Jorge Benavides Ordóñez

**DIRECTORES: Javier Pérez Royo
 Manuel Carrasco Durán**

2016

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I	
Poder constituyente, reforma constitucional y límites.....	8
1. Aproximación histórica al poder constituyente.....	8
1.1 La experiencia norteamericana.....	9
1.2 La experiencia francesa.....	16
1.3 Semejanzas y diferencias entre Estados Unidos y Francia.....	24
2. Definiciones del poder constituyente desde la teoría constitucional.....	27
2.1 El poder constituyente desde el positivismo estatal de Jellinek.....	29
2.2 El poder constituyente desde el positivismo jurídico de Kelsen.....	31
2.3 El poder constituyente desde la corriente integracionista- sociológica a partir de Smend y Heller.....	33
2.4 El poder constituyente desde la corriente decisionista de Schmitt.....	37
2.5 El poder constituyente desde el constitucionalismo cultural de Häberle.....	41
3. Distinciones entre el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado.....	45
4. La reforma constitucional como poder constituyente derivado.....	51
4.1 Recorrido histórico de la reforma constitucional.....	53
4.2 El concepto de reforma constitucional.....	61
4.3 Funciones de la reforma constitucional.....	63
4.4 Diferencia entre la reforma constitucional y la mutación de la Constitución.....	68
5. Los límites a la reforma constitucional.....	73
5.1 Definición de límites a la reforma constitucional.....	73
5.2 Clasificación de los límites a la reforma constitucional....	76
5.3 Las cláusulas de intangibilidad: límite autónomo y explícito.....	80
5.3.1 El modelo italiano y el modelo francés.....	82

5.3.2 El modelo alemán.....	83
5.4 Los límites heterónomos.....	85
6. La tensión entre el principio democrático y la supremacía constitucional en la reforma de la Constitución.....	89

CAPÍTULO II

El procedimiento de reforma constitucional en Ecuador y en el derecho

constitucional comparado.....	96
1. Aproximación al modelo constitucional ecuatoriano.....	97
1.1 Los derechos y garantías constitucionales.....	113
1.2 Dos nuevas funciones: Transparencia y Control Social y Electoral.....	116
2. La regulación de la reforma constitucional en Ecuador.....	120
2.1. La enmienda del artículo 441.....	122
2.2. La reforma parcial del artículo 442.....	135
2.3. El cambio total o esencial de la Constitución: la convocatoria a Asamblea Constituyente, artículo 444.....	138
3. Los derechos como límite a la reforma de la Constitución, el artículo 84.....	141
4. La reforma de la Constitución de Ecuador en clave comparada.....	145
4.1. Los procedimientos de reforma en las principales Constituciones de América Latina.....	145
4.1.1. Iniciativa.....	146
4.1.2. Trámite.....	151
a) Mayoría parlamentaria necesaria para la aprobación.....	151
b) El número de discusiones parlamentarias y procedimientos de reforma.....	153
c) Procedimientos de reforma conforme a la posibilidad de Referéndum.....	158
d) Procedimientos de reforma conforme a la posibilidad de llamar, bien a una Asamblea Constituyente, bien a una Asamblea Constitucional...	162
4.2. Límites materiales y reforma constitucional.....	168
4.2.1. Límites materiales explícitos.....	168

4.2.2. Límites materiales implícitos.....	172
4.3. Balance de la regulación de la reforma y sus límites en la Constitución de Ecuador.....	177

CAPÍTULO III

El control de la reforma de la Constitución por parte de la Corte

Constitucional de Ecuador.....	184
1. Aspectos generales del fundamento del control de las reformas constitucionales.....	185
2. La legitimidad del control constitucional de las reformas constitucionales.....	192
3. El papel de la Corte Constitucional en el control de las modificaciones a la Constitución ecuatoriana.....	200
4. Análisis del Dictamen 001-11-DRC-Corte Constitucional.....	206
4.1. Exposición de los hechos del caso.....	206
4.2. Análisis jurídico constitucional del Dictamen de la Corte Constitucional de Ecuador sobre la reforma constitucional de 2011.....	218
5. Análisis del Dictamen 001-14-DRC-Corte Constitucional.....	243
5.1. Exposición de los hechos del caso.....	244
5.2. Análisis jurídico constitucional del Dictamen de la Corte Constitucional de Ecuador sobre la reforma constitucional de 2015.....	251
6. Análisis del Dictamen 002-16-DRC-Corte Constitucional.....	274
6.1. Exposición de los hechos del caso.....	277
6.2. Análisis jurídico constitucional del Dictamen de la Corte Constitucional de Ecuador sobre la reforma de 2016.....	279
CONCLUSIONES.....	282
BIBLOGRAFÍA.....	296

REFORMA CONSTITUCIONAL Y LÍMITES EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DE 2008.

INTRODUCCIÓN.

La discusión respecto de la reforma constitucional se trata, como señala Pérez Royo, de uno de los temas con más señera dentro del Derecho Constitucional, en la medida en que en aquella confluyen, de modo indiscutible aspectos políticos como jurídicos, esenciales para la comprensión del Estado constitucional. En efecto, las democracias constitucionales se asientan sobre dos principios básicos, uno de corte político, nos referimos al principio de soberanía popular y, otro de corte jurídico, el principio de la supremacía constitucional.

Así, el principio de soberanía popular determina que el titular del poder constituyente es el pueblo, pero una vez que crea la Constitución aquel desaparece y, en consecuencia, todos los poderes pasan a ser constituidos. Y, es dentro de aquellos en donde, precisamente, se enmarca el poder de reforma constitucional, en la medida en que el cambio se hará a través del procedimiento reglado en el propio Texto fundamental. Por otra parte, el principio de la supremacía constitucional señala que la Constitución es la ley suprema y, en esa medida el resto de normas infraconstitucionales deben guardar conformidad con aquella, obligando, en consecuencia, a todos los miembros de la comunidad.

Sin embargo, la relación entre ambos principios desde el surgimiento del Estado constitucional no ha sido pacífica, toda vez que la soberanía popular, al responder al ideal de autogobierno de la comunidad, no acepta en principio la idea de que a la voluntad del pueblo se le impongan límites, incluyendo, cuando se trata de la reforma a la Constitución. Por el contrario, la supremacía constitucional al definir a la Constitución como norma superior que organiza la vida en comunidad, determina, entre otras cosas, que aquella protege algunos temas esenciales que no deben ser puestos a consideración de las mayorías, ya sea de modo perpetuo como ocurre con las cláusulas de intangibilidad, o de

las mayorías absolutas, por medio de la exigencia de mayorías calificadas para proceder con la reforma constitucional.

En todo caso, debemos señalar que sólo en la medida en que se aceptan tales limitaciones a la soberanía popular respecto de la reforma de la Constitución, es posible hablar de la existencia del Estado constitucional, el cual supone, en definitiva, el autogobierno del pueblo limitado por una Constitución.

De ahí que la pregunta central del presente trabajo gire entorno a los límites de la reforma de la Constitución de Ecuador en vigor. Por ello, el objetivo perseguido será el determinar, por un lado, cuáles son los límites a la reforma de la Constitución de Ecuador y, por otra parte, establecer en qué medida la Corte Constitucional con motivo de los dos procedimientos de reforma acaecidos hasta el momento ha cumplido con su función de guardián de la supremacía constitucional. En consecuencia, el enfoque metodológico escogido será de corte deductivo, dogmático y comparado.

Así, se parte del abordaje de los aspectos históricos y teóricos generales del poder constituyente, la reforma constitucional y sus límites, para, posteriormente, pasar a un análisis del modelo constitucional ecuatoriano en donde se inscribe la reforma, así como el correspondiente estudio dogmático de la regulación constitucional y legal de los distintos procedimientos de reforma. Seguidamente, acudiendo a la comparación con otros Textos constitucionales de América Latina, se llegará a determinar el grado de rigidez que comporta el texto ecuatoriano. Por último, descenderemos a un análisis empírico, el cual supone el estudio del Dictamen 001-11, y del Dictamen 001-14 de la Corte Constitucional de Ecuador, dictámenes ambos que han viabilizado las reformas constitucionales que se han dado hasta el momento a la Constitución de 2008. Adicionalmente, nos referiremos también al Dictamen 001-16, el cual autorizó la modificación de una disposición transitoria de la Constitución por la vía de la enmienda constitucional en la modalidad de referéndum, sin que hasta el momento en que se escribe esta introducción se haya cumplido con el requisito de firmas ciudadanas precisado por la Constitución.

En este orden de consideraciones, el trabajo se divide en tres capítulos. El primero de los cuales intenta establecer la relación entre poder constituyente, la reforma constitucional y los límites a esta. Comienza, entonces, por explicar desde una perspectiva histórica el surgimiento del poder constituyente, para ello acude a los grandes acontecimientos políticos de la Modernidad gestados a ambos lados del Atlántico, nos referimos al proceso independentista norteamericano, así como a la Revolución francesa. Seguidamente, la comprensión del poder constituyente discurre por medio de las definiciones que se hacen de aquel a partir de la teoría constitucional. Así, transitaremos desde el positivismo estatal, hacia el positivismo jurídico, analizando, posteriormente, la corriente integracionista-sociológica, así como la decisionista, para concluir con las formulaciones de corte constitucional cultural. Posteriormente, se procede a distinguir el poder constituyente originario del poder constituyente derivado. En tal sentido se llega a determinar que la reforma constitucional se trata de un poder constituyente del último tipo y, en esa medida se halla limitado por las prescripciones establecidas en la propia Constitución que lo regula. Por ello, se da cuenta en el primer capítulo de los tipos de límites a la reforma constitucional que han surgido en la teoría.

Respecto del segundo capítulo, en el trabajo se analiza los procedimientos de reforma constitucional en Ecuador y en clave comparada. En consecuencia, se precisa las características y límites que suponen las tres formas de reformar la Constitución del Ecuador, esto es, la enmienda, la reforma parcial y la Asamblea Constituyente. Llegando a precisar la particular función que cumple para el procedimiento de reforma el artículo 84 de la Constitución, en la medida en que opera como una cláusula de intangibilidad, al prescribir, entre otras cosas, que la reforma de la Constitución no podrá restringir el alcance los derechos. Posteriormente, a partir de los procedimientos de reforma en las principales Constituciones de América Latina, se intentará hacer un balance del grado de rigidez de la Constitución ecuatoriana. Con esta finalidad se toma como parámetros de análisis, la iniciativa para presentar proyectos de reforma constitucional, así como el trámite aprobación de las reformas, que incluye los criterios de mayorías parlamentarias necesarias para la aprobación, así como el número de discusiones parlamentarias. Por otro lado, se determina si existe

o no la posibilidad de reforma por la vía de referéndum, o la posibilidad de llamar, bien a una Asamblea Constituyente, bien a una Asamblea Constitucional. Finalmente, nos referiremos a los límites materiales explícitos e implícitos.

Por último, respecto del tercer capítulo, se aborda el control de la reforma de la Constitución por parte de la Corte Constitucional de Ecuador. Con este objetivo en primer momento hacemos un repaso por los aspectos generales del fundamento del control de las reformas constitucionales, desarrollando, posteriormente, la legitimidad del control constitucional de las reformas constitucionales. Finalmente, analizaremos el papel de la Corte Constitucional en el control de las modificaciones a la Constitución ecuatoriana, por medio del estudio del Dictamen 001-11-DRC, así como del Dictamen 001-14-DRC, y del Dictamen 002-16-DRC.

Por lo expuesto consideramos que la importancia del tema de los límites a la reforma constitucional en Ecuador es manifiesta. Toda vez que en los últimos años, la Constitución de 2008 se ha enfrentado a dos procesos de reforma de gran calado, y existe la posibilidad de que este año 2016 se de uno más. En esa medida, creemos que el presente trabajo, por un lado, puede constituir un aporte para la discusión académica interna, respecto de los límites a la reforma constitucional y, por otro lado, intenta que el lector externo pueda formarse una idea de las complejidades que suponen los procesos de reforma constitucional en Ecuador.

CAPÍTULO I.

Poder constituyente, reforma constitucional y límites.

Como es bien conocido, el poder constituyente es un concepto de origen moderno¹, es decir, que hace su aparición con las Revoluciones políticas del siglo XVIII a ambos lados del Océano Atlántico. El poder constituyente solo puede ser entendido a partir de una teoría democrática de la soberanía, de ahí que servirá como un concepto que reflejará en adelante la idea de autogobierno de la sociedad. En los siguientes apartados buscamos comprender al poder constituyente desde sus orígenes históricos, así como a partir de sus principales formulaciones teóricas, debiendo anotar que, desde ambas perspectivas, en dicho poder confluyen un elemento político, la soberanía popular, y un elemento jurídico, la supremacía constitucional.

1. Aproximación histórica al poder constituyente.

El estudio del poder constituyente supone la consideración de este como el creador de la Constitución, lo que quiere decir que nos ubicamos en un escenario anterior al establecimiento del ordenamiento jurídico. En consecuencia, se trata de un poder primordialmente fáctico y existencial². Por ello, el problema de la vinculación del derecho a cuestiones prejurídicas se presenta de modo ineludible en la Constitución³.

¹ Como sostiene Heller: "Para la estructura política del poder en el mundo medieval, formada de modo tradicional a través de numerosas generaciones, hubiese sido superflua y completamente ficticia la admisión de un sujeto constituyente. Pero la normación planificada de una ordenación fundamental unitaria, característica del Estado moderno, supone la existencia de un *pouvoir constituant* real y con capacidad de obrar." Véase Hermann Heller, *Teoría del Estado*, trad. Luis Tobío, Fondo de Cultura Económica, México, 2010, p. 351.

² Porras Nadales señala que es precisamente el carácter originario del poder constituyente el que problematiza su inserción en el discurso teórico jurídico, de ahí que al ubicarse en una situación preestatal, dicho poder parece sostener "el surgimiento del poder político en su forma más pura, primitiva y descarnada", o sea no reglada por el Derecho. Véase Antonio Porras Nadales, "Notas sobre la teoría del poder constituyente y la experiencia española" en *Revista de Estudios Políticos*, n. 24, 1981, p. 175.

³ Ernst Wolfgang Böckenförde, "El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del Derecho Constitucional", en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. Rafael de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000, p. 160.

Así, en el poder constituyente confluyen una serie de factores políticos, sociológicos, filosóficos y jurídicos. En este sentido, como señala el profesor Pablo Lucas Verdú, en las causas de una Constitución convergen distintas fuerzas sociales y políticas, cuyo estudio es más bien asunto de la sociología o de la ciencia política. Por lo tanto, la concepción del poder constituyente implica de suyo apreciaciones de tipo filosófico e ideológico que el Derecho no debe dejar de observar, pero es su deber edificar una teoría normativa constitucional de dicho poder⁴, toda vez que el poder constituyente, a la par de crear el Derecho, debe quedar constituido en la propia Constitución por el principio de soberanía popular.

A continuación buscamos comprender al poder constituyente a partir de las dos experiencias históricas que marcaron el origen del Estado constitucional moderno, la primera de las cuales es de estirpe norteamericana, en tanto que la segunda es de impronta francesa. Experiencias históricas que, no obstante sus particularidades diferenciadoras, en la medida en que la primera se trataba de un proceso independentista, en tanto que la segunda implicaba una revolución que a la sazón acabaría con el viejo orden político, compartían una visión que fundaba el poder en la soberanía popular y, con ello, en la búsqueda de una justificación legítima y racional de aquel, así como en la existencia de unos derechos naturales que funcionarían como límites a la actuación de los poderes públicos.

1.1 La experiencia norteamericana.

En el caso norteamericano, el fundamento del concepto del poder constituyente consiste en entender que el origen del Estado y del Derecho es un pacto, esto es, que la comunidad decide libre, racional y voluntariamente organizarse política y jurídicamente, sin que recoja, por tanto, vínculos pretéritos de signo divino o como producto del designio de un monarca, lo que da como resultado

⁴ Pablo Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1986, p. 579.

que el poder constituyente fuese la conclusión de entendimientos y acuerdos que distribuyen el poder entre los miembros de la comunidad⁵.

En consecuencia, el origen del poder constituyente encuentra asidero en las colonias de Norteamérica a través de la teoría del pacto o *covenant*, que, siendo de origen religioso, tenía como fin el vincular a los creyentes a mantener sus creencias, de tal suerte que la constitución religiosa está en la base de la doctrina del poder constituyente⁶. Como señala el profesor Pedro de Vega, se puede afirmar que, a partir de la tradición puritana que fundaba una congregación a través de un contrato donde se establecían las reglas de culto, los colonos norteamericanos creyeron que, de la misma forma, podían organizar libremente la comunidad política⁷.

Por lo tanto, la identificación del pacto fundacional con el poder constituyente originario hace su primera aparición en la historia política con el proceso de Independencia norteamericano de 1776⁸, que da paso a la fundación de un Estado nuevo, como sostiene Carl Schmitt: “aquí surgía una nueva formación política, coincidiendo el acto de dar la Constitución con el de la fundación política de una serie de nuevos Estados⁹”. En esa medida la Declaración de Independencia de los Estados Unidos comporta un notable interés, puesto que:

⁵ Como apunta Ramírez Cleves: “La Declaración, como primer documento que se promulga con independencia del poder de la metrópoli, consagra entonces el principio de que un nuevo Estado se organice políticamente con base en la voluntad general de sus asociados a la manera del contrato social sustentado por la Ilustración”. Véase Gonzalo Ramírez Cleves, *Límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de Constitución como fundamento de la restricción*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 201.

⁶ Pablo Lucas Verdú, ob. cit., p. 581.

⁷ Pedro de Vega, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 31.

⁸ Vale decir que 1776 se convirtió en un año clave en los acontecimientos políticos de Norteamérica, en junio se adopta la *Virginia Declaration of Rights*, la misma que a decir de Dippel, comporta una importancia singular por haber establecido un catálogo completo de caracteres esenciales del moderno constitucionalismo, como son, *la soberanía del pueblo*, una Constitución fundada en principios universales, derechos humanos, gobierno limitado, la supremacía constitucional, la separación de poderes, el gobierno representativo, la responsabilidad del gobierno y con ello la rendición de cuentas, la independencia judicial, y la potestad del pueblo para reformar su propio gobierno. Véase Horts Dippel, *Constitucionalismo moderno*, trad. Clara Álvarez Alonso y María Salvador Martínez, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 48.

⁹ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, versión española Francisco Ayala, Alianza, Madrid, 2011, p. 126.

“es la primera vez que la legitimidad jurídico-política racionalista hace entrada total y franca en la Historia¹⁰”.

Como antecedentes teóricos de la Declaración de Independencia se hallan los escritos de Locke –de gran influencia en el pensamiento de Thomas Jefferson- y Paine principalmente. Así, la Declaración se asienta en tres principios: la representación parlamentaria, los derechos naturales y las posiciones pactistas¹¹. La representación parlamentaria hace alusión a la necesidad del gobierno legítimo, es decir, se entiende a los gobernantes como representantes que gozan del beneplácito de la voluntad popular, en tanto que los derechos naturales se refieren a la existencia de unos derechos inherentes y propios a la condición de persona, y, finalmente, el pacto social describe el origen de la sociedad política, el cual puede ser roto cuando se cometen arbitrariedades por parte del poder en contra de las libertades individuales.

De lo dicho podemos inferir que la idea de un poder constituyente de origen popular está presente en la Declaración de Independencia, puesto que se legitima la insurrección por la violación de los derechos naturales de los colonos, y se sostiene también que compete al pueblo establecer la forma de gobierno y modificarlo o abolirlo cuando los acontecimientos así lo determinen¹².

¹⁰Manuel García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado, Obras Completas I*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 496.

¹¹Rafael de Asís Roig, Francisco Javier Ansuátegui, Javier Dorado Porras, “Los Textos de las Colonias de Norteamérica y las enmiendas a la Constitución”, en *Historia de los Derechos Fundamentales*, vol. II, t. III, coord. Francisco Javier Ansuátegui, José Manuel Rodríguez, Gregorio Peces Barba, Eusebio Fernández García, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2001, p. 93.

¹² La Declaración sostuvo: “Pensamos que las siguientes verdades son por sí mismas evidentes: que todos los hombres han sido creados iguales, que el Creador les ha dado el don de determinados e inalienables derechos, que entre estos están la vida, la libertad, y la persecución de la felicidad. Que para salvar tales derechos, los hombres se han otorgado unos gobiernos que derivan de su justa autoridad por el consenso de los gobernados, que siempre que una determinada forma de gobierno niegue tales finalidades, sea derecho del pueblo modificarla o abolirla, instituyendo un nuevo gobierno que ponga sus bases bajo estos principios, estructurando los poderes públicos en el sentido que a ellos parezca más adecuado para garantizar su seguridad y felicidad”. Disponible en: http://avalon.law.yale.edu/18th_century/declare.asp.

Posteriormente a la gesta independentista, y recogiendo las experiencias constitucionales de las Colonias¹³, hace su aparición el intento de unificación de los Estados independientes bajo la idea de una Confederación, que tuvo su expresión jurídica en los “Artículos de la Confederación y Unión Perpetua”, la cual propendía a la unidad de aquellos por medio de una organización política que estribaba en la integración de las soberanías de los Estados miembros. No obstante, este período de la historia norteamericana no estuvo exento de grandes dificultades, las cuales llevaron a Fiske a calificarlo como “período crítico de la historia americana¹⁴”.

Ante este escenario conflictivo, los representantes confederados asienten en la necesidad de redactar una Constitución que vaya acorde con la realidad norteamericana de entonces. Por ello, dichos representantes, estando convocados para reformar los artículos de la Confederación, se convierten en Asamblea Constituyente y elaboran una norma fundamental federal basada en la soberanía popular¹⁵.

De tal suerte que, sobre la base de la teoría de la representación, los representantes del pueblo soberano de Norteamérica se declaran constituyentes y proceden a elaborar la Constitución de 1787¹⁶. El poder popular, permeado por la lógica democrático-representativa, será el fundamento sobre el que se constitucionalizarán las nuevas instituciones

¹³ Son de tal importancia las experiencias de organización del poder en las Colonias Norteamericanas para la conceptualización del poder constituyente, que Hatschek sostiene dos características de sus Cartas constitucionales, la primera, que el titular del poder constituyente es el pueblo, y la segunda, que este poder no puede ser ejercido por representantes, de modo que cuando esto ocurre, dichos representantes no son más que meros portavoces del pueblo, debiendo en consecuencia el pueblo como titular del poder constituyente ratificar la Constitución elaborada. Véase Pablo Lucas Verdú, ob. cit., p. 581. Para el profesor de Vega, “cualquier proyecto de Constitución elaborado por las Convenciones o Asambleas designadas para el efecto, exigiría, por lo tanto, la ratificación ulterior, bien de los *town-meetings*, bien del pueblo mismo”. Véase Pedro de Vega, ob. cit., pp. 31-32.

¹⁴ Gustavo R. Velasco, Prólogo al *Federalista* (Hamilton, Madison y Jay), 3ª reimp., Fondo de Cultura Económica, México, 2010 p. VIII. El grado de agitación social era de tal magnitud, según Pisarello, que en ese contexto histórico de 1786 se produjo la Rebelión de Shay, un levantamiento armado de miles de deudores en Massachusetts contra el cobro de impuestos e intereses, siendo liderados por Daniel Shay, un veterano de guerra. Véase Gerardo Pisarello, *El largo Termidor*, Centro de Estudios/Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2012, p. 70.

¹⁵ Manuel García Pelayo, ob. cit., p. 335.

¹⁶ No se debe olvidar que la Constitución fue sometida a un posterior proceso de ratificación popular.

políticas de los Estados Unidos de América. Sin embargo, se debe señalar que el concepto de poder constituyente, como tal, no surge todavía, aunque en la práctica pueda ser constatada su aparición. Así, operaba una distinción entre el poder soberano del pueblo y el poder de los representantes de carácter delegativo. Su formulación teórica, como veremos más adelante, se debe al francés Sieyès.

En suma, la aportación de Norteamérica independiente tuvo dos puntos principales para la conformación del poder constituyente: por un lado, el establecimiento del principio de soberanía popular, sobre el que estriba la organización política del Estado naciente, y, por otro, la creación de dicho principio como base para que la Constitución sea considerada la norma superior sobre la que se fundamenta el sistema jurídico¹⁷. Empero, es necesario advertir que, en sentido estricto el logro de la eficacia jurídica solo fue posible gracias a la creación judicial del *judicial review*.

Los dos puntos en cuestión tienen como base común lo observado desde el preámbulo de la Constitución estadounidense, que establece: “Nosotros el pueblo de los Estados Unidos”, lo que implica que la Constitución es norma suprema y que ostenta tal característica en la medida en que se fundamenta en la soberanía popular.

Con estos antecedentes, es real el planteamiento de que los constituyentes norteamericanos partidarios de la Federación¹⁸ comprendían la noción de un poder constituyente popular, así como los principios del gobierno republicano¹⁹. Por ello, si vamos a *El Federalista*, en su escrito No. 1 Hamilton expresa en los siguientes términos la noción de un poder popular soberano que origina la Constitución:

¹⁷ Gonzalo Ramírez Cleves, ob. cit., p. 200.

¹⁸ En los debates constituyentes de Filadelfia, donde las figuras de Hamilton y Madison se destacaron; de ahí que la publicación de los 85 escritos que componen *El Federalista* persiga, precisamente, la aprobación por parte de los ciudadanos de la Constitución Federal.

¹⁹ Por ello, Hamilton destaca, como ventajas del gobierno republicano de corte moderno, la distribución ordenada del poder en distintos departamentos, la inclusión de frenos y contrapesos legislativos y la representación del pueblo en la legislatura a través de diputados de su elección. Véase Alexander Hamilton, “Escrito No. 9”, *El Federalista*, pp. 32-33.

Ya se ha dicho con frecuencia que parece haberle sido reservado a este pueblo el decidir, con su conducta y su ejemplo, la importante cuestión relativa a si las sociedades humanas son capaces o no de establecer un buen gobierno, valiéndose de la reflexión y porque opten por él, o si están por siempre destinadas a fundar en el accidente o la fuerza sus constituciones políticas²⁰.

En efecto, del fragmento transcrito podemos efectivamente colegir el primer planteamiento arriba señalado, esto es, la importancia del principio político de la soberanía popular. No obstante, habría que matizar dicho postulado en la medida en que, como señala la segunda parte del texto, atinente a la adopción del pueblo por la fuerza de su Constitución, aparece el “sesgo contramayoritario” que compartían las elites políticas norteamericanas, en cuanto a la consideración de que la masa popular era proclive a actuar guiada más por la fuerza que por la razón. De ahí la idea de que los espacios asamblearios ocupados por la masa se caracterizaban por ser lugares donde se actuaba de modo habitual con inaceptable imprudencia²¹.

Podemos sostener, entonces, que el diseño pergeñado en la Constitución de 1787, y defendido por *El Federalista*, se consideraba democrático en la medida en que era representativo y tomaba decisiones sobre la base de la regla de la mayoría, ya que, como es ampliamente conocido, el sistema, además de excluir a esclavos y mujeres, requería a los ciudadanos una serie de requisitos, principalmente de carácter económico, para ser partícipes de la vida pública²²; los cuales se contemplaban primordialmente en las constituciones estatales, por expresa remisión de aquella²³.

Sin embargo, debemos decir también que democracia y representación no son sinónimos en el pensamiento de los Federalistas. Así, para Madison, en una república, gobierno basado en la representación, se delega el gobierno en un número reducido de ciudadanos elegidos por los demás, en tanto que la

²⁰ Alexander Hamilton, “Escrito No. 1”, ob. cit., p. 3.

²¹ Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, Centro de Estudios/Corte Constitucional Ecuador Quito, 2012, p. 44.

²² El denominado sufragio censitario que supone un modelo excluyente de participación política. Por ello, solo con la eliminación de dicho sistema de sufragio se instaura el Estado democrático de derecho.

²³ Gustavo R. Velasco, ob. cit., p. XXIII.

democracia suponía la intervención directa del pueblo²⁴. Por tanto, la república podía comprender un mayor número de ciudadanos y un mayor espacio territorial que las democracias²⁵.

Ahora bien, más allá del denominado “sesgo contramayoritario”, la afirmación que se hizo tanto en la Constitución como en los escritos del *Federalista* respecto a que “el pueblo constituye la única fuente legítima del poder y de él procede la carta constitucional de que derivan las facultades de las distintas ramas del gobierno²⁶”, constituyó a partir del siglo XVIII las bases del gobierno republicano y puso los cimientos de una protección constitucional de los derechos naturales de los norteamericanos, debido a que la Declaración de Independencia de 1776 y su catálogo de derechos inalienables fueron recogidos por la Constitución de 1787 con motivo de su primera enmienda de 1791.

La importancia de los derechos para el proceso norteamericano del siglo XVIII es notoria, debido a que, por el fenómeno de la positivación, los derechos y libertades que se encontraban en las formulaciones teóricas y abstractas adscritas al iusnaturalismo racionalista pasaron a tener valor jurídico, al incorporarse a la Constitución por obra del poder constituyente.

En este sentido, una particularidad del constitucionalismo norteamericano fue la importancia que desde un inicio adquirió la protección de la minoría frente al dominio de la mayoría²⁷. En esa medida, el profesor Javier Pérez Royo sostiene que la preocupación de la Constitución no se agotaba en la protección de la sociedad frente al poder político, sino que iba más allá, es decir, perseguía la protección de los derechos de las minorías frente a las mayorías,

²⁴ Madison señala, por tanto, la desconfianza de acudir al llamamiento constante del pueblo, el cual solo debe ser utilizado en ocasiones extraordinarias. Véase James Madison, “Escrito No. 49”, ob. cit., p. 214.

²⁵ James Madison, “Escrito No. 10”, ob. cit., p. 39.

²⁶ James Madison, “Escrito No. 49”, ob. cit., p. 214.

²⁷ Sin embargo, se debe tener en cuenta que el término minoría, en aquel momento, no era utilizado como lo es en nuestros días, ya que por minoría se comprendía a los grupos económicamente privilegiados.

naciendo así las garantías constitucionales: la reforma constitucional y la justicia constitucional²⁸.

Lo dicho redundaba entonces en beneficio de la idea de la eficacia de los derechos, puesto que, al estar incardinados en una Constitución que desde un inicio fue considerada como norma jurídica suprema (art. 6 de la Constitución de 1787), y que se afirmó como tal con el control judicial de constitucionalidad inaugurado con el famoso fallo *Marbury vs Madison* de 1803, ello supone entender que los derechos y libertades individuales obra del poder constituyente se encontraban a salvo de los poderes constituidos. Concretamente a salvo de la legislatura, como señala el profesor Blanco Valdés, el peligro político que se pretendía conjurar era un uso potencial abusivo de las facultades de la rama legislativa²⁹.

Por ello, tiene sentido, por un lado, el establecimiento de un procedimiento agravado de reforma constitucional para preservar los derechos de las minorías frente a las mayorías, y, por otro, considerar que, en caso de que una norma inferior a la Constitución no guardara conformidad con aquella, los órganos jurisdiccionales estarían facultados para inaplicar la ley en los procesos puestos a su conocimiento, defendiendo así la supremacía constitucional³⁰, es decir, los derechos y, en últimas cuentas, la decisión adoptada por el poder constituyente del pueblo norteamericano.

Una situación diferente se produjo, sin embargo, en la Francia revolucionaria, tanto por su concepción fundamentalmente teórica del poder constituyente, como porque la protección de los derechos se confió primordialmente a la ley y no a la Constitución, temas que tratamos a continuación.

²⁸ Javier Pérez Royo, "Del derecho político al derecho constitucional: las garantías constitucionales", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 12, 1992, p. 237.

²⁹ Roberto Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, Alianza, Madrid, 2006, p. 108.

³⁰ Es necesario aclarar que superioridad formal y rigidez no son lo mismo, en la medida en que la primera defiende la identidad de forma del texto constitucional, y, la segunda, la estabilidad de dicho Texto. Los padres fundadores norteamericanos no conectaron ambos ideales, pero sí creyeron que, al tratarse la Constitución de un Texto escrito la exigencia de procedimiento especial para su reforma le otorgaba un valor distinto del resto de normas provenientes del legislativo. Véase Roberto Blanco Valdés, ob. cit., p. 129.

1.2 La experiencia francesa.

En la tradición francesa, la idea central ya no es la del pacto o contrato, como ocurrió en el caso de Norteamericana y sus Colonias, surgiendo, por el contrario, la tesis del cambio radical de un Estado por medio de un acto de carácter revolucionario, el cual viene a romper con el poder existente³¹. Como señala Schmitt, con la Revolución de 1789 se trata de que “un pueblo tomaba en sus manos, con plena conciencia, su propio destino, y adoptaba una libre decisión sobre el modo y forma de su existencia política³²”.

La tesis del poder constituyente democrático en la Francia revolucionaria encontró en Sieyès a su cultor, quien, combinando la teoría de la división de poderes montesquieuna con la soberanía popular de corte rousseauiana³³, dio lugar a la formulación del poder constituyente creador de la Constitución, norma fundamental que organiza el Estado.

Para Böckenförde, el poder constituyente apareció por primera vez en 1789 como una construcción de Sieyès, y su intención era la de oponer el dominio monárquico de estirpe tradicional con el poder político de decisión originario y sin ataduras, el cual pertenece a la Nación como fuerza creadora de la Constitución³⁴.

Por ello, en la teoría constitucional se señalan como las aportaciones más importantes del abate francés, la distinción entre poder constituyente y poderes

³¹ Al respecto Fioravanti sostiene: “... todo el proyecto revolucionario se construye a través de la contraposición radical al pasado del antiguo régimen, en la lucha contra la doble dimensión del *privilegio* y del *particularismo* y, por lo tanto, a favor de los nuevos valores constitucionales: fundamentalmente, los derechos naturales individuales y la soberanía de la nación”. Véase Maurizio Fioravanti, *Los Derechos Fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, trad. Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2007, p. 59.

³² Carl Schmitt, ob. cit., p. 126.

³³ Zweig sostiene que la formulación de Sieyès se fundamenta en la conjunción de las tesis de Montesquieu y de Rousseau. Así, en relación al primero y su teoría de la división de funciones, afirma que solo un poder superior y extraño a aquellos poderes sería el autorizado a conformarlos, en tanto que, del segundo, señala la idea de la soberanía popular, sin la cual la teoría de Sieyès sería inaceptable, por carecer del componente democrático. Véase Zweig, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant. Ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution*, Tübingen, 1909, p. 38

³⁴ Ernst Wolfgang Böckenförde, ob. cit., p. 163.

constituidos y la idea de la representación³⁵. Así, en su afamado trabajo *¿Qué es el tercer Estado?*, donde estableció que “en cada una de sus partes la Constitución no es obra del poder constituido sino del poder constituyente. Ninguna clase de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de la delegación³⁶”.

Según Sieyés, el Estado llano era el único que podía encarnar a la nación, de ahí precisamente la respuesta de “todo” ante la interrogante: *¿Qué es el estado llano?*³⁷. Por eso, el poder constituyente, al provenir de la nación, aparecía como originario, absoluto e ilimitado. En palabras del abate, ello implica, por un lado, que “una nación es independiente de toda forma y, de cualquier modo que quiera, basta que su voluntad aparezca para que todo derecho positivo cese ante ella, que es la fuente y dueño supremo de todo derecho positivo³⁸”, y, por otro, supone, que el ejercicio de la voluntad de la nación se halla carente de límites jurídicos. Así, afirma que “no importa la forma en que una nación quiera; basta que quiera. Todas las formas son buenas y su voluntad es siempre la suprema ley”³⁹.

Por lo tanto, el poder constituyente es originario en cuanto es anterior al ordenamiento jurídico, siendo por medio de su actuación como se crea la Constitución, la cual establece la forma de organización jurídica y política de una comunidad. Además, por el motivo de operar en un contexto prejurídico, el poder constituyente no puede ser comprendido en términos jurídicos, siendo posible entenderlo tan solo en términos de legitimidad política; es absoluto, en la medida en que se considera expresión de la suprema facultad del pueblo soberano y, por tanto, sus decisiones son inapelables; finalmente, es ilimitado,

³⁵ Los puntos básicos resumidos de la teoría del abad Sieyés son: a) La nación tiene un poder constituyente “*pouvoir constituant*, diferente de los poderes contenidos en la Constitución” *pouvoirs constitués*, esto es, las funciones legislativa, ejecutiva y judicial; b) el poder constituyente no puede ser ejercido por la propia Nación, sino por medio de sus representantes extraordinarios; c) estos últimos están sometidos a un compromiso, es decir, son comisionados del pueblo; d) los que ejercen el poder constituyente no pueden ejecutar tareas de los poderes constituidos; su función termina cuando dan a luz la Constitución. Véase Pablo Lucas Verdú, *ob. cit.*, p. 582.

³⁶ Emmanuel Sieyés, *¿Qué es el Estado llano?*, trad. José Rico Godoy, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 106.

³⁷ Emmanuel Sieyés, *ob. cit.*, p. 34.

³⁸ Emmanuel Sieyés, *ob. cit.*, p. 109.

³⁹ Emmanuel Sieyés, *ob. cit.*, p. 110.

en cuanto carece de límites en su actuación y, como tal, lo puede hacer todo con motivo de crear una Constitución.

Para Sieyés, la actuación del poder constituyente ilimitado es extraordinaria⁴⁰, y debe limitarse a circunstancia de que el país así lo requiriese, debiendo posteriormente dar paso al uso limitado de los poderes constituidos, de ahí que los últimos no puedan usurpar las funciones del primero. El interrogante del francés sobre cómo imaginar que un cuerpo constituido pueda decidir sobre su Constitución⁴¹ pone de relieve la preocupación de Sieyés de que no sean los poderes constituidos los competentes para elaborar o disponer de la Constitución.

Por lo tanto, los poderes instituidos por la Constitución obtienen su legitimidad del poder constituyente que crea dicha norma fundamental y deben actuar dentro del marco jurídico-político establecido por ella, que señala entonces sus funciones y competencias, las cuales no pueden ser inobservadas por los poderes instituidos, de lo que se sigue, en consecuencia, la supremacía de la Constitución⁴².

El poder constituyente, en la tradición francesa, requiere para su puesta en práctica el acudir a unos representantes, esto es, no supone la intervención directa del pueblo. Tesis contraria a la necesidad de la representación es la que asume la democracia de la identidad formulada por Rousseau, la cual implicaba la participación directa de los ciudadanos como expresión de la voluntad general. Por ello, para Rousseau, cuando el pueblo elige representantes para que decidan por él pierde su libertad. En este sentido, como es conocido, solía bromear sobre la libertad de los ingleses⁴³.

⁴⁰ Como señala Sieyés: “Un cuerpo de representantes extraordinarios sule a la asamblea de toda la nación. No hay necesidad, sin duda, de que éstos hayan sido encargados de la *plenitud* de la voluntad nacional; basta con un poder especial cuando se trata de casos no frecuentes”. Véase Emanuel Sieyés, ob. cit., p. 111.

⁴¹ Emanuel Sieyés, ob. cit., p. 110.

⁴² Humberto Nogueira Alcalá, “Poder Constituyente y Reforma Constitucional: enfoque teórico y concreción práctica al caso chileno”, en *La Reforma Constitucional. Sus implicaciones jurídicas*, coord. Pedro Torres y Michael Núñez, Porrúa, México, 2009, p. 328.

⁴³ Aunque el ginebrino tuvo que reconocer en su Proyecto de Constitución para Córcega que la representación era un mal necesario, en sociedades complejas y territorialmente extensas. Véase Gerardo Pisarello, ob. cit., p. 75.

La preocupación por la representatividad mantenida por el abate Sieyès engarzó con los intereses de los burgueses franceses, en la medida en que, si bien el “Tercer Estado”, incluía a estos y a los estratos más bajos de la sociedad, las tesis del abate se preocupaban primordialmente por los burgueses, y no por los que posteriormente vendrían a ser conocidos como el “Cuarto Estado”, toda vez que dicha teoría de la representación se basó en un sistema político que, al igual que en Norteamérica, giraba en torno a los mejor ubicados en la escala social del nuevo orden socioeconómico, que giraba en torno a la burguesía.

Esta situación se puso de manifiesto en la Constitución de 1791, que consagraba que la nación ejercía sus poderes por medio de representantes, electos a través de sufragio censitario, lo que implicaba que el sufragio no era considerado como un derecho, sino como una función pública, debiendo en tal virtud el ciudadano acreditar ciertas cualidades⁴⁴. Por tanto, no se trataba de un modelo democrático en sentido estricto, debido a que dicha sociedad fundaba su sistema político participativo en la capacidad económica de los ciudadanos.

Ciertamente, dos años después, con la Constitución de 1793, conocida popularmente como la jacobina, los constituyentes galos, imbuidos por un auténtico espíritu democrático, consagraron la soberanía popular por medio del sufragio universal, lo que sumado a la posibilidad de referéndum aprobatorio de la Constitución⁴⁵, supuso un gran avance en términos de participación popular en cuanto a la legitimidad de las decisiones políticas fundamentales. Sin embargo, esta idea fracasó y, de hecho, la Constitución en mención no llegó a existir plenamente, pues no fue siquiera promulgada.

El período revolucionario concluye con la Constitución de 1795, la cual, se muestra como un texto constitucional de reacción, que puso freno a los

⁴⁴ Gerardo Pisarello, ob. cit., p. 77.

⁴⁵ Jellinek sostiene que la Constitución de junio de 1793 no ha dejado de ejercer influjo en épocas posteriores, en la medida en que gracias a ella se debe la implantación del sufragio universal, así como la aprobación facultativa de las leyes por el pueblo. Véase Georg Jellinek, *Teoría General del Estado*, trad. y Prólogo Fernando de los Ríos, Editorial B de f, Buenos Aires, 2005, p. 647.

excesos políticos surgidos con el régimen jacobino. Régimen que, si bien promovió algunos derechos sobre la base de la soberanía popular, en los hechos prácticos se pudo constatar la concentración del poder en el órgano legislativo, el cual, más allá, de la no vigencia de la Constitución de 1793 careció de un control exterior efectivo⁴⁶.

Lo dicho hasta el momento no presupone que dejemos de reconocer la enorme importancia para Occidente de la Francia revolucionaria, en cuanto a su consideración del poder constituyente como instrumento por medio del cual la nación decide su organización política y decide también adoptar un ordenamiento jurídico, reclamando para sí la posición de espacio de poder originario, autónomo y sin sujeciones⁴⁷.

Ahora bien, más allá de que en la Francia de fines del siglo XVIII se proclamó el poder constituyente de la nación, introduciendo textos constitucionales escritos, con cierto grado de rigidez, como, por ejemplo, con el artículo 200 de la Constitución de 1791, y definiendo además un concepto mínimo de Constitución, a partir del artículo 16 de la Declaración de 1789⁴⁸, nunca se llegó a establecer de modo pleno la superioridad normativa de la Constitución, por medio de la creación de la justicia constitucional.

En 1799, Napoleón Bonaparte, a través de la Constitución consular del año VII, establece un triunvirato de cónsules, que reforma posteriormente, dando lugar a la llegada de la dictadura con la Constitución del año X, de 1802, con la que se declara cónsul vitalicio. Más adelante, con la Constitución del año XII, de 1804, Bonaparte se autoproclama como Emperador de Francia y arranca la dictadura imperial, que se extenderá por diez años.

Con el fin de Bonaparte en 1814, el modelo dictatorial será reemplazado por la restauración monárquica de 1815 a 1830, a través de la expedición de una

⁴⁶ Roberto Blanco Valdés, ob. cit., p. 238.

⁴⁷ Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Undécima Edición. Revisada y puesta al día por Manuel Carrasco Durán, , Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 99 y ss.

⁴⁸ Francisco Tomás y Valiente, "Constitución", en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Filosofía política II. Teoría del Estado*, ed. de Elías Díaz y Alfonso Ruíz Miguel, Trotta, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1996, p. 49.

Carta otorgada por Luis XVIII. Dicha Carta apareció como una suerte de benevolencia del rey para con la nación, por medio de la concesión de ciertas libertades⁴⁹.

En esta época de Restauración monárquica feudal se formula la teoría del poder constituyente del soberano hereditario del Estado, la cual, sin embargo, no tuvo éxito, por el problema insalvable que suponía en una sociedad crecientemente secularizada reconocer a la divinidad la potestad de atribuir el poder constituyente a una familia⁵⁰.

A partir de 1830, tras una nueva revuelta, Luis Felipe implanta un gobierno de corte parlamentario, eliminando el artículo 14 de la Constitución de 1814, y suprimiendo, con ello, la idea de Constitución otorgada, reemplazándola por la tesis de la Constitución emanada de la nación⁵¹. Ahora bien, el cambio de Constitución, como en otras ocasiones, tuvo como fin legitimar al rey entrante, y supuso una revisión conservadora de los postulados del liberalismo. Como efecto, se consolida el principio de soberanía parlamentaria desapareciendo, en consecuencia, la tesis del poder constituyente.

En 1848, con el ímpetu de los comuneros de París, se intenta recuperar la noción de poder constituyente democrático, a través de la adopción de una Constitución redactada por una Asamblea Nacional, edificada sobre el sufragio universal y directo. No obstante, a pesar de que dicha Constitución fue ratificada en un referéndum que inauguró la Segunda República francesa, no pudo tener vigencia, debido al golpe de Estado de Napoleón III, y la posterior expedición de la Constitución de 1852⁵².

Francia se estabiliza en el último tercio del siglo XIX, esto es, con el advenimiento de la Tercera República, la cual no se concretiza en una

⁴⁹ Maurice Duverger, *Les constitutions de la France*, PUF, París, 1998, p. 59.

⁵⁰ Hermann Heller, ob. cit., p. 351.

⁵¹ José Acosta Sánchez, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 158.

⁵² José Acosta Sánchez, ob. cit., p. 158.

Constitución, sino en varias Leyes Constitucionales en 1875⁵³. En este período liberal conservador, no se vuelve sobre el principio de soberanía popular y, consecuentemente, tampoco sobre el poder constituyente del pueblo que crea la Constitución. Lo dicho supone, en últimas cuentas, la no diferenciación entre poder constituyente y poder constituido.

Ante este escenario, es complicado hablar de la existencia de la Constitución durante el siglo XIX en Francia, y en el resto de Europa, si presuponemos que esta implica, por un lado, una superioridad política, en la medida en que es producto del poder constituyente, expresión máxima de la soberanía popular, y, por otro, una superioridad jurídica, en el entendimiento de que la Constitución expresa un orden jerárquico normativo, garantizado rígidamente. El caso de Francia ilustra los grandes obstáculos que enfrentan el poder constituyente y la Constitución racional normativa para afirmarse en el contexto político y jurídico de Europa de esa época.

En efecto, frente a la Constitución racional normativa, contemplada por el constitucionalismo norteamericano, el modelo de Constitución europeo en auge en el siglo XIX fue el histórico flexible a la usanza británica, si bien como señala el profesor Tomás y Valiente. Distintos modos de historicismo fueron calando en el constitucionalismo europeo, tal es el caso del liberalismo doctrinario francés, la Escuela Histórica del Derecho, el romanticismo germano y el doctrinarismo español, representado por Cánovas del Castillo⁵⁴.

Así, el doctrinarismo liberal de la soberanía compartida tuvo gran fuerza durante el siglo XIX, y, en el aspecto jurídico, dio lugar a Constituciones flexibles. Finalmente, tanto las Constituciones otorgadas como las pactadas terminan eliminando la posibilidad de comprender el poder constituyente como previo y superior, desde donde se justifica la supremacía constitucional⁵⁵.

⁵³ Javier Pérez Royo, "Por qué en España no se reforma la Constitución" en *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución española*, ed. Diego López, coord. María Luz Martínez, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, p. 40.

⁵⁴ Francisco Tomás y Valiente, ob. cit., pp. 46-47.

⁵⁵ Pedro de Vega, ob. cit., pp. 42-43.

Por tanto, la Constitución como norma jurídica, comienza su camino en algunos países del viejo continente solamente después de la Primera Guerra Mundial, con el apareamiento de la justicia constitucional, en la Checoslovaquia y Austria de 1919 y en la España de 1931. A decir del profesor Cruz Villalón, los tres países describen los primeros modelos de control autónomo de constitucionalidad, destacando al modelo checoslovaco como la construcción mejor realizada de un Tribunal de puro control de constitucionalidad⁵⁶. La Constitución de Weimar, siguiendo con el autor, no enfrentó sistemáticamente el control constitucional de las leyes, ello se debe en gran medida a que dicha Constitución no contiene una disposición que prohibiera el control judicial, pero, tampoco, contiene disposición alguna que contemple el control difuso de constitucionalidad, de ahí que, a decir de Cruz Villalón, el silencio constitucional generó una rica discusión doctrinal en relación a quien debía ser el guardián de la Constitución⁵⁷.

En definitiva, Weimar contempló una jurisdicción que efectuaba control constitucional del derecho de los *Länder* y no del derecho federal, debido a la primacía de éste sobre aquel⁵⁸, así, el control tenía por objeto la resolución de controversias entre los *Länder* y el *Reich* y entre los órganos federales.

1.3 Semejanzas y diferencias entre Estados Unidos y Francia.

Como principales semejanzas entre los procesos acaecidos a los dos lados del Atlántico podemos afirmar que, ambos suponen la afirmación del principio de soberanía popular y, con ello, de la idea de un poder constituyente legítimo. Comparten también el respeto por unos derechos naturales y el origen contractual del Estado. En el terreno de sus diferencias, el poder constituyente

⁵⁶ Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad: 1918-1939*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 288. Suiza es señalado como una excepción, en la medida en que contempla un sistema de *judicial review* de estilo norteamericano desde el último cuarto del siglo XIX, del que Cruz Villalón en el citado trabajo señala que se trata de un sistema para garantizar “la supremacía, o más bien la intangibilidad, del legislador federal”, p. 50.

⁵⁷ Pedro Cruz Villalón, ob. cit., p. 71.

⁵⁸ Lo cual debe ser matizado, ya que por disposición del artículo 13 de la Constitución de Weimar, lo que inició siendo un control concentrado de la constitucionalidad federal de las leyes de los *länder* ante el Tribunal del Reich, llegará indirectamente a control de las leyes del Reich. Véase, Pedro Cruz Villalón, ob. cit., p. 72.

americano surgió en la práctica, mientras que el poder constituyente francés se derivó de una concepción doctrinaria, que, habiendo estado presente en el mundo de las ideas, pasó posteriormente a fundamentar un proceso revolucionario que cambió profundamente la sociedad.

Otra diferencia apunta a la imposibilidad en el caso francés de ser heredero de las experiencias pasadas, como ocurrió en Estados Unidos respecto de los pactos de sus Colonias, debido a que los europeos liquidaban el Antiguo Régimen y, en ese sentido, no podían rescatar formulaciones que eran incompatibles con los nuevos modos de comprender y legitimar el poder⁵⁹.

Dos distinciones, fuertemente relacionadas entre sí, señalan, por un lado, a la protección constitucional de los derechos de raigambre norteamericana, frente a la perspectiva legalista europea, y por otro, a que, en el caso de los Estados Unidos, su Constitución de 1787 fue considerada desde un inicio como norma jurídica, y norma suprema en la práctica, por medio del control constitucional. Seguidamente, ahondaremos en ambas distinciones, en la medida en que, a nuestro criterio, condensan las diferencias sustanciales entre los dos modelos.

En los Estados Unidos, desde el año 1776, con la Declaración de Derechos de Virginia, así como en la Declaración de Independencia del mismo año, se reconoce explícitamente a los derechos como fundamento del gobierno y se les atribuye el carácter de verdades evidentes, en el sentido de que protegen bienes básicos, como la vida, igualdad, libertad y felicidad⁶⁰.

⁵⁹ El profesor de Vega señala que el origen del poder constituyente supone una “necesidad histórica” de trascendental importancia para poder legitimar el poder en los Estados constitucionales modernos a partir de la soberanía popular. Véase Pedro de Vega, ob. cit., p. 27.

⁶⁰ Lo dicho no supone pasar por alto las diferencias que existían entre los nuevos Estados libres posteriores al proceso independentista. Así, algunos Estados como Pensilvania, Vermont o Massachusetts aprobaron Constituciones, integradas por dos elementos, la denominada “Declaración de Derechos” y el “Frame of Government” o “Estructura política”, en tanto que otras colonias liberadas manejen el término de Constitución como sinónimo de Estructura política, careciendo, en consecuencia, de una Declaración de derechos. Véase Pedro Cruz Villalón, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en *La curiosidad del jurista persa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, p. 187.

En tal sentido, la característica de las Declaraciones de Derechos norteamericanas consiste en que se parte de una fundamentación de los derechos de base jurídica que precede al derecho legislado. En esa medida, los derechos aparecían como un patrimonio subjetivo, existente por sí mismo, que debía mantenerse resguardado de potenciales violaciones⁶¹. Este planteamiento iusnaturalista de los derechos es compartido con la Francia revolucionaria, pero, sin embargo, se distingue por el hecho de que, para los americanos, los derechos no se trataban de una obra legislativa, sino de una realidad a proteger de principios como el de la soberanía parlamentaria, en boga en el siglo XVIII en Europa⁶².

La protección constitucional de los derechos en la tradición norteamericana, a decir del profesor Cruz Villalón, comporta tres fenómenos. El primero, relativo a que las Declaraciones de Derechos americanas son parte de las Constituciones, de ahí que la idea de Constitución en los Estados independientes, a partir de 1776, supuso por un lado, las mencionadas Declaraciones, y, por otro, la forma de organización de la estructura política. En esa medida, las Declaraciones de Derechos van a considerarse desde el inicio como derecho positivo, y, como tal, los derechos contenidos en estas serán susceptibles de protección judicial⁶³. El segundo, consecuente con la positividad, tanto de la Constitución como de la Declaración de Derechos, implica que el poder constituyente derivado puede modificar las dos a través de un procedimiento reglado en el propio texto, fenómeno incomprensible en la Francia de 1789, 1793 o 1795. El tercero se desprende de los dos anteriores, y consiste en la instauración del control judicial de constitucionalidad, resultado

⁶¹ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón, Trotta, Madrid, 2008, p. 54.

⁶² Gustavo Zagrebelsky, ob. cit., p. 55.

⁶³ No se debe perder de vista que, si bien desde un inicio, los derechos en la tradición americana son considerados objeto de tutela judicial, en aquellos contextos se trataba esencialmente de derechos civiles y políticos, de ahí que, como es ampliamente conocido, el tránsito a los derechos sociales fue solo posible en el siglo XX, posteriormente a la Primera Guerra Mundial, y, especialmente, tras la Segunda Guerra Mundial. Cuestión que, en el caso europeo, engarza con el afianzamiento del carácter jurídico de las normas constitucionales, respaldado en el surgimiento de la justicia constitucional. En definitiva, la incorporación de los derechos a la Constitución es un asunto complejo, y, en mayor medida, lo es la adquisición de fuerza jurídica por las normas constitucionales que reconocen derechos.

de la comprensión americana de la Constitución como norma jurídica superior⁶⁴.

Se debe señalar que, si bien los derechos para los norteamericanos se trataban de una realidad a proteger, desde un inicio de la potencial arbitrariedad del Parlamento, aquellos se incorporaron a la Constitución Federal mediante las diez primeras enmiendas de 1791, cuatro años después de la adopción del Texto constitucional.

Lo expuesto tiene efectos considerables en cuanto al poder constituyente en la práctica, pues, si en la variante norteamericana los derechos actuaban como límite efectivo, al estar consagrados en la Constitución, y, como tales, suponían que el poder constituido no podía ir contra ellos, al ser reconocidos por el poder constituyente, en el caso francés su desarrollo quedó en manos del poder constituido, esto es, del Parlamento, lo que, sumado a una Constitución que todavía no era considerada norma jurídica, implicó que el principio de legalidad tuviera la última palabra en el desarrollo normativo de los derechos.

Por ello, la carencia de juridicidad de la Constitución en el continente europeo trae consigo la idea de un Estado legal de derecho sobre un Estado constitucional de derecho. Así, el imperio de la ley suplanta el imperio de la Constitución y esta última, por tanto, no obligaba jurídicamente al Estado, ni tampoco aseguraba de modo efectivo las libertades individuales⁶⁵.

En suma, en Estados Unidos existió la Constitución como norma jurídica desde un inicio, en la medida en que se edificó sobre la soberanía popular, en tanto que, en Francia, como en la gran mayoría de países europeos del siglo XIX, la ley es la principal fuente del derecho. Empero, la ley, en Europa, al contrario de la Constitución norteamericana, no era expresión de la voluntad democrática, sino, por el contrario, expresión de los intereses de la monarquía, la aristocracia remanente y la burguesía en ascenso, sobre la base de la

⁶⁴ Pedro Cruz Villalón, "Formación y evolución de los derechos fundamentales", p. 187-189.

⁶⁵ Manuel Aragón Reyes, "Constitución y Derechos Fundamentales", en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, comp. Miguel Carbonell, Porrúa, México, 2008, p. 220.

soberanía nacional, siendo esta una característica central del constitucionalismo liberal conservador europeo del siglo XIX.

2 Definiciones del poder constituyente desde la teoría constitucional.

Luego de haber indagado sobre el poder constituyente en las experiencias históricas tanto de los Estados Unidos de América como de la Francia revolucionaria del siglo XVIII, acudiremos en este momento a las principales formulaciones teóricas sobre dicho concepto, para, posteriormente y con base en aquellas, sostener nuestra posición, que reivindica la necesidad de la existencia del poder constituyente del pueblo como fuerza plural legítima creadora de la Constitución.

Es necesario señalar que en el presente apartado nos circunscribiremos de modo casi exclusivo a las formulaciones teóricas de cuño alemán. Ello se debe a la importancia que tuvo, y tiene, para la dogmática del Derecho constitucional la escuela del Derecho Público alemán, que encontró en la *Teoría del Estado* de Jellinek de inicios del siglo XX, en palabras de Pedro de Vega, el prometedor horizonte que abría el camino a una doctrina jurídica del Estado y a una vertebración lógica y sistemática del Derecho constitucional, y que fue seguida en gran medida por renombrados juristas como Orlando en Italia, o Carré de Malberg, Duguit y Hauriou en Francia⁶⁶.

El debate sobre esta materia continuará de forma intensa en la Alemania de los años veinte del pasado siglo, con motivo de las discrepancias metodológicas en torno al Derecho político y constitucional suscitadas en el marco de la República de Weimar, con figuras de enorme trascendencia para el Derecho como Kelsen, Schmitt, Smend y Heller, teóricos que, más allá de sus diferencias metodológicas, han guiado en lo esencial la discusión constitucional hasta nuestros días, ya sea por medio de sus obras o por medio de sus

⁶⁶ Pedro de Vega, "Apuntes para una historia de las Doctrinas constitucionales del siglo XX", en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, p. 4.

discípulos directos o indirectos, como es el caso de Häberle, en relación con Smend⁶⁷.

Dicho esto, nos referiremos en primer momento a las tesis defendidas por el positivismo, tanto en su versión estatal, sostenida principalmente por Jellinek, como en su versión jurídica, mantenida por Kelsen. Ambas versiones tienen como punto de encuentro la imposibilidad del estudio del poder constituyente, en tanto que hecho fáctico, a partir de lo jurídico positivo.

Posteriormente, pasaremos a las definiciones del poder constituyente defendidas por Smend y Heller desde una perspectiva integracionista-sociológica, esto es, considerando que la Constitución en su sentido real se impone sobre la Constitución jurídica, de ahí que el poder constituyente se encontraría integrado dentro de la Constitución jurídica. Desde esta óptica, el poder constituyente expresa los valores compartidos por una comunidad y los recoge en la Norma fundamental, que como fenómeno social se encontraría, por tanto, abierta y en constante transformación.

Repasaremos después la tesis que analiza al poder constituyente desde las perspectivas decisionista, para lo cual acudiremos a Schmitt, y, por último, nos referiremos al poder constituyente desde el pensamiento de Häberle, con su formulación de Constitución cultural.

2.1 El poder constituyente desde el positivismo estatal de Jellinek.

Pretender encontrar una explicación del poder constituyente como creador de la Constitución a partir del positivismo estatal de Jellinek aparece como una tarea infructuosa, en la medida en que, para el profesor alemán, el Derecho y, particularmente, la Constitución solo pueden ser comprendidos desde el Estado, es decir, que lo jurídico se encontraría subordinado a la voluntad del

⁶⁷ Smend fue maestro de Konrad Hesse, quien, a su vez, fue maestro de Häberle.

Estado⁶⁸. Por ello, el poder constituyente como hecho fáctico escaparía al objeto de estudio de la Teoría General del Estado, pues se trataría de algo anterior al surgimiento de aquel.

Según Jellinek, el Estado tiene dos formas de presentarse, lo cual se conoce como la *Zweitseitentheorie*, o teoría de las dos concepciones del Estado. Esto significa que el Estado puede entenderse desde una perspectiva sociológica, que supone el estudio del Estado como fenómeno social, y desde un enfoque jurídico⁶⁹, por el cual el derecho actúa en el mundo del deber ser. Es precisamente en esta segunda faceta donde Jellinek añade un nuevo elemento caracterizador del Estado, como es la personalidad jurídica⁷⁰.

Por tanto, el Estado-persona, a decir del profesor alemán, se autolimita o se autoobliga por el ordenamiento jurídico, de tal modo que la Constitución aparecería como manifestación de la personalidad del Estado, y no como producto de una fuerza anterior a la existencia del Estado⁷¹, es decir, la Constitución no sería obra del poder constituyente, sino de la autoobligación ética que se impone a sí mismo el Estado.

No obstante, ¿puede ser obligatorio el Derecho que formula el Estado aun para sí mismo? A esta cuestión, Jellinek contesta que se trata de un problema metajurídico, de forma que acude para justificar tanto para justificar su posición

⁶⁸ En este sentido, Lucas Verdú sostiene que Jellinek abraza la tesis del estatismo jurídico, porque considera al Estado como única fuente del Derecho. Véase Pablo Lucas Verdú, ob. cit., p. 68.

⁶⁹ Georg Jellinek, ob. cit., p. 69.

⁷⁰ Alfredo Gallego Anabitarte, *Constitución y personalidad jurídica del Estado*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 24 y ss.

⁷¹ Para el positivista estatalista francés Carré de Malberg, la afirmación de que el poder constituyente proviene del pueblo supone el reconocimiento de un derecho anterior al Estado, tesis que vendría a ser sostenida por los iusnaturalistas racionalistas, en su intención de edificar una base teórica de los actos anteriores al Estado. Véase Raymond Carré de Malberg, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 1167. En la actualidad, el profesor Requejo Pagés recoge esta idea, sosteniendo que el único poder constituyente al que cabe referirse en términos positivistas es el poder constituido, en la medida en que debe su condición a la Constitución y actúa de conformidad con procedimientos constitucionales. Véase Juan Luis Requejo Pagés, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 46. Ahora bien, lo polémico de posiciones positivistas como las anotadas es que no hacen distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, pues solamente toman en cuenta al poder de reforma constitucional que se encuentra reglado en la Constitución.

a un principio que carece de base empírica. De ahí, entonces, que la autoobligación moral implica hacer descansar al ordenamiento jurídico sobre una base metajurídica⁷².

Precisamente, los derechos consagrados en la Constitución se mostrarán como producto de la mencionada autovinculación⁷³. En consecuencia, cuando Jellinek se pregunta por el contenido de la Constitución, sostiene que, en general, esta comprende los principios de la organización del Estado y de la competencia de éste, así como los fundamentos acerca del reconocimiento del derecho de los súbditos⁷⁴.

En suma, Jellinek comprende a la Constitución como resultado de la autovinculación del Estado. Ahora bien, de esta manera lo que ocurre es que se subordina la existencia de la Constitución a la existencia misma del Estado y carece, por tanto, de relevancia estudiar la teoría del poder constituyente, resultando más apropiado el análisis de la evolución del Estado a través de la historia.

Se debe señalar que el tema de la autovinculación del Estado por medio del derecho ha recibido fuertes críticas de positivistas jurídicos posteriores, como Kelsen⁷⁵, quien cuestiona el concepto de autoobligación, pues lo que, a su juicio, provoca este es que se indague en planteamientos metajurídicos su propia razón de ser. Desde esta perspectiva, Jellinek iría contra de la coherencia metodológica propugnada por el positivismo jurídico, al hacer descansar su teoría en una obligación moral⁷⁶.

⁷² Fernando de los Ríos, Prólogo, *Teoría General del Estado* (Georg Jellinek), p. 37.

⁷³ Alexei Julio Estrada, *Los derechos fundamentales frente a particulares*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 37.

⁷⁴ Georg Jellinek, ob. cit., pp. 656-657.

⁷⁵ Así, Kelsen, conjuntamente con Duguit sostenía que la autoobligación podía ser abandonada por el Estado en cualquier momento. Véase, Pablo Lucas Verdú, ob. cit., p. 72.

⁷⁶ Sin embargo, se debe decir también que, paradójicamente, Kelsen cae en ese mismo error, al sostener su teoría pura del Derecho en un supuesto metajurídico, como es la norma hipotética fundamental. Este planteamiento fue criticado por el también positivista Alf Ross, quien califica la posición de Kelsen como una vuelta hacia el derecho natural.

2.2 El poder constituyente desde el positivismo jurídico de Kelsen.

Aun cuando en la teoría existe consenso en relación a que la dogmática del Derecho Público alemán⁷⁷ encuentra en Kelsen su punto más elevado⁷⁸, como se pudo advertir en líneas precedentes, ello no supuso que este dejara de hacer reparos a Jellinek, puesto que el profesor de Heidelberg no llegó a vaciar las categorías formales de contenidos extrajurídicos. Por ello, para Kelsen, la tarea fundamental del análisis del Derecho sería expulsar todos aquellos elementos metajurídicos, sean metafísicos, sociopolíticos o morales⁷⁹.

Precisamente, el positivismo jurídico⁸⁰ kelseniano intenta excluir del estudio del Derecho y de la Constitución el elemento político, en aras de poder construir una explicación formal, sistemática y, por tanto, pura, en términos metodológicos⁸¹, lo que supone una comprensión neutral y avalorativa de la Constitución, que, en opinión de Kelsen, podría aplicarse para entender su función en cualquier forma de organización política.

De ahí que la tesis de la norma hipotética fundamental, como sostuvo Kelsen, aparece como una hipótesis necesaria de todo estudio positivista del Derecho.

⁷⁷ Los grandes representantes de esta escuela fueron Gerber, Laband y Jellinek.

⁷⁸ En ese sentido Pérez Royo sostiene que a Kelsen se le debe el haber llevado hasta sus últimas consecuencias la orientación formalista y juricista en el Derecho Público. Véase Javier Pérez Royo, "El proyecto de Constitución del Derecho Público como ciencia en la doctrina alemana del siglo XIX", en *Revista de Estudios Políticos*, n. 1, 1978, p. 85; también, véase Pedro de Vega "Apuntes para una historia de las Doctrinas constitucionales del siglo XX", p. 13.

⁷⁹ Pablo Lucas Verdú, ob. cit., p. 77.

⁸⁰ Nino sostiene cuatro tesis que le son atribuidas al positivismo jurídico: en primer lugar, el escepticismo ético, que supone la inexistencia de procedimientos racionales para determinar la validez universal de principios morales o de justicia; en segundo lugar, el positivismo ideológico, que implica la obligación moral de obedecer todo derecho positivo vigente, y que cuenta con el monopolio de la fuerza; como tercer punto, el formalismo jurídico, que supone que el derecho creado principalmente por los órganos legislativos es un derecho racional, y por tanto, carente de lagunas, contradicciones, o vaguedad, debido a lo cual, para resolver un caso, los jueces no requieren acudir a juicios valorativos; finalmente, el positivismo conceptual, que implica que el derecho positivo puede ser identificado sobre ciertas propiedades fácticas, tales como que sus normas son, de hecho, reconocidas por los órganos que ejercen coacción estatal. Véase, Carlos Santiago Nino, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, tercera reimpr., Astrea, Buenos Aires, 2005, pp. 36-37.

⁸¹ Kelsen sostuvo que el principio fundamental de su método es eliminar de la ciencia del Derecho todos los elementos que le son extraños. Véase Hans Kelsen *La Teoría Pura del Derecho*, trad. Moisés Nilve, Eudeba, Buenos Aires, 1999, p. 19.

No se trata de una norma creada siguiendo un procedimiento jurídico y, por eso, no pertenece al derecho positivo. No es una norma puesta, sino una norma supuesta⁸², que logra desvincular de la definición de Constitución el elemento político de la soberanía del pueblo.

Debemos señalar que, si bien el poder constituyente originario, para Kelsen, no es un poder jurídico positivo, en la medida en que no se desprende de una norma puesta, tampoco puede ser tenido como un simple hecho carente de relevancia para la ciencia jurídica, como señalaba el positivismo estatal de Jellinek, puesto que el poder constituyente permite la continuidad del ordenamiento jurídico, estableciendo las relaciones entre la Constitución que surge con la que desaparece⁸³.

Por otro lado, para Kelsen el poder constituyente es un poder jurídico positivo y no soberano, debido a que ha sido establecido por la norma suprema del ordenamiento, de tal suerte que este poder encuentra su identificación con el poder de reforma, ya sea en su variante parcial o total, lo que supone que el poder constituyente solo puede existir con la Constitución formal, cuya redacción y modificación ha de ser llevada a cabo por procedimientos distintos de los utilizados por el legislador ordinario cuando crea la ley⁸⁴.

Lo dicho, en última cuenta, supone que el positivismo jurídico comparte con el positivismo estatal la no distinción entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado, centrandolo su estudio tan solo en el segundo, por tratarse de un poder juridificado.

En suma, para Kelsen la voluntad del primer constituyente debe ser considerada como poseedora de un carácter normativo, y por tanto, la fuerza normativa de la Constitución provendría de la voluntad de ese primer constituyente. Así, asemeja la función del poder constituyente originario con la

⁸² Hans Kelsen, ob. cit., p. 113.

⁸³ Benito Aláez Corral, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 50.

⁸⁴ Benito Aláez Corral, ob. cit., pp. 49-50.

de la norma hipotética que funda el ordenamiento jurídico⁸⁵, o dicho de otro modo, “el poder constituyente es una alegoría o metáfora útil para la construcción y fundación del orden constitucional⁸⁶”.

2.3 El poder constituyente desde la corriente integracionista-sociológica a partir de Smend y Heller.

Con posterioridad, surgió en la propia Alemania una suerte de reacción contra el formalismo jurídico, característica de la vertiente positivista del Derecho Público⁸⁷, de ahí que el foco de atención pasó de la construcción kelseniana sistemática científica, al estudio de los presupuestos materiales de la teoría del Estado, apareciendo Smend y Heller como los representantes más destacados de dicho enfoque⁸⁸.

Para comprender las formulaciones teóricas de nuestros autores, es necesario situarnos en el contexto en el que se desarrollaron. Ciertamente, estas teorías se desarrollan en una situación diferente a la que vivieron los positivistas alemanes del siglo XIX, de ahí que los retos a los que se enfrentaron Smend y Heller no fueron los derivados de una concepción clásica del Estado, que suponía la no intervención de aquel en la vida particular de los miembros de la sociedad. Por el contrario, se pasa a entender que al Estado le correspondía el papel de constituirse en un instrumento de cohesión social, lo que para Smend implica su labor “integradora⁸⁹”, que define al Estado y brinda cohesión a la sociedad sobre la que el este se edifica⁹⁰.

⁸⁵ Böckenförde crítica esta concepción del poder constituyente como norma fundamental presupuesta, que se debe asumir como hipótesis para explicar la validez normativa de la Constitución. Véase Ernst Wolfgang Böckenförde, ob. cit., p. 162.

⁸⁶ Rafael Aguilera Portales, *Teoría política del Estado Constitucional*, Porrúa, México, 2011, p. 224.

⁸⁷ De Vega clasifica esta etapa bajo el nombre del positivismo sociológico, que proclama el valor supremo de la realidad, caracterizado por el tránsito de la problemática jurídica a la problemática política. Véase, Pedro de Vega, “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX”, p. 17.

⁸⁸ Javier Pérez Royo, “El proyecto de Constitución del Derecho Público como ciencia en la doctrina alemana del siglo XIX”, p. 91.

⁸⁹ La integración aparece como un esfuerzo por plantar cara al método positivista reinante en las primeras décadas del siglo XX. Así, Smend tomó como base el método fenomenológico de T. Litt y la filosofía hegeliana, a partir de lo cual el Estado dejaría de ser una persona jurídica con derechos y obligaciones, para pasar a ser una parte de una realidad espiritual integrada que resulta de la interacción de procesos vitales individuales. Véase Joaquín Brague

Smend considera al Estado como una estructura dinámica en constante transformación y renovación. A este proceso lo llama integración en su variante material⁹¹, en la medida en que persigue objetivos comunes que vienen a legitimar su existencia. En consecuencia, la integración, para el profesor alemán, es la realidad espiritual del Estado que supone un sentimiento común abarcante, en una conjunción de valores y sentimientos. El Estado, entonces, a decir de Smend, “existe y se desarrolla exclusivamente en este proceso de continua renovación y permanente reviviscencia, por utilizar aquí la célebre caracterización de la nación en frase de Renan, el Estado vive de un plebiscito que se renueva cada día⁹²”.

Por tanto, para Smend, el análisis de la Constitución empieza con el desarrollo del Estado que surge a partir de un proceso de integración continuo, y, con ello, no se hace necesario un estudio particular del poder constituyente como poder creador de la Constitución, debido a que esta se muestra como la representación jurídica de la dinámica vital en que se desarrolla el Estado. En consecuencia, la tesis de Smend de la Constitución como realidad integradora nos aporta un entendimiento de la misma más flexible y fluido, que relativiza el momento constituyente. Por ello, nos encontramos ante un proceso constituyente abierto, donde la Constitución actúa como el referente normativo de la integración, expresando en tal virtud el consenso ciudadano que lo legitima⁹³.

Camazano, *La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la Segunda Posguerra*, comunicación presentada en la “Jornada sobre Orientación y Método en el Derecho Constitucional”, UNED, Madrid, noviembre 2007. Disponible en: http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/Comunicacion_J_Brage.pdf.

⁹⁰ Javier Pérez Royo, “El proyecto de Constitución del Derecho Público como ciencia en la doctrina alemana del siglo XIX”, p. 92.

⁹¹ Smend distingue tres tipos de integración: la personal (dirigentes políticos y sus funciones), la funcional (elecciones, procedimientos parlamentarios, procesos constitucionales) y la material (valores que se concretizan en derechos), afirmando “que todo proceso de integración de la realidad incluye estos tres momentos y, en todo caso, se caracteriza por el predominio de uno u otro”, Rudolf Smend, *Constitución y derecho constitucional*, trad. José María Beneyto Pérez, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 70.

⁹² Rudolf Smend, ob. cit., p. 63.

⁹³ Rafael Aguilera Portales, ob. cit., p. 227.

De ahí, que a partir de la concepción integracionista-sociológica⁹⁴ arriba expuesta, el pretender estudiar al poder constituyente como fuerza exterior creadora de la Constitución no sería un asunto de importancia, ya que tanto el Estado como la Constitución responden a una realidad histórica específica en constante transformación, consistiendo entonces los procesos de reforma constitucional, en términos de Smend, en parte de la integración funcional y material, ya que fomentan, por un lado, procesos participativos que crean un sentido colectivo de identificación y, por otro, dichos procesos encuentran en los valores compartidos –derechos- el factor más importante de cohesión social.

Por su lado, Herman Heller, compartiendo la visión integracionista-sociológica, enfila una de sus principales críticas al positivismo kelseniano en dirección a la separación que hace del ser con el deber ser, de la normalidad con la normatividad. Así, Heller sostiene la conexión entre ambas, porque la realidad comporta un sentido al que se adhieren valores. Por tanto, el deber ser no se trata de una categoría lógica vacía desconectada de la realidad, sino de una exigencia ética que dirige la conducta humana⁹⁵. Con estos argumentos, Heller rechaza el fundamento de la validez de la Constitución en sí misma en base a la norma hipotética fundamental, de ahí que sostenga:

Pero por otra parte, debido al carácter de creador de derecho que el poder tiene, hay que rechazar la concepción de que la Constitución (sin contenido) recibe su validez jurídica de una norma con validez meramente lógica desprovista de poder, y en cambio su contenido proviene del acto de voluntad de la autoridad constituyente (establecida, sin embargo, por la norma fundamental) (...) Eficacia y validez, ser y deber ser de la Constitución han de mantenerse lógicamente separados, sin duda, pero aparecen relacionados, sin

⁹⁴ Tomás y Valiente sostiene que existe una conceptualización sociológica de Constitución, “consistente en considerarla como producto de condiciones o supuestos dados en cada sociedad, con los que guarda no solo una relación de coexistencia y de influencia recíprocas, sino una relación de derivación, puesto que la determinan y la hacen ser como es.” Véase Francisco Tomás y Valiente, ob. cit., p. 47.

⁹⁵ Pablo Lucas Verdú, ob. cit., p. 93.

embargo, en la misma realidad constitucional en la que lo uno aparece siempre junto con lo otro⁹⁶.

Ahora bien, si por un lado Heller comparte con Smend que el Estado y la Constitución se caracterizan por su función de integración y organización de la sociedad, por otro se distinguen en que en el pensamiento de Smend no aparece un poder constituyente externo, centrándose en su tesis de la integración, la cual expresa unos valores compartidos que son incluidos en el sistema jurídico, mientras que Heller sí comprende un poder constituyente externo, pero endógeno a la Constitución total⁹⁷. Por lo tanto, Heller al relacionar el ser con el deber ser, considera que la existencialidad y la normatividad del poder constituyente no se oponen necesariamente, más bien se condicionan recíprocamente⁹⁸.

En definitiva, Heller comprende a la Constitución como una ordenación dotada de una estructura teleológica, esto es, de una conformación capaz de servir para la vertebración, para la integración autónoma de una comunidad de ciudadanos, entendiendo la relación entre Estado y comunidad como una relación dialéctica⁹⁹.

Sin embargo, debemos señalar que las críticas de nuestro autor no sólo se dirigen a la concepción positivista kelseniana de la Constitución, sino también hacia la versión decisionista schmittiana, en la medida en que ésta considera a la Constitución solamente decisión¹⁰⁰. Al respecto, Heller sostiene que detrás de toda norma existe una decisión política, pero cuando la decisión adoptada persigue la validez que obliga a los miembros de una comunidad tiene que ser

⁹⁶ Hermann Heller, ob. cit., p. 351.

⁹⁷ Dentro de la Constitución política total coexisten, a decir de Heller, la Constitución no normada o real y la normada y, dentro de ésta, la que es normada extrajurídicamente y la que es jurídicamente. Véase Hermann Heller, ob. cit., p. 318 y ss.

⁹⁸ Hermann Heller, ob. cit., p. 353.

⁹⁹ Manuel Aragón Reyes, *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 32.

¹⁰⁰ Si bien Schmitt y Heller arrancan de una posición decisionista que ataca al formalismo kelseniano, su decisionismo supone fuertes diferencias. Así, por ejemplo la versión decisionista de Schmitt es polémica, positivista y partidista. En cambio, para Heller, su decisionismo responde a su apuesta por unir al ser con el deber ser y, por ello, la decisión no es pura fuerza, quedando limitada a los presupuestos éticos del derecho natural. Véase Pablo Lucas Verdú, ob. cit., p. 91.

objetivada necesariamente como norma¹⁰¹. Dicho esto, a continuación nos detendremos en la posición defendida por Schmitt.

2.4 El poder constituyente desde la corriente decisionista de Schmitt.

Como es conocido, Carl Schmitt mantuvo en su momento una fuerte discusión teórica con Hans Kelsen, apareciendo en tal virtud como uno de los constitucionalistas más radicalmente críticos del constitucionalismo liberal¹⁰². La tensión se traducía, por un lado, en la crítica que realizaba Schmitt a los presupuestos epistemológicos de los que partía Kelsen¹⁰³, y por otro, en la falta de respuesta de su normativismo en relación al problema del estado de excepción, que, por el mismo hecho de ser excepcional, no se encuentra contemplado en lo normativo¹⁰⁴, pero que, sin embargo, a decir de Schmitt, suponía un asunto jurídico, ligado a sus conceptos de soberanía y decisión.

En este sentido, Schmitt sostenía que “soberano es quien decide sobre el estado de excepción¹⁰⁵”, identificando con ello el problema de la soberanía en su aplicación concreta, esto es, “sobre quien decide en caso de conflicto¹⁰⁶” acerca del mantenimiento del orden público. Sin embargo, este soberano no supone un gobernante todopoderoso, sino un legislador fundador que toma las

¹⁰¹ Hermann Heller, ob. cit., p. 336.

¹⁰² Rafael Aguilera Portales, ob. cit., p. 225.

¹⁰³ Como advierte Restrepo Ramos, Kelsen remite todos los materiales jurídicos a su norma hipotética fundamental, lo que supone que todo el Derecho debe ser explicado en términos normativos. Por tanto, todo lo que no pueda ser explicado desde las normas jurídicas vendría a ser impuro y debería ser desechado. Véase Jorge Restrepo Ramos, “La teología política de Carl Schmitt. Una lectura desde su debate con Hans Kelsen”, en *Revista Derecho del Estado*, n. 31, 2013, p. 268.

¹⁰⁴ Es necesario advertir que el estado de excepción schmittiano no consiste en los comunes estados de excepción, emergencia o de sitio contemplados en los textos constitucionales, tratándose más bien de una formulación de tipo filosófico-político, donde la supervivencia misma de la comunidad agrupada bajo una decisión política fundamental se encuentra seriamente atacada, y no hay un arreglo normativo contemplado en el ordenamiento jurídico que se pueda aplicar para dominar dicho suceso. Véase Jorge Benavides Ordóñez, *Los derechos humanos como norma y decisión*, Centro de Estudios/Corte Constitucional Ecuador, Quito, 2012, p. 89.

¹⁰⁵ Carl Schmitt, *Teología Política*, trad. Francisco Javier Conde, Trotta, Madrid, 2009, p. 13.

¹⁰⁶ Carl Schmitt, *Teología Política*, p. 13.

decisiones fundamentales de cómo se organizará la comunidad política. En esa medida, dicho legislador fundador no ejerce el poder, sino que lo regula¹⁰⁷.

La decisión, para Schmitt, aparece como el elemento central del ordenamiento jurídico, creando, manteniendo y aplicando la norma, de ahí que la decisión no proviene de norma alguna. En consecuencia, la decisión, además de ayudar a definir la soberanía, hace lo mismo también en relación con el concepto de Constitución y el de poder constituyente¹⁰⁸.

En efecto, el poder constituyente, para Carl Schmitt, consiste “en la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política de un todo¹⁰⁹”, en tanto que la Constitución positiva o material¹¹⁰ contiene la decisión consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se decide la unidad política¹¹¹. Por tanto, el teórico alemán no diferencia el poder constituyente de la Constitución positiva, debido a que, si bien el poder constituyente expresa la decisión de conjunto, la Constitución positiva es producto de dicha decisión¹¹².

Schmitt critica, por lo tanto, la asimilación que hace Kelsen del poder constituyente con la norma hipotética fundamental, sosteniendo que “una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un ser político, acerca del modo y forma del propio ser. La palabra “voluntad” denuncia –en contraste con

¹⁰⁷ Rafael Aguilera Portales, ob. cit., p. 226.

¹⁰⁸ Pablo Lucas Verdú, ob. cit., p. 87.

¹⁰⁹ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, p. 123.

¹¹⁰ Schmitt distingue entre un concepto absoluto, uno relativo, un positivo y uno ideal de Constitución.

¹¹¹ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, p. 58.

¹¹² Ehmke critica la idea de que la Constitución producto del poder constituyente sea resultado de la decisión de una voluntad del pueblo homogénea, ya que, para él, en los procesos constituyentes actúa una serie de fuerzas políticas que contribuyen a establecer la posición total de la comunidad, de modo que lo realmente importante en un proceso de estas características es la cooperación y el libre juego político entre los distintos grupos sociales y políticos que interactúan en una sociedad determinada. De ahí, precisamente, que esos grupos heterogéneos que conforman mayoría o minoría, determinen el rostro de aquella comunidad política. Véase Horst Ehmke, *Grezen der Verfassungsänderung*, Duncker y Humboldt, Berlin, 1953, pp. 86 y 87, citado por Pablo Lucas Verdú, ob. cit., p. 583.

toda dependencia respecto de una justicia normativa o abstracta- lo esencialmente existencial de este fundamento de validez¹¹³”.

Sin embargo, no debemos dejar de señalar que, si bien Schmitt no distingue poder constituyente de Constitución material, sí lo hace entre Constitución material y las leyes constitucionales o Constitución formal. Así, entiende por Constitución material al conjunto de decisiones fundamentales que organizan la vida política de la comunidad. Tomando como punto de referencia la Constitución de Weimar, en consecuencia, el constitucionalista alemán consideraba como parte de la decisión política fundamental weimariana el modelo democrático de Estado, la estructura federal, la forma parlamentaria de Gobierno y, por último, la decisión a favor del Estado burgués de Derecho, que supone la protección de unos derechos fundamentales y la división de funciones¹¹⁴.

De ahí que, para Schmitt, la modificación de la decisión fundamental es un asunto que solamente pertenece al poder constituyente del pueblo, y no al poder de reforma constitucional, que sería el encargado de procesar las reformas a las leyes constitucionales¹¹⁵, las cuales, al tener dicha categoría, se verían protegidas del legislador ordinario, pero, sin embargo, no harían parte de esa decisión política fundamental. Como lo expresa el propio Schmitt en su *Teoría de la Constitución*, “que la Constitución pueda ser reformada no quiere decir que las decisiones políticas fundamentales que integran la sustancia de la Constitución puedan ser suprimidas y sustituidas por otras cualquiera mediante el Parlamento¹¹⁶”.

¹¹³ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, p. 124.

¹¹⁴ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, pp. 60-61.

¹¹⁵ Como ejemplo de leyes constitucionales, Schmitt señala el artículo 149 de la Constitución de Weimar, que establecía el mantenimiento por parte de las Universidades de las Facultades de Teología. A decir de Colón Ríos, Schmitt distingue el hecho de que las leyes constitucionales pueden ser reformadas por el poder constituido, en oposición a la decisión política fundamental, que solamente puede serlo por el poder constituyente. Véase Joel Colón Ríos, “The legitimacy of the juridical: constituent power, democracy, and the limits of constitutional reform”, en *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*, n. 21, 2011, p. 223.

¹¹⁶ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, p. 63.

No obstante, en cuanto a la titularidad del poder constituyente, el profesor alemán sostiene que no solamente puede ser el pueblo su titular, sino que podrían ser también el rey, en virtud del “principio monárquico”, por el cual permanecen en él los plenos poderes del Estado, o las organizaciones, como los partidos políticos únicos de los regímenes totalitarios¹¹⁷.

No podemos concluir sin hacer referencia a una de las preocupaciones que conlleva la formulación schmittiana del poder constituyente, atinente a la carencia de límites en su actuación, lo que hace que se muestre como un poder contingente y que, potencialmente, puede ser arbitrario o caprichoso. En sentido contrario el concepto mismo de poder constituyente, como señala Böckenförde, presupone una cierta medida de constitucionalidad, lo que implica una delimitación frente al ejercicio arbitrario del poder¹¹⁸.

2.5 El poder constituyente desde el constitucionalismo cultural de Häberle.

Es bien conocido que entre las distintas influencias que enmarcan las ideas de Häberle se encuentran, por un lado, Smend, de quien tomó la idea de que, aunque dos Constituciones se expresen en iguales términos, ello no supone necesariamente una igual significación, debido a que esta depende en gran medida de los tiempos y los lugares de su aplicación, de ahí que una Constitución encuentra su significado atendiendo a determinadas condiciones temporales y espaciales, es decir, lo que finalmente influye en el significado de una Constitución son las variables de carácter cultural, y, por otro lado, Popper, de quien recoge la idea de sociedad abierta. Häberle va más allá, al abordar el tema de que toda sociedad abierta precisa de un consenso cultural fundamental, es decir, de una Constitución que brinde apertura y asegure la cohesión social¹¹⁹.

¹¹⁷ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, pp. 127-130.

¹¹⁸ Ernst Wolfgang Böckenförde, ob. cit., p. 176.

¹¹⁹ Diego Valadés, Estudio introductorio a *El Estado constitucional* (Peter Häberle), trad. Héctor Fix Fierro, Lima, UNAM, PUCP, 2003, p. XXVI. En el mismo sentido el profesor De Vega afirma que, inspirado en Carl Popper, Peter Häberle ha montado la más significativa teoría de la Constitución del presente tiempo, *la Constitución como proceso público pluralista*. Véase,

Häberle parte de que el actual Estado constitucional solo puede ser comprendido desde el poder constituyente del pueblo. A su vez, dicho poder se muestra de dos modos, en primer término, desde una expresión revolucionaria, como fueron los hechos del siglo XVIII en Francia y Estados Unidos, y, en segundo término, desde una óptica evolutiva, lo que significa que el poder constituyente se concretiza por medio de experiencias y procedimientos que ayudan al cambio constitucional¹²⁰.

De ahí que Häberle entienda por dicho poder una suerte de “paralelograma de las fuerzas” integrado por ideas políticas, doctrinas científicas, documentos constitucionales escritos y prácticas no escritas¹²¹. Por ello, el profesor alemán prefiere hablar de proceso constituyente integrado por varias fuerzas plurales, documentos constitucionales escritos y no escritos que de un poder constituyente que represente la idea de una expresión única y uniforme. Sin embargo, reconoce que existe una comprensión del poder constituyente ligada al Estado constitucional moderno que le permite identificar un tipo básico que se acopla en relación con los textos constitucionales y el desarrollo cultural de cada comunidad¹²².

A partir de lo señalado, el profesor alemán identifica cinco problemas en relación al poder constituyente, tres de los cuales serían temas de teoría constitucional, mientras que los dos restantes lo serían de política constitucional. Entre los primeros se ubica la titularidad del poder constituyente y la vinculación de este a un ideal normativo, es decir, que el poder constituyente no aparece desde la nada y desligado de toda experiencia previa, lo que supone, finalmente, la discusión sobre los límites del poder constituyente; en tanto que identifica como de los dos últimos problemas la

Pedro de Vega, “Apuntes para una historia de las Doctrinas Constitucionales del siglo XX”, p. 25.

¹²⁰ Peter Häberle, *El Estado constitucional*, p. 129.

¹²¹ Peter Häberle, ob. cit., p. 129.

¹²² Peter Häberle, ob. cit., p. 129.

preocupación sobre si debe constar el poder constituyente como un procedimiento y en qué parte de la Constitución debe ser aquel regulado¹²³.

Como respuesta a los problemas de teoría constitucional arriba señalados, Häberle sostiene la titularidad del poder constituyente en el pueblo, aunque afirma que, en relación al caso alemán, el cual a su vez coincide con otros casos europeos, se trató de un tema evolutivo, es decir, que se pasó de las Constituciones otorgadas por el monarca a las pactadas entre el monarca y los estamentos, hasta llegar en 1918 a la determinación del pueblo alemán como único sujeto constituyente¹²⁴.

El sujeto constituyente pueblo del que habla Häberle no es representado ya por la “unidad de la voluntad popular”, sino por “el pluralismo del pueblo”, que supone una magnitud pluralista que participa del consenso básico sobre el que se edifica la Constitución¹²⁵. De ahí que para nuestro autor las Constituciones no son producto de “simples detonaciones que surgen en una hora cero” como creación originaria de un poder constituyente, sino que responden a una sociedad pluralista previamente establecida y a los grupos que la integran¹²⁶.

Por tanto, el poder constituyente no actúa desde el vacío y, como tal, no se trata de una fuerza carente de límites a la usanza decisionista, encontrando límites escritos y no escritos derivados del tipo de Estado constitucional, cuya evolución cultural histórica mantiene con plena vigencia que la garantía de los derechos fundamentales y la división del poder en funciones son sus presupuestos. Estos elementos, aparecidos en la Francia revolucionaria, son las señales de identidad de dicho Estado hasta nuestros días¹²⁷. En este sentido, Häberle sostiene enfáticamente que los límites no son producto de la autoobligación del Estado, lo que supone una crítica a las posiciones positivistas estatales, sino que, más bien, se trata de valores objetivos

¹²³ Peter Häberle, ob. cit., pp. 130-132.

¹²⁴ Peter Häberle, ob. cit., p. 131.

¹²⁵ Peter Häberle, ob. cit., p. 133.

¹²⁶ Pedro de Vega, “Apuntes para una historia de las Doctrinas Constitucionales del siglo XX”, p. 41.

¹²⁷ Peter Häberle, ob. cit., pp. 133-134.

compartidos culturalmente por las sociedades occidentales desde la modernidad¹²⁸.

En cuanto a los problemas de política constitucional, el profesor alemán aconseja que las disposiciones que regulan las modificaciones de la Constitución vayan en el preámbulo y en el articulado final, tomando en cuenta que deben ir juntos el elemento sustantivo y el procedimental. Sostiene, además, como posibilidad plenamente aceptable, el hecho de regular “la revisión total” de la Constitución, para lo cual cita los ejemplos de Suiza o Costa Rica ¹²⁹. Como resultado, en la fase evolutiva actual del Estado constitucional se ha normalizado o normativizado el poder constituyente del pueblo¹³⁰.

Ahora bien, el poder constituyente, para Häberle, es la expresión de la magnitud plural del pueblo, de la que se derivan unos límites identificándolos con los valores objetivos compartidos culturalmente desde la modernidad – derechos fundamentales, soberanía popular, división de funciones-, los cuales se han ido acoplado a las diferentes realidades espaciales y temporales de cada comunidad. Häberle sugiere, además, que en los textos constitucionales se incluya solamente lo “políticamente significativo”, esto es, que se tomen en cuenta criterios objetivos de esperanzas de futuro que comparte el pueblo plural, para delimitar el objeto de regulación textual en una nueva Constitución¹³¹.

Del repaso teórico realizado podemos decir que la formulación positivista, tanto en su variante estatal como jurídica, confluye en no trabajar el poder constituyente originario por considerarlo como un postulado metajurídico, lo

¹²⁸ Peter Häberle, ob. cit., p. 134.

¹²⁹ Häberle pone como ejemplo el artículo 196 de la Constitución costarricense, que señala que la reforma general del Código político se podrá hacer por medio de una Asamblea Constituyente señalada para el efecto, norma jurídica que guarda una enorme semejanza con el artículo 444 de la Constitución del Ecuador, que señala que restringir el alcance de los derechos o modificar el proceso de reforma de la Constitución, esto es, modificar elementos identificados tácitamente como la esencia de la Constitución, solamente lo podrá hacer una Asamblea Constituyente.

¹³⁰ Peter Häberle, ob. cit., pp. 136-137.

¹³¹ Peter Häberle, ob. cit., p. 139.

que supone que el único poder que estudian es el constituido o de reforma, a diferencia del resto de teorías citadas, las cuales, a pesar de sus distinciones metodológicas y sustanciales, sí se refieren al poder constituyente originario como objeto de estudio, encontrando en este parecer compartido una crítica conjunta al positivismo estatal y jurídico.

No obstante, las distinciones entre las teorías críticas al positivismo pasan por temas medulares, como el que para la concepción decisionista schmittiana el poder constituyente aparece ilimitado, sin un anclaje en un ideal sustantivo, porque aquel surge de la nada, a diferencia de los enfoques integracionistas, sociológicos y culturalistas, que sí abrazan unos límites al poder constituyente originario que, básicamente, consistirían en los valores compartidos por la comunidad.

Del recorrido teórico realizado podemos colegir que la importancia del poder constituyente para la Constitución mantiene su sentido en la modernidad, por tratarse del fundamento de la legitimidad del ordenamiento jurídico. En palabras del profesor Grimm, la función relevante del poder constituyente se da en la medida en que un poder que, por virtud de mandato, está llamado a situarse en el lugar del derecho originario, no puede ser comprendido sin una regla que lo establezca y transmita, de ahí el requerimiento de un acto constitutivo distinto de la Constitución como tal¹³².

Lo dicho no ignora la necesidad de una comprensión actual del poder constituyente a partir de las nuevas realidades, las cuales suponen el reconocimiento de las particularidades propias de nuestras sociedades, plurales y complejas en cuanto a concepciones de lo justo¹³³. Sin embargo, su función primigenia sigue vigente en términos de expresar esa magnitud o fuerza del pueblo soberano para adoptar el orden jurídico fundamental de una

¹³² Dieter Grimm, "Constitución", en *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, trad. Antonio López Pina, Trotta, Madrid, 2006, p. 28.

¹³³ La preocupación por compaginar los intereses diversos y contradictorios que existen en una sociedad lleva a Häberle abrazar una concepción procedimental de la democracia. Véase Manuel Aragón, *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, p. 45.

comunidad¹³⁴, o, dicho de otro modo, la Constitución no puede ser entendida como norma superior si no estriba en la voluntad política soberana de los ciudadanos, traducida en el poder constituyente creador de la Norma fundamental.

3 Distinciones entre el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado.

Las características centrales del poder constituyente, como ya vimos, vienen dadas desde la modernidad, cuando nació dicho concepto al fragor los acontecimientos del siglo XVIII a ambos lados del océano. Dichas características, en gran medida, son compartidas por una importante parte de la teoría constitucional contemporánea, como, por ejemplo, en la formulación dualista democrática del profesor Ackerman, que supone la existencia de dos tipos de decisiones políticas y, por ello, dos niveles de legitimidad distinta. Así, para este autor, los instantes constitucionales “*higher lawmaking*” se distinguen de los instantes comunes “*normal lawmaking*” por ser los momentos en que el pueblo se pronuncia, frente a los momentos en que son los representantes los que lo hacen, de ahí que, en los instantes constitucionales, es el pueblo el que toma una decisión y, por esta razón, aquella goza del mayor grado de legitimidad (poder constituyente), en tanto que, en los instantes comunes, los representantes toman la decisión (poder constituido), debiendo dicha decisión respetar en todo momento lo decidido por el pueblo¹³⁵.

Además, se distingue claramente entre poder constituyente y poder de reforma constitucional. El primero está dotado de carácter originario¹³⁶, esto es, nace de

¹³⁴ Tomamos la comprensión que Hesse hace de la Constitución como el orden jurídico fundamental de la comunidad. Véase Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. Pedro Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 16.

¹³⁵ Según Ackerman, los instantes constitucionales se distinguen por tres rasgos, el primero supone que un número amplísimo de ciudadanos es consciente de la importancia del tema que se discute, en relación a la menor importancia que se atribuye a los asuntos normales; el segundo es la capacidad de autoorganización del pueblo para la amplia deliberación del tema; y el tercero supone que surge una mayoría ciudadana que comparte una posición de cómo solucionar el tema. Véase Bruce Ackerman, *We the people*, vol. I. *Foundation*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1991, pp. 6-7.

¹³⁶ Schmitt ha descrito la característica originaria del poder constituyente en los siguientes términos: “Así como una disposición orgánica no agota el poder organizador que contiene

las entrañas del propio pueblo y debe su origen a la voluntad política de la comunidad. Se trata de un poder creador del Texto fundamental, poseedor de un carácter originario que comporta plena relación con su condición de prejuridicidad, puesto que, si este poder crea la Constitución, mal podría entonces sujetarse a formas jurídicas previamente regladas.

Por otro lado, cuando hablamos del poder constituyente nos referimos a un poder de carácter extraordinario, es decir, que no se manifiesta de modo ordinario en la vida política cotidiana de una comunidad, siendo, por tanto, necesario acudir a él en momentos excepcionales. Al poder constituyente se lo puede calificar como un poder de tipo fundacional, cuando crea un Estado, o de tipo organizador, cuando circunscribe su tarea a modificar de modo íntegro, o a cambiar los elementos esenciales de una Constitución.

Es, pues, consecuencia de lo dicho, que el poder constituyente originario es un poder pleno y soberano, en la medida en que su actuación no debe ceñirse a límites de carácter positivo, teniendo como únicas limitaciones los derechos fundamentales, la soberanía popular y la separación de poderes. Por ello, la adopción de un Texto fundamental, debido a que se trata de una decisión esencial sobre la que estriba la organización política de la comunidad, es extraordinaria y brota de una instancia superior relacionada con lo soberano¹³⁷.

De las características enunciadas, esto es, originario, prejurídico, extraordinario y soberano, derivamos la existencia de un poder constituyente originario y un poder constituyente constituido. Este último, al no poseer las características del primero, delimita su función a la actividad de reformar o revisar la Constitución.

autoridad y poder de organización, así tampoco puede la emisión de una Constitución agotar, absorber y consumir el poder constituyente. Una vez ejercitado, no por ello se encuentra acabado y desaparecido el poder constituyente. La decisión política implicada en la Constitución no puede reobrar contra su sujeto, ni destruir su existencia política. Al lado y por encima de la Constitución, sigue subsistiendo esa voluntad. Todo auténtico conflicto constitucional que afecte a las bases mismas de la decisión política de conjunto puede ser decidido, tan sólo, mediante la voluntad del poder constituyente mismo. También las lagunas de la Constitución –a diferencia de las oscuridades y discrepancias de opinión de las leyes constitucionales en particular- pueden llenarse, tan sólo, mediante un acto del poder constituyente; todo caso imprevisto, cuya decisión afecte a la decisión política fundamental, es decidido por él". Véase Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, p. 125.

¹³⁷ Pablo Lucas Verdú, ob. cit., p. 584.

El poder de reforma obtiene su potestad para actuar de la Constitución que deberá reformar, puesto que ha de seguir un procedimiento agravado previamente establecido en el propio Texto constitucional, dotado por ello de rigidez.

En este sentido, una Constitución puede ser catalogada como rígida si se trata de una Constitución escrita y si ésta, a su vez, se encuentra a salvo de la legislación infraconstitucional, es decir, que las normas constitucionales solo son derogadas, modificadas o abrogadas mediante un procedimiento agravado de revisión constitucional¹³⁸.

De la definición anterior podemos derivar tres elementos característicos de la rigidez constitucional. En primer lugar, la relación de la rigidez con la Constitución escrita, toda vez que esta característica no opera cuando trabajamos con un concepto de Constitución flexible como la inglesa, aunque lo dicho debe ser matizado, debido a que, incluso en el caso inglés y su modelo de Constitución, los elementos relativos a sus componentes básicos muestran grandes dificultades para su modificación, proviniendo dicha dificultad del propio sistema político, en el que juegan un papel central sus partidos políticos y la opinión pública¹³⁹.

En segundo lugar, el establecimiento de una forma distinta de revisión de las normas constitucionales frente a las normas ordinarias nos sitúa en la perspectiva de la rigidez como una suerte de límite¹⁴⁰, al establecer una diferencia de carácter formal, por la que la reforma de las primeras no sigue el mismo procedimiento que el que se utiliza para cambiar las segundas. En consecuencia, el límite consiste en que los órganos legislativos ordinarios no

¹³⁸ Ricardo Guastini, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en *Neoconstitucionalismo* (s), ed. Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2003, p. 50.

¹³⁹ Antonio Torres del Moral, "El instituto de la rigidez como garantía de la Constitución", en *Defensa de la Constitución. Garantismo y Controles*, coord. Víctor Bazán, Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 423. Así, también para Ferreres Comella puede tratarse de una sociedad conservadora que entiende la reforma como un asunto que debe ser lo suficientemente justificado, de ahí que esa actitud cautelosa compartida por las instituciones sociales pueda llegar a pesar más que el hecho mismo de que se trate de una Constitución flexible desde el punto de vista jurídico formal. Véase Víctor Ferreres Comella, "Una defensa de la rigidez constitucional", en *Revista Doxa* n. 23, 2000, p. 32.

¹⁴⁰ Pablo Lucas Verdú, ob. cit., p. 596.

tienen competencia para actuar dentro del espacio de la creación de la Constitución, pudiendo hacerlo, tan solo, en el caso de la modificación de las normas constitucionales, aunque, eso sí, siguiendo un procedimiento más agravado o dificultoso.

Las dificultades señaladas del procedimiento de reforma constitucional consisten en elementos que pueden ser calificados como “obstáculos técnicos”, los cuales son, por ejemplo, la exigencia de una mayoría calificada, un mayor número de debates, el requerimiento de referéndum popular para la aprobación de la modificación, la ratificación de la reforma por legislaturas sucesivas, la imposibilidad de modificar ciertos elementos de la Constitución o que esta no pueda ser revisada durante un tiempo determinado.

En tercer lugar, en cuanto a la continuidad que promete el instituto de la rigidez, podemos decir que opera, por un lado, a modo de un aval o garantía de la permanencia de las relaciones que se establecen a partir de la Constitución, brindado con ello seguridad jurídica a la comunidad, y por otro, desde la perspectiva lógica interna del sistema, permite a la Constitución autorregular sus modificaciones, y, de esta forma, controlar o dirigir, en cierto grado, su proceso de cambio.

Lo que caracteriza, por tanto, a un texto constitucional rígido se concreta en que para crear o modificar las normas fundamentales debe actuar el poder constituyente, en su variante originaria en el primer caso, o en la derivada en el segundo, lo que difiere, por tanto, de la actividad legislativa llevada a cabo de modo ordinario por parte de los Congresos. Sin embargo, debemos decir que la rigidez es una característica gradual, lo que supone que existen unas Constituciones más o menos rígidas que otras. Con ello, entramos en otra vertiente del debate, que ya no se desarrolla en cuanto a la diferencia, en términos absolutos, entre Textos constitucionales rígidos y flexibles, sino respecto a la gradación entre Constituciones más o menos rígidas.

Ahora bien, existen tres perspectivas de cómo comprender la rigidez constitucional, esto es, desde una perspectiva procedimental, otra fundamental o esencial y otra que la ve como una suerte de precompromiso.

La perspectiva que contempla la rigidez como un asunto procedimental, a decir de Ely, garantiza que los poderes constituidos no puedan dejar de observar los derechos de participación que hacen posible la democracia, considerando, en tal virtud, legítima la intervención del control judicial de constitucionalidad solamente en contra de las decisiones legislativas que no hayan garantizado el derecho a la igualdad en la participación política de las minorías y grupos desaventajados¹⁴¹.

Por su lado, la tesis fundamental o esencial sostiene que la rigidez debe ser absoluta sobre algunas partes de la Constitución, en la medida en que precautela unos contenidos mínimos entendidos como derechos naturales, los cuales que no pueden ser tocados por el procedimiento democrático ya que, en caso de hacerlo, se actuaría de modo moralmente incorrecto¹⁴². Tesis de este estilo son defendidas, por ejemplo, por el profesor italiano Ferrajoli, a través de su esfera de lo no decidible¹⁴³.

Finalmente, la perspectiva de la rigidez entendida como un precompromiso adoptado por la comunidad es asumida por Elster, que sostiene la idea de que las decisiones constitucionales son producto de reflexiones pausadas y, por tanto deben, ser protegidas de los momentos de irracionalidad. Así, el profesor noruego, por medio de la metáfora de Ulises y las sirenas, sostiene que es necesario que una comunidad se contenga hoy en aras de preservar para el

¹⁴¹ John Hart Ely, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, trad. Magdalena Holguín, Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997, p. 114 y ss. De ahí que se atribuya a J.H. Ely la tesis de que el control de constitucionalidad de la ley debe circunscribirse a precautelar el óptimo funcionamiento de los procesos de deliberación democrática, garantizando la igualdad en la participación de todos los miembros de la comunidad.

¹⁴² José Luis Martí, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 289.

¹⁴³ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 1999, p. 24.

futuro sus bienes jurídicos más preciados, que podrían, potencialmente, ser puestos en peligro en momentos de irracionalidad¹⁴⁴.

Entre las tres perspectivas expuestas, si bien comportan relevantes diferencias, podemos encontrar un punto de acuerdo en la importancia que dan a la rigidez, en cuanto asegura los derechos fundamentales, sea como fines en sí mismos, según la segunda y tercera tesis, o como condiciones que permiten el procedimiento democrático, según la primera.

No se debe olvidar que una parte importante de los derechos radica en la posibilidad que tienen para expresar el consenso básico de la sociedad¹⁴⁵. Por ello, es necesario que los términos empleados para su positivación sean lo más amplios posibles¹⁴⁶, es decir, que el constituyente debe propender a disminuir en lo posible la especificidad. En consecuencia, el contenido de los derechos debe ser adaptable a los cambios que se produzcan en una comunidad, lo que supone que los contenidos específicos de los derechos pueden variar a lo largo del tiempo, esto es, en un sentido expansivo, por ejemplo, la igualdad, o, en uno restrictivo, por ejemplo, la propiedad privada¹⁴⁷. Como señala Víctor Ferreres Comella, “la abstracción es necesaria para que una Constitución rígida mantenga su legitimidad democrática a lo largo del tiempo¹⁴⁸”.

Finalmente, debemos decir que, hoy en día, el instituto de la rigidez no aparece como un tema de discusión, debido a que la inmensa mayoría de las

¹⁴⁴ Jon Elster, *Ulises y las sirenas*, trad. Juan José Utrilla, Fondo de Cultura Económica, México, 4ª reimpr., 2014, p. 150 y ss.

¹⁴⁵ Víctor Ferreres Comella, art. cit., p. 33.

¹⁴⁶ Es decir, como principios. Por ello, siguiendo a Alexy, diremos que existen dos modos de formular los derechos fundamentales en las constituciones, esto es, desde una perspectiva cerrada y estricta, y otra amplia y comprensiva. Así, tenemos como la primera puede llamarse “construcción como reglas”, en tanto que a la segunda se denomina “construcción como principios”. Se debe señalar que la segunda fórmula, esto es, los derechos como principios, recoge en sus enunciados los postulados teóricos que observan a los derechos como valores, desde una concepción axiológica, la cual tuvo en la Constitución de Weimar su aparición. Este modelo, a su vez, sería perfeccionado en la Ley Fundamental de 1949, y encontró eco en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán con el paradigmático caso Lüth de 15 de enero de 1958. Véase Robert Alexy, “Los derechos constitucionales y el sistema jurídico”, en *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*, Fontamara, México, 2007, p. 72.

¹⁴⁷ Víctor Ferreres Comella, art. cit., p. 34.

¹⁴⁸ Víctor Ferreres Comella, art. cit., p. 34.

Constituciones que existen en el mundo son Constituciones rígidas¹⁴⁹, las cuales garantizan su carácter supremo a través de dicho medio¹⁵⁰.

4. La reforma constitucional como poder constituyente derivado.

En el presente apartado nos referiremos a los aspectos generales de la reforma constitucional, entendiendo por esta actividad la llevada adelante por el poder constituyente derivado, en la medida en que la reforma constitucional es ejercida a través de los órganos y procedimientos establecidos en la Constitución, a diferencia del poder constituyente originario que crea la Constitución.

Nuestra reflexión, entonces, tomará como punto de partida el recorrido histórico de la reforma constitucional, pasando luego a su definición y funciones, para, finalmente, diferenciar la reforma constitucional de la mutación constitucional.

El recorrido que haremos se centrará en el ámbito europeo, con la particularidad que aquel proceso supone, ya que, por un lado, los textos constitucionales del Período Revolucionario francés contemplaban la regulación de la reforma por medio de procedimientos bastante rígidos, con la finalidad de impedir la vuelta al Antiguo Régimen. El siglo XIX, por su parte, nos muestra la casi desaparición de los procesos de reforma dentro de las Constituciones, lo cual es comprensible, en la medida en que las modificaciones constitucionales solo tienen sentido sobre la base del principio de soberanía popular. Por tanto, el tema de la reforma reaparece en Europa

¹⁴⁹ Criterio abrumadoramente compartido en la teoría. Así, por ejemplo, Guastini sostiene: “casi todas las Constituciones contemporáneas son escritas y, al mismo tiempo, rígidas”. Véase Ricardo Guastini, art. cit., p. 51. Como es ampliamente conocido, la distinción entre flexibilidad y rigidez a inicios del siglo XX se le debe a Bryce y su trabajo *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, quien sostenía que la Constitución rígida es más moderna que la flexible, y tiene como característica el poseer una autoridad superior al resto de leyes del Estado, siendo la Constitución rígida, además, modificada por procedimientos diferentes a los que se utilizan para dictar y revocar el resto de leyes. Véase, James Bryce, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 64.

¹⁵⁰ Como sostiene De Cabo, “la rigidez no atribuye el carácter de supremacía a la Constitución, sino que es el carácter de supremacía que tiene la Constitución el que demanda su rigidez”, Véase Carlos de Cabo, *La Reforma constitucional. En la perspectiva de las fuentes del Derecho*, Trotta, Madrid, 2003, p. 55.

con el final de la Primera Guerra Mundial y el advenimiento del constitucionalismo democrático.

Situación distinta ocurrió en el constitucionalismo norteamericano, en el que el tema de la reforma surgió de modo pionero con el establecimiento de los dos procedimientos contemplados en el artículo V de la Constitución de 1787, siendo utilizado de modo casi exclusivo uno de ellos¹⁵¹. En los Estados Unidos se ha asumido con un alto grado de normalidad el equilibrio entre estabilidad y cambio que implica la reforma constitucional. No se debe olvidar que, para dicha tradición, se acude a la reforma solo cuando no es posible encontrar una solución en la interpretación judicial.

4.1 Recorrido histórico de la reforma constitucional.

La discusión sobre la reforma constitucional ha estado presente desde el surgimiento de la propia Constitución¹⁵². No en vano, el procedimiento de reforma es un elemento clave para garantizar la comprensión de la Constitución como la norma jurídica superior, que hace posible la unidad del ordenamiento jurídico en su conjunto y dicta las reglas por las que se ordena la validez de las normas que lo componen.

¹⁵¹El artículo V sostiene: “Siempre que las dos terceras partes de ambas Cámaras lo juzguen necesario, el Congreso propondrá enmiendas a esta Constitución, o bien, a solicitud de las legislaturas de los dos tercios de los distintos Estados, convocará una convención con el objeto de que proponga enmiendas, las cuales, en uno y otro caso, poseerán la misma validez que si fueran parte de esta Constitución, desde todos los puntos de vista y para cualesquiera fines, una vez que hayan sido ratificadas por las legislaturas de las tres cuartas partes de los Estados separadamente o por medio de convenciones reunidas en tres cuartos de los mismos, según que el Congreso haya propuesto uno u otro modo de hacer la ratificación (...)”. La exigencia de que tres cuartas partes de los Estados ratifiquen la reforma, a decir de Ackerman, tenía sentido cuando la identidad de los norteamericanos se presentaba de modo dualista, esto es, desde una dimensión nacional y otra estatal, lo que no ocurre actualmente, lo que implica que exista una separación entre la identidad constitucional contemporánea y las formas clásicas de modificación constitucional. Véase, Bruce Ackerman, *We the people*, vol. II. *Transformation*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1998, p. 413.

¹⁵² Para Pérez Royo, “(...) el tema de la reforma de la Constitución sea de los más añejos, de los temas con más solera dentro de la teoría y práctica constitucionales. Prácticamente desde que ha habido Constituciones, en el sentido estricto del término, ha habido cláusulas de reforma. Y también desde entonces el tema no ha dejado de estar presente en la teoría constitucional”. Véase Javier Pérez Royo, “La reforma de la Constitución”, en *Revista del Departamento de Derecho Político*, n. 22, 1986, p. 10.

Los procedimientos de reforma de la Constitución son una exigencia del carácter único, superior y político del Texto constitucional¹⁵³. Ante todo, en el ordenamiento existen varias normas jurídicas, pero sólo una Constitución, que es norma superior, en tanto que condiciona la validez del resto de las normas. Como señala el profesor De Vega, ello explica la aparición de la justicia constitucional, como institución necesaria para asegurar la supremacía de la Constitución, y la reforma constitucional, que adquiere tal relevancia que sería muy difícil otorgar a la Constitución el calificativo de ley suprema, si sus obligadas y más elementales adaptaciones al cambio histórico no pudieran ser previstas ni reguladas por ella misma¹⁵⁴. Finalmente, en relación al carácter político de la Constitución, podemos decir que es tal, en la medida en que se encarga a la Constitución la tarea de organizar políticamente a la comunidad, así como de someter el poder del Estado a regulaciones jurídicas. Los procedimientos de reforma de la Constitución aparecen, así, como salvaguardias frente al cambio de los principales elementos políticos de la comunidad por parte de mayorías políticas ocasionales.

La reforma constitucional nace con la propia Constitución. La idea de incluir una cláusula de reforma dentro de las normas constitucionales queda expresa ya en el artículo V de la Constitución norteamericana de 1787, diseño normativo que, como ha sido dicho en la primera parte de este trabajo, estriba en la tesis del poder constituyente del pueblo. En dicho artículo se recogen los dos procedimientos que deben seguirse para llevar adelante la modificación de la Constitución, uno efectuado por las dos cámaras legislativas, y otro, por medio de una convención convocada para enmendar la Constitución. En cuanto al primer procedimiento, se necesita que la iniciativa sea aprobada por las dos terceras partes de las cámaras y por las tres cuartas partes de los legislativos estatales, en tanto que la segunda manera prevista de modificar la Constitución procede a petición de los dos tercios de las legislaturas locales,

¹⁵³ Javier Pérez Royo, "La reforma de la Constitución", pp. 8-9.

¹⁵⁴ Pedro de Vega, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, p. 21.

debiendo la reforma ser aprobada por convenciones convocadas para este efecto en las tres cuartas partes de los Estados de la Federación¹⁵⁵.

Pero más allá de lo dicho, atinente a cuestiones de tipo procedimental, debemos señalar que el *amending power*, como sostiene Stourz, aparece en el constitucionalismo de los Estados Unidos como un elemento tremendamente innovador en aquel contexto histórico, al institucionalizar el poder de reforma. De hecho, la importancia del proceso norteamericano, en lo que se refiere a la reforma de la Constitución, no se agota en su aspecto cronológico –como sabemos, anterior en pocos años a la Revolución francesa-, sino que radica principalmente en otras dos cuestiones.

La primera consiste en que el mecanismo de la reforma constitucional se plantea de una manera genuinamente estadounidense, es decir, que no había sido tratada en el pasado en Europa. En efecto, el hecho de albergar una disposición de reforma dentro del propio texto constitucional difiere de lo que ocurría en el continente europeo, donde el cambio de Constitución, entendida en sentido amplio, como reglas y principios fundamentales del sistema político, operaba de conformidad a la tradición aristotélica de las formas de Estado y su cambio, es decir, la reforma de la Constitución venía aparejada a una ruptura o un cambio revolucionario, y no se desarrollaba, entonces, como producto de un proceso reglado y pacífico.

La segunda cuestión radica en esa suerte de comunión entre los procesos históricos y la lógica de la reforma constitucional, o, dicho en otros términos, se produce una suerte de continuación desde principios como el del poder constituyente del pueblo hacia el de la superioridad de la Constitución sobre el resto de poderes constituidos, que culmina en el establecimiento de cláusulas de reforma, las cuales hacen que la Constitución no se quede a disposición de

¹⁵⁵ Miguel Carbonell, “Sobre la Reforma constitucional y sus funciones”, en *Teoría de la Constitución: ensayos escogidos*, p. 381. En el mismo sentido, Rubio Llorente subraya que, “la Constitución de los Estados Unidos (art.V), establece un procedimiento que puede seguir dos vías distintas, pero requiere que, sea cual sea la seguida, el texto aprobado por el Congreso o la Convención sea ratificado, por la tres cuartas partes de los Estados.” Véase Francisco Rubio Llorente, “Rigidez y apertura en la Constitución”, en *La reforma constitucional: ¿hacia un nuevo pacto constituyente?*, Actas de las XIV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 23.

los poderes constituidos. Por todo ello, el caso norteamericano, siendo por tanto el caso norteamericano, supone un excelente laboratorio para el estudio de la reforma constitucional¹⁵⁶.

Visto así, la reforma de la Constitución, en la perspectiva norteamericana, surge como un instituto jurídico, sin que esto signifique que desaparezcan sus implicaciones políticas, situación que difiere de lo acontecido en el continente europeo, donde, si bien en el plano teórico se comparten rasgos comunes, la reforma, finalmente, no estaba pensada en clave jurídica, sino más bien política, es decir, para que no se volviera al *Ancien Régime*¹⁵⁷.

Siguiendo a Javier Pérez Royo, la evolución de la reforma constitucional en Europa se divide en cuatro períodos¹⁵⁸, clasificación que obedece a una serie de cambios históricos, y que se ve marcada por adelantos y retrocesos, distanciándose con ello de lo acaecido en Norteamérica, donde el tema discurrió de forma lineal y sin mayores contratiempos. Los períodos identificados por el profesor Pérez Royo son, en primer término, el constitucionalismo revolucionario; en segundo lugar, el que se concentra principalmente en el siglo XIX, con las monarquías limitadas; un tercero, que se circunscribe al período entre las dos guerras mundiales, que ya se sitúa dentro del constitucionalismo democrático; y un cuarto y último, que es el que surge después de la Segunda Gran Guerra.

En la primera etapa, esto es, el período revolucionario, se incluyen los movimientos que arrancan con la Francia del siglo XVIII, que se caracterizaron por una suerte de afirmación de la supremacía del poder constituyente y la existencia de una Constitución extraordinariamente rígida. No obstante, dicha rigidez excesiva perseguía en última cuenta el no hacer posible la reforma, antes que dar una vía a la función de adaptación del Texto constitucional a las nuevas realidades. A tal decisión subyacía una suerte de desconfianza tanto en

¹⁵⁶ Javier Pérez Royo, "La reforma de la Constitución", pp. 11-12.

¹⁵⁷ Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, pp. 149-150.

¹⁵⁸ Javier Pérez Royo, "La reforma de la Constitución", p. 22 y ss.

el Rey como en la Nación representada por el Parlamento¹⁵⁹. Como ejemplo de la etapa descrita aparece la Constitución francesa de 1791, en la que se distinguía entre reforma parcial y reforma total, con la característica de que esta última aparecía prevista en la Constitución pero, sin embargo, no se encontraba regulada por ella, con lo cual se hacía inviable de modo práctico¹⁶⁰.

En cuanto a la segunda etapa, relativa a la época de la Monarquía limitada, conviven en su interior en equilibrio principios de raíz absolutista y constitucionalista, produciéndose dicho equilibrio básicamente por una suerte de pacto entre las distintas fuerzas políticas sobre los que se apoyaba el régimen¹⁶¹. En perspectiva histórica, la Monarquía limitada consiste en una forma política transitoria, en la que conviven instituciones propias del Antiguo Régimen con las del nuevo régimen, esto es, del Estado constitucional¹⁶². En palabras del profesor Antonio Torres del Moral, “la Constitución es este mismo pacto entre el Monarca y el Parlamento o entre lo que uno u otro representan. Rey y Parlamento son el poder constituyente y el poder constituido¹⁶³”, siendo, por tanto, el Monarca y el Parlamento los que tienen la facultad de adaptación del Texto constitucional a las nuevas realidades.

En consecuencia, podemos señalar que la Constitución de la Monarquía limitada descansa, principalmente, en la idea de pacto entre distintas fuerzas, entendiendo dicho pacto como la institucionalización de las partes actoras del acuerdo, es decir, el Rey y su representación del Estado, por una parte, y el Parlamento en su función representativa de la sociedad, por la otra¹⁶⁴.

La experiencia constitucional española se muestra como uno de los más claros ejemplos de cómo es entendida la reforma constitucional en este período histórico, sobre todo en las Constituciones de 1845 y de 1876, en las que la respuesta al problema de la reforma constitucional se da del modo que,

¹⁵⁹ Antonio Torres del Moral, art. cit., p. 425.

¹⁶⁰ Javier Pérez Royo, “La reforma de la Constitución”, p. 25.

¹⁶¹ Antonio Torres del Moral, art. cit., p. 426.

¹⁶² Javier Pérez Royo, “La reforma de la Constitución”, p. 28.

¹⁶³ Antonio Torres del Moral, art. cit., p. 426.

¹⁶⁴ Javier Pérez Royo, “La reforma de la Constitución”, p. 29.

teóricamente, es el más adecuado a la forma monárquica limitada¹⁶⁵, esto es, que en el Texto constitucional no se establece un procedimiento de reforma, situación que se produjo también en las Cartas francesas de 1815 y 1830, y en el Estatuto Albertino de la Italia de 1848¹⁶⁶. En palabras de Pedro de Vega, operaba una suerte de silencio de la Constitución al respecto, cuestión que, en esos momentos, era generalizada en el continente europeo, debido a la naturaleza misma de las Constituciones pactadas¹⁶⁷.

Continuando con el profesor español, podemos decir que la ausencia de regulación de la reforma tuvo tres lecturas. Una, atribuida a Tocqueville, que giraba en torno a que si el constituyente no se manifestó al respecto, es decir, no se pronunció sobre la inclusión de cláusulas de reforma, quiere decir que dicha Constitución es inmodificable. La otra tesis es la de Ledru Rollin, aupada por Hello y Morke, que se acoge al principio del “paralelismo de las formas”, esto es, que la reforma es posible siempre y cuando se sigan los mismos procedimientos y requisitos que fueron utilizados en su aprobación. Finalmente, Thiers y Guizot –tesis que se impondría en la práctica- sostenían que la falta de regulación del procedimiento de reforma implicaba la posibilidad de que una norma ordinaria modificara la Norma fundamental¹⁶⁸.

De lo sostenido se deduce que, en esta forma de organización política, el poder constituyente reside en el Rey y el Parlamento, los cuales, parafraseando al constituyente español de 1845, eran considerados como “fuente de todas las cosas legítimas”. Es fácil deducir, entonces, que ambos estaban encargados de llevar a cabo, de común acuerdo, la tarea de adecuación de la Constitución a los cambios de la realidad circundante, y de ahí, precisamente, la inexistencia de cláusulas de reforma en las Constituciones.

¹⁶⁵ Javier Pérez Royo, “La reforma de la Constitución”, p. 32.

¹⁶⁶ En relación con esta Constitución, Löwenstein sostiene que se trata del ejemplo más conocido del constitucionalismo monárquico del siglo XIX. De esta forma subraya que la reforma en el tipo de Cartas reales es silenciada. Karl Löwenstein, *Teoría de la Constitución*, trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1986, p. 177.

¹⁶⁷ Pedro de Vega, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, pp. 83-84.

¹⁶⁸ Pedro de Vega, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, pp. 83-84.

Posición que fue reforzada posteriormente, en la Constitución española de 1876, cuyo Preámbulo manifiesta que la “Constitución interna” es anterior y superior a todas las Constituciones escritas y que el espíritu de dicha Constitución interna o sustancial se encuentra recogido en el principio monárquico-constitucional.

En cuanto al tercer período, es decir, el comprendido entre las Grandes Guerras, que se circunscribe ya en el constitucionalismo democrático, podemos señalar que las Constituciones de esta etapa se caracterizan por su rigidez, que las preserva de las mayorías legislativas de tipo coyuntural, pero en un contexto en que el problema de los límites de la reforma constitucional se erige en uno de los asuntos centrales de la institución.

En efecto, en esta época los Textos constitucionales quieren ser algo más que instrumentos que permiten gobernar, tomando en consecuencia posición respecto de algunos principios fundamentales que inspiran al régimen político, de modo que algunos sectores de la teoría se pronunciaron por la irreformabilidad de esos principios fundamentales¹⁶⁹, asunto sobre el que volveremos más adelante con motivo del estudio de las cláusulas pétreas en su condición de límites explícitos.

A esta etapa corresponde la Constitución Española de 1931 (Segunda República), que recoge el principio democrático y regula, asimismo, el procedimiento de su reforma por medio de un mecanismo rígido y, por tanto, distinto del utilizado por el legislador ordinario¹⁷⁰.

El período de entreguerras engarza, como hemos afirmado, con la lógica del constitucionalismo democrático, en la medida en que los cambios sociales derivados de la Primera Guerra Mundial habían debilitado algunos de los principios sobre los que se edificaba el Estado liberal del siglo XIX. Las diversas modalidades del sufragio censitario imperantes en la Europa de aquel momento negaban este derecho a grandes sectores del pueblo. En tal sentido,

¹⁶⁹ Antonio Torres del Moral, art. cit., p. 427.

¹⁷⁰ Antonio Torres del Moral, art. cit., p. 427.

el Estado liberal, si bien era de Derecho, porque suponía el sometimiento a la ley de gobernantes y gobernados, no era aún democrático, al no respetar el principio de igualdad de todos en la conformación de la voluntad pública.

Adquiere una importancia fundamental en la nueva comprensión de la reforma constitucional que surge a partir del final de la Primera Guerra Mundial el cambio en la sociedad, que necesariamente tiene reflejo en la propia Constitución. El Estado liberal era una estructura jurídica que encarnaba los intereses de la alta burguesía y de la aristocracia remanente de los procesos revolucionarios y los movimientos políticos del siglo XIX. Este hecho queda plasmado de forma patente en la vigencia del sufragio censitario. Puede decirse que la Constitución y la ley, en el curso del Estado liberal, obedecían al mismo orden de intereses, lo cual dota de sentido al hecho de que la Constitución, en los Estados europeos, no llegue a alcanzar la categoría de norma jurídica y ceda la supremacía en la escala de fuentes del derecho a la ley, así como a la desaparición del procedimiento de reforma de algunas Constituciones. Sin embargo, los cambios sociales producidos en Europa a raíz de la Primera Guerra Mundial dejaron sin sentido el sufragio censitario, que queda definitivamente sustituido por la práctica del sufragio universal. En la misma línea, las Constituciones tienden a ser el resultado de un compromiso entre los intereses, diferentes y a veces enfrentados, de los distintos grupos sociales que adquieren, o bien mantienen, influencia política en esta época. En este marco, el procedimiento de reforma de la Constitución adquiere una nueva razón de ser, ya que queda configurado como la garantía de que los derechos e intereses de las minorías garantizados por el pacto social que supone la Constitución no se van a ver quebrantados o solapados por la ley, que obedece a las preferencias de la mayoría política existente en el Parlamento.

Con respecto al último período, que sigue al fin de la Segunda Guerra Mundial, podemos sostener como idea general que una parte de los peligros que acechaban al constitucionalismo de entreguerras fueron superados, es decir, las variantes al sistema democrático constitucional representadas por los regímenes totalitarios de raigambre fascista que cuestionaban a los sistemas

parlamentarios europeos dejaron de constituir un serio peligro, para la democracia constitucional y sus instituciones.

Por tanto, podemos señalar que en el panorama posterior a 1945 se sentaron las bases del Estado constitucional y democrático en un importante número de países europeos, con excepción de los países sometidos a la égida de la órbita soviética y las dictaduras militares de la Península Ibérica y Grecia. El Estado constitucional y democrático tuvo como seña de identidad la juridificación; fenómeno que comporta, por un lado, la afirmación de la Constitución como norma jurídica, con la lógica consolidación de los procedimientos de reforma constitucional, y por otro, la proliferación de la justicia constitucional. Características que suponen, de hecho, una comprensión del concepto de Constitución más próximo al utilizado en la tradición norteamericana que al surgido con la Revolución francesa¹⁷¹.

En suma, la regulación de la reforma constitucional en el contexto europeo persigue, en su comienzo, el mantenimiento y la afirmación del naciente Estado constitucional frente al poder de la Monarquía; posteriormente, la pretensión va por el lado de proteger a las democracias parlamentarias que tuvieron que hacer frente a los embates de los totalitarismos; por último, a partir de la segunda mitad del siglo XX, esto es, con el término de la Segunda Guerra Mundial y el triunfo de la democracia constitucional en gran parte de Europa occidental, las cláusulas de reforma se generalizan como garantía de la permanencia y la eficacia jurídica del Texto constitucional.

Por ello, la reforma constitucional solo tiene sentido sustentada sobre el principio democrático de la soberanía popular. En el escenario opuesto, esto es, en el monárquico, no puede tenerlo, lo que ocurrió en gran medida en

¹⁷¹ Aunque, como advierte Pérez Royo, además de las similitudes, existen también diferencias importantes en el concepto de Constitución entre Europa y Estados Unidos, que parten del hecho de que, en el primer caso, se trató de una construcción constitucional ubicada en los años cuarenta del siglo XX, frente a la Constitución decimonónica de los Estados Unidos. Situación que, a la sazón, implicará notables diferencias en materia de control, interpretación y reforma constitucional, tomando como ejemplo el caso de la República Federal alemana. Véase Javier Pérez Royo, "La reforma de la Constitución", pp. 47-48.

Europa en el siglo XIX y a comienzos del XX, debido a que aún no se pudo implantar el Estado constitucional y democrático.

4.2 El concepto de reforma constitucional.

Cuando nos referimos a la reforma constitucional, nos ubicamos ante la Constitución en su significado formal o escrito a modo de un Estatuto, de modo que, en este sentido, tomamos distancia de la Constitución en su variante “histórica tradicional”, propia de la tradición británica, en donde al no existir un documento formal de carácter solemne, con carácter constitucional, la modificación de la Constitución no implica necesariamente variar los procedimientos utilizados para cambiar las normas ordinarias. Sin embargo, no debe olvidarse que, si bien en los aspectos formales existen diferencias radicales entre ambos conceptos, la flexibilización británica sí tiene como límites las características propias de su sistema político.

En efecto, el hecho de que la modificación de la Constitución en sentido formal sea una cuestión que, requiera de un rigor más elevado que el solicitado para aprobar las leyes ordinarias, es plenamente comprensible sobre la premisa que el Texto constitucional regula la manera de existencia política de una comunidad.

Por ello, el planteamiento que cogió fuerza en las primeras Constituciones escritas a los dos lados del Atlántico, y que se mantiene vigente, opera bajo una aplicación particular del denominado principio del “paralelismo de las formas”, el cual supone que las normas se modifican por el mismo órgano que las aprobó y por el mismo procedimiento seguido para su aprobación. Así, “el paralelismo de las formas es lo que hace que el Derecho sea Derecho. Sin el paralelismo de las formas no podría existir ordenamiento jurídico”¹⁷².

Sin embargo, la aplicación del paralelismo de las formas a la Constitución no opera de modo literal, en la medida en que el poder constituyente que crea la

¹⁷² Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, p. 146.

Constitución, desaparece una vez que se ha pronunciado sobre ella. De ahí que el procedimiento de reforma es la manera que tiene la Constitución de plasmar sobre sí misma el principio del paralelismo de las formas. Debido a que el poder constituyente originario es imposible de resucitar, el cambio se hará a través del procedimiento reglado en el propio Texto fundamental.

Un procedimiento, el de reforma constitucional, que suele exigir mayorías amplias, con la finalidad de acercarse al consenso que, se supone, debe haber presidido la aprobación de la Constitución. En efecto, tiene sentido que los procedimientos de reforma constitucional exijan mayorías elevadas, pues, se trata de recrear al máximo el consenso social de la comunidad expresado en la Constitución.

Suscribimos las palabras del profesor Pérez Royo cuando sostiene que se debe comprender la reforma como un elemento más, que compone, conjuntamente con la soberanía popular y el poder constituyente, el concepto de Constitución.

Como hemos dicho, la reforma de la Constitución es la fórmula para aplicar el principio del paralelismo de las formas a aquella. Como dice Pérez Royo, “la reforma de la Constitución es la forma en que el poder constituyente se proyecta a sí mismo hacia el futuro¹⁷³”. Desde otra perspectiva, en la medida en que una ley no puede modificar la Constitución, se preserva a la misma como Constitución, ya que, en caso contrario, hablaríamos de ley y no de Constitución. De ahí que, “una Constitución sin reforma es, en cuanto Constitución, un documento político. En lo que tiene de jurídico no es nada más que una ley¹⁷⁴”.

En suma, la reforma constitucional no es más que aquel procedimiento de carácter técnico jurídico que se debe seguir para proceder a introducir modificaciones en la Constitución, con el objetivo de que la misma guarde plena conformidad con la realidad que vive la comunidad donde aquella rige,

¹⁷³ Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, p. 147.

¹⁷⁴ Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, p. 148.

asegurando en todo instante la continuidad del ordenamiento jurídico y preservando su legitimidad de origen, siendo precisamente lo último señalado lo que nos permite engarzar con el siguiente apartado, que versa sobre las funciones que cumple la reforma.

4.3 Funciones de la reforma constitucional.

Empezaremos señalando que entendemos la reforma como garantía de la Constitución. Así pues, la reforma constitucional –a decir de Torres del Moral– “no es un ataque a la Constitución sino un instrumento de garantía de ésta, que le permite su sucesiva adaptación a las nuevas realidades sin ruptura de la continuidad ni de la identidad del régimen constitucional¹⁷⁵”.

De modo que, como funciones de la reforma constitucional, señalamos cuatro. Así tenemos, por un lado, a la reforma constitucional como un tipo de mecanismo de adecuación o conformidad de la realidad jurídica con la realidad social y política; por otro, como instrumento destinado a asegurar que esa adecuación de las normas constitucionales a la realidad social se produzca sin que se ponga fin a la continuidad jurídica; además, como un mecanismo que sirve para cubrir lagunas que pueda tener el Texto constitucional; y finalmente, como instrumento que preserva el pacto social que supone la Constitución frente a la acción de las mayorías.

En cuanto a la primera función, podemos manifestar que es clara su intención de evitar que la Constitución se quede detrás de los cambios sociales y políticos, o, lo que es lo mismo, los conflictos entre normalidad y normatividad. En tal sentido, es imprescindible que exista un medio que permita armonizar los aspectos normativos con los supuestos fácticos de la realidad que los circunda¹⁷⁶, entendiendo así la función de actualización como un elemento democratizador de la dinámica social¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Antonio Torres del Moral, art. cit., p. 419.

¹⁷⁶ No obstante, en los momentos actuales es la interpretación constitucional a cargo de los tribunales constitucionales el medio común habitual de llevar a cabo dicha tarea armonizadora.

¹⁷⁷ Así, el profesor De Cabo considera que, si bien cuando apareció la reforma implicó un gran avance frente al viejo orden, en los nuevos contextos esta debe ser interpretada como un

En relación con la segunda función, supone que en la Constitución se establecen de forma reglada los medios para su modificación, y, con ello, que sus elementos fundamentales pervivan en el tiempo, por ser fruto del poder constituyente del pueblo, viabilizando en consecuencia el valor de la certeza y seguridad jurídica de los ciudadanos con respecto a la conformación de su Estado en el ámbito interno, así como del resto de Estados en el ámbito internacional, en la medida en que, más allá de las modificaciones que se produzcan en una norma constitucional, estas no implican *per se* una suerte de volver a empezar que signifique el desconocimiento de obligaciones previamente contraídas por un Estado.

En lo que respecta a la tercera función, diremos, siguiendo al constitucionalista alemán Löwenstein que las lagunas de la Constitución pueden ser de dos tipos, esto es, las descubiertas y las ocultas. Se producen las del primer tipo “cuando el poder constituyente fue consciente de la necesidad de una regulación jurídico-constitucional, pero por determinadas razones omitió hacerlo”¹⁷⁸; en tanto que son de la segunda especie, “cuando en el momento de crear la Constitución, no existió o no se pudo prever la necesidad de regular normativamente una situación determinada”¹⁷⁹.

Complementariamente, acogemos el criterio de Miguel Carbonell, para quien, a las lagunas descubiertas se las puede llamar también “lagunas del constituyente”, u omisiones, y a las lagunas ocultas, “lagunas de la Constitución” o lagunas en sentido estricto¹⁸⁰.

En efecto, las lagunas descubiertas se muestran como una omisión deliberada por parte del constituyente con la idea de que posteriormente dicha laguna sea colmada, ya sea, por medio del legislador si su naturaleza lo deja, o por medio de una reforma constitucional. Un ejemplo de esta modalidad es la no

instrumento idóneo para llevar adelante los cambios sociales necesarios, de modo que no se conforme con ser un simple mecanismo de preservación del *status quo*, y, por tanto, como elemento que reacciona frente al cambio. Véase Carlos de Cabo Martín, ob. cit., p. 53.

¹⁷⁸ Karl Löwenstein, ob. cit., p. 170.

¹⁷⁹ Karl Löwenstein, ob. cit., p. 171.

¹⁸⁰ Miguel Carbonell, art. cit., p. 374.

regulación del régimen de defensa militar en la Ley Fundamental de Bonn de 1949¹⁸¹, omisión que corresponde a la consideración que en ese momento tuvo el constituyente alemán, en relación a que obrar de modo distinto carecía de prudencia en términos de relaciones exteriores.

Mientras, las lagunas ocultas aparecen como olvidos no deliberados o inconscientes del constituyente, de modo que, cuando tales lagunas son puestas en evidencia, se debe llevar adelante una reforma constitucional para colmar los vacíos. Ejemplo de esta última modalidad es la enmienda XXII de la Constitución de los Estados Unidos de América, que estableció la prohibición de ser elegido presidente por más de dos períodos¹⁸², atendiendo así al caso del presidente Franklin D. Roosevelt.

Por último, en lo que respecta a la cuarta función, la idea de preservar el pacto social que supone la Constitución frente a las mayorías concretiza la premisa de que en el Texto fundamental se expresan los intereses consensuados de toda una comunidad. De ahí que es comprensible que la ley, producto de la mayoría coyuntural, no pueda modificar el pacto social que garantiza la paz de la comunidad.

Ahora bien, más allá de las implicaciones que comportan las funciones de la reforma constitucional, subyace la tensión entre la permanencia y el cambio constitucional. Dicha tensión se expresa en el hecho de que, al mismo tiempo que se establece la idea de cambio como garantía de la modificación del Derecho, y con ello, su consiguiente armonización a la realidad, se puede comprobar que la reforma otorga rigidez o estabilidad al orden constitucional¹⁸³.

Esta disputa ya se bosquejó en el siglo XVIII, cuando, por ejemplo, en el artículo 28 de la Constitución francesa de 1793 se establecía que: “un pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras”, o en las

¹⁸¹ Karl Löwenstein, ob. cit., p. 170

¹⁸² Karl Löwenstein, ob. cit., p. 171.

¹⁸³ Gonzalo Ramírez Cleves, ob. cit., p. 289.

formulaciones teóricas de Jefferson o Paine, respecto a la pertenencia del mundo a los vivos, y con ello, el que las nuevas generaciones no se encuentren atadas a los designios de las generaciones pasadas. Por eso, Jefferson enfatizaba que no puede existir una legislación con carácter perpetuo, ni, por tanto, sobrepasar en tiempo a la generación que la dio a luz - *the earth belongs to the living*-, de ahí su afirmación de que “toda Constitución y toda ley expiran normalmente a los treinta y cinco años”¹⁸⁴.

Thomas Paine, por su lado señalaba: “sólo los vivos tienen derecho en este mundo. Aquello que en determinada época puede considerarse acertado y parecer conveniente, puede, en otra, resultar inconveniente y erróneo. En tal caso, ¿quién ha de decidir?, ¿Los vivos o los muertos?”¹⁸⁵. De modo que el asunto central de la tensión permanencia- cambio constitucional vendría a ser resuelto por la reforma, entendida como una suerte de balance entre los requerimientos de estabilidad de la normativa constitucional y las necesidades de cambio de las normas para su plena adecuación a la realidad.

En consecuencia, es tan perjudicial la tentación de mantenerse, en términos schmittianos, como legislador “constituyente motorizado”, que traiga aparejada una falta de identificación de la comunidad con su texto constitucional, debido básicamente a la carencia de permanencia de las normas constitucionales, y con ello, a la imposibilidad de construcción de un “patriotismo constitucional”¹⁸⁶, como la idea de la permanencia *per se*, que observa a aquella como algo bueno en sí mismo.

El valor de la permanencia como algo positivo se ve relacionado con una visión más bien estática del fenómeno constitucional, resistente a los cambios sociales, actuando como mecanismo de defensa del *status quo*, lo que da como resultado un anquilosamiento de las instituciones que afecta a la normatividad de la Constitución, en la medida en que ya no responde a la

¹⁸⁴ Antonio Torres del Moral, art. cit., p. 419.

¹⁸⁵ Thomas Paine, *Los derechos del hombre*, trad. Roberto Paine, Perrot, Buenos Aires, 1959, p. 37.

¹⁸⁶ La formulación pertenece a Habermas, autor que lo llama patriotismo auténtico, en tanto expresa la adhesión de la comunidad a unos valores que comparten y la inspiran.

realidad en donde se encuentra inserta. Entendemos que cuando una Constitución intenta resistir a una realidad en cambio, termina siendo sobrepasada por esa misma realidad, y su propia eficacia normativa queda comprometida.

Esa afectación a la normatividad de la Constitución puede poner en entredicho no sólo a las normas formales, encargadas básicamente de la organización del poder político estatal, sino que, más gravemente, puede mermar la eficacia de las disposiciones materiales, donde se encuentran precisamente las que regulan los derechos. No obstante, es necesario señalar también que la necesidad real de reforma constitucional depende del funcionamiento de varios elementos que conforman el sistema institucional estatal. No se dice nada nuevo al sostener que es la interpretación constitucional evolutiva por parte de la jurisdicción constitucional la que mantiene vigente a la Constitución, evitando en tal sentido acudir a la reforma¹⁸⁷. Ejemplo recurrente de lo anterior es la encomiable tarea interpretativa evolutiva de la Constitución llevada a cabo por parte de la justicia norteamericana.

Seguidamente, nos referiremos a las modificaciones no formales de la Constitución, entre las cuales destaca la interpretación mutativa llevada a cabo por los tribunales y cortes.

4.4 Diferencia entre la reforma constitucional y la mutación de la Constitución.

Este tema es conocido en la teoría jurídica como los cambios no formales a la Constitución¹⁸⁸, es decir, aquellas modificaciones introducidas en el Texto constitucional que no han sido llevadas a cabo por medio del mecanismo agravado establecido de modo formal en sus disposiciones, esto es, en la regulación de la reforma constitucional.

¹⁸⁷ Miguel Carbonell, art. cit., p. 377.

¹⁸⁸ Pedro de Vega, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, p. 179 y ss.

En efecto, el fenómeno de los cambios no formales en la Constitución ha sido desarrollado en la doctrina de distintos países, así, por ejemplo, en el caso francés bajo el nombre de costumbre constitucional, en tanto que en la realidad italiana se la denomina modificación constitucional tácita, siendo finalmente los alemanes los que, bajo el nombre de *Verfassungswandlung* o mutación constitucional, la han abordado de manera más completa¹⁸⁹.

Partimos de la idea de Konrad Hesse, que entiende por mutación constitucional la modificación “de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe un significación diferente¹⁹⁰”. En términos similares se pronuncia Löwenstein sobre la mutación constitucional, al considerarla como “la transformación que se produce en la realidad de la configuración del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, sin que quede actualizada dicha transformación en el documento constitucional¹⁹¹”.

De las definiciones transcritas podemos colegir que se trata de una modificación o cambio que, si bien no se ve plasmado en el texto normativo, puesto que, en este caso estaríamos hablando de la reforma, sí comparte con ésta el carácter de instrumento de actualización de la Constitución como un texto jurídico inserto en una realidad dinámica que se halla en constante transformación. Por ello, la mutación se caracteriza por modificar el significado de una norma, es decir, la manera como debemos comprender una norma, manteniendo intacto, sin embargo, el texto *per se*¹⁹².

¹⁸⁹ Jellinek comprendió por mutación constitucional “aquella modificación...que permite dejar estos textos formalmente sin modificar y que es provocada por hechos que no tienen que ser acompañados por el propósito o la conciencia de tal modificación”, en tanto que para Hesse la reforma constitucional aparecía como una modificación del texto constitucional que operaba de modo consciente. Véase, Konrad Hesse, ob. cit., p. 92.

¹⁹⁰ Konrad Hesse, ob. cit., p. 91.

¹⁹¹ Karl Löwenstein, ob. cit., p. 165.

¹⁹² Cuestión que es matizada por De Vega, en el sentido de que la definición de la mutación como una modificación en el contenido de la normas que, preservando el tenor literal, cambia su significado, no es más que una ayuda a la comprensión de la modificación no formal de la Constitución, sin embargo, no llega en absoluto a ser una explicación definitiva del fenómeno mutativo, en la medida del carácter complejo en que este se presenta en la realidad. Véase Pedro de Vega, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, p. 182.

Ahora bien, reforma y mutación como señala Pedro de Vega, son términos que, a un tiempo, se complementan y excluyen, en la medida en que corren una suerte opuesta, es decir, en los sistemas jurídicos donde opera de forma más común la reforma, se atribuye un papel menor a la mutación, y viceversa¹⁹³. En el mismo sentido complementario entre ambas operaciones jurídicas se ha manifestado Pedro Cruz Villalón, al afirmar que “así se explica igualmente el que *mutación constitucional* y reforma de la Constitución se sitúen no como dos fenómenos aislados, sino sucesivos: la reforma de la Constitución sólo es planteable allí donde concluyen las posibilidades de la *mutación constitucional*”¹⁹⁴.

Sin embargo, de lo sostenido no se puede derivar que exista una sola tipología de mutación, debido a que, básicamente, la mutación puede tener distintos orígenes, por lo que seguidamente acogemos la clasificación distintiva en cuatro tipos de mutaciones constitucionales formulada por Hsü Dau-Lin¹⁹⁵, que las divide, por un lado, en las relativas a prácticas políticas que no contradicen formalmente la Constitución, y, en las que contradicen de forma directa la Constitución, por otro, en las que se refieren a la omisión de ejercicio de atribuciones constitucionalmente conferidas, hasta la operada por los jueces por medio de la interpretación mutativa de la Constitución, la cual, a nuestro entender, es la que opera en gran medida en la mayoría de los sistemas jurídicos actuales, de ahí que se suela manejar como sinónimos la interpretación mutativa y la mutación de la Constitución¹⁹⁶.

- 1) Mutaciones producidas por prácticas políticas que no contradicen formalmente a la Constitución, e inexistencia de norma constitucional que regule dichas prácticas. Este tipo de mutaciones ponen de relieve una suerte de superación de la realidad práctica frente a los contenidos

¹⁹³ Pedro de Vega, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, p. 181.

¹⁹⁴ Pedro Cruz Villalón, Introducción, *Escritos de Derecho Constitucional*, (Konrad Hesse) p. XXVII.

¹⁹⁵ Hsü Dau-Lin, *Die Verfassungswandlung*, Berlín, 1932, p. 512 y ss, citado por Pedro De Vega, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, p. 185 y ss.

¹⁹⁶ Al respecto Peter Häberle sostiene: “hoy día la *mutación constitucional* se disuelve necesariamente en la interpretación constitucional”, citado por Pedro Cruz Villalón, Introducción, *Escritos de Derecho Constitucional*, (Konrad Hesse), cita n. 63, p. XXVIII.

materiales formalmente establecidos en la Constitución, debiéndose señalar que ayudan en la tarea de colmar los vacíos y lagunas constitucionales. Como ejemplo recurrente de este tipo de mutación se señala al *judicial review* estadounidense, en el sentido de que no existe norma en la Constitución Federal que atribuya la competencia a los Tribunales Federales para declarar inaplicable una ley¹⁹⁷.

- 2) Mutaciones producidas por prácticas políticas en contradicción directa con la Constitución. En este caso, la oposición entre la realidad política y la realidad jurídica es manifiesta, trayendo consigo entonces que los hechos se impongan a las normas. En la teoría se subraya como ejemplo de este tipo de mutación a la inexistencia del mandato imperativo establecido en el artículo 67.2 de la Constitución española, aunque en la práctica, los diputados actúen constreñidos por los designios de sus partidos políticos¹⁹⁸.
- 3) Mutaciones producto de la no posibilidad de ejercer, o por el no uso, de unas competencias establecidas en la Constitución. Al respecto, Hsü Dau-Lin comprende que en estos casos existe mutación, no por el hecho del no ejercicio de las competencias y atribuciones, sino porque, aun existiendo la voluntad de actuar, la realidad política práctica no lo permite, difiriendo entonces del planteamiento original de Jellinek, que sostenía que la mutación aparece por la falta inconsciente de ejercicio de derechos y competencias establecidos en la Constitución. Ejemplo clásico de esta mutación es el no uso del derecho otorgado a los Jefes de Estado a no sancionar una ley aprobada por el Parlamento¹⁹⁹.
- 4) Mutaciones que responden a la interpretación de las palabras contenidas en las disposiciones constitucionales, de tal suerte que aquellas adquieren un contenido diferente en relación con el que fueron

¹⁹⁷ Pedro de Vega, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, p. 186.

¹⁹⁸ Pedro de Vega, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, p. 186.

¹⁹⁹ Pedro de Vega, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, p. 187.

concebidas. En tal sentido, la noción de igualdad o de libertad que se tuvo en el constitucionalismo decimonónico fue una comprensión acorde a ese momento histórico que, si bien no se puede negar que ha ejercido una influencia decisiva para la posteridad, las nuevas realidades del siglo XXI han superado una comprensión mucho más amplia de los términos en cuestión.

En este último tipo de mutación, de naturaleza interpretativa, el papel protagónico lo tiene el poder judicial. En consecuencia, tenemos como el caso paradigmático de esta clase de mutación el que ha operado con la Constitución norteamericana²⁰⁰, la cual, como ya se ha dicho en otro lugar de este trabajo, se mantiene vigente desde su apareamiento en el siglo XVIII y, contando solamente con 27 enmiendas, ha sido renovada constantemente por la actividad interpretativa del Tribunal Supremo para mantenerle en vigor.

Como ejemplo de lo sostenido, la Constitución Federal de 1776 estableció que la regulación del comercio interestatal era competencia del Congreso, lo que puede ser interpretado como que el comercio en el ámbito intraestatal correspondería a cada Estado federado, cuestión que, posteriormente, fue dilucidada por el Tribunal Supremo, sin recurrir, por tanto, a la reforma constitucional. En este sentido, el Tribunal Supremo estadounidense, como señala Pedro de Vega, “ha interpretado la palabra “comercio” en términos tales que incluya tanto al comercio interestatal como al intraestatal, con lo cual se disipa toda posible duda sobre la competencia del Congreso para efectuar su regulación²⁰¹”.

En suma, la interpretación mutativa comporta una estrecha relación con el significado de las palabras en cada momento histórico, que al ser aplicada por

²⁰⁰ Es bastante conocida la polémica doctrinal respecto a la interpretación del Texto constitucional norteamericano, que va desde las discusiones entre originalistas y no originalistas, los cuales defienden una Constitución interpretada como texto vivo, pasando por la lectura moral de la Constitución postulada por Dworkin. Véase, al respecto, Roberto Gargarella, “La dificultosa tarea de la interpretación constitucional”, en *Perspectivas Constitucionales*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2011, p. 1.

²⁰¹ Pedro de Vega, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*. p. 188.

los órganos judiciales en general²⁰², y por los tribunales y cortes constitucionales en particular²⁰³, y ha llegado a convertirse en el mecanismo ordinario de actualización de la Constitución, teniendo como límite la mutación la normatividad constitucional²⁰⁴.

Lo que supone, entonces, entender la reforma como el medio extraordinario de actualización del Texto fundamental, cuestión que parece de fácil justificación, en la medida en que la interpretación mutativa de la Constitución se muestra a todas luces como una operación más sencilla que el proceder a su reforma, ya por las dificultades procedimentales de tipo técnico jurídico²⁰⁵ que esta implica, como por las dificultades políticas que entraña su modificación.

5. Los límites a la reforma constitucional.

En el presente apartado definimos los límites al poder de reforma, que conviven, como ya lo hemos dicho, con la idea de Constitución, y repasamos, en consecuencia, una de sus más conocidas clasificaciones, que los divide en autónomos y heterónomos, expresos e implícitos, absolutos y relativos.

5.3. Definición de límites a la reforma constitucional.

Al hablar de límites a la reforma, se alude a las partes de la Constitución que no se pueden modificar por parte del poder constituyente derivado. De ahí que preguntarnos sobre la existencia de unos límites al poder de reforma supone necesariamente que estamos reconociendo la diferencia entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado. En este sentido, decimos que el poder constituyente derivado se encuentra enmarcado dentro

²⁰² Me refiero a los sistemas de control constitucional de tipo difuso y mixto.

²⁰³ Me refiero a los sistemas de control constitucional de tipo concentrado.

²⁰⁴ Límite que, según Hesse, sigue siendo genérico y de dificultosa precisión. Véase Konrad Hesse, ob. cit., p. 97.

²⁰⁵ En este sentido, Aláez Corral sostiene que se debe diferenciar la reforma constitucional en sentido estricto de otras operaciones, en la medida en que no comparten con aquella las características de alteración del código constitucional bajo el respeto a las condiciones establecidas en el mismo código. Véase Benito Aláez Corral, "La reforma constitucional como motor de las transformaciones actuales del Estado español", en *Derecho Constitucional para el Siglo XXI*, tomo I, edit. Javier Pérez Royo, Joaquín Urías Martínez, Manuel Carrasco Durán, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006, p. 5.

de la Constitución, como un órgano o institución por ella creado, en tanto que cuando aludimos al primero, nos estamos refiriendo a ese poder anterior y superior que la crea. Por este motivo, al poder constituyente derivado se lo denomina también como poder constituyente constituido. Como bien anota el profesor De Vega, “negar o afirmar la existencia de límites, presupone una definición y una opción clara sobre el entendimiento y la naturaleza del poder constituyente y del poder de revisión.”²⁰⁶

Lo que quiere decir que el poder revisor como poder regulado y contenido en la Constitución, mal podría sustituir la Constitución completamente, o modificarla en sus elementos esenciales. Como ya advirtió William Marbury, “*it may be safely premised that the power to “amend” the Constitution was not intended to include the power to destroy it*”²⁰⁷, argumento que supone la existencia de ciertos elementos –la soberanía popular, la división de funciones, los derechos fundamentales- que, por su importancia, se encontrarían vedados al legislador ordinario cuando lleva a efecto la tarea revisora, de modo que, cuando se pretenda modificar su regulación, se requerirá necesariamente del concurso del poder constituyente del pueblo, es decir, acudir a esa suprema facultad que le permite organizarse políticamente.

En resumen, la imposición de unos límites al poder reformador comporta la negación de la posibilidad de un cambio profundo de la Constitución por este mecanismo, así como también la imposibilidad de una modificación que no observe los fundamentos del Estado constitucional.

Ahora bien, en la teoría se señala la originalidad de Carl Schmitt, al vincular a su concepto positivo de Constitución la existencia de límites a la reforma constitucional²⁰⁸. Para ello, Schmitt parte de la distinción que hace entre

²⁰⁶ Continúa De Vega: “cuando no se reconocen límites de ningún tipo a la operación de reforma, lo que en realidad se está proclamando es la identificación entre poder constituyente y poder de reforma”. Véase Pedro de Vega, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, p. 220.

²⁰⁷ William Marbury, “The limitation upon the amending power”, en *Harvard Law Review*, vol. 33, 1919-20, p. 225. Disponible en: <https://archive.org/stream/jstor-1327162/1327162#page/n3/mode/2up>.

²⁰⁸ Al respecto, Pérez Royo sostiene que, dentro de las distintas formulaciones referentes a los límites a la reforma de la Constitución, se destaca la de Carl Schmitt, por la originalidad de

Constitución material y Constitución formal o ley constitucional ²⁰⁹ , preguntándose en relación al artículo 76 de la Constitución de Weimar, si el legislador alemán podría por medio de dicho artículo cambiar los elementos esenciales de la Constitución, a lo cual responde que “pueden reformarse las leyes constitucionales pero no la Constitución como totalidad”²¹⁰ , en la medida en que, para el profesor alemán, existen restricciones constitucionales a la reforma, por tratarse de un poder constituido y, por tanto, un poder sometido a la decisión fundamental del poder constituyente.

Para Schmitt, la reforma constitucional es la reforma de las leyes constitucionales vigentes, señalando que la expresión reforma constitucional o revisión no es exacta, en la medida en que no se trata de reformas a la Constitución misma, sino tan solo de determinaciones legal-constitucionales. Aunque Carl Schmitt concluye que se debe mantener la citada expresión por ser usual²¹¹ , distingue la reforma de la destrucción, supresión, quebrantamiento y suspensión de la Constitución²¹² , que enunciamos a continuación:

- a) La destrucción de la Constitución implica su supresión total, y no sólo de unas cuantas leyes constitucionales, acompañada, además, de la supresión del poder constituyente.
- b) La supresión de la Constitución, por su parte, hace alusión al acto de suprimir la Constitución vigente, pero conservando el poder constituyente en que se fundamentaba (cambio de Constitución, golpe de Estado).

vincular los límites a la reforma con su concepto político de Constitución, de modo que su aportación observa a los límites no como algo tomado del exterior, sino que son deducidos desde el interior, apareciendo, en tal virtud, como consecuencia lógica de su concepto de Constitución. Véase Javier Pérez Royo, “La reforma de la Constitución”, p. 38.

²⁰⁹ Schmitt considera que la Constitución formal alberga normas que no son consideradas fundamentales a pesar de estar incluidas en esta, y que, por ello, gozan de una rigidez que las distingue de las normas inferiores, frente a la Constitución material, que envuelve la decisión política de conjunto que otorga unidad, llegando a afirmar que “la distinción entre Constitución y ley constitucional es el comienzo de toda discusión ulterior”. Véase Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, p. 58.

²¹⁰ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, p. 63.

²¹¹ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, p. 153.

²¹² Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, pp. 153-154.

- c) El quebrantamiento de la Constitución implica la violación de prescripciones legal-constitucionales para uno o varios casos específicos, pero de modo excepcional, es decir, bajo el supuesto de que las normas quebrantadas no hayan sido alteradas en lo demás, y, con ello, no estén suprimidas permanentemente ni colocadas fuera de vigor de modo temporal.
- d) La suspensión de la Constitución se da cuando una o varias de sus disposiciones legal-constitucionales son provisionalmente puestas fuera de vigor.

5.3. Clasificación de los límites a la reforma constitucional.

En lo que sigue, acogemos la afamada formulación de Jellinek²¹³ sobre los límites a la reforma, quien los clasifica en autónomos y heterónomos. A su vez, los límites autónomos pueden ser expresos e implícitos; absolutos y relativos; temporales y atemporales.

Son límites autónomos los que se encuentran enmarcados dentro de un ordenamiento jurídico estatal específico, de ahí que sean internos, ya que proceden de él, en tanto que los límites heterónomos, como su nombre indica, provienen de otros ordenamientos, como, por ejemplo, de los tratados internacionales, o, en el caso de los Estados federados, de la Constitución federal respecto a las Constituciones estatales²¹⁴. Existen, además, posiciones adscritas al iusnaturalismo que han intentado aunque sin éxito, incluir sus postulados dentro de dicha categoría²¹⁵.

²¹³ Siguen esta clasificación entre otros Pedro de Vega (1985), Javier Pérez Royo (1986), Antonio Torres del Moral (2003).

²¹⁴ Que a nuestro criterio no implica *per se* una limitación heterónoma a las constituciones estatales, en la medida de tratarse de regulaciones que se producen en el interior de un mismo Estado. En este sentido, es racional afirmar que la Constitución aplicable a la Federación en su conjunto puede establecer unos límites a las reformas de las Constituciones de los Estados.

²¹⁵ Pedro de Vega, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, p. 241.

A su vez, los límites autónomos pueden ser explícitos o expresos e implícitos o tácitos. Los del primer grupo son aquellos límites que se encuentran expresamente recogidos en la Constitución, mientras que los segundos son aquellos que no se hallan expresamente positivizados en la Constitución, pero son inferidos de la lógica del ordenamiento constitucional²¹⁶, o nos llegan desde posiciones metajurídicas de carácter axiológico, si bien la aceptación de estos últimos no es una cuestión pacífica.

En cuanto a los límites implícitos debemos afirmar que, si partimos de los elementos característicos de la Constitución, no haría falta mencionarlos, puesto que estos coexisten de suyo con la idea misma o concepto de Constitución. Basta recordar que ambos fueron pergeñados en la Francia revolucionaria, cuando en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos de Hombre y del Ciudadano se señaló la necesidad de garantizar los derechos y de dividir las funciones.

Los límites autónomos explícitos también pueden ser subdivididos en temporales y atemporales. Por límites temporales entendemos los que impiden la reforma por un plazo determinado o en tanto se produzca una situación especial. En los relativos a un plazo determinado se inscriben aquellas regulaciones que vedan la tarea constituyente de reforma por un período de tiempo, ejemplos de lo cual tenemos en la Constitución de Francia de 1791, que establecía un período de cuatro años, la de España de 1812, que señalaba un tiempo de al menos ocho años para proceder a su reforma siempre y cuando hubieran entrado en vigencia todas sus disposiciones, la de Argentina de 1853, que determinó que no podía ser modificada por un plazo de diez años, la de Colombia de 1881, que señaló un plazo de diez años, la de Grecia

²¹⁶ Como señala De Vega, “los límites implícitos (no textuales), cuya existencia sólo puede ser deducida indirectamente, bien como una consecuencia lógica de los presupuestos en que descansa el sistema constitucional en su conjunto, bien como correlato de las singulares cualificaciones que se producen en determinados preceptos de la Constitución”. Por ejemplo, es lo que ocurre con el artículo 10 de la Constitución española. Véase Pedro de Vega, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, p. 242.

de 1927, que estableció cinco años para poder proceder a su reforma, y la del Ecuador de 1929, que establecía un plazo de cuatro años²¹⁷.

Entre los límites a la reforma en situaciones especiales, se inscriben aquellas prohibiciones que impiden la reforma de normas constitucionales en tanto se encuentren vigentes unas específicas circunstancias contempladas en el ordenamiento y que revistan una seria situación de gravedad, tales como hallarse el territorio en estado de emergencia, o encontrarse ocupado por una fuerza militar extranjera. En consecuencia, se trata de momentos de no normalidad en términos constitucionales, como es el caso de la Constitución francesa de 1958, que prohíbe la reforma constitucional “mientras sufra menoscabo la integridad del territorio”, regulación compartida por las Constituciones belgas de 1826 y 1994, en los artículos 131 y 196, respectivamente.

En este sentido, la Constitución española de 1978 contempla los dos presupuestos referidos anteriormente, esto es, la imposibilidad de operar modificaciones en el texto constitucional, cuando estén por medio un estado de excepción o un conflicto armado. Así, su artículo 169 sostiene que: “no podrá iniciarse la reforma constitucional en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados previstos en el artículo 116” -es decir, los estados de alarma, excepción, y sitio-. Incluso, a criterio de Pérez Royo, habría sido mejor no prohibir solamente la iniciativa, sino cualquier operación de modificación constitucional, hubiera sido iniciada o no²¹⁸.

Debemos decir que, en nuestra opinión, estos últimos no son límites a la reforma constitucional en estricto sentido, sino, más bien, unas circunstancias *de facto*, que, en caso de presentarse, impedirían el normal transcurso de la actividad constituyente, en la medida en que aparece razonable el impedir que

²¹⁷ El profesor Sagüés nos hace ver que, peculiarmente, ciertas Constituciones, como la de Polonia de 1921, han determinado reformas obligatorias en plazos específicos. Así, el artículo 125 establecía: “cada veinticinco años, a partir de la votación de la presente constitución, la ley constitucional debe ser sometida a una revisión por la Dieta y el Senado, reunidos a este efecto en Asamblea Nacional y estatuyendo por mayoría ordinaria”. Véase Néstor Pedro Sagüés, *Teoría de la Constitución*, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 300.

²¹⁸ Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, p. 155.

se acometan reformas a la Norma fundamental de una comunidad en tiempos de gran incertidumbre e inestabilidad, en los que no se podrían garantizar las exigencias del sistema democrático, como acontece en los estados de excepción o con motivo de la ocupación del territorio nacional por tropas extranjeras.

Los límites atemporales son los que implican una pretensión de perpetuidad, es decir, que no están sujetos a un plazo determinado. Dichos límites estarían constituidos por las “cláusulas de intangibilidad” o “cláusulas pétreas”, las cuales pueden generar problemas cuando la realidad sobrepasa lo dispuesto en las limitaciones a la reforma. En consecuencia, el problema con las cláusulas pétreas y los procedimientos excesivamente rígidos consiste en que la realidad puede imponerse sobre el texto de la Constitución, pasando por encima del procedimiento de reforma y poniendo en entredicho la efectividad de la propia Constitución.

Finalmente, los límites autónomos pueden ser relativos y absolutos. Por límites relativos comprendemos los que por medio de un procedimiento agravado de reforma podrían ser superados. Es el caso, por ejemplo, de “la reforma de doble grado”, que se da cuando se acepta la posibilidad de que se modifique primero la cláusula de intangibilidad para seguidamente proceder a modificar la Constitución²¹⁹. Los límites absolutos son aquellos que, en cambio, ya sea por voluntad del constituyente –límite expreso-, o bien por deducción implícita del ordenamiento constitucional en su conjunto no pueden ser superados²²⁰, y que, en caso de quebrantamiento, podrían implicar, incluso, un cambio de corte revolucionario que modificaría la esencia del Estado.

Al respecto, debemos señalar que, mientras la Constitución no lo impida, nos decantamos por interpretar los límites como de alcance relativo, siquiera porque, en nuestra opinión, mal podría un constituyente con una pretensión racionalizadora establecer de una vez por todas cuáles son los límites

²¹⁹ Stéfano Cicconetti, *La revisione della costituzione*, CEDAM, Padova, 1972, p. 220.

²²⁰ Pedro de Vega, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, p. 243.

absolutos a los que debería enfrentarse la comunidad a través de un tiempo de duración indefinida²²¹. Incluso, a nuestro juicio, cuando nos encontráramos frente a los límites absolutos, sería posible también la denominada “reforma de doble grado”, esto es, la modificación del artículo que petrifica un contenido, para luego reformar dicho contenido.

A continuación, ahondaremos sobre las cláusulas de intangibilidad o pétreas, por su condición de límite explícito establecido por el constituyente.

5.3. Las cláusulas de intangibilidad: límite autónomo y explícito.

Las cláusulas de intangibilidad aparecen como aquellas normas constitucionales que de modo expreso contienen prohibiciones de modificación de otras normas de igual jerarquía, dirigidas al poder de reforma o poder constituyente derivado. Por ello, actúan como barrera impenetrable que no puede traspasar el legislador o las demás instituciones que intervengan en la modificación del Texto constitucional.

Karl Löwenstein sostiene que las disposiciones de intangibilidad que persiguen librar de cualquier modificación a determinadas normas constitucionales pueden operar en virtud de mecanismos de “intangibilidad articulada” e “intangibilidad inmanente”. Para el teórico alemán, en el primer caso, se hace mención a ciertas normas constitucionales cuya modificación está prohibida, debido a un diseño normativo del mismo rango, en tanto que, en el segundo caso, la prohibición de reforma se deduce del *telos* de la Constitución, sin que medie una norma constitucional que lo manifieste explícitamente²²².

De la teoría de Löwenstein se deduce que las disposiciones de intangibilidad serían el género y la intangibilidad articulada, así como la inmanente, sus

²²¹ Por eso, Colombo sostiene que, en principio, no es recomendable dictar este tipo de disposiciones en las Constituciones, pues la letra del texto no se correspondería necesariamente con su real alcance, y podría llegar a demostrar el uso de una deficiente técnica legislativa. Véase Ignacio Colombo Murúa, *Límites a las reformas constitucionales. Teoría de las cláusulas pétreas*, Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 50.

²²² Karl Löwenstein, ob. cit., p. 189.

especies. Sin embargo, la tesis de Löwenstein en relación al uso de la denominación de cláusulas de intangibilidad²²³ para señalar a la intangibilidad inmanente, ocasiona cierto grado de ambigüedad, toda vez que el carácter de barrera expresa de las cláusulas de intangibilidad hace clara relación a su condición de positividad, es decir, a su expresión concreta en una disposición del Texto constitucional. A nuestro juicio, la denominada por Löwenstein como intangibilidad inmanente se refiere a casos de limitación implícita a la reforma.

Ahora bien, ¿por qué se establecen las cláusulas de intangibilidad? Una de las posibles respuestas podría ser que el constituyente las contempla en función de preservar ciertos contenidos normativos de la Constitución, como son los derechos, los que, como vimos más arriba, y, a decir de Smend, expresan los valores y principios compartidos sobre los que se edifica la comunidad. En esa medida, las cláusulas de intangibilidad se justificarían por su función de protección de los derechos, o, en otro ejemplo, la forma de gobierno republicano, como ocurre en Italia, Francia y Alemania.

No obstante, se debe señalar que existen al menos dos objeciones a las cláusulas de intangibilidad. Por un lado, se alude al congelamiento del ordenamiento constitucional y el consiguiente cuestionamiento en términos de legitimidad, que se expresa en el varias veces referido gobierno de las generaciones pasadas sobre las posteriores, y, por otro, se encuentra la ineficacia de dichas cláusulas en relación al poder constituyente originario, carente, como bien conocemos, de límites positivos internos.

Una vez hecha mención de los aspectos teóricos, pasaremos a examinar dos ejemplos de países que han adoptado en sus Constituciones cláusulas de intangibilidad, como son Italia y Alemania²²⁴, debiendo anotarse que su mención es importante en la medida de la gran influencia que ambos Textos

²²³ Pedro de Vega, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, p. 242.

²²⁴ Si bien ambos países recogen en sus Constituciones cláusulas de intangibilidad, el caso alemán, a decir del profesor Bayón, es un ejemplo de “constitucionalismo fuerte”, frente al italiano, que lo es en menor medida, al tener una Constitución menos rígida. Véase Juan Carlos Bayón, “Derechos, Democracia y Constitución”, en *Neoconstitucionalismo* (s), p. 216.

han ejercido en el constitucionalismo comparado posterior a la Segunda Guerra Mundial.

5.3.1 El modelo italiano y el modelo francés.

Como es ampliamente conocido, la Constitución italiana de 1947, en su artículo 139, señala: “la forma republicana no puede ser objeto de revisión constitucional”. Esto supuso, en el contexto histórico de la aprobación de dicha Constitución, la protección de la forma republicana, evitando a toda costa la restauración monárquica, una preocupación que, sin embargo, hoy en día ya carece de relevancia práctica. Como antecedente de dicha cláusula, podemos señalar que fue producto de un referéndum en el que se preguntó a los ciudadanos italianos si optaban por la Monarquía o la República como forma de Estado, habiéndose impuesto la segunda opción²²⁵. De ahí, podemos colegir que la cláusula de intangibilidad italiana del artículo 139 tiene un fuerte ascendente de legitimidad, en la medida en que proviene de un pronunciamiento popular directo.

Ahora bien, la Corte Constitucional de dicho país, en su sentencia 1146/1988²²⁶, en relación a las normas intangibles, ha sostenido que la Constitución italiana contiene algunos principios que no pueden ser alterados en su contenido esencial, ni siquiera por medio de reforma constitucional, lo que, a decir de Guastini, implica que una parte de la Constitución es petrificada, es decir, queda como no suceptible de ser modificada en modo alguno²²⁷.

²²⁵ Los resultados del referéndum fueron 12.717.923 a favor de la república, 10.719.284 por la monarquía y 1.498.136 entre blancos y nulos. Véase Paolo Biscaretti di Ruffia, *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 253.

²²⁶ Sentencia que señala en su considerando 2.1 que la Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial, ni siquiera por leyes de reforma constitucional o por otras leyes constitucionales. Tales son los principios que la misma Constitución explícitamente prevé como límites absolutos al poder de reforma constitucional, como la forma republicana (artículo 139 de la Constitución), como aquellos que, a pesar de no estar mencionados expresamente entre los no sujetos al procedimiento de reforma constitucional, pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los que se funda la Constitución italiana. Véase la sentencia en: <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=1988&numero=1146>.

²²⁷ Ricardo Guastini, art. cit., p. 58.

Pero, ¿qué entendemos por la imposibilidad de reformar el modelo republicano italiano? Es posible entender que esta fórmula alude sólo a la designación del jefe del Estado. Sin embargo, de una lectura sistemática y garantista del Texto constitucional es posible concluir que lo imposibilitado de modificarse serían todas aquellas instituciones relacionadas con el sistema democrático, esto es, lo relativo a la soberanía popular o a los derechos fundamentales. Posición que, por lo amplio de sus implicaciones, a decir del profesor Lucio Pegoraro, traslada en última instancia la interpretación de su alcance a los tribunales constitucionales y, más específicamente, a lo que estos consideren como la correcta interpretación de conceptos como democracia o espíritu constitucional, lo que supone desplazar el poder de revisión de los Parlamentos a instancias judiciales, que serían, finalmente, las encargadas de establecer qué es lo que se puede modificar y qué no²²⁸.

De la misma manera, el artículo 89 de la Constitución de Francia de 1958 establece que son intangibles la integridad del territorio y la forma republicana de gobierno. Este tipo de cláusulas de intangibilidad suelen ser catalogadas como axiológicas, en la medida en que son herederas del concepto mínimo de Constitución establecido en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. De ahí que el artículo 89 de la Constitución francesa de 1958, supone la imposibilidad de reforma de los valores que acompañan al principio democrático, como la división de funciones, el principio representativo, los derechos que posibilitan la deliberación democrática, el pluralismo, la prohibición de la reelección presidencial, entre otros²²⁹.

5.3.2 El modelo alemán.

En el caso de la República Federal Alemana, las cláusulas de intangibilidad se refieren a la organización federal y a los principios y valores supremos establecidos en los artículos 1 y 20 de la Ley Fundamental de Bonn. Así, el artículo 79 de la Ley Fundamental, en su párrafo tres, establece que “no está

²²⁸ Lucio Pegoraro, “Revisión constitucional: el caso italiano en el contexto de la teoría general y del derecho comparado”, en *La Reforma Constitucional*, coord. Pedro Torres Estrada y Michael Núñez Torres, México, Porrúa, 2010, p. 565.

²²⁹ Gonzalo Ramírez Cleves, ob. cit., p. 348.

permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Lander, o el principio de la participación de los Lander en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20". Del artículo precedente podemos observar, por un lado, cómo la organización territorial federal ha sido fuertemente resguardada por el constituyente de Bonn, y, por otro, la enorme importancia atribuida a los valores y principios que inspiran el orden constitucional alemán²³⁰.

Significativamente, el artículo 1 de la Ley Fundamental, referente a la protección de la dignidad humana y a la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales, establece: 1.- "La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público"; 2.- "El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia del mundo", y 3.- "Los derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial."

Es clara, por tanto, la intención que tuvo el constituyente alemán de construir un sistema político que tomara como punto de referencia máximo el valor de la dignidad humana, noción de enorme trascendencia, sobre la que se edifica la noción de los derechos fundamentales.

En efecto, de la dignidad humana²³¹ se deduce en la Ley Fundamental el resto de derechos, es decir, que de la condición de autonomía propia del individuo racional se desprende la posibilidad de establecer un proyecto de vida, y con ello, la necesidad que para su realización supone el goce de una serie de facultades, que implican tanto la abstención, como la participación efectiva del poder público, asegurando de este modo el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad. En este orden de ideas, Klaus Stern afirma que

²³⁰ Sartori, en relación con el sistema parlamentario alemán, señala tres características definitorias: a) la prohibición de los partidos opuestos al sistema, que se inscribe en la lógica del modelo de democracia militante en los valores del constitucionalismo, b) la *sperrklausel*, c) el voto de censura constructivo. Véase Giovanni Sartori, *Ingeniería Constitucional Comparada*, trad. Roberto Reyes Mazzoni, 2ª reimpresión, México, 2005, p. 122.

²³¹ Häberle advierte la dependencia a un entorno cultural específico que supone la idea de dignidad humana, citando como ejemplo la posición de la mujer en el Islam, en relación a Occidente. Véase Peter Häberle, ob. cit., p. 169.

no se puede negar que en los derechos fundamentales existe un “contenido intangible de la dignidad del hombre y de los derechos humanos”²³².

Los argumentos precedentes nos llevan a sostener, por tanto, que las cláusulas de intangibilidad apuntan a la salvaguardia de los derechos y la soberanía popular como aquellos contenidos de mayor importancia en la Constitución. No se debe olvidar que la forma republicana de gobierno presupone que todo poder legítimo proviene del pueblo, el cual es ejercido por unos representantes que, en consecuencia, tienen, como uno de sus mandatos principales, la protección de los derechos del propio pueblo.

5.4 Los límites heterónomos.

Los límites heterónomos pueden ser clasificados en dos grupos. Por un lado, tenemos los que provienen del derecho natural y, por otro, los que derivan del derecho positivo conformado por los Tratados y las declaraciones, informes, recomendaciones y opiniones consultivas (*soft law*)²³³ de los organismos internacionales de derechos humanos²³⁴.

Respecto a las limitaciones heterónomas de corte iusnaturalista dirigidas al poder constituyente originario y al poder constituyente derivado, podemos señalar que las distintas corrientes existentes sobre el derecho natural²³⁵

²³²Klaus Stern, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, trad. del tomo I, Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 356.

²³³ Por *soft law* se entiende –según el profesor Diez-Picazo– a aquellos supuestos en que la elaboración de normas constitucionales se encuentra condicionada de algún modo por actos que, siendo carentes de obligatoriedad en derecho internacional, tienen un valor de autoridad en el sentido de *auctoritas*. Véase Luis María Diez-Picazo, “Límites internacionales al poder constituyente”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 76, 2006, p. 28.

²³⁴ Como ocurre en la Constitución ecuatoriana, que en su artículo 10 establece que las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales, y con ello no solo las contempladas en los tratados en materia de derechos humanos, tendrán la misma jerarquía que la Constitución, estableciendo incluso, en virtud del principio *pro homine*, que en caso de que surja discrepancia sobre la aplicación de una norma contenida en un instrumento internacional con una de rango constitucional, se aplicará la que de mejor modo satisfaga su cumplimiento. Sin embargo, como señala Diez-Picazo, no todas las fuentes del derecho internacional inciden por igual en el ejercicio del poder constituyente de los Estados. De ahí que los límites solo aparecen claros en lo referente al derecho internacional convencional y la Convención de Viena de 1969. Véase, Luis Diez-Picazo, art. cit., p. 14.

²³⁵ Existe un derecho natural clásico que se divide en uno de corte teológico y otro racionalista secularizado, apareciendo por otro lado un derecho natural contemporáneo conformado por las tesis que han ido incorporando algunas de las objeciones realizadas por parte del positivismo. Esto último ha originado lo que se denomina el iusnaturalismo crítico, el cual, si bien preserva

comparten el criterio de la existencia de unos derechos propios a la condición humana, de lo que se derivaría que las mayorías políticas, por grandes que fueran, no podrían atentar contra ellos. Argumento que guarda relación con las tesis modernas contractualistas, que observan el surgimiento del Estado como garantía de los derechos naturales de los contratantes, lo que provocaría que, por el hecho de ser aquellos preestatales, la sociedad política encontraría su legitimidad en la medida en que los protegiera²³⁶.

Sin embargo, en los contextos actuales no es una hipótesis lo suficientemente sólida la consideración de los derechos humanos como límites naturales frente a la voluntad de las mayorías, que se concretizaría tanto en los límites impuestos al poder de reforma, como al propio poder constituyente originario. De ahí que se haga necesario avanzar hacia una justificación que persiga la articulación de los derechos con las lógicas democráticas, es decir, que entienda a los derechos como condicionamiento para la implementación de un proceso constituyente del pueblo y, a la vez, como su resultado²³⁷.

La existencia de unos límites conformados por principios jurídicos suprapositivos ha sido recogida por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, el cual en una de sus primeras sentencias, señaló que si bien no es posible el establecimiento de límites heterónomos a una asamblea constituyente, el poder constituyente se encuentra vinculado a “los principios jurídicos suprapositivos que preceden a todo derecho escrito” (BverfGE,I,14(61))²³⁸.

En relación con los límites heterónomos positivos a las modificaciones constitucionales, conformados principalmente por los Tratados de derechos humanos, podemos decir que son una consecuencia de la inserción de los

los postulados clásicos en cuanto a la existencia de unos valores inherentes al ser humano que justifican la positividad del derecho, no dejan de contextualizar dichos valores en unas coordenadas de espacio y tiempo, destacando con ello el carácter histórico de aquellos valores o derechos y desechando, por tanto, la pretensión clásica de unos principios inmutables y eternos. Véase Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 9ª edición, Tecnos, Madrid, 2005, p. 32.

²³⁶ Jorge Benavides Ordóñez, ob. cit., p. 27 y ss.

²³⁷ Al respecto véase Agustín Grijalva, “Derechos humanos y democracia: tensiones y complementariedades”, en *Constitucionalismo ecuatoriano*, Centro de Estudios/Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2012, pp. 53-55.

²³⁸ Ernest Wolfgang Böckenförde, ob. cit., p. 177.

Estados nacionales en la comunidad internacional. Desde esta perspectiva, tanto el poder constituyente originario como el poder constituyente derivado tienen plenas facultades dentro de sus respectivos ámbitos de competencia para actuar en relación con las disposiciones internas, pero no pueden hacerlo del mismo modo con respecto a las normas internacionales, puesto que estas condicionan la validez de su actuación.

En efecto, tanto el poder constituyente originario como el derivado, comparten un mismo límite heterónimo, esto es, las normas de los Tratados en materia de derechos humanos²³⁹, como, por ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida también como Pacto de San José de Costa Rica de 1969 o la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, que reconocen potestades jurisdiccionales vinculantes a tribunales internacionales tales como la Corte Interamericana y la Corte Europea, respectivamente.

Si bien los Tratados referidos son de corte regional, existen también Tratados en materia de derechos humanos con alcance mundial, tal es el caso del Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos de 1966, del Pacto Internacional por los Derechos Económicos Sociales y Culturales del mismo año y de las Convenciones contra la Esclavitud de 1926, contra el Genocidio de 1948 y contra la Tortura de 1984. Además, se encuentran los que protegen a determinados grupos de la sociedad, como las Convenciones por la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer de 1967, sobre los Derechos del Niño de 1989 y de las Personas con Discapacidad de 2006.

No podemos dejar de señalar el peso moral de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, como instrumento de protección a escala mundial. Aunque no posee las características de un Tratado, la Constitución

²³⁹ Se debe señalar que, en principio, la supremacía de los tratados internacionales sobre el ordenamiento jurídico interno se aplica a los tratados en general, esto es, sin distinción de la materia. No obstante, son los convenios relativos al derecho internacional de los derechos humanos los que han alcanzado un enorme desarrollo a partir del final de la Segunda Guerra Mundial, de ahí que no es extraña la consideración que observa a los tratados de derechos humanos como los únicos que limitan efectivamente al poder constituyente. Véase Pablo Manili, "La Soberanía, Constitución, y derecho internacional de los derechos humanos", en *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, IIDC, PUCP, Lima, 2010, p. 763 y ss.

española, en el apartado segundo de su artículo 10, señala que los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad a dicha Declaración y a los Tratados internacionales de la materia.

A la primacía de los instrumentos regionales de derechos humanos subyace la polémica relativa a su universalidad, así como la imposibilidad de encontrar un fundamento único sobre el que se edifican, sobre todo en un contexto multicultural y en el que prima la pluralidad de los valores. Sin embargo, la afirmación de los derechos humanos no equivale a la univocidad normativa y jurisprudencial, sino tan solo en la medida del núcleo común de los valores indisponibles²⁴⁰. En otros términos, los derechos humanos suponen un mínimo ético universal que fundamenta un sistema político constitucional, de ahí que sean admisibles ciertas modulaciones que engarcen con las particularidades de cada comunidad.

Ahora bien, ¿todos los derechos reconocidos en los Tratados internacionales son un límite al poder constituyente? En la doctrina se señala como un punto de consenso el observar el *pacta sunt servanda*, la prohibición de discriminación, las prohibiciones de la esclavitud y el genocidio, la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y los derechos humanos como normas de *ius cogens*²⁴¹ que limitan a los poderes constituyentes nacionales²⁴². Por ejemplo, una reforma constitucional dirigida a la eliminación de los delitos de lesa humanidad sería contraria al contenido establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos en relación a su imprescriptibilidad, diseño normativo que tiende a evitar que queden en la impunidad delitos cometidos por parte de gobiernos dictatoriales²⁴³.

²⁴⁰ Luis Díez-Picazo, art. cit., p. 18.

²⁴¹ Vocablo latino utilizado en el derecho internacional público con el que se hace mención a normas de derecho imperativo que no permiten la alteración ni la exclusión de su contenido. Por eso, cualquier acto contrario al *ius cogens* es nulo, de ahí que por medio de dichas normas se protejan los bienes fundamentales de una comunidad, siendo entonces jerárquicamente superiores, y que solo puedan ser modificadas por una norma de igual valor (artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

²⁴² Humberto Nogueira Alcalá, art. cit., p. 348.

²⁴³ Como ejemplo, consúltese la sentencia caso Gelman vs. Uruguay de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 24 de febrero de 2011, en la cual la Corte estableció la responsabilidad del Estado uruguayo en la desaparición forzada y la violación de otros derechos de María Claudia García Iruretagoyena Casinelli, de su esposo Marcelo Ariel

Se debe señalar que la legitimidad del hecho de que las normas internacionales prevalezcan sobre las nacionales estriba, por un lado, en que son producto de la aquiescencia libre de los Estados, que, por medio de distintos procedimientos de aprobación, generalmente por vía parlamentaria y contando con el dictamen previo de tribunales o cortes constitucionales²⁴⁴, hacen suyas las disposiciones nacidas fuera de las fronteras nacionales, y, por otro, que se trata del surgimiento de una suerte de conciencia universal de los derechos humanos que operaría incluso por encima de la voluntad de los Estados.

Lo sostenido supone, entonces, un revés a la doctrina clásica del poder constituyente como ilimitado, y, con ello, una suerte de relativización de la concepción de la soberanía como absoluta, en la medida en que los Tratados, y eventualmente otros textos internacionales, vienen a actuar como un límite de carácter obligatorio para el poder constituyente originario y al poder constituyente derivado de los Estados.

Lo que ha cambiado, por decirlo de alguna manera, es la comprensión de la soberanía como fue concebida para Bodino, para quien el soberano no estaría en la posibilidad de “ser obligado por las leyes y ordenanzas que se dio a sí mismo; pues un hombre si bien puede recibir una ley de otro hombre, es imposible por naturaleza que se dé una ley a sí mismo²⁴⁵”. Cuestión esta última que nos encamina a la discusión de los límites al gobierno de las mayorías por

Gelman Schubaroff y de la hija de ambos, nacida en cautiverio y que fue sustraída y entregada a un miembro de la fuerza pública uruguaya. Por eso, la Corte Interamericana afirmó que la Ley de Caducidad uruguaya, que establece la prescriptibilidad de las responsabilidades penales de los violadores de los derechos fundamentales durante la dictadura que asoló al citado país, aunque haya sido aprobada en un régimen democrático y ratificada por la ciudadanía en consulta popular en dos ocasiones, no tiene legitimidad a la luz del Derecho Internacional de los derechos humanos, señalando, además, que la legitimación democrática de ciertos actos en una sociedad está limitada por la protección de los derechos contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que la protección de los derechos aparece como un límite infranqueable a la regla de las mayorías. Véase la sentencia en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

²⁴⁴ El artículo 438 de la Constitución ecuatoriana señala que la Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad, en el caso de los Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional.

²⁴⁵ Stephen Holmes, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en *Constitucionalismo y democracia*, coord. Jon Elster y Rune Slagstad, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, p. 225.

parte del constitucionalismo, a partir de uno de los momentos movilizatorios de la vida política jurídica de un Estado constitucional, como lo es el de las reformas a la Norma fundamental que los regula.

6. La tensión entre el principio democrático y la supremacía constitucional en la reforma de la Constitución.

La tensión entre el principio democrático y la supremacía constitucional es un tema que acompaña al Estado constitucional desde su surgimiento y que encuentra una solución por medio de la “Constitución racional normativa”, la cual conjuga la soberanía popular, la representación política y la limitación material del poder. De ahí que, gracias a esta idea, es posible encontrar un modelo armonioso entre ambos ideales en tensión. Un modelo que consiste, en síntesis, en la constitucionalización de la democracia²⁴⁶.

Con las dos Revoluciones del siglo XVIII, esto es, con la norteamericana y la francesa, se llega a establecer la idea de una Constitución escrita que no quede a la voluntad de la mayoría, pero esta cuestión trae aparejados dos focos de enfrentamiento, el primero, relativo a la imposición de unos límites al propio poder constituyente del pueblo, es decir la idea de autolimitación del soberano, y el segundo, relativo a la legitimidad del poder sobre la base del consentimiento de los ciudadanos, que vendrían a cuestionar los designios que las mayorías pasadas formularan con el fin de vincular a las futuras²⁴⁷.

Ahora bien, es necesario indagar cómo se relacionan las dos tensiones arriba anotadas, a saber la autolimitación del poder y la cuestión de la legitimidad de los designios de una mayoría pretérita, con la reforma de la Constitución, y si dichas relaciones conforman una realidad conflictiva o armónica.

Para explicar en qué consiste la autolimitación del poder soberano del pueblo es útil partir del concepto de “constitucionalismo restringido”, del que nos habla el profesor Bayón, el cual, siendo heredero de los acontecimientos del siglo

²⁴⁶ Manuel Aragón Reyes, “Constitución y derechos fundamentales”, p. 224

²⁴⁷ Francisco Rubio Llorente, “Rigidez y apertura en la Constitución”, p. 130.

XVIII, supone tres rasgos distintivos; que son la limitación material –derechos fundamentales- del legislador democrático, la rigidez de la Constitución y la justicia constitucional²⁴⁸.

En definitiva, se parte de que la idea de un poder limitado viene de suyo con la llegada del constitucionalismo, y dicha limitación no tendría otro objetivo que el de preservar los derechos de las personas y el modelo democrático como forma de organización política, lo cual expresa la idea del autogobierno que se fundamenta en el libre consentimiento de los miembros de la comunidad.

Aparecen, así, las autolimitaciones de las mayorías como medios para potenciar nuestra libertad futura, o, lo que es lo mismo, a partir de la metáfora de Elster relativa a Ulises, el hecho de que una comunidad se desarrolle autoimponiéndose unos límites. En dicha medida, la función de la Constitución consistiría en poner limitaciones a las facultades de autogobierno de la comunidad²⁴⁹.

De ello se puede colegir que, en caso de acometer reformas al Texto constitucional, las mayorías no estarían facultadas para inobservar los límites materiales (derechos) ni la forma democrática de organización del poder. Por tanto, en el marco del constitucionalismo de la democracia, dichas limitaciones resultan autoimpuestas por la soberanía popular en aras de preservar la paz social.

En cuanto al problema de legitimidad que implica el intento de que las mayorías pretéritas de imponer sus decisiones a las posteriores, se debe citar la discusión esbozada en sus inicios por Paine y luego por Jefferson. Así, el primero sostuvo que “cada época y generación debe ser tan libre de actuar por sí misma, en todos los casos, como las edades y generaciones que la

²⁴⁸ Juan Carlos Bayón, *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*, pp. 1-4. Disponible en http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/bayon-democracia.pdf

²⁴⁹ Roberto Gargarella, “Constitucionalismo versus Democracia”, en *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo I, Democracia, coord. Roberto Gargarella, Abeledo Perrott, Buenos Aires, 2008, p. 30.

precedieron”²⁵⁰. En tal medida, el problema final alude a la legitimidad del orden constitucional, que, como ya hemos dicho, estriba en el consentimiento que le presten quienes a los que va dirigido. En palabras de Paine, el gobierno de los vivos por encima de los muertos.

Lo dicho enlaza con la reforma constitucional, por cuanto los compromisos constitucionales adoptados por mayoría por las generaciones pasadas vinculan a las venideras, mediante disposiciones que asumen que las modificaciones constitucionales solo podrán efectuarse por medio de mayorías reforzadas o calificadas, lo que supone que deberá existir un alto consenso para la modificación de las normas constitucionales.

Esto supondría, en última cuenta, ir contra de la regla de la mayoría, que trata por igual todos los votos, tanto pasados como presentes y futuros, y, con ello, no privilegia el *status quo*, el inmovilismo, frente al cambio²⁵¹, o, lo que es lo mismo, la exigencia de mayoría reforzada como señala Juan Carlos Bayón, equivaldría al poder de veto de la minoría, otorgando desigual valor a los votos de los partidarios de la propuesta de reforma constitucional que se vota en relación a los no partidarios de ella, lo que supone que la rigidez no trataría a los votantes como iguales²⁵².

En nuestra opinión, la tensión existente entre la soberanía popular o principio democrático, y la supremacía de la Constitución, no supone necesariamente una contradicción. Es necesario reconocer que, si bien la afirmación de la democracia constitucional da la idea de que la una es la expresión jurídica de la otra, los ámbitos de la relación entre el principio democrático y la supremacía constitucional se muestran complejos, y una muestra de ello es el caso de la reforma constitucional, en la que existen, como hemos dicho, unos derechos que actúan como límites a las decisiones de las mayorías políticas, y que, siendo protegidos generalmente por textos rígidos, dan lugar a una pugna entre

²⁵⁰ Holmes, art. cit., p. 220.

²⁵¹ Víctor Ferreres Comella, “El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas”, en *Jurisdicción constitucional y democracia*. Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 16.

²⁵² Juan Carlos Bayón, “Derechos, Democracia y Constitución”, p. 219.

la permanencia y el cambio de las normas constitucionales. Dificultad que se sintetiza en la necesidad de obtener un elevado consenso, que se expresa en la exigencia de mayorías calificadas, por parte de las generaciones actuales, cuando persiguen modificar las normas constitucionales establecidas por los antepasados.

Sin embargo, es necesario, sin que dejemos de reconocer dichas complejidades, explorar también en las relaciones que existen entre los dos ideales antes enunciados. Así, por ejemplo, la consideración de que algunos derechos y libertades individuales operan como prerequisites necesarios para una genuina democracia, en la medida en que, sin ellos, el procedimiento decisonal por mayoría no se diferenciaría de la toma de decisiones manipuladas o impuestas, y, con ello, no haría posible el ideal que pretende promover, esto es, la auténtica participación de todos en pie de igualdad²⁵³.

Entre las tesis que abogan por una complementariedad entre el principio democrático y los derechos²⁵⁴ aparece como una de las más difundidas la desarrollada por el profesor alemán Habermas, el cual nos habla de una copertenencia entre la soberanía popular y los derechos humanos, esto es, la cooriginalidad entre autonomía política y autonomía privada²⁵⁵, lo que supone que los límites impuestos a las mayorías con ocasión de llevarse a cabo una reforma constitucional supondrían un elemento cosustancial al concepto de democracia.

En esa medida, los derechos, para Habermas, son condiciones necesarias que posibilitan el proceso democrático, y, como tales, no pueden restringir la soberanía del legislativo, pero, a su vez, este no puede disponer de aquellos a

²⁵³ Juan Carlos Bayón, *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*, p. 14.

²⁵⁴ Por ejemplo la sostenida por el filósofo político norteamericano Rawls, en cuanto a la base común que comparten las directrices que rigen la razón pública –deliberación colectiva- con los principios sustantivos de justicia de una estructura básica -libertades políticas y civiles iguales para todos-. Véase John Rawls, *Liberalismo político*, trad. Sergio Madero Báez, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pp. 214-215.

²⁵⁵ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Intro. y trad. Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 6ª edic., 2010, p. 193.

su voluntad, poniendo así la relación entre la democracia y los derechos en una dimensión de reciprocidad²⁵⁶. Lo dicho implica que la democracia no puede atender contra los derechos de participación, comunicación, igualdad y libertad política, porque, con ello, se estaría negando a sí misma, al socavar las condiciones que la hacen posible.

En este sentido, gracias a los derechos que se reconocen intersubjetivamente entre los miembros de la comunidad, los sujetos, en un segundo instante y después de que la autonomía privada ha sido asegurada, participan en la generación del derecho legítimo, que da lugar, según Habermas, a la autonomía pública²⁵⁷.

De ahí que, entonces, los derechos procedimentales²⁵⁸, como límites a la reforma constitucional, sean exigencias connaturales que se establecen a las mayorías políticas para poder preservar la democracia. Visto así los límites en cuestión no tendrían un carácter contradictorio con la idea de democracia, puesto que, dentro de una lógica discursiva²⁵⁹, permitirían una creación legítima del derecho que aclara la relación entre derechos humanos y soberanía popular²⁶⁰. Una relación que estaría articulada a través de dos presupuestos comunes, la igualdad y la racionalidad.

En relación con el primero de dichos presupuestos, debemos señalar que tanto el ámbito de la autonomía pública, como el de la autonomía privada, comparten la idea de que todos los miembros de la comunidad deben participar en pie de

²⁵⁶ Jürgen Habermas, ob. cit., p. 194.

²⁵⁷ Agustín Grijalva, "Derechos humanos y democracia en Habermas", en *Emancipación y transformación constitucional*, ed., Luis Ávila, Centro de Estudios/Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2011, p. 117.

²⁵⁸ Según la lectura de Habermas los derechos que actuarían como límites son aquellos que posibilitan la deliberación, es decir no todos los derechos, lo que genera dos problemas, uno que iría por el lado del establecimiento de cuáles serían parte de dichos derechos, y por otro, que hoy en día es muy difícil hablar de los derechos de un tipo como compartimentos estancos de otro tipo de derechos, lo que quiero decir es que los límites a la reforma constitucional no serían en tal virtud solo los derechos que posibilitan la democracia sino todos, lo que en últimas cuentas supone una visión sustancial de los derechos y no meramente procedimental. Al respecto véase Agustín Grijalva, "Derechos humanos y democracia en Habermas", pp. 101-124.

²⁵⁹ Así, Habermas señala que "válidas son aquellas normas (y solo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales". Véase Jürgen Habermas, ob. cit., p. 172.

²⁶⁰ Jürgen Habermas, ob. cit., p. 189.

igualdad en la construcción de la voluntad pública, como también que todos deben gozar de un mismo esquema de derechos y libertades.

Con respecto al segundo aspecto compartido, esto es, la racionalidad, implica la participación informada en la discusión y su resultado. En esta medida, la deliberación democrática abraza el establecimiento de unas reglas que promuevan la discusión racional. Concretamente, en el campo de los derechos, se llega al establecimiento del núcleo esencial de estos por medio de la razón argumentada que llevan adelante los jueces constitucionales²⁶¹. En definitiva, la importancia de la complementariedad entre derechos y democracia radica en que aquellos actúan como condiciones que posibilitan la deliberación libre en el espacio democrático.

No podemos concluir este apartado sin señalar el problema de la “paradoja de las precondiciones de la democracia”, dificultad que supone que el ideal de la participación de todos los miembros de la comunidad en la deliberación colectiva en pie de igualdad, esto es, el procedimiento de decisión por mayoría, no es posible a menos que se satisfagan ciertas condiciones previas. Empero, mientras más exigentes sean estos requisitos previos para el procedimiento democrático, mayor es el número de asuntos sustanciales que no pueden discutirse y resolverse por la regla de la mayoría²⁶².

La tensión se encontraría en que, a mayores límites y cautelas que se establezcan en las Constituciones para salvaguardar los derechos fundamentales de la actuación de las mayorías reformadoras, menores son los espacios de deliberación democrática en que podría entrar el poder de reforma constitucional. De ahí se deriva que solamente el poder constituyente originario se encontraría autorizado para poner en la agenda de discusión temas esenciales, que estarían sustraídos al poder de reforma o poder constituyente derivado.

²⁶¹ Situación que se ve acentuada en la medida en que gran cantidad de los derechos son formulados en las Constituciones como principios, lo que implica una intervención importante de la jurisdicción constitucional en el señalamiento de lo que son los derechos.

²⁶² Juan Carlos Bayón, *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*, p. 15.

CAPÍTULO II.

El procedimiento de reforma constitucional en Ecuador.

En el presente capítulo, comenzaremos desarrollando los aspectos generales que identifican a la Constitución ecuatoriana de 2008. Ello nos permitirá trazar un esbozo de cómo están configuradas en dicha Constitución las principales instituciones jurídicas, relativas al gobierno, a la participación democrática y a los derechos. En este marco, examinaremos, por un lado, la regulación de la reforma constitucional en Ecuador, y trataremos, por otro, del establecimiento de los derechos como límite a la reforma constitucional que comporta el artículo 84 de la Constitución. Lo dicho nos permitirá comprender cómo se inscribe la reforma constitucional en la Constitución ecuatoriana de 2008.

Continuaremos examinando el control constitucional de las iniciativas de reforma a la Constitución ecuatoriana, tarea asignada a la Corte Constitucional, máximo órgano de interpretación y control de aquella²⁶³. Finalmente, analizaremos la regulación de la reforma constitucional en clave comparada, tomando como marco de referencia algunos de los países latinoamericanos que desde finales de los ochenta han adoptado nuevas Constituciones, o han modificado sus Constituciones de modo relevante²⁶⁴. Vale señalar que algunos de dichos procesos, por la profundidad de sus cambios, han sido catalogados como nueva ola del constitucionalismo latinoamericano²⁶⁵. Como consecuencia de ello, se trataría, pues, de procesos constituyentes, más que de procesos de reforma constitucional, toda vez que fueron conducidos por Asambleas Constituyentes dotadas de plenos poderes que redactaron nuevas Constituciones, como es el caso de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia. Si

²⁶³ El artículo 429 de la Constitución ecuatoriana señala que la Corte Constitucional es el máximo órgano de control e interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es Quito.

²⁶⁴ Entre los cuales constan Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Perú y Venezuela.

²⁶⁵ Roberto Viciano Pastor, Rubén Martínez Dalmáu, "Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano", en *El Nuevo constitucionalismo en América Latina. Memorias del encuentro internacional El nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI*, Corte Constitucional Ecuador, Quito, 2010, p. 19.

bien, debemos señalar que existen diferencias entre el primero y los tres restantes, las cuales van desde el hecho de que la Constitución colombiana de 1991 no fue aprobada por referéndum²⁶⁶, hasta diferencias más complejas que suponen condiciones propias en términos históricos y de contenido²⁶⁷.

El ejercicio comparado consistirá en señalar qué tipos de procedimientos de reforma constitucional existen en Latinoamérica. Para ello, tomaremos como criterios de análisis los límites materiales, los grados de rigidez, la posibilidad de referéndum, la previsión normativa de la instalación de Asamblea Constituyente. Lo dicho nos permitirá realizar un balance de la reforma constitucional y sus límites materiales en Ecuador. Sin perjuicio de ello, nos referiremos también a los límites a la reforma constitucional en algunos países europeos²⁶⁸ que han ejercido influencia en las nuevas Constituciones latinoamericanas.

1. Aproximación al modelo constitucional ecuatoriano.

Estudiaremos la reforma de la Constitución ecuatoriana a partir del modo como encaja dicha institución dentro del modelo constitucional en su conjunto. En este sentido, dos características que sobresalen de la Constitución ecuatoriana son, por un lado, el carácter garantista, y por otro, el carácter participativo. En esa medida, la reforma constitucional se inscribe en un marco en el que los derechos son el fin más importante entre los que deben ser protegidos por el poder público, y con este objetivo se ha previsto una serie de garantías constitucionales, las cuales, a su vez, se subdividen en normativas, políticas públicas y jurisdiccionales. En consecuencia, cualquier modificación que implique un menoscabo de los derechos está vedada al poder de reforma constitucional, de ahí que el único medio habilitado para un cambio que pueda

²⁶⁶ Roberto Viciano Pastor, Rubén Martínez Dalmáu, art. cit., p. 23.

²⁶⁷ Gerardo Pisarello, *Procesos Constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, Trotta, Madrid, 2012, p. 108.

²⁶⁸ Concretamente Alemania, Italia, Francia y España.

rebajar en algún grado el carácter garantista de la Constitución ecuatoriana es la Asamblea Constituyente, expresión máxima de la participación popular²⁶⁹.

La Constitución vigente en Ecuador fue aprobada por un referéndum en el que contó con el apoyo del 63.93% de los votos válidos, frente a un voto negativo que alcanzó el 28.10%. Por su lado, los votos blancos rondaron el 0.75% y los votos nulos llegaron al 7.23%²⁷⁰. Fue promulgada posteriormente mediante el Registro Oficial 440 del 20 de Octubre de 2008.

Es necesario señalar que la Constitución fue redactada por una Asamblea Constituyente creada como consecuencia de un proceso de consulta popular efectuado el 15 de Abril de 2007, y que gozó del respaldo del 81.72% de los votos válidos ²⁷¹. Adicionalmente, la conformación de dicho cuerpo constituyente contó con una mayoría del movimiento oficial (Alianza País), la cual se traducía en 73 de los 130 escaños que componían la Asamblea Constituyente²⁷².

Entre las distintas lecturas que se pueden hacer de los datos expuestos, nos quedamos con la que apunta al alto grado de legitimidad del que goza, en su origen, la Constitución ecuatoriana vigente, en la medida en que respondió a un proceso articulado, que partió de una consulta popular para la instalación de la Asamblea Constituyente cuyo trabajo desembocó en un Texto constitucional que, finalmente, fue ratificado por una elevada mayoría ciudadana.

²⁶⁹ Como prescribe el artículo 444, la Asamblea Constituyente es convocada por consulta popular y el texto por ella aprobados será sometido a referéndum ratificatorio.

²⁷⁰ Santiago Basabe, "Ecuador: reforma constitucional, nuevos actores políticos y viejas prácticas partidistas", en *Revista de Ciencia Política*, Vol. 29, No. 2, 2009, p. 390-391. Disponible en: http://www.revistacienciapolitica.cl/rcp/wp-content/uploads/2013/10/07_vol_29_2.pdf

²⁷¹ Diario el Comercio, del 7 marzo de 2011. Disponible en: <http://www.elcomercio.com/actualidad/politica/consultas-termometro-politico.html>

²⁷² Al respecto, el profesor Hernán Salgado nos recuerda que por el año 2006 uno de los principales impulsores de la tesis de la Asamblea Constituyente fue el entonces candidato, hoy presidente de la República de Ecuador, Rafael Correa, a la sazón líder máximo del movimiento político Alianza País. Así, Salgado Pesántez subraya que el movimiento oficial alcanzó una mayoría inédita en la Asamblea Constituyente, la cual bordeó el 62% de los escaños. Hernán Salgado Pesántez, "El proceso constituyente de Ecuador. Algunas reflexiones", en *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectiva*, coord. José María Serna de la Garza, UNAM, México, 2009, p. 264 y ss. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2728/11.pdf>.

Seguidamente exponemos las características esenciales que identifican al Texto constitucional ecuatoriano de 2008. Para ello, seguiremos la clásica distinción metodológica que observa las dos partes que coexisten en una Constitución, a saber, dogmática y orgánica.

Empero, debemos señalar que los principios y reglas que dan forma a los derechos y garantías constitucionales son transversales a toda la Constitución²⁷³. Dicha impronta garantista se sintetiza en el artículo 1 de la Constitución ecuatoriana, el cual define al Estado como constitucional de derechos y justicia²⁷⁴, frente a la definición de Estado social de derecho que recogía la Constitución de 1998. Se trata de una denominación novedosa, en la medida en que lo habitual ha sido el señalar al Estado que surge con las Revoluciones modernas como de derecho²⁷⁵, es decir, el Estado donde gobernantes y gobernados se someten al derecho. Fórmula que condensa la aspiración, surgida ya en el siglo XVIII, de lograr el afamado gobierno de las leyes sobre el gobierno de los hombres²⁷⁶.

Así, el Estado de Derecho se caracteriza por la seguridad que brindan los mandatos normativos generalmente prescriptivos, producidos por el legislador como representante de la voluntad popular, frente a la potencial arbitrariedad que implicaría el gobierno de la voluntad de los gobernantes. Los elementos que lo identifican son el imperio de la ley, la división de poderes, la fiscalización del poder y la garantía de los derechos²⁷⁷.

²⁷³ A modo ejemplificativo, tanto el artículo 1 como el 444, inicio y final del articulado constitucional, señalan la importancia de los derechos constitucionales. En el primer caso, como característica del Estado constitucional de derechos y justicia; en tanto que, en el segundo caso, para afirmar que la modificación constitucional que suponga una restricción a los derechos constitucionales, será procesada solamente por medio de una Asamblea Constituyente.

²⁷⁴ El artículo 1 dispone: "El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. (...)".

²⁷⁵ El artículo 1 de la Constitución ecuatoriana de 1998 en su artículo 1 define al Estado como social de derecho.

²⁷⁶ Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, 1ª reimpression, Fondo de Cultura Económica, México, 2003 p. 172.

²⁷⁷ Elías Díaz, "Estado de Derecho", en *Filosofía Política*. Vol. 2, coord. Alfonso Ruiz Miguel, Elías Díaz, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 65-66

La Constitución de Ecuador, al caracterizar el Estado como de derechos y justicia, busca, precisamente, superar el modelo clásico de Estado de Derecho.

En efecto, una explicación a favor de la categoría de Estado constitucional de derechos y justicia afirma que se trata de una nueva forma de Estado, en la que el calificativo de derechos alude a los límites impuestos al poder público. Por un lado, a través de la importancia central que en el ordenamiento constitucional ecuatoriano tienen los derechos y garantías ciudadanas, en aras de construir una sociedad justa; y, por otro, porque con la nueva fórmula cristaliza el valor de la interculturalidad y, con ello, el reconocimiento de un catálogo robusto en materia de derechos colectivos y del pluralismo jurídico²⁷⁸. Se señala también que la nueva forma de Estado instaurada por la Constitución ecuatoriana viene dada por lo innovador del catálogo de sus derechos, carente de clasificaciones generacionales, cambiando, así, la denominación de los derechos civiles por derechos de libertad²⁷⁹, los derechos políticos por derechos de participación²⁸⁰ y los derechos sociales por derechos del buen vivir o *sumak kawsay*²⁸¹, así como por sus garantías, las cuales gozan de una amplia titularidad de ejercicio. A ello habría que añadir la inclusión de categorías originales como los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades²⁸² y los derechos de la naturaleza²⁸³, así como el realce de los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria²⁸⁴.

Todo lo anterior supone la superación de la clásica alusión a la conformación del Estado como de derecho, propio de la tradición liberal, que sujeta los poderes públicos al ordenamiento; por el contrario, la nueva fórmula va más

²⁷⁸ Ramiro Ávila, "El estado constitucional de derechos y justicia", en *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, ed. Ramiro Ávila, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 29.

²⁷⁹ Artículos 66-70 de la Constitución ecuatoriana.

²⁸⁰ Artículos 61-65 de la Constitución ecuatoriana.

²⁸¹ Artículos 12-34 de la Constitución ecuatoriana. *Sumak Kawsay* es una expresión proveniente del *quichwa*, la cual supone la relación armoniosa del individuo con la naturaleza.

²⁸² Artículos 56-60 de la Constitución ecuatoriana.

²⁸³ Artículos 71-74 de la Constitución ecuatoriana.

²⁸⁴ Artículos 35-55 de la Constitución ecuatoriana. Los grupos de atención prioritaria señalados por los artículos son adultos mayores, jóvenes, movilidad humana, mujeres embarazadas, niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad, personas con enfermedades catastróficas, personas privadas de libertad, personas usuarias y consumidores.

allá, ya que la sujeción del Estado se plantea ya no desde la sujeción al derecho sino a los derechos²⁸⁵.

Por ello, una característica esencial del Estado constitucional de derechos de la Constitución de 2008, la cual lo distingue del Estado social de la Constitución de 1998, pasa por el hecho de que la primera amplía y fortalece las garantías de los derechos, lo cual implica, por un lado, los instrumentos de defensa, y, por otro, el desarrollo del contenido de las garantías ya previstas en la segunda²⁸⁶.

La idea de la nueva forma de Estado fue acogida, en su momento, por el antiguo Tribunal Constitucional, en la Resolución que adoptó para transformarse en Corte Constitucional de Transición, la cual tiene como fundamento lo previsto en el artículo 27 del Régimen de Transición²⁸⁷, al afirmar que: “Efectivamente, la Constitución de 2008 establece una nueva forma de Estado, el Estado constitucional de Derechos y justicia, cuyos rasgos básicos son: 1) el reconocimiento del carácter normativo superior de la Constitución; 2) la aplicación directa de la Constitución como norma jurídica, y,

²⁸⁵ Marco Aparicio Wilhelmi, “Derechos: enunciación y principios de aplicación”, en *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, eds. Ramiro Ávila, Agustín Grijalva, Rubén Martínez, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, Quito, 2008, p. 22.

²⁸⁶ Claudia Storini, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos, instituciones*, eds. Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Storini, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009 p. 287.

²⁸⁷ En el referéndum aprobatorio de la Constitución se incluyó, además, de las Disposiciones Transitorias, de la Disposición Derogatoria, y de la Disposición Final, un Régimen de Transición, los cuales entraron en vigencia con su publicación el 20 de Octubre de 2008, en el Registro Oficial no. 449, de conformidad a lo prescrito por la Disposición Final. El Régimen de Transición señala en su artículo 1 que de aprobarse en referéndum popular la Constitución, se aplicarían las normas establecidas en él, el cual regulaba, por un lado, el tema de las elecciones y, por otro, el de la Transición Institucional. En el artículo 25 de dicho Régimen de Transición se prescribe que la primera Corte Constitucional sería designada por una comisión calificadora, y se daría una vez que se hubieran constituido las nuevas funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social. Aquella, se llamó Corte Constitucional de Transición porque no fue escogida de acuerdo con lo señalado en el artículo 25 del Régimen de Transición, es decir, se trató de un órgano de tránsito entre el Tribunal Constitucional contemplado en la Constitución de 1998 y la primera Corte Constitucional bajo la Constitución de 2008. Así, la Corte Constitucional de Transición asumió las competencias otorgadas por la Constitución de 1998 al extinto Tribunal Constitucional, así como las nuevas potestades reconocidas por la Constitución de 2008 a la primera Corte Constitucional, la cual surge por concurso, conforme al procedimiento establecido en el artículo 434 de la Constitución.

3) el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho²⁸⁸”.

Posteriormente, la Corte Constitucional de Ecuador para la Transición, en una de sus primeras sentencias²⁸⁹, volvió a dar su criterio en relación con la categoría de Estado, señalando que: “El Estado constitucional de los derechos y justicia, es a su vez, una forma particular de expresión del Estado de Derecho, caracterizada por la existencia de una Constitución material y rígida, el carácter normativo y vinculante de la misma; y el control judicial de constitucionalidad en cabeza de un órgano especializado, que tiene la potestad de interpretar, en última instancia, la Constitución”.

Como se puede observar, tanto la teoría como la práctica constitucional se han hecho eco de la nueva forma de Estado. No obstante, desde el plano teórico, la doctrina ha descrito de mejor forma los rasgos distintivos y novedosos de esta nueva forma, como son el carácter plural del Estado, la importancia de la participación ciudadana y la rica gama y amplia titularidad de los derechos y garantías, cambios estos que, permiten pensar que la sustitución de la categoría de derecho por el de derechos no supone una distinción trivial. Por el contrario, en el caso de la Corte Constitucional, las características atribuidas al modelo, a saber, Constitución material, rígida y de carácter normativo, la existencia de la justicia constitucional y el hecho de que sus pronunciamientos constituyan fuente de derecho, aparecen de suyo con la idea de cualquier Estado constitucional y democrático contemporáneo, y por tanto, no entrañaría mayores cambios. En esa medida, como vemos no coincide el planteamiento que del Estado constitucional de derechos y justicia se hace desde la academia con el desarrollado por la Corte Constitucional.

Ahora bien, la crítica desde el plano conceptual que se ha formulado al Estado constitucional de derechos y justicia reside en la idea de que dicha redacción

²⁸⁸ Tribunal Constitucional de Ecuador, Resolución de 21 de octubre de 2008, p. 34. Disponible en: <http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/detalleSentencias.php>.

²⁸⁹ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 002-08-SI-CC, p. 11, de 10 de diciembre de 2008. Disponible en: <http://doc0.corteconstitucional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/4d660029-6866-4c0b-9add-ace8f1d31066/0005-08-IC-sen.pdf?quest=true>.

supondría el otorgamiento de derechos al Estado y, con ello, caminaría a contrasentido de la teoría y la costumbre política y jurídica, que ha entendido a los derechos como esfera de no intervención del Estado y, por tanto, de protección del individuo frente al Estado²⁹⁰. Asimismo, en el plano teórico se observa que en la definición del modelo de Estado se entremezclaron varios elementos, lo que vuelve una tarea compleja el encontrar la unidad entre todos ellos, así como entre las tradiciones de pensamiento que subyacen a dichos elementos²⁹¹.

Por otro lado, desde una arista empírica se señala que este modelo de Estado, utilizando ropajes democráticos y constitucionales, ha socavado los fundamentos del Estado social de derecho y la institucionalidad representativa, tanto por el lado de fortalecer la posición central del Estado en la vida de la comunidad, a través de un Presidente de la República con amplios poderes políticos, normativos y económicos, como por el hecho de apelar de modo permanente y directo al pueblo, prescindiendo de los órganos representativos²⁹².

A partir de lo expuesto, debemos decir que la inclusión de la s al final de Estado de derecho no implica, necesariamente, una novedad teórica con respecto a la categoría tradicional. Y es así porque las características propias del Estado de Derecho posterior a la Segunda Guerra Mundial, es decir, en su

²⁹⁰ Fabián Corral, "Estado de derechos y justicia", en el *Comercio*, 6 de octubre de 2011. Disponible en <http://www.elcomercio.com/opinion/derechos-y-justicia.html>.

²⁹¹ Pedro Salazar Ugarte, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano", en *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, coord. Luis González Pérez, Diego Valadés, UNAM, México, p. 357. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/22.pdf>.

²⁹² Luis Fernando Torres, "El presidencialismo constituyente y el Estado constitucional de Montecristi", en *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, pp. 429-430. Este estilo de gobernar nos recuerda al bonapartismo, el cual, según Rodrigo Borja, es el "régimen autoritario que surge en circunstancias de desorden social y de pugna de poderes entre el parlamento y el ejecutivo y en que aquél finalmente queda subordinado a éste, cuyo jefe asume facultades extraordinarias para imponer el orden y promueve después la "legitimación" de todo lo actuado a través de alguna forma de participación popular...", Rodrigo Borja, *Enciclopedia de la Política*, Tomo I, Fondo de Cultura Económica, México, 2007, pp. 105-106. Por otro lado, hay que señalar que la apelación a los pronunciamientos directos del pueblo no suele darse siempre como un factor de legitimación democrática de las decisiones políticas, por el contrario, su uso suele corresponder al hecho de que los jefes del Ejecutivo no gozan del respaldo de la mayoría legislativa, o, en el peor escenario, se da cuando se intenta legitimar acciones cuestionables desde el punto de vista político o jurídico.

variante social y democrática, son contempladas por el nuevo constitucionalismo ecuatoriano. A saber, la constitucionalidad y la legalidad, la cual implica el sometimiento de todos los habitantes del territorio ecuatoriano a un ordenamiento jurídico en el que la Constitución es la máxima norma de dicho ordenamiento y la ley es la expresión de una asamblea representativa, así como, el control y fiscalización de los actos del poder público y, finalmente, el papel del activo Estado, a través de la prestación de una serie de derechos económicos y sociales, los cuales son conocidos en la actual Constitución como derechos del buen vivir o *sumak kawsay*; y de su intervención en las condiciones en las que debe ejercerse la actividad económica.

En esa medida, a diferencia de una parte de la doctrina ecuatoriana, la cual promueve la existencia de un nuevo modelo que incluye y supera al Estado de Derecho, consideramos que el Estado constitucional de derechos y justicia sería, pues, una variante, con particularidades culturales propias, del Estado de Derecho. Por ello, comporta, como elementos básicos, una Constitución que se entiende como norma jurídica suprema, la cual reconoce una serie de derechos protegidos por medio de garantías primarias como es el caso de la rigidez, y confiere un papel de primer orden a la justicia constitucional a la hora de hacer efectivas dichas garantías.

Por otra parte, recuerda Rubio Llorente que, cuando la Constitución, además de ser norma jurídica, tiene eficacia directa, no será solo norma sobre las normas, sino norma aplicable, es decir, no será solo fuente sobre la producción sino también fuente de derecho²⁹³. En consecuencia, la Constitución como norma jurídica se caracteriza por su fuerza normativa, la cual implica que en un Estado constitucional las leyes infraconstitucionales deben desarrollar de modo garantista el contenido de los derechos. Así, mientras aquellas regulan los derechos, estos las limitan. Dicha relación entre ley, Constitución y derechos sólo es posible cuando la fuerza normativa es garantizada jurídicamente²⁹⁴.

²⁹³ Francisco Rubio Llorente, "La Constitución como fuente del derecho", en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, p. 65.

²⁹⁴ Agustín Grijalva, "Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional", en *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, p. 277.

La consideración de la Constitución ecuatoriana como norma suprema sobre el resto de las normas se encuentra recogida en su artículo 424, y su calidad de derecho directamente aplicable se halla en el artículo 426, en tanto que los procedimientos de reforma, con distintos grados de rigidez, lo que apunta a exigir los mayores requisitos cuando se vaya a reformar la fórmula política de la Constitución o a restringir los derechos constitucionales, van del artículo 441 al 444. Finalmente, las atribuciones de la Corte Constitucional se desarrollan en los artículos 429 y 436. Por lo dicho, podemos colegir el carácter de norma jurídica de la Constitución de Ecuador²⁹⁵.

Una de las principales novedades del Estado constitucional de derechos y justicia, a nuestro juicio, vendría por el lado del reconocimiento de lo pluricultural y multiétnico de Ecuador, así como por el reconocimiento de derechos sociales y de grupo. En dicho escenario es muy importante el papel dirigente del Estado permitiendo las condiciones para un ejercicio real de los derechos de forma adaptada a las circunstancias de la sociedad ecuatoriana.

En efecto, una de las distinciones de la Constitución de 2008 sobre la de 1998 radica, precisamente, en la nueva denominación que otorga la primera a los derechos económicos y sociales, más el reconocimiento de los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades²⁹⁶. Vale señalar que estos elementos no son baladíes, en la medida en que responden a una visión intercultural, *sumak kawsay*, fundada en los saberes culturales de los pueblos ancestrales andinos, la cual promueve una relación armoniosa del individuo con la naturaleza²⁹⁷, en la que el papel del Estado es decisivo para su puesta en práctica.

²⁹⁵ Agustín Grijalva es escéptico respecto a esta afirmación, debido a la brecha existente entre normatividad y realidad. Así, cuestiona que en Ecuador se haya respetado la fuerza normativa de la Constitución, en la medida en que dicho carácter ha tenido vigencia formal desde comienzos de la República, pero una eficacia precaria hasta nuestros días. Agustín Grijalva, "Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional", en *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, p. 278.

²⁹⁶ En la Constitución de 1998 se encontraban regulados en el capítulo 4, que va del artículo 30 al artículo 82.

²⁹⁷ Como señalan Montaña y Pazmiño, una característica importante del modelo constitucional ecuatoriano es el reconocimiento del carácter multiétnico y pluricultural de las naciones andinas, así como la importancia del derecho internacional de los derechos humanos. Véase Juan Montaña y Patricio Pazmiño, "Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo

En suma, la transformación del Estado de Derecho a Estado de derechos supondría la figura del Estado como responsable principal en la realización de los derechos, modificando, en consecuencia, la función de la Constitución frente al proceso político. Así, aquella va mas allá de su tarea de protección de la sociedad frente al poder público, para convertirse en instrumento del poder político para la realización de los derechos²⁹⁸.

De ahí, precisamente, la importancia que otorga la Constitución de 2008 al papel del Estado en la economía, el cual se ve reflejado en el llamado Régimen de Desarrollo, regulado del artículo 275 al artículo 280. En los artículos mencionados, es manifiesta la capacidad del Estado en la planificación de la economía, tarea que deberá contar con la participación de los ciudadanos y de los distintos niveles de gobierno territorial²⁹⁹. Con este fin, se crea un Consejo Nacional de Planificación y se establece la obligación de concebir un Plan Nacional de Desarrollo, el cual se concretiza en el Presupuesto General del Estado. Por el contrario, en la Constitución de 1998 casi no aparece la función planificadora del Estado, que se regulaba de modo amplio en los artículos 254 y 255 bajo el rótulo de planificación económica y social.

En consecuencia, a partir de la Constitución de 2008 la intervención estatal en la economía apunta a la realización efectiva de los derechos del buen vivir, lo cual supone, por un lado, una importante intervención del Estado en actividades económicas, y, por otro, la necesidad de la participación y movilización ciudadana para que aquellas finalidades se cumplan.

constitucional ecuatoriano”, en *Manual de Justicia Constitucional ecuatoriana*, coord. Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Soliz, Centro de Estudios/Corte Constitucional Ecuador, Quito, 2013, p. 39.

²⁹⁸ Julio Echeverría, “El Estado en la nueva Constitución”, en *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, p.14.

²⁹⁹ En cuanto a la organización territorial del Estado ecuatoriano, la Constitución, en su artículo 242, lo define como unitario que se organiza de modo descentralizado, dividido territorialmente en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales. La Constitución contempla distintos niveles de gobiernos autónomos descentralizados. Así, el Texto constitucional, en su artículo 238, establece los consejos regionales, los consejos provinciales, los concejos municipales, los consejos metropolitanos, como el caso de Quito, y las juntas parroquiales rurales.

Con todo, debe señalarse que una Constitución tan compleja como la de Ecuador muestra, en ocasiones, importantes dificultades a la hora de su aplicación. Por ejemplo, la gran extensión de los derechos constitucionales hace que, para resolver algunas controversias, deban realizarse difíciles ponderaciones entre derechos. Se encuentra siempre abierta, por otra parte, la cuestión de la eficacia práctica de los derechos sociales, a los que la Constitución ecuatoriana dota de amplio reconocimiento y de plenas garantías. Finalmente, el tema de la eficacia directa provoca también algunas dificultades, sea porque en algunas ocasiones ha sido tomado por los órganos judiciales como pretexto para saltar por encima de prescripciones legales, sea porque, en otras, no ha sido realmente asumido por los jueces ni por los órganos de la estructura política del Estado, como ocurrió, por ejemplo, con motivo de la aprobación de la Ley de Minería³⁰⁰, en la medida en que, como señala el artículo 57 número 7 de la Constitución, a dicha aprobación debía anteceder una consulta a los posibles afectados por su promulgación, mandato constitucional que no fue cumplido por parte de la Asamblea Nacional, la cual sostuvo que no se podía implementar el proceso consultivo porque no existía norma legal que lo desarrollara³⁰¹.

Para el análisis de la Constitución ecuatoriana, Marco Navas identifica en ella tres polos: uno garantista, otro participacionista³⁰² y un último republicanista. Los tres, más allá de responder a construcciones teóricas diferentes³⁰³, han

³⁰⁰ Publicada en el Suplemento del Registro Oficial 517 de 29 de enero de 2009.

³⁰¹ La falta de consulta afecta al derecho colectivo de los pueblos y nacionalidades indígenas a ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa. La Corte Constitucional de Ecuador no declaró la inconstitucionalidad de dicha Ley, aduciendo que el proceso previo de socialización previsto por la Constitución, en esta ocasión iba a ser entendido como consulta prelegislativa, acudiendo para ello a una sentencia interpretativa que condiciona la constitucionalidad de varios artículos de la Ley de Minería de manera que sean interpretados conforme a la Constitución. Al respecto puede consultarse la Sentencia 001-10 SIN-CC, de 18 de marzo de 2010.

³⁰² El carácter participativo y garantista del Texto constitucional ecuatoriano también es sostenido por Julio Echeverría, art. cit., pp. 13-18.

³⁰³ Por ejemplo, para el modelo garantista, entre otras cosas, los jueces son los encargados de proteger los derechos de las decisiones de los potenciales abusos de los órganos mayoritarios y, consecuentemente tienen la última palabra en la determinación de los contenidos de los derechos. En tanto que, desde el modelo participacionista, los órganos políticos mayoritarios deberían tener la última palabra en la fijación de dichos contenidos, es decir, la política debería estar por encima de la justicia. Ahora bien, el componente participacionista, a decir de Pablo Andrade, es fruto del conjunto de actores políticos, académicos y movimientos sociales que intervinieron en la Asamblea Constituyente, los cuales, si bien, guardaban diferencias en sus planteamientos, confluían en un pensamiento de corte republicano, comunitario, así como

encontrado cabida en el Texto constitucional. Así, entiende por polo garantista al amplio catálogo de derechos y garantías constitucionales que recorre la Constitución. En este contexto, la justicia constitucional juega un papel preponderante, ya que tiene como objetivo limitar el potencial abuso que los órganos mayoritarios podrían infligir a los derechos de las minorías. En efecto, como lo señala el artículo 429 de la Constitución, la Corte Constitucional es el máximo órgano de interpretación y control constitucional, lo cual supone, entre otras cosas, que el desarrollo de la jurisprudencia constitucional contribuye en gran medida a la definición de los contenidos de los derechos³⁰⁴. Lo dicho se concreta en el artículo 1 de la Constitución, que, al definir al Estado como constitucional de derechos, viene a configurar su principal finalidad, y, a la par, justifica la existencia y la organización de aquel. El polo participacionista, por su lado, realza la importancia de la participación democrática de la ciudadanía en la construcción de la voluntad pública, a través de un amplio desarrollo de los instrumentos de democracia directa que complementa las lógicas representativas, para lo cual la Constitución establece un entramado institucional que da operatividad a dicha participación. Así, la participación como derecho ciudadano se ve protegida por garantías normativas, de política pública y jurisdiccionales. Adicionalmente, en la Constitución se crean dos nuevas funciones que tienen como finalidad potencializar la participación ciudadana, por un lado, la Función de Transparencia y Control Social y, por otro, la Función Electoral. En tanto, el polo republicanista alude a aquella actuación del Estado en los ámbitos económicos y productivos desarrollada con el fin de dejar atrás el modelo neoliberal imperante hasta ese momento y apostar, en consecuencia, por la redistribución de la riqueza nacional, en aras de cristalizar la visión política de un Estado nacional fuerte que promueve

democrático radical, que gestó lo que el autor denomina “participacionismo”. Véase, Pablo Andrade, “El reino (de lo) imaginario: los intelectuales políticos ecuatorianos en la construcción de la Constitución 2008”, en *Ecuador Debate*, No. 85, CAAP, Quito, p. 42.

³⁰⁴Agustín Grijalva, “Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional”, en *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, p. 278. Marco Navas, por su parte, además de observar la importante función de protección de derechos que hace la Corte Constitucional, por lo amplio de sus atribuciones la califica como la gran decisora en situaciones de gran complejidad. Véase, Marco Navas Alvear, “La justicia constitucional en el Ecuador, entre la política y el derecho”, en *Jurídicas*, No. 2, Vol. 10, Universidad de Caldas, p. 189. Lo anotado por el profesor Navas se refiere a que, por ejemplo, según lo dispone el artículo 129 de la Constitución, para iniciar un juicio político al presidente de la República se requiere de dictamen de admisibilidad de la Corte Constitucional.

profundos cambios en las relaciones sociales, contando con la participación activa en todo instante de la comunidad política³⁰⁵.

Los tres ejes sobre los que se asienta la Constitución ecuatoriana confluyen en la necesidad de garantizar el efectivo goce de los derechos. Para dicho fin, en el marco conceptual en el que se mueve la Constitución es imprescindible la participación de la ciudadanía, tanto desde los espacios institucionales formales, como ocurre en los procesos de creación normativa constitucional y legal, como en el seguimiento social de la implementación de dicha normativa en políticas públicas concretas, las cuales demandan, además, una posición del Estado activa en la economía³⁰⁶. En ese sentido, desde el Estado se promueven determinados valores, como la justicia, la cooperación y la solidaridad, los cuales son puestos en práctica por unos ciudadanos activos en la vida pública.

Lo dicho trae aparejado el reconocimiento de un mayor número de derechos en la Constitución, cuestión que, a la vez, implica un aumento del grado de intervención estatal en la economía para su satisfacción. Esto supone, por un lado, que crezca el ordenamiento jurídico, por la necesidad de aprobar nuevas regulaciones para normar el funcionamiento de las entidades públicas creadas para garantizar el rico catálogo de derechos, y, por otro, que la creciente intervención de lo público implica un potencial recorte en el plano de las libertades individuales de corte económico. La cuestión radica, entonces, en establecer una intervención estatal en el campo económico que sea proporcional con los espacios de la libertad reconocidos a los particulares. Sin olvidar, por supuesto, la finalidad social del sistema económico, como mecanismo de garantía del buen vivir de los ecuatorianos.

³⁰⁵ Marco Navas Alvear, art. cit. pp. 186-201. En relación con la filosofía política republicana, la cual tiene como premisa fundamental la idea de libertad como carencia de dominación no aceptada legítimamente, se destaca la obra de Quentin Skinner y de Philip Pettit. Al respecto, puede consultarse Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. 5ª impresión. Paidós, Barcelona, 2010, pp. 161-186.

³⁰⁶ Sobre todo en lo relacionado al régimen de desarrollo. Así, en el artículo 277, número 2, encarga al Estado la dirección, planificación y regulación del proceso de desarrollo, en tanto que en el número 3 del mismo artículo atribuye al Estado la generación y ejecución de las políticas públicas, reservándose la facultad de controlar y sancionar su incumplimiento.

Bruce Ackerman distingue tres modelos de democracia constitucional, tipología que, guardando las diferencias existentes con el ordenamiento constitucional ecuatoriano, nos puede ayudar a comprenderlo. Así, partiendo del “dualismo norteamericano”, Ackerman lo caracteriza por la existencia de dos niveles distintos de decisiones políticas, unas relativas a los “momentos extraordinarios”, o constitucionales, y otras a los “momentos ordinarios”, o política ordinaria³⁰⁷. De ahí que las primeras decisiones, al ser adoptadas por un pueblo movilizado y deliberante, suelen estar recogidas en la Constitución³⁰⁸ y, en esa medida, deben ser protegidas judicialmente de las decisiones adoptadas ordinariamente por el poder legislativo³⁰⁹. Este modelo dualista confronta, por un lado, al monista de raíz británica, y, por otro, al fundamentalista de estirpe alemana.

El “monismo constitucional” no distinguiría entre distintos niveles de decisión, dado que todas ellas tendrían la característica de decisiones ordinarias adoptadas por el Parlamento o el Congreso³¹⁰, a la sazón, órganos políticos legitimados democráticamente. En efecto, la idea central es que no hay autoridad legítima con mayor importancia que un Parlamento electo por el pueblo y, por ello, se debe descartar que la Constitución o una Carta de Derechos señalen materias vedadas a la decisión del órgano democrático representativo³¹¹. En esta medida, se señala al modelo británico como referencia del monismo, el cual, por la omnipotencia del Parlamento, no contemplaría controles judiciales de constitucionalidad³¹².

³⁰⁷ Bruce Ackerman, *We the people. Foundations*, pp. 6-7.

³⁰⁸ Se señala que suelen estar incorporadas a la Constitución. Sin embargo, lo que caracteriza al momento extraordinario del modelo dualista es la amplia movilización ciudadana, acompañada de un fuerte proceso de discusión sobre un tema de interés público. De ahí que un momento constitucional no se vea reflejado necesariamente en un cambio de la Constitución, sino también en modificaciones legales, como aquellas tendentes a la integración racial que siguieron a la guerra civil norteamericana, o en sentencias como las dictadas en los años cincuenta o setenta por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, con fallos como *Brown vs. Board Education*, o *Roe vs. Wade*, respectivamente. Véase, Roberto Gargarella, *La justicia frente al Gobierno*, pp.155-157.

³⁰⁹ Bruce Ackerman, ob. cit., p. 6.

³¹⁰ Bruce Ackerman, ob. cit., p. 7-8.

³¹¹ José Luis Pérez Triviño, “Una revisión de la soberanía del Parlamento británico”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, 54, 1998, p. 197.

³¹² Situación que ha ido cambiando con la entrada en vigor de la *Human Rights Act* de 1998, la cual supuso la incorporación del Convenio Europeo de Derechos Humanos al ordenamiento jurídico británico. A decir de Blanca Rodríguez, lo interesante del sistema constitucional introducido a partir de la *Human Rights Act* es que implica un mayor protagonismo del poder

Por su lado, el “fundamentalismo constitucional” centra su atención en la importancia de la protección de un núcleo duro de derechos y garantías constitucionales, frente a las decisiones de los órganos mayoritarios, los cuales potencialmente pueden afectarlos. En esta medida, confía la protección de los derechos y libertades en los tribunales.

Los sistemas fundamentalistas se diferencian de los dualistas y de los monistas en la importancia que los dos últimos otorgan, respectivamente, a las decisiones provenientes de la soberanía popular, ya sea, de modo directo, “*higher lawmaking*”, o por medio de representantes, a través de los Parlamentos o Congresos, “*normal lawmaking*”³¹³. Lo dicho no implica que los sistemas fundamentalistas no compartan la importancia de la soberanía popular, sino solo que señalan que deben ser los tribunales, y no los órganos con legitimación democrática de origen, los que tengan la última palabra en la comprensión de la Constitución y de los derechos. Así, los sistemas fundamentalistas comprenden los derechos como vallas a la consecución de determinados objetivos colectivos por parte de los órganos con legitimación democrática directa o indirecta³¹⁴. Finalmente, Ackerman señala como prototipo del modelo fundamentalista al sistema constitucional alemán, donde el Tribunal Constitucional Federal juega un rol de primera importancia en la protección de los derechos ciudadanos³¹⁵, calificados como fundamentales, añadiríamos nosotros.

judicial frente al Parlamento, pero no desde una lógica confrontativa, esto es, a partir del principio de jerarquía normativa, el cual supone la superioridad jerárquica de la normativa internacional sobre el resto de leyes parlamentarias, y, de ahí, la obligación de los jueces de aplicar en caso de conflicto las normas del derecho internacional. Por el contrario, se persiguen lógicas dialogantes entre el Parlamento y los jueces, debido a que, por ejemplo, a partir de la normativa incorporada en la *Human Rights Act*, los jueces no pueden inaplicar o derogar normativa con rango de ley sobre el criterio de que colisiona con derechos reconocidos en aquella. En dichos casos, lo que pueden hacer los jueces es emitir una declaración de incompatibilidad, la cual presiona al Parlamento a modificar la ley de conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Véase, Blanca Rodríguez Ruiz, “Entre la soberanía parlamentaria y los derechos humanos: Seguridad y política antiterrorista en el Reino Unido”, en *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, dir. Javier Pérez Royo, coord. Manuel Carrasco Durán, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 106-108.

³¹³ Bruce Ackerman, ob. cit., pp. 10-11.

³¹⁴ Bruce Ackerman, Carlos Rosenkratz, “Tres concepciones de la democracia constitucional”, en *Cuadernos y Debates*, no. 29. *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 23.

³¹⁵ Bruce Ackerman, *We the people. Foundations*, p. 15.

Se debe decir que el modelo dualista implica algunas complejidades, como el hecho de llegar a determinar cuando estamos frente a un proceso extraordinario que suponga un “momento constituyente”. Si bien Ackerman señala que podemos reconocer dicho momento por la amplia movilización ciudadana y la calidad deliberativa, esto conlleva un problema en temas de diseño constitucional para llevarlo a la práctica³¹⁶. Por ejemplo, como ha sido dicho, los momentos constituyentes en la tradición constitucional norteamericana no se traducen necesariamente en una enmienda a la Constitución, por medio del procedimiento contemplado en el artículo 5 de su Constitución. Por el contrario, la fijación de un “momento constituyente” en los países de tradición europea continental no supone mayor dificultad, en la medida en que la movilización como la amplia deliberación en torno a un tema constitucional llega a concretarse en el momento en que se reforma la Constitución.

Por otro lado, en relación con el sistema fundamentalista debemos señalar que, si bien el Tribunal Constitucional alemán, lo mismo que el resto de tribunales constitucionales europeos, juega un papel de primer orden en la protección de los derechos y en la defensa de la supremacía constitucional; ello, sin embargo, no significa de ninguna manera que la justicia constitucional pueda reformar la Constitución, en la medida en que dicha tarea está reservada al poder constituyente que crea la Constitución. En otras palabras, que el Tribunal fije la interpretación vinculante de la Constitución, no quiere decir que se encuentre sobre la Constitución, a la cual debe su existencia³¹⁷.

Entre los modelos constitucionales descritos, Ecuador consistiría, por un lado, en una democracia dualista, en la medida en que se distinguen diferentes tipos de decisiones, por un lado, las extraordinarias, adoptadas por el pueblo y contenidas en la Constitución, y, por otro, las ordinarias, adoptadas por los poderes constituidos, las cuales siempre deberán guardar conformidad con las

³¹⁶ Bruce Ackerman, Carlos Rosenkratz, “Tres concepciones de la democracia constitucional”, p. 17, nota al pie 3.

³¹⁷ Konrad Hesse, ob. cit., p. 36. Más adelante, el profesor alemán nos recuerda que la interpretación constitucional tiene como límites el quebrantamiento constitucional, el cual supone la desviación del texto en un caso concreto, y, por otro, la reforma de la Constitución a través de la interpretación, Konrad Hesse, ob. cit., p. 52.

primeras. Así, cuando una decisión de cualquier órgano con potestad normativa no sea conforme con lo que determina la Constitución ecuatoriana, podrá demandarse su inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional. Además, tendría rasgos propios de una democracia fundamentalista, debido a que una de las señas particulares de la Constitución de 2008 es el fuerte acento en materia de derechos y garantías constitucionales, los cuales son puestos a resguardo de toda potencial violación, gracias a un sistema de justicia constitucional garantista.

A partir de lo dicho, a continuación analizaremos los puntos claves de la Constitución ecuatoriana de 2008 con respecto a su predecesora de 1998 en temas como los derechos y garantías constitucionales, la importancia de la participación política ciudadana, y el surgimiento de dos nuevas funciones.

1.1 Los derechos y garantías constitucionales.

La Constitución actual³¹⁸ ha introducido algunos nuevos derechos y ha regulado el ejercicio de otros que fueron ya contemplados en la Constitución de 1998³¹⁹. Así, dentro de los nuevos derechos reconocidos, se destacan los relativos a los económicos, sociales y ambientales³²⁰, que, rebozados por la noción andina del *sumak kawsay*, han supuesto la incorporación, por poner algunos ejemplos, de los derechos, en el artículo 12, al agua; en el artículo 13, a la alimentación y a la soberanía alimentaria; en el artículo 34, la universalización de la seguridad social; y en el artículo 71, uno de los más novedosos, los derechos de la naturaleza. Estos, sumados al amplio catálogo

³¹⁸ El Título II y el III de la Constitución de 2008, regulan los derechos y las garantías constitucionales, respectivamente. A su vez, el Título II se subdivide en nueve capítulos, principios generales, derechos del buen vivir, derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, derechos de participación, derechos de libertad, derechos de la naturaleza, derechos de protección, responsabilidad. En tanto, el Título III se subdivide en tres capítulos, garantías normativas, de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana, y garantías jurisdiccionales.

³¹⁹ La Constitución de 1998 en el Título III, que regulaba los derechos, garantías y deberes se subdividía, a su vez, en siete capítulos, los cuales aludían a los principios generales, a la clasificación que los diferenciaba en civiles, políticos y sociales, a los derechos colectivos, a las garantías constitucionales, y a los deberes y responsabilidades.

³²⁰ Vale señalar que se mantienen los clásicos derechos sociales relativos a la educación en el artículo 26, a la vivienda en el artículo 30, a la salud en el artículo 32, y al trabajo y a la seguridad social en los artículos 33 y 34 de la Constitución.

de derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, regulados a partir del artículo 35; a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, regulados desde el artículo 56, amparados en el carácter plurinacional del Estado ecuatoriano; y a los derechos de participación política recogidos desde el artículo 61, configuran un Texto constitucional extremadamente generoso en materia de derechos.

El artículo 11 de la Constitución vigente regula los principios de aplicación de los derechos. Entre las novedades que trae en relación con el Texto constitucional de 1998, destaca, en su número uno, la posibilidad del ejercicio de derechos de modo individual o colectivo; en el número tres, la aplicación directa de los derechos constitucionales; en el número cuatro, la garantía del contenido esencial de los derechos y garantías; y, en el número seis, el principio que determina que “todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”.

El principio de aplicación número seis transcrito supone un rasgo definitorio del constitucionalismo ecuatoriano, en la medida en que, por un lado, pasa a establecer que todos los derechos recogidos en la Constitución son fundamentales³²¹, esto es, que son de directa aplicación y, que en caso de su inobservancia, se puede activar la garantía jurisdiccional correspondiente; y, por otro, termina con la distinción generacional de los derechos. Así, se persigue acabar con la idea de que solamente los derechos de primera generación, esto es, los civiles y políticos, son derechos en sentido estricto, en tanto que, por ejemplo, los económicos y sociales serían meras declaraciones de buena voluntad de los Estados, los cuales no implicarían *per se* un mandato de exigibilidad que debiera ser plenamente satisfecho. Ocurre algo similar con los derechos colectivos, los cuales tienen una gran importancia, por tratarse Ecuador de un Estado intercultural y plurinacional, como prescribe el artículo uno de la Constitución.

³²¹ De ahí que, en el caso ecuatoriano, sea más apropiado hablar de derechos constitucionales que de fundamentales, en la medida en que las Constituciones que recogen la categoría de fundamentales conceden esta característica solamente a determinados derechos, únicos a los que protegen, además, con una garantía jurisdiccional.

Además, para asegurar la efectividad de todos los derechos se han establecido tres tipos de garantías dentro de la Constitución. Así, en el artículo 84 de la Constitución aparecen configuradas las llamadas garantías normativas, que disponen, ante todo, que todo órgano con potestad normativa debe adecuar el contenido de sus regulaciones a los derechos. Junto a ello, se señala que la reforma constitucional no puede restringir el alcance de los derechos, algo que supone, por un lado, una garantía normativa, y, por otro, una limitación explícita al poder de reforma de la Constitución, como desarrollaremos más adelante.

El artículo 85 del Texto Constitucional desarrolla las garantías de políticas públicas y servicios públicos, por las cuales la actividad de la administración pública deberá en todo momento atender a la protección y promoción de los derechos; es más, incluso, de conformidad con el artículo 88, que regula la acción de protección, existe la posibilidad de interponer una demanda cuando una política pública vaya en contra del goce efectivo de los derechos.

Por último, las garantías jurisdiccionales, esto es, las conocidas por los jueces, han crecido en relación a las cuatro contempladas en la Constitución de 1998³²². Hoy en día existen siete garantías jurisdiccionales: la acción de protección (art. 88) -cuyo antecedente fue el amparo constitucional-, la acción extraordinaria de protección (art. 94) –amparo contra sentencias-, el hábeas corpus (art. 89), el hábeas data (art. 92), el acceso a la información pública (art. 91), la acción por incumplimiento (art. 93) y las medidas cautelares (art. 87).

En este terreno, la diferencia principal entre la Constitución vigente y su predecesora de 1998 radica en que en la Constitución de 1998 se entendía como garantías constitucionales de modo casi exclusivo a las jurisdiccionales, es decir, a las encargadas a los tribunales superiores o especializados en materia constitucional³²³.

³²² Acción de amparo constitucional, hábeas data, hábeas corpus, acceso a la información pública y a la Defensoría del pueblo.

³²³ Agustín Grijalva, “Las garantías constitucionales en Ecuador: doctrina y evolución en las constituciones”, en *Constitucionalismo en Ecuador*, p. 246.

1.2 Dos nuevas funciones: Transparencia y Control Social y Electoral³²⁴.

A diferencia del Texto constitucional ecuatoriano de 1998, como del resto de marcos constitucionales comparados³²⁵, los cuales regulan la existencia de las tres clásicas funciones del Estado, la Constitución de 2008 contempla cinco funciones: las tradicionales, Ejecutiva, Legislativa, Judicial, más dos nuevas, la de Transparencia y Control Social y la Electoral.

Ya desde el artículo 1 de la Constitución ecuatoriana se destaca la soberanía popular como base del sistema institucional, ya sea expresada por medio de representantes, o través de los instrumentos de democracia directa, lo que supone la importancia que la Constitución le otorga a la participación popular. Dicha participación ciudadana, por un lado, apunta a coadyuvar en la gestión de la administración pública y, por otro, contribuye a controlar y fiscalizar los posibles actos de corrupción.

A partir del escenario señalado, surge, precisamente, la Función de Transparencia y Control Social, cuya naturaleza y funciones se describen en el artículo 204 de la Constitución, el cual señala al pueblo como mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación³²⁶. La Función de Transparencia y Control Social impulsará el control de los organismos del poder público, así como de las personas naturales o jurídicas particulares, para que brinden servicios públicos de

³²⁴ Se maneja indistintamente los términos funciones o poderes de Estado.

³²⁵ Venezuela, al igual que Ecuador, contempla un sistema de instituciones conformado por cinco funciones de Estado; por su lado, Bolivia contempla cuatro funciones en su Constitución de 2009 (art. 12), las tres clásicas más la electoral, pero no cuenta, a diferencia de Ecuador y Venezuela, con una de participación y control social. El antecedente de este poder en el contexto sudamericano suele ser atribuido a Simón Bolívar, el cual, en su Proyecto de Constitución de Bolivia de 1826, en su artículo 8, decía: “El Poder Supremo se divide para su ejercicio en cuatro secciones: Electoral, Ejecutiva, Legislativa y Judicial”. Al respecto véase Albert Noguera, “Participación, Función Electoral, y Función de Transparencia y Control Social”, en *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, p. 152.

³²⁶ En este sentido, el profesor Julio César Trujillo, advierte que estos órganos de participación de la sociedad civil pueden constituir frenos a los eventuales abusos del poder, principalmente del Ejecutivo. Sin embargo, para ello es necesario que vayan acompañados de una sociedad civil empoderada de sus derechos y de las garantías que los hacen valer. Julio César Trujillo, “Sociedad civil, Estado y participación”, en *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, p. 21.

calidad. Finalmente, la Función de Transparencia y Control Social se muestra como un complejo organizativo conformado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Contraloría General del Estado y las Superintendencias.

De las entidades referidas, la más importante es el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, el cual, según el artículo 207 de la Constitución, tiene como misión promover el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana, por medio de mecanismos de control social en los asuntos de interés público, y estará integrado por siete consejeros³²⁷, que, entre ellos, elegirán a un presidente, quien será el representante legal del Consejo.

De conformidad con el artículo 208 de la Constitución, son funciones del Consejo de Participación Ciudadana promover la participación ciudadana y la deliberación pública, luchar contra la corrupción por medio de la investigación de denuncias sobre actos de corrupción y la emisión de informes que determinen indicios de responsabilidad y la designación del Defensor del Pueblo, Defensor Público, Fiscal General, Contralor General e integrantes del Consejo Electoral y Tribunal Electoral.

Se debe señalar que parte de las tareas descritas, relacionadas principalmente con el combate ciudadano de la corrupción, ya estaban recogidas en la Constitución de 1998 por medio del establecimiento una Comisión de Control Cívico de la Corrupción. Así, el artículo 220 de dicha Constitución señalaba que la Comisión actuaba en representación de la ciudadanía recibiendo denuncias sobre hechos presuntamente ilícitos cometidos en las instituciones del Estado,

³²⁷ Los cuales, como señala el artículo 207, deben ser designados entre los representantes de la ciudadanía que presenten las “organizaciones de la sociedad civil”. No obstante, como señala Trujillo, no es claro lo que quiere decir el Texto constitucional cuando habla de “representantes de la ciudadanía”, ya que esto se refiere al conjunto de ciudadanos, y en tal sentido, el medio para su designación sería la votación popular, universal y directa, la cual es incompatible con el procedimiento del artículo 207, que habla de concurso público de oposición y merecimientos. En la práctica, como advierte Trujillo, se ha entendido que son representantes de la ciudadanía personas espontáneas que por propia iniciativa se han postulado como candidatos. Julio César Trujillo, art. cit., p. 39.

para solicitar a las autoridades jurisdiccionales correspondientes la investigación, el juzgamiento y la sanción.

La introducción de la Función de Transparencia y Control Social apunta a la construcción de formas alternativas de colaboración en la discusión, decisión y seguimiento de los temas públicos entre los ciudadanos y el Estado, las cuales vienen a complementar a las formas ya existentes de la democracia representativa para ejercer la participación. En consecuencia, propugnan una suerte de responsabilidad hacia abajo, del Estado con la ciudadanía, y ya no solo, de modo horizontal, entre órganos públicos³²⁸.

Además, la denominada impronta “participacionista” se observa en los artículos 95, 100, 103 y 105 de la Constitución. Estos artículos, respectivamente, aluden a los principios de la participación política³²⁹; a la participación en la toma de decisiones públicas en los distintos niveles de gobierno; a los instrumentos de democracia directa, entre los que consta la iniciativa popular en su variante legal como constitucional; a la consulta popular en su variante de plebiscito y referéndum; y a la revocatoria de mandato para todos los funcionarios de elección popular³³⁰.

En definitiva, la importancia de la participación popular en la construcción de la voluntad pública llevó al constituyente a determinar que, dependiendo de la importancia de las decisiones, era necesario un mayor nivel de participación directa de la ciudadanía. En consecuencia, se reconocen distintos niveles de decisión, donde lo relacionado con modificaciones al Texto constitucional requiere un mayor grado de participación popular, en la medida en que

³²⁸ Marco Navas, art. cit., p. 195.

³²⁹ El artículo 95 señala como principios de la participación la igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad.

³³⁰ Estos avances en la participación se dan como sugiere, el profesor Carrasco Durán, por un cambio en la percepción social en relación a la legitimidad de las instituciones políticas. Así, si en el pasado la justificación democrática de los órganos representativos como el Parlamento se daba por la inclusión de grupos sociales en la vida política a través de los mecanismos de representación y voto, hoy en día, el planteamiento va por el lado de medir la legitimidad de las instituciones políticas en términos de oportunidades de participar de modo efectivo en la deliberación de las decisiones colectivas, y en la justificación racional de dichas decisiones. Véase, Manuel Carrasco Durán, “La participación social en el procedimiento legislativo”, en *Revista de Derecho Político*, No. 89, 2014, p. 181.

concreta la voluntad del constituyente originario, y, con ello, se trata de un “momento constituyente”, diferente de las decisiones de los poderes constituidos, o “momentos ordinarios”, en palabras de Ackerman.

Por otro lado, en relación a la Función Electoral, la Constitución de 1998, en su artículo 209, contemplaba un Tribunal Supremo Electoral, el cual no era considerado como una función del Estado, tratándose, más bien, de un órgano encargado de dirigir y vigilar los procesos electorales y juzgar las cuentas de los partidos y movimientos políticos, así como también supervisar el origen y uso de los recursos que aquellos utilizarán para las contiendas electorales.

Por el contrario, como ha sido dicho, la actual Constitución considera lo Electoral como una función de Estado, escindiéndola en dos órganos diferentes, por un lado, el Consejo Nacional Electoral, que según el artículo 219 de la Constitución se encarga de organizar, dirigir, vigilar y garantizar la transparencia de los procesos electorales, y, por otro, el Tribunal Contencioso Electoral, que, según el artículo 220, es competente para conocer y resolver los recursos electorales contra los actos del Consejo Nacional Electoral, así como sancionar el incumplimiento de las normas de financiamiento, propaganda, gasto y violaciones en general a las normas electorales. En suma, mientras el Consejo Nacional Electoral actúa como un órgano administrativo, el Tribunal Contencioso Electoral lo hace como órgano jurisdiccional.

Ahora bien, ¿cómo entender la reforma constitucional en un modelo garantista participativo como el ecuatoriano? Creemos que la forma más adecuada para acercarnos al estudio de la reforma constitucional en Ecuador consiste en partir de una lectura integral de la Constitución, en la cual observamos que los dos elementos caracterizadores son, por un lado, los derechos y garantías constitucionales y, por otro, la participación popular. Estos elementos influyen en una suerte de rigidez selectiva³³¹, la cual protege de manera especial

³³¹ La rigidez selectiva alude a la combinación de distintos niveles de rigidez para la reforma constitucional, así los umbrales más bajos protegen a los contenidos no esenciales de la Constitución, por el contrario, los umbrales más altos van destinados a la protección de las disposiciones esenciales de la Constitución. Véase, David Landau, “Constitucionalismo abusivo”, en *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la*

determinados contenidos materiales de la Constitución. Esta rigidez selectiva demanda que mientras mayor sea la profundidad de la reforma y más importancia tengan los elementos afectados por aquella, mayor sea la necesidad de la participación popular para legitimar dichos cambios. Ejemplo de ello es el artículo 442, el cual prescribe que cuando se vaya a modificar los elementos constitutivos o la estructura fundamental de la Constitución, se podrá tramitar exclusivamente por reforma parcial y no por enmienda, y, asimismo, el artículo 444, el cual dispone que cuando se intente restringir el alcance de los derechos constitucionales, ello puede ser efectuado exclusivamente por medio de una Asamblea Constituyente, la cual surge, necesariamente, por consulta popular.

Además, la vertiente participativa se percibe en la facultad de la ciudadanía de solicitar la enmienda constitucional, la reforma parcial y la Asamblea Constituyente y en la presencia del referéndum en los tres procedimientos de reforma.

2. La regulación de la reforma constitucional en Ecuador.

En el presente apartado procederemos a describir la regulación constitucional y legal del proceso de reforma a la Constitución ecuatoriana. Esta identifica dos procedimientos para llevar adelante su modificación, y uno para realizar su sustitución, a saber, la enmienda del artículo 441, la reforma parcial del artículo 442 y el cambio de Constitución a través de Asamblea Constituyente del artículo 444.

En suma, el Texto constitucional reconoce tres niveles de rigidez dependiendo de las materias a las que afecten las modificaciones. Así, el menos rígido será la enmienda constitucional; luego, con un mayor nivel de rigidez, se encuentra la reforma parcial; por último, nos encontramos con la Asamblea Constituyente, como el medio de mayor rigidez. Esta regulación trae como consecuencia una comprensión gradual de la rigidez constitucional.

jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 22.

2.1 La enmienda del artículo 441.

Como ha sido dicho, la enmienda es el medio menos rígido para modificar la Constitución. Así, el artículo 441 señala:

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.

Del artículo transcrito podemos derivar que la iniciativa para enmendar la Constitución corresponde al presidente de la República, a la ciudadanía, en un porcentaje que represente el ocho por ciento de los inscritos en el registro electoral, y a la Asamblea Nacional, caso en el que la iniciativa deberá contar con el respaldo de al menos una tercera parte de sus miembros.

En relación con el trámite de la enmienda constitucional, se observa que aquella puede ser canalizada por dos medios, esto es, a través de referéndum o por un procedimiento legislativo agravado. Así, en el caso del referéndum, puede ser convocado por el Presidente de la República o por la ciudadanía, excluyéndose cuando la iniciativa para la enmienda surge de la Asamblea Nacional o es encaminada a la Asamblea por parte de alguna de las dos instancias anteriormente citadas.

Para enmarcar dicha regulación, es necesario señalar que, en la Constitución de Ecuador, el referéndum puede ser constitucional y legal, y que este instituto, conjuntamente con el plebiscito, se inscribe dentro del género de la consulta popular³³². El artículo 61 número 4 de la Constitución ecuatoriana recoge como derecho de participación el de ser consultados; asimismo, el artículo 103, relativo a los instrumentos de democracia directa, hace mención a la reforma de la Constitución por medio de iniciativa popular.

La facultad del Presidente de la República de convocar a referéndum constitucional se enmarca dentro de sus amplias potestades en materia de consulta popular. Así, el artículo 104 de la Constitución, señala que el Presidente podrá convocar a consulta popular sobre cualquier asunto.

Por otra parte, cuando la enmienda de la Constitución es tramitada por la Asamblea Nacional, estamos ante el único caso en el que se modifica la Constitución ecuatoriana sin que se cuente con la participación popular directa³³³, es decir, en tal caso, la enmienda constitucional opera de modo exclusivo por parte y a través de la Legislatura; si bien siguiendo un procedimiento muy riguroso. Dicho procedimiento consiste en que la enmienda deberá ser tratada en dos debates, el segundo de los cuales se realizará dentro de los treinta días posteriores al año de haberse realizado el primero.

³³² El referéndum se caracteriza porque pone a consideración de los electores textos normativos concretos, sean estos constitucionales o legales, los cuales si cuentan con el beneplácito popular, se publican directamente en el Registro Oficial ecuatoriano. Sin embargo, debemos señalar que la modalidad de referéndum legal no consta ni en la Constitución, ni en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, sino que se encuentra recogida en el artículo 195 del Código de la Democracia o Ley Orgánica Electoral, el cual dispone que el presidente de la República puede proponer una consulta popular en modalidad referéndum sobre un proyecto de ley que haya sido negado por la Asamblea Nacional. Por el contrario, el plebiscito es una consulta de carácter político, por medio de la cual se le pregunta a los electores si están de acuerdo o no con determinada medida política asumida por las autoridades. El caso del referéndum constitucional está contemplado, por ejemplo, en el artículo 441 de la Constitución cuando la enmienda es de iniciativa de los ciudadanos o del presidente de la República, en tanto que los casos de consulta popular modalidad plebiscito se encuentran contemplados en el artículo 104 de la Constitución.

³³³ Al respecto, Martínez Dalmáu, critica la posibilidad de enmendar la Constitución por actuación exclusiva del poder constituido, en la medida en que aquello supone ir en contra de la idea de rigidez material por él abrazada, la cual, al contrario de la comprensión clásica de rigidez, implica que la modificación de los artículos de la Constitución no puede prosperar si no es aprobada por el poder constituyente originario. Rubén Martínez Dalmáu, "Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional", en *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, p. 287.

Por otro lado, es necesario que la enmienda constitucional goce del respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional.

En fin, el artículo 441 genera una alternativa en la que la enmienda puede ser aprobada, ya mediante referéndum, ya mediante la Asamblea Nacional. Para el artículo 441, lo importante es la llamada a la opinión popular, pero parece secundario que esta se manifieste de forma directa, o bien mediante el órgano que ejerce su representación política. Ambas vías son suficientes para la aprobación de la enmienda y, en particular, una vez aprobada aquella por la Asamblea Nacional, ya no es necesario el referéndum. Más aún, puede señalarse que el procedimiento de enmienda gira en torno a la Asamblea Nacional, de manera que la convocatoria de referéndum solamente tiene sentido cuando el Presidente o la iniciativa ciudadana procuran esquivar a la Asamblea, casos en los que el pueblo debe manifestarse por la vía alternativa del referéndum. En tales circunstancias, cuando el referéndum viene precedido de la iniciativa del Presidente, aquel queda imbuido de un fuerte ambiente plebiscitario.

En cuanto a los temas constitucionales imposibilitados de ser cambiados por medio de enmienda, o, en otras palabras, los límites a la enmienda constitucional, son, como señala el artículo 441, los que alteren la estructura fundamental de la Constitución, modifiquen los elementos constitutivos del Estado, restrinjan los derechos y garantías constitucionales o cambien el procedimiento de reforma constitucional. Seguidamente, explicamos en qué consiste cada uno de los temas vedados a la enmienda constitucional.

Cuando el artículo 441 de la Constitución ecuatoriana señala que no se podrá tramitar por enmienda la modificación de artículos de la Constitución que alteren su estructura fundamental, cabe entonces preguntar qué se entiende por estructura fundamental de la Constitución. Cuestión que, en nuestra opinión, puede ser entendida desde un enfoque formal³³⁴, y otro material. Por

³³⁴ Para Rafael Oyarte, sólo cabe una interpretación material de la alteración de la estructura fundamental de la Constitución. Véase, Rafael Oyarte, *Derecho Constitucional. Ecuatoriano y Comparado*, Corporación Estudios y Publicaciones, Quito, 2014, p. 255.

un lado, el enfoque formal comprendería cómo está organizado el Texto constitucional, a saber, la concreta división interna en Títulos que contienen los capítulos, los cuales, a su vez, albergan artículos. Por otro, la perspectiva material supone, a nuestro juicio, que no se puede modificar la fórmula política³³⁵ de la Constitución. En este sentido, comprenderían la fórmula política de la Constitución ecuatoriana la forma de gobierno³³⁶ y la forma de Estado y sus finalidades, así como, la estructura, elementos constitutivos y competencia de los principales órganos políticos, jurisdiccionales y administrativos.

En consecuencia, desde una comprensión formal, si la modificación de uno o varios artículos del Texto constitucional compromete la organización interna de la Constitución, ya sea eliminando algún Título o Capítulo, o trasladando algún tema desarrollado en un Título hacia otro, o de un Capítulo a otro, se estaría rebasando el procedimiento de enmienda constitucional. En tanto que, desde una lectura material, si se intentara cambiar el sistema presidencial, o abandonar la forma unitaria de Estado, así como introducir cambios en la estructura, elementos constitutivos y competencias de las cinco funciones del Estado³³⁷, de las altas Cortes o de los organismos de control, las reformas correspondientes no podrían tramitarse como enmienda constitucional. En todo caso, existe consenso en entender que la interpretación más fiel al espíritu de la Constitución es la que se decanta por la perspectiva material³³⁸.

En el mismo sentido prohibitivo, cuando el artículo 441 dispone que no podrán ser tramitados por enmienda constitucional aquellos cambios que alteren el

³³⁵ La fórmula política vendría a ser, siguiendo a Lucas Verdú, aquellos datos previos a la Constitución que de manera más poderosa influenciaron al constituyente, es decir, una especie de Constitución en sentido material. Véase María Victoria García-Atance, *Reforma y permanencia constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 139.

³³⁶ Por ello, sostenemos que la reforma constitucional que posibilita la reelección indefinida del presidente de la República no se puede dar por el mecanismo de la enmienda, ya que modifica un elemento constitutivo del Estado, esto es, la forma republicana de gobierno contemplada en el artículo uno. No debemos olvidar que una de las características de dicha forma de gobierno supone que los gobernantes ocupan sus cargos por tiempos limitados. En este sentido, defendemos una concepción rica de lo que supone el gobierno republicano, el cual defiende, entre otras cosas, las libertades individuales, la neutralidad estatal, la idea de Estado de Derecho y división de poderes. Al respecto véase José Luis Martí, ob. cit., p. 245. Así también sobre un concepto material de república véase Ernst Wolfgang Böckenförde, ob. cit., p. 127. Sobre este punto volveremos en el tercer capítulo.

³³⁷ Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Transparencia y Control Social, Electoral.

³³⁸ Rafael Oyarte, ob. cit., p. 255.

carácter y los elementos constitutivos del Estado, la lectura del Texto constitucional sugiere que se refiere al Título primero, denominado “Elementos Constitutivos del Estado”, que abarca los Capítulos primero y segundo, los cuales, a su vez, comprenden del artículo 1 al 9.

Así, el Capítulo primero desarrolla los Principios Fundamentales del Estado en sus artículos del 1 al 5. El artículo 1 regula la definición del Estado ecuatoriano y sus características, entre las cuales constan el Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Posteriormente, apelando a la soberanía popular, establece su carácter republicano, a partir del cual aquella se ejerce por medio de los órganos del poder público y por las formas de participación directa de los ciudadanos; señala, por otro lado, que la República se gobierna de modo descentralizado; finalmente, alude a la propiedad estatal de los recursos naturales no renovables.

Pues bien, el artículo 1 aparece como una suerte de síntesis de la Constitución, en la medida en que aquel artículo condensa el concepto mínimo de Constitución, y a la par, actúa como un faro que irradia los principios constitucionales sobre los que se sostiene la Constitución de 2008 al resto del ordenamiento jurídico.

Así, la idea de garantía de los derechos y libertades recogidos en una Constitución norma jurídica va de suyo a la categoría de Estado constitucional. Entretanto, el carácter democrático señala al pueblo ecuatoriano como el artífice de su autogobierno, de lo que se desprende el carácter soberano del pueblo ecuatoriano. Esto supone al interior del Estado que todo poder procede de aquél, y, en esa medida, su poder es de última y suprema instancia. En tanto, el concepto de soberanía, en su dimensión externa, implica que las decisiones adoptadas por el Estado ecuatoriano no pueden ser objetadas por sus pares internacionales³³⁹. En la misma línea, el carácter independiente

³³⁹ Observando, por supuesto, las limitaciones impuestas por el Derecho Internacional.

alude a la capacidad de actuar de forma autónoma que posee el Estado frente a la comunidad internacional.

En cuanto a la forma de Estado, el artículo 1 define al Ecuador como un Estado unitario, el cual se organiza territorialmente, como señala el artículo 242 de la Constitución, en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales. En consecuencia, lo que no se podría hacer por enmienda constitucional es pasar de un Estado unitario a uno de tipo federal.

La interculturalidad y la plurinacionalidad implican la idea de interrelación horizontal entre las distintas culturas que conviven en el Ecuador, lo cual supone la inexistencia de una cultura dominante a la cual deban subordinarse las demás. Lo dicho es expresión de las quince nacionalidades³⁴⁰ que reconoce la Constitución. De ahí que la plurinacionalidad implique el reconocimiento de las diferencias étnicas, culturales e idiomáticas, lo cual trae aparejado algunos cambios jurídicos, como son el reconocimiento de diferentes sujetos de derecho colectivo, frente a la clásica visión de reconocer solamente a los sujetos individuales. A partir del reconocimiento de la diversidad cultural, el Estado garantiza los distintos modos de vivir en su propio territorio, de acuerdo a las particulares creencias, visiones, y formas de organización social, política, económica y jurídica de las comunidades, pueblos y nacionalidades que conviven en Ecuador. De ahí, además, el origen del reconocimiento de la jurisdicción indígena³⁴¹.

Finalmente, el carácter laico implica la condición del Estado ecuatoriano de neutral respecto a todo credo religioso que puedan profesar los habitantes del territorio nacional. En efecto, el Estado garantiza unas mismas condiciones de igualdad y libertad para el ejercicio de las diferentes creencias religiosas.

³⁴⁰ En el sentido de nacionalidades indígenas que coexisten en Ecuador. Así, el párrafo segundo del artículo 6 de la Constitución ecuatoriana señala que la nacionalidad es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que conviven en el Ecuador plurinacional.

³⁴¹ Raúl Llasag, "La Jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad", en *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, p. 182.

Por su lado, el artículo 2 regula los símbolos patrios, a saber, bandera, escudo y el himno nacional. El artículo 3 recoge ocho deberes primordiales del Estado, entre los cuales constan la garantía del efectivo goce de los derechos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales sin discriminación alguna a los habitantes del Ecuador, la garantía y defensa de la soberanía nacional, el fortalecimiento de la unidad nacional en la diversidad, la garantía de la ética laica, la planificación y promoción del desarrollo nacional que tienda a la reducción de la pobreza y un desarrollo equitativo del territorio nacional, la protección del patrimonio natural y cultural del país, y la garantía a vivir en una cultura de paz, democracia y libre de corrupción. El artículo 4, por su parte, describe lo que comprende el territorio ecuatoriano y señala a Quito como su capital, en tanto que el artículo 5 señala a Ecuador como un territorio de paz, prohibiendo la instalación de bases extranjeras con propósitos militares en suelo patrio.

En definitiva, el Capítulo Primero regula los principios esenciales sobre los que se construye el Estado ecuatoriano, entre los cuales se encuentran el modelo y los caracteres del Estado, los símbolos patrios, los deberes más generales del Estado, el territorio del Estado y su carácter pacífico.

Seguidamente, el Capítulo Segundo se refiere a la Ciudadanía y contiene los artículos 6 al 9. Así, el artículo 6 señala que todos los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos constitucionales; define, adicionalmente, el concepto de ciudadanía como el vínculo jurídico político de las personas con el Estado; y señala, finalmente, los modos por los que se puede obtener la nacionalidad ecuatoriana, que son por nacimiento y por naturalización. Los artículos siguientes, 7 y 8, determinan cuáles son los ecuatorianos por nacimiento y cuáles lo son por naturalización, respectivamente. Finalmente, el artículo 9, afirma que los extranjeros que se encuentren en territorio nacional gozarán de los mismos derechos y deberes que los ecuatorianos, de conformidad con la Constitución.

En cuanto a la tercera prohibición introducida por el artículo 441, la cual determina que no se podrá tramitar por enmienda constitucional aquel cambio

que restrinja los derechos y garantías constitucionales, debemos en primer momento determinar qué derechos y cuáles garantías actúan como límite frente a la enmienda constitucional, y luego explicar qué entendemos por restricción a los derechos y garantías.

Así, en relación con la primera cuestión debemos señalar que, por mandato del artículo 11 número 3, todos los derechos son de directa aplicación, y por el número 6 del mencionado artículo, todos los derechos son de igual jerarquía. En esa medida, a partir del artículo 417³⁴² de la Constitución, todos los derechos regulados en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el Ecuador vinculan al Estado y, por lo tanto, son un límite a la enmienda. Adicionalmente, dicho límite se ve fortalecido a partir del principio *pro homine* regulado en el artículo 11 número 5 de la Constitución, el cual señala que en materia de derechos y garantías constitucionales todo funcionario público debe aplicar la norma que más favorezca a la efectiva vigencia de aquellos. Principio *pro homine* que concuerda con la cláusula abierta contemplada en el mismo artículo 11 número 7, la cual supone que el reconocimiento constitucional explícito de derechos y garantías constitucionales no excluye el reconocer otros derechos que se desprendan de la dignidad humana³⁴³.

Ahora bien, una vez que hemos alcanzado la afirmación de que todos los derechos y garantías constitucionales, incluyendo los contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos actúan como límite a la enmienda, el siguiente paso es definir qué parte de aquellos actúa como límite; o, lo que es lo mismo, qué entendemos por no restricción de derechos. Para orientarnos en esta tarea, consideramos útil recurrir a la teoría del contenido esencial, si bien, para no desbordar el ámbito de este trabajo, no podremos

³⁴² El artículo 417 señala: “Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”.

³⁴³ La dignidad humana, para Häberle, funciona como punto de partida de un “programa constitucional obligatorio” que conduce a la democracia como “consecuencia organizativa”. Véase Peter Häberle, ob. cit., p. 298.

tratar en detalle las aportaciones de la doctrina que ha interpretado este concepto.

Siguiendo a Pérez Luño, partimos de que existen tres teorías que explican el contenido esencial de los derechos, las cuales son la teoría positivista, la teoría valorativa y la teoría institucional. Así, la teoría positivista sostiene que el contenido esencial se liga a la protección normativa de los intereses defendidos por el ordenamiento jurídico, partiendo de la tutela de la autonomía individual frente a potenciales intromisiones del poder público. En tanto, la teoría valorativa supone la identificación del núcleo esencial con el núcleo objetivo intrínseco de los derechos, como algo previo a la reglamentación por parte del legislador. Finalmente, la teoría institucional hace alusión a la esfera institucional que define el sentido, alcance y condiciones de ejercicio de los derechos. Para el antes citado, la protección del contenido esencial es una garantía institucional que se refiere a las finalidades objetivamente configuradas por el Texto constitucional³⁴⁴. Así, la garantía institucional del contenido esencial supone que el legislador, al llevar a cabo la configuración legal de los derechos, siempre deberá respetar aquel núcleo comprendido a partir de las normas constitucionales y de los contextos históricos y sociales.

A decir de Medina Guerrero, el Tribunal Constitucional español ha llevado a cabo de modo pionero en Europa una definición profunda del contenido esencial en su Sentencia 11/1981, relativa al derecho de huelga³⁴⁵. En la citada Sentencia, el Tribunal Constitucional utiliza dos criterios para interpretar la noción de contenido esencial. Por un lado, acoge la tesis que parte de la “naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho”, que es considerado como anterior al instante en que el legislador lo regula. Así, para el Tribunal constituye el contenido esencial las facultades que hacen al derecho subjetivo reconocible, sin las cuales se desnaturalizaría. Por otro lado, acude a la idea de los “intereses jurídicamente protegidos”, y así, el Tribunal Constitucional señala que se desconoce el contenido esencial cuando el

³⁴⁴ Antonio Enrique Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, 11ª edi., Tecnos, Madrid, 2011, p. 74.

³⁴⁵ Manuel Medina Guerrero, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGrawHill, Madrid, 1996, 150.

derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan de modo irracional o lo despojan de la requerida protección. Finalmente, lo que genera particular interés es la afirmación del Tribunal de que los modos de comprender el contenido esencial “no son alternativos ni menos todavía antitéticos”, sino que pueden tenerse “como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido de cada derecho pueden ser conjuntamente utilizados, para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse³⁴⁶”.

En consecuencia, una vez definido el contenido esencial de los derechos, diremos que la idea de no restricción implica que la enmienda constitucional no puede ir en contra del contenido esencial de los derechos. Dicho de otra forma, la violación de la prohibición de no restricción se produciría cuando la enmienda de la Constitución fuera en contra del “núcleo objetivo intrínseco” del derecho. Ello supone, además, que, en Ecuador, la restricción de los derechos o de las garantías constitucionales se produce cuando la enmienda constitucional no es proporcional, es decir, que la modificación constitucional no supone una intervención legítima en los derechos y garantías constitucionales³⁴⁷. Así, una intervención no proporcional en un derecho constitucional se considera un ataque al contenido esencial.

³⁴⁶ Cruz Villalón destaca el enfoque ecléctico que asumió el Tribunal Constitucional en la STC 11/1981; además, señala que la cláusula del contenido esencial es de gran utilidad para el Tribunal Constitucional cuando éste realiza control constitucional de la ley, e intenta determinar si existe respeto del contenido esencial del derecho por parte del legislador, algo que, sin embargo, como anota Cruz Villalón, el Tribunal lo podía hacer sin necesidad de acudir a dicha cláusula. Véase, Pedro Cruz Villalón y Javier Pardo Falcón, “Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 97, enero-abril 2000, pp. 89-90.

³⁴⁷ Siguiendo a Bernal Pulido, diremos que el principio de proporcionalidad aparece, principalmente, en las decisiones de la justicia constitucional, y sirve para otorgar fundamento a las decisiones relativas a los actos del poder público que afecten a los derechos. Desde su aparición en Alemania, el principio de proporcionalidad está conformado por tres reglas que toda intromisión del poder público en los derechos debe respetar para que sea tenida como legítima a partir del Texto constitucional. Las reglas son los tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Véase, Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 66. Véase también Javier Barnés, para quien el principio de proporcionalidad se encuentra integrado por un conjunto de herramientas que permiten medir al licitud de todo género de límites normativos de los derechos, así como la interpretación o aplicación de la ley que restrinja su ejercicio, desde un punto concreto, que es la prohibición de la inutilidad, la innecesariedad y el desequilibrio del sacrificio del derecho. Javier Barnés, “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, en *Cuadernos de Derecho Público*, no. 5. INAP, 1998, p. 16

Por ello, en nuestra opinión, el procedimiento de enmienda constitucional contemplado en el artículo 441 de la Constitución facultaría solamente una modificación de los derechos y garantías constitucionales que implicara su avance. O, dicho de otro modo, por enmienda constitucional el Presidente de la República, la ciudadanía o la Asamblea Nacional podrían presentar cambios a la parte dogmática de la Constitución, solo si aquellos suponen una mejora frente a la regulación constitucional actual de los derechos, o que se trate de cambios inocuos contra el contenido esencial de estos.

Por ejemplo, el artículo 67 de la Constitución ecuatoriana, el cual regula la familia dentro de los derechos de libertad, señala en su segundo párrafo que “el matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal”. La enmienda constitucional que eliminara la mención “unión entre hombre y mujer”, y la reemplazara como unión entre dos personas libres de vínculo matrimonial³⁴⁸, supondría un avance desde el derecho a la igualdad, en la medida en que facultaría a las personas sin distinción de sexo a contraer matrimonio³⁴⁹. En esa medida, dicho cambio al artículo 67 se podría tramitar por medio de enmienda constitucional. Por otro lado, la enmienda constitucional es el medio adecuado para corregir errores de técnica legislativa en los que pudiera haber incurrido el constituyente. Tal es el caso del artículo 94, que regula la acción extraordinaria de protección, en el que se utiliza el término recurso como sinónimo de acción, cuando procesalmente se trata de dos términos de naturaleza diferente.

En línea con lo expuesto, podemos decir que toda reforma en las garantías constitucionales, sean estas normativas (art. 84), de políticas públicas y servicios públicos (art. 85) o jurisdiccionales (arts. 87, 88, 89, 91, 92, 93, 94), que pretenda menoscabar o entorpecer su función efectiva de protección de los derechos constitucionales, estaría prohibida por la vía de la enmienda

³⁴⁸ Vale decir que una regulación como esta fue contemplada en los artículos 68 y 69 de la Constitución ecuatoriana de 1998.

³⁴⁹ Jorge Benavides Ordóñez, “La reelección presidencial indefinida en Ecuador. Una lectura crítica del Dictamen de la Corte Constitucional que la permite vía enmienda constitucional”. *Comunicación presentada al 12 Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Bogotá, 16-18 de septiembre de 2015, p. 9.

constitucional. Por ejemplo, el artículo 86 de la Constitución ecuatoriana, que regula las disposiciones comunes de las garantías jurisdiccionales, determina la amplia legitimación activa para interponerlas, esto es, que cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución³⁵⁰. En esa medida, un cambio que supusiese un menoscabo a lo dispuesto en dicho precepto no podría ser tramitado por enmienda constitucional, por restringir la cobertura de las garantías jurisdiccionales.

En relación con la prohibición de modificación del procedimiento de reforma de la Constitución a través de enmienda, nos parece que se trata de un límite coherente con el modelo constitucional ecuatoriano, caracterizado, como ha sido dicho, por la gran importancia que concede a la participación popular. Resulta consecuente, en este marco, que la decisión sobre un tema propio del ámbito del constituyente originario no pueda atribuirse al poder constituido.

A partir de la clasificación de los límites a la reforma constitucional, la enmienda del artículo 441 comprende unos límites formales y otros materiales. Así, por los primeros entendemos aquellos requisitos agravados que son parte del procedimiento seguido ante la Asamblea Nacional indistintamente de si la iniciativa de enmienda es ejercida por el Presidente de la República, la propia Asamblea Nacional o la ciudadanía. Estos requisitos son la exigencia de contar con una mayoría de dos terceras partes de los miembros de la Asamblea y de que se efectúe un segundo debate dentro de los treinta días posteriores al año de haberse producido el primero, más el referéndum, el cual se muestra como alternativa al trámite legislativo cuando la enmienda es de iniciativa del Presidente de la República o de los ciudadanos³⁵¹. En relación con los segundos, se derivan del artículo 441, que señala expresamente que por medio

³⁵⁰ Como advierte Claudia Storini, la amplitud de la legitimación diseñada por el constituyente demuestra que su pretensión es que las vías de protección especial de los derechos no queden limitadas en su acceso por condiciones de legitimación restringida. Véase Claudia Storini, art. cit., p. 306.

³⁵¹ De conformidad al artículo 441 de la Constitución, una enmienda constitucional es sometida a referéndum si es de iniciativa del Presidente de la República o de los ciudadanos. Asimismo, según el artículo 100 de la LOGJCC, tanto el Presidente de la República como la ciudadanía pueden presentar proyectos de enmiendas constitucionales para que sean tramitados por la Asamblea Nacional.

de enmienda constitucional no se podrá modificar la estructura fundamental de la Constitución, los elementos constitutivos del Estado, modificar el procedimiento de reforma, ni restringir los derechos y garantías. En ambos supuestos, se trata de límites autónomos, por venir señalados en el propio Texto constitucional.

Llama la atención, finalmente, que una lectura literal de la Constitución parece abocar a una comprensión del procedimiento de enmienda distinta de la que se viene aceptando en la práctica. En este sentido, el artículo 441 parece establecer dos vías alternativas, según que la iniciativa de la enmienda sea ejercida por la Presidenta o el Presidente de la República o la ciudadanía, en cuyo caso la enmienda habría de ser aprobada necesariamente mediante referéndum, o bien por la Asamblea Nacional, caso en el que bastaría la aprobación del órgano parlamentario. Posteriormente, el artículo 100 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, al tratar conjuntamente sobre el control constitucional de los proyectos de enmienda y de reforma³⁵², llevó a cabo una interpretación confusa de los artículos 441 y 442, sobre la base de la cual se ha consolidado en la doctrina la afirmación de que, en los casos en que la iniciativa provenga de la Presidenta o el Presidente o de la ciudadanía, la enmienda podría, alternativamente, dar lugar a un referéndum, o bien ser enviada a la Asamblea Nacional, supuesto en el cual bastaría la aprobación por parte de la Asamblea y, por tanto, no se convocaría referéndum.

³⁵² El artículo 100 de dicha Ley dice: «Remisión de proyecto normativo.- Todo proyecto de enmienda o reforma constitucional debe ser enviado a la Corte Constitucional para que indique cuál de los procedimientos previstos en la Constitución corresponde, de acuerdo en los siguientes casos:

1. Cuando la iniciativa provenga de la Presidenta o Presidente de la República, antes de expedir el decreto por el cual se convoca a referendo, o antes de emitir el decreto por el cual se remite el proyecto a la Asamblea Nacional;
2. Cuando la iniciativa provenga de la ciudadanía, antes de dar inicio a la recolección de las firmas requeridas para la respectiva convocatoria a referendo o para la presentación a la Asamblea Nacional;
3. Cuando la iniciativa provenga de la Asamblea Nacional, antes de dar inicio al proceso de aprobación legislativa.

En todos los casos se deberá anexar un escrito en el que se sugiera el procedimiento a seguir, y las razones de derecho que justifican esta opción.»

2.2 La reforma parcial del artículo 442.

La reforma parcial se muestra como el segundo mecanismo de modificación a la Constitución ecuatoriana de 2008. Esta vía a diferencia de la enmienda, supone un mayor grado de rigidez, en la medida en que siempre que se quiera introducir una reforma parcial a la Constitución, se deberá consultar a la ciudadanía. Así, el artículo 442 señala:

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.

Esta regulación otorga la legitimidad política necesaria para acometer cambios de mayor calado en la Constitución, tanto por el lado institucional, ya que el hecho de que la reforma sea discutida previamente en la Asamblea Nacional enriquece la deliberación, como por el lado social, en la medida en que se requiere en todo caso el referéndum para la definitiva aprobación de la reforma.

La diferencia de tramitación entre ambos procedimientos obedece a aspectos de tipo material, los cuales atañen a los límites impuestos tanto a la enmienda como a la reforma parcial. Al ser la reforma parcial un mecanismo más agravado para introducir cambios a la Constitución, por medio de aquella, y a diferencia de lo que sucede con la enmienda, se puede modificar la estructura fundamental de la Constitución o los caracteres y elementos constitutivos del

Estado, teniendo como límites solo la imposibilidad de modificar los procedimientos de reforma a la Constitución y de restringir los derechos y garantías constitucionales. Estos últimos temas sólo pueden ser afectados en su regulación por medio de Asamblea Constituyente.

La relación de temas susceptibles de ser afectados por el procedimiento de reforma explica también su mayor rigidez. Se trata de temas, en fin, para los que se requiere un doble pronunciamiento de la opinión popular, primero mediante el órgano que encarna su representación política y, segundo, de manera directa mediante referéndum.

Como ha sido dicho, el Presidente de la República tiene iniciativa para presentar un proyecto de reforma parcial de la Constitución, así como también pueden solicitarla los ciudadanos que representen al menos el uno por ciento del registro electoral y la mayoría de miembros de la Asamblea Nacional por medio de resolución.

Llama la atención que, a pesar de constituir la reforma parcial un mecanismo más rígido que la enmienda, la ciudadanía puede solicitarla con el respaldo del uno por ciento de los inscritos en el registro electoral, a diferencia del ocho por ciento del registro electoral solicitado para la enmienda. La razón de la regulación constitucional consiste en que la primera puede ser puesta directamente a consideración del pueblo en la modalidad de referéndum, mientras que la segunda debe ser tramitada y aprobada necesariamente por la Asamblea Nacional, si bien su aprobación final requiere siempre un posterior referéndum. Por otra parte, la iniciativa para la enmienda, cuando proviene de la Asamblea, debe contar con el apoyo de la tercera parte de sus miembros, mientras que, si dicha iniciativa va dirigida a la reforma, necesita el apoyo de la mayoría de sus integrantes, lo cual es coherente con la mayor rigidez de este último procedimiento.

El trámite en sede legislativa de la reforma parcial implica algunas diferencias con el señalado para la enmienda, las cuales van más allá del tema de la iniciativa. Por ejemplo, en la enmienda por iniciativa de la Asamblea Nacional,

del Ejecutivo o de los ciudadanos, cuando los dos últimos optan por el trámite legislativo, el segundo debate, al no requerir aquella ratificación del pueblo, procede dentro de los treinta días posteriores al año de realización del primero. Por el contrario, para la reforma parcial, indistintamente de que la iniciativa corresponda al Ejecutivo, al Legislativo o a los ciudadanos, se prevé que el segundo debate se efectuará al menos noventa días después del primero, tomando en cuenta que, además, el proyecto aprobado por la Asamblea Nacional debe ser ratificado en referéndum constitucional, consulta popular que será convocada dentro de los cuarenta y cinco días posteriores a la aprobación por parte de la Legislatura. Ahora bien, aunque la Asamblea Nacional no puede abstenerse de tramitar una iniciativa de reforma del ejecutivo o de los ciudadanos³⁵³, puede darse el caso de su no aprobación por no contar con las dos terceras partes de los votos afirmativos de sus miembros.

Los dos procedimientos analizados coinciden en que en ambos casos se admite la iniciativa ciudadana, el procedimiento legislativo debe tener dos debates, la iniciativa ha de contar con la aprobación de dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional y se contempla un referéndum en el que, para la aprobación de la modificación a la Constitución, se requiere una mayoría de, al menos, la mitad más uno de los votos emitidos. Todo ello, como se ha dicho, teniendo en cuenta que, sin embargo, tramitación legislativa y referéndum se muestran como vías alternativas en el procedimiento de enmienda, de manera que cuando se da la una no se da el otro y viceversa, mientras que, en el caso de la reforma, ambos momentos se prevén necesariamente de forma consecutiva. Como curiosidad, se viene admitiendo de forma general que la mayoría necesaria para la aprobación de la reforma por la Asamblea Nacional es de dos tercios, pese a que el segundo párrafo del artículo 442 dice solo “se aprobará por la Asamblea Nacional”, pero no requiere, al menos expresamente, ninguna mayoría especial, en contraste con lo previsto en el artículo 441.2.

³⁵³ Debido a que existe control constitucional previo por parte de la Corte Constitucional, así el artículo 100 de la LOGJCC, señala que cuando la iniciativa provenga del Presidente de la República, el control se da antes de emitir el decreto por el cual se remite el proyecto a la Asamblea Nacional; del mismo modo cuando la iniciativa provenga de los ciudadanos, el control de la reforma se da antes de la presentación a la Asamblea Nacional. Sobre el control constitucional de la reforma volveremos en el capítulo tercero.

2.3 El cambio total o esencial de la Constitución: la convocatoria a Asamblea Constituyente, artículo 444.

Entre las innovaciones que trajo consigo la Constitución ecuatoriana de 2008, la previsión de una Asamblea Constituyente como órgano encargado de llevar a cabo, ya la revisión total de la Constitución, ya la modificación de sus elementos nucleares, se mostró como una regulación particularmente beneficiosa en términos de legitimidad democrática. Así, la Constitución ecuatoriana, y, en particular, su proceso de modificación, se puso a tono con los últimos avances experimentados en algunos países de la región que habían consagrado disposiciones similares³⁵⁴.

La plausibilidad del diseño constitucional ecuatoriano consiste en otorgar la última palabra al pueblo en los cambios profundos a la Constitución, tanto en el momento de la iniciativa como en el de la aprobación, en la medida en que la Asamblea Constituyente, de conformidad con el artículo 444, sólo puede nacer por consulta popular y la reforma aprobada por ella requiere, para su entrada en vigor requiere de referéndum constituyente.

Así, el artículo 444 de la Constitución sostiene:

La Asamblea Constituyente solo 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 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.

La regulación en cuestión tiene como antecedente teórico la formulación de Schmitt, cuando señala que el poder constituyente se puede expresar por una Asamblea o Convención, cuyos miembros son elegidos democráticamente y

³⁵⁴ En la Constitución colombiana se regula la Asamblea Constituyente en el artículo 376, en la Constitución venezolana en el artículo 347 y en la Constitución costarricense en el artículo 196.

tienen como finalidad redactar un proyecto de Constitución, el cual debe ser sometido, posteriormente, a referéndum popular³⁵⁵.

Por otro lado, Häberle considera plenamente aceptable el regular “la revisión total” de la Constitución, para lo cual cita los ejemplos de Suiza o Costa Rica, como resultado de la fase evolutiva actual del Estado constitucional, donde se ha ido normalizando o normativizando el poder constituyente del pueblo³⁵⁶. El caso suizo es paradigmático como uno de los referentes de la democracia directa, en la medida en que, a partir de artículo 140 de la Constitución, cualquier cambio a aquella es necesario aprobarlo por referéndum.

En el caso español, la Constitución no prevé Asamblea Constituyente. Sin embargo, por disposición del artículo 168³⁵⁷, el hecho de que tengan que disolverse las Cortes Generales tras la aprobación del “principio” de la reforma, en la práctica, implica que la nueva Legislatura actuará como una Asamblea Constitucional con facultades para revisar en su integridad la Constitución, o bien para cualquier reforma parcial que afecte al preámbulo de la Constitución, los derechos fundamentales y las libertades públicas o la Corona. Además, el procedimiento contemplado en el artículo 168 de la Constitución española supone un mecanismo de carácter extraordinario por el alto grado de exigencia de los requisitos que comporta³⁵⁸.

³⁵⁵ Carl Schmitt, ob. cit., p. 134.

³⁵⁶ Peter Häberle, ob. cit., pp. 136-137.

³⁵⁷ El número 1 del artículo 168 dispone que cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte a su núcleo esencial, esto es, el Título preliminar (fórmula política), a la Sección primera del Capítulo II del Título I (derechos y libertades fundamentales), o al Título II (Corona), se procederá a la aprobación del principio por mayoría de las dos terceras partes del Congreso y del Senado, respectivamente, y a la disolución de inmediata de aquellas Cámaras. Según Aragón Reyes, las elecciones generales determinadas por el número 1 del artículo 168 implican el medio de participación del pueblo en la iniciativa de reforma ya realizada, en la medida en que con sus votos se puede establecer el asentimiento u oposición a la reforma. (Manuel Aragón Reyes, “La reforma constitucional: procedimientos, límites y control”, en *Estudios de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 196). Posteriormente, el número 2 del artículo citado señala que las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo Texto constitucional, el cual deberá ser aprobado por mayoría de las dos terceras partes de ambas Cámaras. Finalmente, el número 3 del artículo 168 afirma que, aprobada la reforma por el Congreso y el Senado, se someterá a referéndum para su ratificación popular.

³⁵⁸ De ahí que, según Pérez Royo, la dificultad del trámite “está materialmente destinado a hacer inviable la reforma total o la de aquellas partes de la Constitución especialmente protegidas”. Véase Javier Pérez Royo, *La reforma de la Constitución*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, p. 187. En sentido similar se pronuncia De Vega, al afirmar que “el

Como se desprende del artículo 444 de la Constitución ecuatoriana, la Asamblea Constituyente solo puede ser convocada por consulta popular, la cual puede ser solicitada por el Presidente de la República, por el doce por ciento de los inscritos en el registro electoral, o por las dos terceras partes de la Asamblea Nacional. De ahí que tanto el origen de la Asamblea Constituyente, como su producto, la Constitución, dependen de la voluntad popular ejercida de modo directo. La Asamblea Constituyente, en tanto que llamada al constituyente originario, puede aprobar modificaciones que se refieran a cualquier materia, incluidos los derechos y las garantías constitucionales, así como también el procedimiento para la reforma constitucional³⁵⁹.

La previsión de una Asamblea Constituyente como órgano regulado en la Constitución pretende matizar la idea de la extraordinariedad de acudir al constituyente originario. Así, la idea sería devolver al pueblo la última palabra sobre los cambios profundos al Texto constitucional, pero no desde la lógica de un poder al que se recurre cuando se persigue refundar el país, sino como la expresión de una magnitud política que se encuentra viva y presente en la Constitución, la cual puede ser llamada cada vez que se quiera producir cambios nucleares en aquella. Por el contrario, en la historia constitucional ecuatoriana, como en tantas otras, ha sido una constante que las legislaturas nacionales, siguiendo un procedimiento riguroso, fueran las encargadas de tramitar y aprobar todas las reformas a la Constitución.

La revisión total de la Constitución hecha por una Asamblea Constituyente se diferencia del procedimiento de revisión total efectuada por el Parlamento o Congreso, porque, en el primer caso, estamos frente a la actuación del poder constituyente originario. Por el contrario, cuando el cambio del núcleo esencial de la Constitución es llevado a cabo por el Parlamento, implica que el poder constituido es el que hace la reforma. Con todo, debemos señalar también que

mecanismo es tan complejo y políticamente tan costoso que se puede indicar de antemano que no funcionará jamás. Más que de un procedimiento de reforma se debería hablar de un procedimiento para evitar la reforma". Véase Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 148.

³⁵⁹ Julio César Trujillo, ob. cit., p. 228.

el hecho de que la Asamblea Constituyente esté prevista en el Texto constitucional supone la idea de una suerte de regulación del poder constituyente originario dentro de la Constitución. Por ello, Julio César Trujillo prefiere hablar de “modificaciones” para referirse genéricamente a las tres modalidades en las que las normas de la Constitución ecuatoriana pueden ser cambiadas. Las enmiendas del artículo 441, las reformas parciales del artículo 442 y los cambios constitucionales del artículo 444 serían distintas especies de dichas modificaciones³⁶⁰.

En suma, la Constitución ecuatoriana, como ha sido dicho, contempla distintos niveles de rigidez, los cuales guardan relación con diferentes grados de participación democrática directa. En particular, la modificación del procedimiento de reforma constitucional³⁶¹, o el cambio que suponga una restricción al núcleo esencial de los derechos y garantías constitucionales, al tratarse de temas que la Constitución ha querido distinguir especialmente por estar en juego la garantía de las personas y los grupos en que se integran y la capacidad de la ciudadanía para decidir sobre la propia Constitución, solamente pueden llevarse a cabo por el medio más rígido, esto es, la intervención del poder constituyente originario a través de Asamblea Constituyente. Lo mismo puede decirse de los cambios que supusiesen una revisión general de la Constitución.

Por otra parte, la reforma parcial y la enmienda constitucional implican menores niveles de rigidez, que van de un grado mayor en el primer caso a uno menor en el segundo. De este modo, en la reforma parcial, si bien la iniciativa de reforma es debatida por la Legislatura, la última palabra sobre la adopción o no de los cambios por ella aprobados la tiene el pueblo en referéndum constitucional. Ello justifica que la reforma parcial pueda, por un lado, modificar la estructura fundamental de la Constitución, y, por otro, modificar los elementos constitutivos y los caracteres del Estado.

³⁶⁰ Julio César Trujillo, ob. cit. p. 227.

³⁶¹ Aunque este límite no se encuentre explicitado por el artículo 444, se deduce de modo expreso de la lectura de los artículos 441 y 442 de la Constitución, los cuales señalan que ni por enmienda ni por reforma parcial se podrá modificar el procedimiento de reforma a la Constitución.

La enmienda constitucional, como mecanismo menos rígido, prescinde del pronunciamiento popular cuando la iniciativa tiene origen en la Legislatura, en tanto que cuando nace del Presidente de la República o de la ciudadanía, puede ser, o bien puesta a consideración de la Asamblea Nacional, o sometida al pronunciamiento del pueblo por la vía del referéndum constitucional³⁶². Así, la relación es inversamente proporcional, es decir, a menor rigidez mayores son los límites materiales que se establecen a la enmienda constitucional.

Finalmente, no debemos olvidar que es la Corte Constitucional, según el artículo 443 de la Constitución, el órgano al que compete determinar cuándo nos encontramos ante una enmienda, una reforma parcial o un cambio de Constitución. Este tema lo examinaremos en el tercer capítulo, cuando desarrollemos el control de las modificaciones constitucionales.

3 Los derechos como límite a la reforma de la Constitución, el artículo 84.

Hasta ahora hemos analizado los artículos 441, 442, 444, los cuales regulan los procedimientos de reforma a la Constitución ecuatoriana de 2008. A continuación estudiaremos lo dispuesto por el artículo 84, el cual recoge las denominadas garantías normativas. La relación existente entre los citados artículos va por el lado de que el citado artículo 84 explicita la idea de los derechos como límites a la reforma de la Constitución.

³⁶² Que una enmienda constitucional de iniciativa del Presidente de la República o de los ciudadanos sea tramitada por la Asamblea Nacional es una posibilidad no contemplada en el artículo 441 de la Constitución, es el artículo 100 de la LOGJCC, el que en el número 1 prescribe que cuando la iniciativa provenga del Presidente de la República, se remite el proyecto normativo a la Corte Constitucional, antes de expedir el decreto que convoca a referéndum, o antes de emitir el decreto por el cual se remite el proyecto a la Asamblea Nacional. En el mismo sentido, el número 2 del artículo 100 señala que cuando la iniciativa provenga de los ciudadanos, se remite el proyecto normativo a la Corte Constitucional, antes de la recolección de firmas para la convocatoria a referéndum o para la presentación a la Asamblea Nacional. Se trata de una interpretación particular que hace el legislador del procedimiento de enmienda constitucional contemplado en el artículo 441, la cual apunta a dar mayor protagonismo a la Asamblea Nacional en materia de enmiendas constitucionales.

Las garantías, de modo general, cumplen la función de asegurar la eficacia de los derechos, y, dependiendo de su origen o del órgano encargado de su vigilancia, se ha dado una variada tipología de ellas, de acuerdo con las particularidades del ordenamiento jurídico del que se trate. Así, por ejemplo, se crearon en la Constitución vigente tres tipos de garantías: normativas, políticas públicas y servicios públicos y jurisdiccionales. Con ello se superó el planteamiento de la Constitución de 1998, que refería las garantías de modo casi exclusivo a las de tipo jurisdiccional, más la Defensoría del Pueblo, este último como órgano de control externo que otorga visibilidad pública a las violaciones de derechos constitucionales, pudiendo, en tal sentido, impulsar procesos constitucionales, sin que tenga la posibilidad de juzgar³⁶³.

Ahora bien, desde el plano teórico, emplearemos la clasificación de Ferrajoli, que divide las garantías en primarias y secundarias³⁶⁴. Las primeras son aquellas que obligan tanto a los poderes públicos como a los particulares a la realización u omisión de determinadas conductas, con el fin de asegurar una protección efectiva de los derechos, en tanto que las segundas implican obligaciones particulares de los organismos públicos, que deben sancionar o anular los actos violatorios de derechos, de ahí que, de modo general, los encargados de estas garantías secundarias sean los jueces, los cuales intervienen cuando las garantías primarias no han sido respetadas³⁶⁵.

El artículo 84 de la Constitución ecuatoriana regula las garantías normativas de la siguiente manera:

La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atenderán contra los derechos que reconoce la Constitución.

³⁶³ Agustín Grijalva, "Las garantías constitucionales en Ecuador: doctrina y evolución en las constituciones", p. 247.

³⁶⁴ Luigi Ferrajoli, Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n. 29, 2006, pp. 25-27.

³⁶⁵ Agustín Grijalva, "Las garantías constitucionales en Ecuador: doctrina y evolución en las constituciones", p. 242.

En consecuencia, las garantías normativas del artículo 84 se encontrarían dentro de las garantías primarias, en la medida en que aparecen como una obligación *a priori* de respetar los derechos constitucionales destinada a los órganos con potestad normativa, al momento de llevar a cabo sus funciones de creación normativa³⁶⁶. Dentro de las garantías primarias se puede incluir también la rigidez constitucional y el respeto al contenido esencial, temas que fueron ya abordados en otra parte de este trabajo.

Si las garantías primarias no son suficientes para la protección de los derechos constitucionales, se puede acudir al segundo tipo de garantías, ya sea demandando ante la Corte Constitucional un pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad material de una regulación que afecta a los derechos en abstracto, o por medio de una garantía jurisdiccional. Así, las garantías jurisdiccionales de acción de protección (art. 88), hábeas corpus (art. 89), acceso a la información (art. 91) y hábeas data (art. 92), son conocidas por los jueces ordinarios, en tanto que la acción extraordinaria de protección (art. 94) y la acción por incumplimiento (art. 93) lo son por la Corte Constitucional; las medidas cautelares de protección de derechos (art. 87), por su lado, son conocidas tanto por los jueces ordinarios como por los jueces de la Corte Constitucional.

Por otro lado, la segunda parte del artículo 84 señala que en ningún caso la reforma de la Constitución, la ley u otras normas jurídicas atentará contra los derechos recogidos en la Constitución, enunciado que supone reforzar lo sostenido en los artículos 441 y 442, por los cuales la reforma de la Constitución no podrá restringir el alcance de los derechos constitucionales. Se trata, pues, de un planteamiento tributario de la idea de que el poder constituido no puede alterar en modo negativo el catálogo de derechos constitucionales, en la medida en que, al ser los derechos parte de la decisión

³⁶⁶ Dicho planteamiento aparecería como una redundancia, a decir de Claudia Storini, en la medida en que es algo implícito al dictado constitucional el que todo órgano con potestad normativa tenga la obligación de adecuar formal y materialmente las leyes y otras normas jurídicas a los derechos contemplados en la Constitución y en los tratados internacionales. Claudia Storini, art. cit., p. 300.

fundamental del constituyente, solo podrían ser modificados por el constituyente originario.

Sin embargo, para una parte de la doctrina, el argumento de que la reforma constitucional, así como la modificación de otras normas jurídicas, pueda atender contra derechos previstos en la Constitución, supone desconocer la existencia de un control constitucional de las leyes y de otras normas jurídicas³⁶⁷, incluido, ciertamente, el control de las reformas a la Constitución, que queda a cargo de la Corte Constitucional ecuatoriana. Desarrollaremos este tema por entero en el capítulo tercero.

En suma, que los derechos actúen como límites a la reforma constitucional implica que ni siquiera por medio del procedimiento previsto en el artículo 442 pueden ser restringidos. Por ello, se trataría de un límite de carácter material, en la medida en que, con el proceso constituyente de 2008, la sociedad ecuatoriana reafirmó la importancia de los derechos como principios superiores para la vida en comunidad. De ahí, entonces, el variado instrumental puesto al servicio de los derechos constitucionales, tanto para hacerlos efectivos y protegerlos, como para repararlos en caso de violación.

Ahora bien, ¿se puede derivar del artículo 84 una obligación de protección de los derechos, inclusive, frente a la Asamblea Constituyente del artículo 444? Consideramos que no, en la medida en que la Asamblea Constituyente, al tratarse de la expresión del poder constituyente originario, no puede someterse a límites autónomos o internos, sin perjuicio de que el derecho internacional de los derechos humanos pueda actuar, de hecho, como un límite al cambio constitucional, pero ya de carácter heterónimo o externo. No obstante, en sentido contrario, el profesor Trujillo considera que una Asamblea Constituyente no estaría facultada para introducir cambios regresivos en materia de derechos, entendiéndose por tales toda modificación que disminuya, menoscabe o anule los derechos reconocidos en el Texto constitucional³⁶⁸.

³⁶⁷ Claudia Storini, art. cit., p. 300.

³⁶⁸ Julio César Trujillo, ob. cit., p. 230.

4 La reforma de la Constitución de Ecuador en clave comparada.

En el presente apartado analizaremos la regulación de la reforma constitucional en varios países de Latinoamérica, contando, además, con referencias de los países europeos más influyentes en el ámbito del constitucionalismo. Esto nos permitirá evaluar en clave comparada los procedimientos de reforma constitucional en Ecuador, que han sido objeto de estudio en los apartados anteriores. Para ello, procederemos a distinguir las características más relevantes de varios procedimientos de reforma constitucional, destacando las semejanzas y las diferencias, para llegar, finalmente, a contextualizar la normativa de la reforma constitucional en Ecuador con respecto a las regulaciones constitucionales comparadas. Debemos señalar que el análisis será normativo, en sede constitucional, dejando el aspecto jurisprudencial para el siguiente capítulo, el cual versará sobre el estudio de dos dictámenes de procedimiento de reforma constitucional correspondientes a la Corte Constitucional ecuatoriana.

4.1 Los procedimientos de reforma en las principales Constituciones de América Latina.

En el presente apartado examinaremos en perspectiva comparada los procedimientos de reforma de las Constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Perú y Venezuela. Se trata de Constituciones especialmente importantes en el ámbito latinoamericano por su significación histórica o por aportar novedades importantes al panorama del constitucionalismo en América. Así, empezaremos con la iniciativa, para luego referirnos al trámite de aprobación, etapa en la cual nos interesa tratar, especialmente, sobre los textos constitucionales que contemplan la figura del referéndum, por un lado, y los que incorporan la figura de la Asamblea Constituyente, por otro. Complementariamente, haremos referencias a algunas de las Constituciones europeas que mayor influencia han tenido en el moderno constitucionalismo latinoamericano.

4.1.1 Iniciativa.

Las Constituciones analizadas, en términos generales, confieren la iniciativa de reforma constitucional al Ejecutivo, al Legislativo y a la ciudadanía. De ahí que los textos de Colombia³⁶⁹, Ecuador³⁷⁰, México³⁷¹, Perú³⁷² y Venezuela³⁷³ otorguen por igual la potestad de presentar iniciativas de reforma al Presidente de la República, al Congreso Nacional y a los ciudadanos.

Por otro lado, están aquellos textos constitucionales que confieren iniciativa solamente a la Función Ejecutiva y a la Función Legislativa. Tal es el caso de Brasil³⁷⁴ y Chile³⁷⁵. Entre tanto, las Constituciones de Bolivia³⁷⁶ y Costa Rica³⁷⁷ confieren la iniciativa para reforma parcial de la

³⁶⁹ El artículo 375 de la Constitución de Colombia prescribe que: “podrán presentar proyectos de acto legislativo el Gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos al cinco por ciento del censo electoral vigente”.

³⁷⁰ En Ecuador la iniciativa para enmendar la Constitución, según lo determina el artículo 441, le corresponde al Presidente de la República, al ocho por ciento de los ciudadanos inscritos en el registro electoral, o a una tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional. En tanto, la iniciativa para reformar parcialmente la Constitución, según lo prescribe el artículo 442, le corresponde al Presidente de la República, al uno por ciento de los ciudadanos inscritos en el registro electoral, o a la mayoría de los miembros de la Asamblea Nacional.

³⁷¹ El artículo 135 de la Constitución de México no dice nada respecto de la iniciativa. Sin embargo, en la práctica la iniciativa corresponde a aquellos que tienen facultad para presentar proyectos de ley. Así, de conformidad al artículo 71 del Texto constitucional mexicano, la iniciativa corresponde al Presidente de la República, al Congreso de la Unión, a las Legislaturas de los Estados y a los ciudadanos en un porcentaje equivalente al 0.13 del registro electoral.

³⁷² El artículo 206 de la Constitución de Perú en su párrafo segundo prescribe: “la iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral”.

³⁷³ La Constitución de Venezuela en el artículo 341, afirma que la iniciativa de enmienda a la Constitución corresponde al quince por ciento de la ciudadanía inscrita en el registro electoral, al treinta por ciento de los integrantes de la Asamblea Nacional o al Presidente de la República en Consejo de Ministros. Por su lado, el artículo 342 prescribe que la iniciativa de revisión parcial de la Constitución corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros, a la mayoría de miembros de la Asamblea Nacional o a un número no menor al quince por ciento de los ciudadanos inscritos en el registro electoral.

³⁷⁴ El artículo 60 de la Constitución de Brasil prescribe que esta podrá ser enmendada a propuesta de un tercio, al menos, de los miembros de la Cámara de los Diputados o del Senado Federal, del Presidente de la República, o de la mayoría de Asambleas Legislativas de la Federación.

³⁷⁵ La Constitución de Chile en su artículo artículo 116 prescribe que, “los proyectos de reforma de la Constitución podrán ser iniciados por mensaje del Presidente de la República o por moción de cualquiera de los miembros del Congreso Nacional”.

³⁷⁶ El artículo 441 II de la Constitución de Bolivia prescribe: “la reforma parcial de la Constitución podrá iniciarse por iniciativa popular, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; o por la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante ley de reforma constitucional aprobada por dos tercios del total de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional”.

Constitución a la Legislatura y a la ciudadanía. Finalmente, nos encontramos con la Constitución de Argentina³⁷⁸, la cual prescribe que la necesidad de reforma constitucional debe ser declarada por el propio Congreso.

Lo más llamativo, en consecuencia, es el papel de la iniciativa ciudadana para reformar la Constitución. Así, el hecho de que las Constituciones de Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Perú y Venezuela la contemplen da muestra de la importancia que otorgaron los respectivos constituyentes a la participación de la voluntad popular cuando de modificaciones al Texto constitucional se trata. El caso de México supone una singularidad, en la medida en que, ante el silencio del constituyente sobre la iniciativa de reforma constitucional³⁷⁹, la práctica constitucional ha considerado que dicha facultad la poseen todos aquellos que pueden presentar proyectos de ley (art. 71). Por el contrario, las Constituciones de Argentina, Brasil, Chile, tienen en común el no contemplar la iniciativa popular para la reforma de la Constitución.

Por tanto, daría la impresión que la distinción de dar o no cabida a la iniciativa ciudadana para la reforma constitucional, obedece a si estamos frente a textos constitucionales de nuevo cuño³⁸⁰, los cuales en su mayoría la contemplan, con excepción de la Constitución de Brasil de 1988, o si estamos hablando de textos constitucionales de corte clásico, entre las que suponen excepciones, por un lado, la Constitución de Costa Rica de 1949, en la medida en que prevé expresamente la iniciativa ciudadana para su revisión parcial, y, por otro, la Constitución de México de 1917, con la particular interpretación que lleva a conferir iniciativa de reforma constitucional a los mismos órganos facultados para la iniciativa legislativa ordinaria.

Es necesario, sin embargo, señalar que los textos constitucionales que contemplan la iniciativa ciudadana para la reforma lo hacen exigiendo distintos porcentajes de participación, que van del veinte por ciento del registro electoral exigido en Bolivia (art. 411 II), al quince por ciento solicitado en Venezuela tanto para la enmienda como para la revisión parcial (arts. 341 y 342, respectivamente), o al cinco por ciento pedido en Colombia (art. 375) y Costa

³⁷⁷ El artículo 195 1 de la Constitución de Costa Rica hace recaer la iniciativa para la reforma parcial en, al menos, diez diputados de la Asamblea Legislativa, o en el cinco por ciento de los ciudadanos inscritos en el registro electoral.

³⁷⁸ El artículo 30 de la Constitución de Argentina prescribe que la necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso, con el voto de, al menos, dos tercios de sus miembros.

³⁷⁹ En el constitucionalismo europeo, Constituciones como la alemana o la italiana tampoco regulan de manera específica la iniciativa para reformar la Constitución.

³⁸⁰ Los nuevos textos constitucionales latinoamericanos no pueden ser clasificados como uniformes. Existen, sin embargo, aspectos en los que confluyen, como la importancia de los derechos y garantías, así como el papel que juegan los tribunales en su realización. Al respecto véase, Rodrigo Uprimny, "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos", en *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico en el siglo XXI*, coord. César Rodríguez Garavito, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, pp. 128 y ss.

Rica (art. 195 I), hasta llegar al cero punto tres de Perú (art. 206) y al exiguo cero punto trece de México (art. 71 IV). En este marco, Ecuador se inscribe dentro de los países que exigen porcentajes medios, con el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral para la enmienda y el uno por ciento para la reforma (arts. 441 y 442, respectivamente).

Por otro lado, en relación con la facultad de iniciativa de reforma cuando esta corresponde al Poder Legislativo conformado por dos Cámaras, aquella incluye, normalmente, al Congreso y al Senado, como es el caso de la Constitución de Brasil (art. 60 I), de la Constitución de México (art. 71 II), de la Constitución de Chile (art. 116) y de la Constitución de Colombia (art. 375). La Constitución argentina, por su parte, en su artículo 30 confiere la facultad de declarar la necesidad de reforma constitucional al Congreso.

Un elemento importante de los procedimientos de reforma es el del apoyo requerido entre los miembros de la Asamblea legislativa para la presentación de una iniciativa de reforma constitucional en sede parlamentaria. La exigencia de porcentajes amplios de apoyo revela la intención, no solo de dar rigidez a la Constitución, sino también de obstaculizar el propio debate sobre la posibilidad o conveniencia de reformar la Constitución.

Respecto a este elemento, podemos distinguir las Constituciones de Brasil y Venezuela, que exigen requisitos elevados para la iniciativa parlamentaria de reforma. Así, en el primero de dichos países la iniciativa debe ir apoyada por un tercio de los miembros del Congreso o del Senado, así como la mayoría de los miembros de las Asambleas Legislativas de la Federación (art. 60 I y III), mientras que en el segundo la iniciativa para la enmienda se reserva al treinta por ciento, como mínimo, de los miembros de la Asamblea Nacional (art. 341), en tanto que respecto a la reforma parcial se requiere que la iniciativa venga apoyada, al menos, por la mayoría de los miembros de dicho órgano (art. 342).

Constituciones con requisitos más livianos son la de Colombia, que prescribe que un proyecto de acto legislativo de reforma constitucional puede ser iniciado por diez miembros del Congreso o por el veinte por ciento de los diputados (art.

375) y la de Costa Rica, que establece que la iniciativa de proposición de reforma parcial deberá ser firmada por diez diputados (art. 195), si bien esta última Constitución prevé que las proposiciones de reforma pasen por un complicado sistema de lecturas y votaciones que exige, entre otros elementos, que la procedencia de la reforma sea declarada por votación de no menos de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea. Esta última Constitución presenta, de hecho, un interesante equilibrio, ya que marca la iniciativa de reforma con la impronta de la rigidez constitucional pero, al mismo tiempo, permite la discusión de la iniciativa, si bien logra dicho equilibrio a costa de una notoria complejidad procedimental³⁸¹. Finalmente, un caso extremo es el de la Constitución de Chile, la cual prescribe que la iniciativa para presentar un proyecto de reforma constitucional le corresponde a cualquiera de los miembros del Congreso (art. 116).

Por otra parte, existen Constituciones en las que la iniciativa se confiere a los parlamentarios de forma genérica, sin concretar ningún porcentaje, como es el caso de la de México, que atribuye la iniciativa legislativa, que engloba la de reforma constitucional, a los diputados y senadores del Congreso de la Unión y a los miembros de las Asambleas Federales (art. 71 II y III), la de Perú, que señala, simplemente, que dicha facultad corresponde a los congresistas (art.

³⁸¹ El artículo 195 de la Constitución de Costa Rica señala que la Asamblea Legislativa reformará parcialmente la Constitución de acuerdo a las siguientes disposiciones: 1) La proposición para reformar uno o varios artículos debe ser presentada a la Asamblea Legislativa en sesiones ordinarias, firmada al menos por diez diputados o por el cinco por ciento (5%) como mínimo, de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral. 2) Esta proposición será leída por tres veces con intervalos de seis días, para resolver si se admite o no a discusión. 3) En caso afirmativo pasará a una comisión nombrada por mayoría absoluta de la Asamblea, para que dictamine en un término de hasta veinte días hábiles. 4) Presentado el dictamen, se procederá a su discusión por los trámites establecidos para la formación de las leyes; dicha reforma deberá aprobarse por votación no menor de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea. 5) Acordado que procede la reforma, la Asamblea preparará el correspondiente proyecto, por medio de una Comisión, bastando en este caso la mayoría absoluta para aprobarlo. 6) El mencionado proyecto pasará al Poder Ejecutivo; y éste lo enviará a la Asamblea con el Mensaje Presidencial al iniciarse la próxima legislatura ordinaria, con sus observaciones, o recomendándolo. 7) La Asamblea Legislativa, en sus primeras sesiones, discutirá el proyecto en tres debates, y si lo aprobare por votación no menor de dos tercios de votos del total de los miembros de la Asamblea, formará parte de la Constitución, y se comunicará al Poder Ejecutivo para su publicación y observancia. 8) De conformidad con el artículo 105 de esta Constitución, las reformas constitucionales podrán someterse a referéndum después de ser aprobadas en una legislatura y antes de la siguiente, si lo acuerdan las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa.

206), y la de Bolivia, que atribuye la iniciativa a las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional, pero refiriendo esta mayoría a la aprobación parlamentaria de la reforma, entendida como iniciativa de reforma en el marco de un procedimiento que incluye como último y necesario paso la aprobación en referéndum. Caso singular es el de la Constitución de Argentina, que no concreta el porcentaje de apoyo que debe llevar la iniciativa de reforma, pero exige una mayoría de dos tercios de los miembros del Congreso para declarar su necesidad, lo cual va seguido de la convocatoria de una Convención (art. 30). En estos países, por tanto, la regulación concreta de la iniciativa parlamentaria de reforma parece encomendada a los correspondientes reglamentos parlamentarios.

La regulación de este tema en Ecuador coincide con la de Venezuela, puesto que la Constitución ecuatoriana exige en su artículo 341 que la iniciativa para la enmienda sea respaldada por el treinta por ciento de los miembros de la Asamblea Nacional, en tanto que la iniciativa para la reforma parcial debe ser respaldada por la mayoría de los miembros de dicho órgano (art. 342). Por lo tanto, se encuentra la Constitución de Ecuador entre las que exigen el mayor porcentaje de apoyo parlamentario para el ejercicio de la facultad de presentar una iniciativa encaminada a modificar su articulado, el cual, además, se agrava cuando la materia afectada quede reservada al procedimiento de reforma constitucional.

Los Congresos Nacionales bicamerales, por lo general, suelen estar vinculados a la forma federal de Estado³⁸², en la medida en que el Congreso es la Cámara que representa a los ciudadanos y el Senado a los territorios, como ocurre en el caso de Argentina, Brasil y México. De estos, los dos últimos países citados confieren la iniciativa de reforma también a las asambleas de los entes federados. La particularidad en este apartado viene representada por Venezuela, donde, a pesar de tratarse de un Estado federal, el Poder Legislativo se organiza según el modelo unicameral (art. 186).

³⁸² Sin embargo, de las Constituciones estudiadas, tanto la de Colombia (arts. 1 y 132) como la de Chile (arts. 3 y 46) prescriben que se tratan de Estados unitarios que cuentan con Congresos bicamerales.

Por otra parte, la Constitución de Colombia presenta la particularidad de atribuir la facultad de presentar una iniciativa de reforma constitucional a los concejales municipales y a los diputados departamentales (art. 375), en la medida en que dicha atribución supone la participación de los entes territoriales menores, municipios y departamentos, por medio de la posibilidad de que el veinte por ciento de los concejales y diputados que integran los municipios y asambleas departamentales presenten proyectos de revisión constitucional, si bien la Corte Constitucional ha limitado esta facultad al presupuesto de que los proyectos se refieran a cuestiones atinentes al nivel de gobierno local³⁸³.

4.1.2 Trámite.

Nuestro análisis se hará, principalmente, a partir de la mayoría necesaria para la aprobación de la reforma constitucional. Adicionalmente se estudiará otro elemento complementario del procedimiento de reforma que, si se da, comporta un mayor grado de rigidez, como es el requisito de la necesidad de dos debates, es decir, un modelo de doble discusión parlamentaria, frente al modelo de una sola discusión parlamentaria.

a) Mayoría parlamentaria necesaria para la aprobación.

La mayoría prevista más frecuentemente para la aprobación de la reforma constitucional por parte de las correspondientes Cámaras legislativas es de dos tercios. En este modelo se inscriben las Constituciones de Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, Venezuela y México³⁸⁴, si bien, en el caso de Chile, dicha

³⁸³Al respecto existe una contradicción entre los artículos 375 y el 155 de la Constitución de Colombia, en la medida en que el primero señala el veinte por ciento de los concejales y diputados, en tanto que el segundo habla del treinta por ciento. Ramírez Cleves aclara el tema al señalar que la Corte Constitucional de Colombia, en sus sentencias, acoge el criterio del treinta por ciento de los concejales o de los diputados. Además, el autor señala que, a decir de la Corte, no procede la iniciativa por combinación de concejales y diputados, y, lo más importante, que los proyectos presentados por los entes territoriales, municipios y departamentos deben referirse exclusivamente a temas relacionados con sus intereses y necesidades. Véase, Gonzalo Ramírez Cleves, ob. cit., p. 448, nota al pie 26.

³⁸⁴La Constitución boliviana, en su artículo 411 II, prescribe que para introducir una reforma parcial deberá existir el consenso de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Legislativa; la Constitución de Chile en el artículo 116, sostiene que una reforma constitucional

exigencia se da cuando se quiere reformar determinadas materias relacionadas con las bases institucionales o con los derechos, en tanto que si la reforma no se refiere a dichas materias, la Constitución exige una mayoría calificada de tres quintos, y en el caso de Venezuela, quedan exceptuados los cambios constitucionales susceptibles de ser tramitados por el procedimiento de enmienda, que requiere sólo la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional. Por otra parte, en el caso de la Constitución de México se debe advertir que se exigen dos tercios de los presentes en la sesión y no de la totalidad de los miembros del Congreso y, además, la mayoría de las Legislaturas de los Estados de la Federación.

En Chile, si la reforma no afecta a las materias anteriormente señaladas, y Brasil la mayoría parlamentaria exigida es de tres quintos³⁸⁵. Por último, las Constituciones de Colombia, Perú³⁸⁶ y Venezuela contemplan la mayoría absoluta para proceder a su reforma. Sin embargo, en Colombia, si la reforma comprometiera a los derechos y sus garantías, a la participación democrática o al Congreso, podría ser sometida a referéndum si fuera solicitada dentro de los

debe obtener el respaldo de los tres quintos de las dos Cámaras del Congreso Nacional, pero si aquella modificación recae sobre los títulos I, III, VII, X, XI, XIV (relativos a las bases de la institucionalidad, a los derechos, al Tribunal Constitucional, a las Fuerzas Armadas, al Consejo de Seguridad y a la reforma de la Constitución), deberá aprobarse por dos terceras partes de los votos de los diputados y senadores en ejercicio; la Constitución de Costa Rica en el artículo 195 VII, señala que la Asamblea Legislativa aprobará el proyecto de reforma constitucional con dos tercios; la Constitución de Ecuador y la Constitución de Venezuela comparten tanto el procedimiento de enmienda como el de reforma parcial. No obstante, si para la enmienda la Constitución de Ecuador exige mayoría de dos tercios para ser aprobada en la Legislatura (art. 441), la Constitución de Venezuela exige solo mayoría absoluta (art. 341). La diferencia radica en que en Venezuela, para aprobar una enmienda, debe mediar necesariamente un referéndum; en cuanto a la reforma parcial, tanto la Constitución de Ecuador, como la de Venezuela, en el artículo 442, en el primer caso, y en el artículo 342, en el segundo, exigen una mayoría legislativa de dos tercios y posterior referéndum. Lo dicho supone que Ecuador y Venezuela tienen dos procedimientos para reformar la Constitución. No incluimos en esta categoría a la Asamblea Constituyente, en la medida en que, al ser expresión del poder constituyente originario, actúa modificando la esencia de la Constitución, es decir, sustituye o cambia la Constitución en su totalidad o en aspectos especialmente relevantes. La Constitución de México, en el artículo 135, prescribe que el Congreso de la Unión aprobará las modificaciones constitucionales con el respaldo de las dos terceras partes de los presentes, debiendo, finalmente, ser aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. Como puede advertirse se trata de la mayoría de los presentes en la sesión, y no de los integrantes del Congreso Federal.

³⁸⁵ En Brasil, según lo determina el artículo 60 número 2 de su Constitución, una enmienda constitucional procede si es aprobada por los tres quintos de cada una de las Cámaras que conforman el Congreso Nacional.

³⁸⁶ El artículo 206 de la Constitución peruana afirma que toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta de sus miembros.

seis meses posteriores a su promulgación, siempre y cuando la petición contara con el respaldo de, al menos, el cinco por ciento de los ciudadanos inscritos en el registro electoral³⁸⁷. Finalmente, en Venezuela se requiere para la enmienda el voto de la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional, lo que la distingue del procedimiento de reforma constitucional, que exige mayoría de las dos terceras partes de los miembros de aquélla. Ahora bien, la enmienda, en Venezuela, requiere siempre referéndum posterior a la aprobación de la Asamblea Nacional³⁸⁸.

Como se podrá advertir, hasta el momento no nos hemos referido a la Asamblea Constituyente. De ella hablaremos más adelante. Simplemente diremos que, de los textos analizados, la Asamblea Constituyente está prevista en las Constituciones de Costa Rica, Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia.

b) El número de discusiones parlamentarias y de procedimientos de reforma.

El modelo habitual es el de doble discusión parlamentaria, que obliga a que la reforma constitucional sea aprobada por la Asamblea parlamentaria en dos deliberaciones sucesivas, mediando entre ellas un cierto espacio de tiempo. La doble deliberación legislativa es contemplada en Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Perú y Venezuela, si bien debe señalarse, para el caso de Ecuador, que esto no supone una singularidad sobre el procedimiento legislativo ordinario, que también requiere dos lecturas. Dicha aprobación parlamentaria,

³⁸⁷ La Constitución colombiana, en su artículo 375, faculta al Congreso Nacional para reformarla en dos períodos consecutivos. Así, en el primero se aprobará el proyecto de reforma por mayoría de los asistentes, en tanto que, en el segundo, se aprobará por mayoría de votos de los integrantes de cada Cámara. Sin embargo, como señala el artículo 377, si la reforma constitucional aprobada por el Congreso se refiere a los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular o al Congreso, deberá ser sometida a referéndum popular, si así lo solicita dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto legislativo, al menos, el cinco por ciento de los ciudadanos inscritos en el registro electoral.

³⁸⁸ Arts. 341.2 y 341.3 de la Constitución de Venezuela. La Constitución de Venezuela es tremendamente confusa a la hora de distinguir la enmienda de la reforma constitucional. Las enmiendas, según el artículo 341.5 de dicha Constitución, no alteran el Texto constitucional y van numeradas a continuación del articulado de aquél, sin bien se deberá anotar al pie del artículo enmendado la referencia de número y fecha de la enmienda que lo modificó. En tanto que la reforma tiene por objeto, de acuerdo con el artículo 342, la revisión parcial de la Constitución, así como la sustitución de una o varias normas que no afecten la estructura fundamental de aquélla.

en algunos casos, es definitiva³⁸⁹, esto es, no precisa referéndum, como ocurre en las Constituciones de Brasil³⁹⁰, de Ecuador, en el caso de la enmienda de iniciativa de la Legislatura³⁹¹, y de Perú, donde, como alternativa al referéndum, se exige la doble deliberación parlamentaria³⁹².

El caso más extremo de complejidad en el procedimiento de reforma es el de la Constitución de Costa Rica, en el que la iniciativa de reforma debe pasar por múltiples lecturas, votaciones y reelaboraciones, tanto en la fase de admisión, como en la de tramitación y en la de aprobación. De entrada, la iniciativa de reforma debe ser sometida a tres lecturas en la Asamblea, mediando seis días de separación entre cada una, para determinar si se admite o no la propuesta a discusión. Posteriormente, de ser admitida la propuesta, pasa a una comisión nombrada por mayoría absoluta de la Asamblea, la cual tendrá que dictaminar en un término de veinte días. Una vez presentado el dictamen por parte de la comisión de la Asamblea se procederá a discutirlo siguiendo el trámite legislativo ordinario. La reforma, para su aprobación, precisa de, al menos, los dos tercios de los miembros de la Asamblea, pero cabe aclarar que esta aprobación sirve tan sólo para determinar la procedencia de la reforma. A partir de este momento empieza el trámite de aprobación de la reforma y, con este fin, la Asamblea, nuevamente por medio de una comisión, prepara el respectivo proyecto de reforma constitucional, el cual requiere para su aprobación la mayoría absoluta de los integrantes del legislativo. Una vez que el proyecto ha sido aprobado, debe ser remitido al Ejecutivo, el cual, a su vez, lo devolverá a la Asamblea al inicio de la siguiente legislatura ordinaria, haciéndole conocer, en caso de existir, sus observaciones. A partir de ahí, la Asamblea Legislativa, en sus primeras sesiones, tiene la obligación de discutir el proyecto en tres debates, debiendo aprobarlo definitivamente con la anuencia de los dos tercios de sus miembros, con posibilidad de referéndum si así lo acuerda también la

³⁸⁹ No es aprobación final en Venezuela, donde, como vimos, además de preverse dos discusiones para la enmienda constitucional (art. 341) y tres discusiones para la reforma, se exige, en ambos casos, referéndum ratificatorio. En el mismo sentido, Ecuador, en el caso de reforma parcial, exige doble deliberación legislativa y referéndum (art. 442).

³⁹⁰ Artículo 60 de la Constitución de Brasil.

³⁹¹ Artículo 441 de la Constitución de Ecuador.

³⁹² Artículo 206 de la Constitución de Perú.

mayoría de dos tercios de dicho órgano³⁹³. La de Costa Rica, por tanto, es una Constitución en la que el grado de rigidez, a decir verdad muy extremo, se consigue no solo mediante la previsión de una elevada mayoría para la aprobación de la reforma, sino también mediante la acumulación de un número muy alto de debates, votaciones y trámites intermedios.

Con respecto a Venezuela, la iniciativa de reforma constitucional será tramitada por la Asamblea Nacional del siguiente modo: una primera lectura en el período de sesiones correspondiente a la presentación del mismo, una segunda lectura por Título o Capítulo, dependiendo del caso, y una tercera y última lectura artículo por artículo. La Asamblea Nacional deberá aprobar el proyecto de reforma constitucional en un plazo que no supere los dos años a partir de la fecha en que conoció y aprobó el proyecto, contando para ello, con la voluntad de los dos tercios de los miembros de dicho órgano³⁹⁴. Luego de la aprobación de la reforma constitucional por parte de la Asamblea Nacional esta debe ser sometida a referéndum dentro de los treinta días posteriores a su sanción³⁹⁵.

En el contexto europeo, la Constitución de Italia, en el artículo 138, prevé dos discusiones sucesivas separadas por un lapso de tres meses.

Por el contrario, en el modelo de una sola deliberación parlamentaria para la reforma parcial de la Constitución se encuentran Chile³⁹⁶ y Bolivia³⁹⁷. Sin embargo, existe una diferencia importante entre estas dos Constituciones, la cual consiste en que cualquier modificación al Texto constitucional boliviano debe ser puesta a consideración final del electorado, a través de referéndum, mientras que en Chile el referéndum solo se prevé, a modo de plebiscito, como

³⁹³ Artículo 195 de la Constitución de Costa Rica.

³⁹⁴ Artículo 343 de la Constitución de Venezuela.

³⁹⁵ Artículo 344 de la Constitución de Venezuela.

³⁹⁶ El artículo 117 de la Constitución de Chile sostiene que las dos Cámaras, reunidas en Congreso Pleno serán convocadas por el Presidente del Senado a una sesión pública, que se celebrará no antes de treinta ni después de sesenta días contados desde la aprobación de un proyecto de reforma constitucional. Sesión en la cual, con la asistencia de la mayoría de los miembros del Congreso Nacional, procederán a tomar conocimiento del proyecto y a votarlo sin debate.

³⁹⁷ El artículo 411 II de la Constitución de Bolivia señala que se aprobará cualquier reforma parcial por medio de ley de reforma constitucional, la cual deberá ser ratificada por referéndum.

recurso del Presidente en caso de desacuerdo con una reforma constitucional aprobada por el Congreso por mayoría de dos tercios de sus miembros.

En definitiva, en el trámite de reforma parcial a la Constitución, el número de debates parlamentarios requerido y la existencia o no de referéndum ratificatorio son elementos importantes, en la medida en que, por un lado, permiten establecer el grado de rigidez de una Constitución, y, por otro, permiten medir la importancia que el procedimiento de reforma da a la deliberación en sede legislativa y a la participación popular.

Al evaluar los diferentes grados de rigidez de los procedimientos de reforma, debe distinguirse entre las Constituciones que recogen un único procedimiento de reforma y aquellas que prevén requisitos especialmente agravados para la reforma de la regulación de materias a las que la Constitución ha querido dar especial importancia.

En el grupo de las Constituciones que recogen solo un procedimiento de reforma se encuentran las de Argentina, Brasil y México. Por su parte, la Constitución de Perú supone un caso especial, ya que recoge dos procedimientos, dependiendo de las mayorías parlamentarias que aprueben la reforma y de que se llame o no a referéndum, pero extiende ambos procedimientos a la modificación de cualquier artículo de la Constitución³⁹⁸.

En el grupo de las Constituciones que exigen requisitos especiales para la reforma de los artículos que regulan determinadas materias se incluyen las de Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Venezuela y Ecuador.

Las materias a las que afectan los requisitos especiales suelen coincidir con los principios y las estructuras políticas fundamentales del Estado y los derechos reconocidos por la Constitución. Los requisitos exigidos para la reforma de los artículos reguladores de estas materias, en contraste con el procedimiento de

³⁹⁸ La Constitución de Perú prevé la aprobación de la reforma por mayoría absoluta de los miembros del Congreso Nacional más referéndum, pero permite que eludir la convocatoria del referéndum a condición de que se apruebe la reforma por los dos tercios de los miembros de dos Legislaturas sucesivas (art. 206).

reforma ordinario, consisten, bien en mayorías parlamentarias reforzadas, como es el caso de Chile, o en la exigencia de referéndum ratificatorio para la reforma, como ocurre en Colombia y Ecuador, o bien en la exigencia de Asamblea Constituyente, como es el caso de Bolivia, Venezuela, Ecuador. En estas dos últimas Constituciones se dan tres procedimientos, como son los de enmienda, reforma y Asamblea Constituyente.

En particular, la Constitución de Ecuador se adscribe al grupo de las que contemplan requisitos especiales para la modificación de la regulación constitucional de determinadas materias. Así, como hemos visto, el cambio que afecte a la estructura fundamental de la Constitución o al carácter y los elementos constitutivos del Estado, debe ser tramitado a través del procedimiento de reforma parcial, que exige aprobación parlamentaria y referéndum de manera necesaria y consecutiva, al contrario de lo que ocurre con el procedimiento de enmienda, en el que la tramitación parlamentaria y el referéndum se configuran como vías alternativas. Los procedimientos de enmienda y de reforma incluyen también algunas diferencias en la regulación, tanto de la iniciativa parlamentaria, como de la iniciativa de origen ciudadano, tal como hemos visto anteriormente.

Asimismo, la Constitución de Ecuador exige la convocatoria de Asamblea Constituyente para los cambios que afecten a los derechos reconocidos en la Constitución y al proceso de reforma, en cuyo caso la reforma constitucional queda homologada a la aprobación de una nueva Constitución.

Por lo tanto, la Constitución de Ecuador se encuadra dentro de las que escalonan la rigidez de los procedimientos de reforma conforme a la importancia de las materias afectadas y, en consecuencia, extreman dicha rigidez en el caso de que las materias a las que se refiera la reforma tengan especial importancia en el diseño constitucional.

c) Procedimientos de reforma conforme a la posibilidad de referéndum.

Antes de analizar las Constituciones que contemplan el referéndum como mecanismo de aprobación de reformas constitucionales, creemos necesario, para comprender de mejor forma los diferentes diseños constitucionales, precisar algunas consideraciones de corte teórico en torno al referéndum en temas como la distinción entre referéndum constituyente y constitucional.

Así, siguiendo a Loewenstein diremos que existen tres tipos de referéndums constitucionales, los destinados a la aprobación de la Constitución, los encargados de su revisión y los que discuten asuntos soberanos, como la fundación de un nuevo Estado³⁹⁹. A nuestro juicio, en el caso de la aprobación de una nueva Constitución es preferible hablar de referéndum constituyente, en la medida en que aquél es expresión del poder constituyente originario, el cual opera, por ejemplo, cuando la ciudadanía aprueba la redacción de una Constitución producida por una Asamblea Constituyente. En tanto que el referéndum constitucional, si bien, tiene como objeto el modificar la norma básica de convivencia de una comunidad, lo hace con un calado menor, es decir, entra en acción para revisar de modo parcial la Constitución. Sin embargo, es indiscutible que tanto el referéndum constituyente como el constitucional tienen en común el alto grado de legitimidad que confieren al texto constitucional, al acudir directamente a la voluntad soberana.

De las Constituciones estudiadas, contemplan el referéndum constitucional las de Bolivia (art. 411 II), Chile (art. 117), Colombia (art. 375), Costa Rica (art.195 VIII) Ecuador (art. 441 y 442), Perú (art. 206) y Venezuela (art. 341 y 342). De estos textos, a su vez, los de Bolivia y Ecuador contemplan expresamente y de forma diferenciada también el referéndum constituyente, el cual tiene como finalidad aprobar una nueva Constitución y no solo el aprobar una revisión parcial de esta, como ocurre con el referéndum constitucional. El referéndum

³⁹⁹ Karl Loewenstein, *Political power and the Government Process*, citado por Laurence Morel, "Referéndum", en *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, eds. Michel Rosenfeld, Andrés Sajó, Oxford, University Press, Oxford, 2012, p. 504.

constituyente se desprende de la previsión de Asamblea Constituyente prescrita en las Constituciones de Ecuador y Bolivia, ya que la nueva Constitución aprobada por la Asamblea debe ser ratificada en ambos países por referéndum⁴⁰⁰.

En Ecuador, cuando la enmienda, procedimiento menos rígido para reformar la Constitución, es de iniciativa de la Legislatura, se prescinde del referéndum constitucional, mientras que en Venezuela se exige el referéndum constitucional, ya se trate de enmienda o de reforma parcial. En Bolivia, por su parte, no existe el procedimiento de enmienda, sino tan solo el de reforma parcial de la Constitución, la cual debe ser ratificada por referéndum constitucional.

Por su lado, Chile, Perú, Colombia, Costa Rica y Venezuela acogen exclusivamente el referéndum constitucional. Así, el artículo 117 de la Constitución chilena contempla el plebiscito bajo dos condiciones. La primera, cuando el Presidente de la República objetara totalmente un proyecto de reforma constitucional aprobado por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso, y éste insistiese en la totalidad del proyecto por medio de las dos terceras partes de los miembros de las dos Cámaras, y la segunda cuando existiese la objeción parcial por parte del Presidente de la República a un proyecto de reforma constitucional aprobado por el Congreso. En tal caso, si el último se ratifica en el proyecto inicial por una mayoría de dos terceras partes, el Presidente, en vez de promulgarlo, puede consultar a la ciudadanía por medio de plebiscito⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ Colombia y Venezuela también contemplan en sus Constituciones Asambleas Constituyentes. Sin embargo, en aquellas no se prevé referéndum constituyente para que entre en vigor la nueva Constitución. En todo caso, debemos señalar que la Constitución de Colombia de 1991 entró en vigor sin que mediara referéndum aprobatorio. Por el contrario, la Constitución de Venezuela de 1999 entró en vigor posteriormente a su ratificación popular. Por ello, precisamente, llama la atención que no se contemple el referéndum constituyente en la Constitución venezolana de 1999.

⁴⁰¹ En la experiencia constitucional chilena referéndum y plebiscito, según Nogueira Alcalá, son términos que pueden ser utilizados como sinónimos. Véase, Humberto Nogueira Alcalá, *Regímenes políticos contemporáneos*, Editorial Jurídica Chile, Santiago, 1993, p. 85.

En Perú, su Constitución, en el artículo 206, señala que toda reforma a la Constitución debe ser aprobada en referéndum. Sin embargo, puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Parlamento se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en ambos casos, superior a las dos terceras partes de los miembros del Parlamento.

En consecuencia, la diferencia entre el referéndum en Chile y en Perú pasa por que en el primero se trata de un poder de reacción del Ejecutivo frente a la Legislatura, al cual puede acudir el Presidente, en forma de plebiscito, en caso de desacuerdo con una reforma constitucional aprobada por el Congreso.

La Constitución de Colombia, por su parte, establece dos modalidades de referéndum constitucional. La primera está regulada en el artículo 377, que prescribe que los ciudadanos poseen facultad para solicitar que se sometan a referéndum las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso Nacional, cuando se refieran a los derechos y garantías, a los procedimientos de participación popular y al Congreso. Este tipo de referéndum implica una facultad ciudadana que, para ser ejercida, requiere el concurso del cinco por ciento del registro electoral, y debe ser solicitada dentro de los seis meses siguientes a la expedición de haberse producido la reforma. La reforma se entenderá derogada por el sufragio negativo de la mayoría de los votantes, siempre que en la votación haya concurrido, al menos, la cuarta parte del registro electoral. Por tanto, la particularidad de este tipo de referéndum reside en que se trata de un referéndum derogatorio, por iniciativa ciudadana, respecto de una reforma aprobada por el Congreso Nacional. Una iniciativa que, de ser ejercida en el marco de los requisitos previstos, resulta ineludible.

En tanto, la segunda modalidad de referéndum se encuentra regulada en el artículo 378, en concordancia con el artículo 155, que disponen que el Congreso Nacional, a iniciativa del Gobierno o de los ciudadanos, en un porcentaje de, al menos, el cinco por ciento del registro electoral, y mediante ley que precisa la aprobación de la mayoría de los integrantes de ambas Cámaras, puede convocar al pueblo a que vote en referéndum un determinado proyecto de reforma a la Constitución, cuyo texto el propio Congreso debe

incluir en el articulado de ley de la convocatoria. Para que se considere aprobada una reforma constitucional por vía de referéndum, se exige el voto favorable de más de la mitad de los sufragantes, y que la participación de éstos supere la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el registro electoral. En este caso, la decisión final sobre la convocatoria del referéndum queda en manos del Congreso.

La Constitución de Costa Rica, por su lado, en el artículo 195, número 8, en concordancia con el artículo 105, prescribe que las reformas constitucionales podrán someterse a referéndum después de ser aprobadas en una legislatura y antes de la siguiente, si así lo acuerdan los dos tercios de los congresistas.

Finalmente, la Constitución de Venezuela, a partir del artículo 341, que regula la enmienda, y el artículo 342, que regula la reforma parcial, exige que se convoque, en ambos casos, a referéndum. En el caso de las enmiendas, el referéndum se convocará luego de treinta días de la recepción formal de éstas por parte del Poder Electoral, y, en el caso de la reforma parcial, treinta días después de la aprobación de las modificaciones en sede legislativa.

Por tanto, en el caso de Colombia, su Constitución contempla dos modalidades de referéndum constitucional, el derogatorio de una reforma previamente aprobada por el Congreso (art. 377), y el aprobatorio (art. 378). Ambos referéndums, derogatorio y aprobatorio pueden ser activados por iniciativa popular, posibilidad última que es compartida por Venezuela. Por el contrario, en Costa Rica, el referéndum se activa por petición de los dos tercios de la Asamblea Legislativa.

En definitiva, actualmente, y desde una perspectiva constitucional, no se discute la comprensión del referéndum como un importante instrumento de democracia directa que viene a complementar el sistema representativo⁴⁰². El debate, por tanto, se da entre quienes abogan por un uso moderado del

⁴⁰² Por el contrario, desde la teoría de la democracia, la discusión no va tanto por las relaciones entre el binomio democracia representativa-democracia directa, sino sobre cómo el referéndum puede mejorar la calidad de la democracia.

referéndum, destinado a momentos y temas especiales, frente a quienes consideran su utilización de modo más común. Entre los primeros, se destaca, por ejemplo, a Friedrich, quien en los años cincuenta del siglo pasado defendía que su uso se debía dar de tiempo en tiempo, y que debería venir acompañado de garantías constitucionales que resguardaran la libertad del elector⁴⁰³. En tanto, entre los segundos destacan las formulaciones de Carl Schmitt sobre la importancia de la legitimidad de los pronunciamientos plebiscitarios, y, más recientemente, Chantal Mouffe⁴⁰⁴.

d) Procedimientos de reforma conforme a la posibilidad de llamar, bien a una Asamblea Constituyente, bien a una Asamblea Constitucional.

Entre los países estudiados, la previsión, ya sea de Asamblea Constitucional o de Asamblea Constituyente, dentro de sus Constituciones, es, cuando existe, una característica relevante en materia de procedimientos de reforma constitucional. La diferencia entre Asamblea Constitucional y Asamblea Constituyente pasa por el hecho de que en la segunda, al ser expresión del poder constituyente originario, su instalación supone la actuación de un poder facultado para sustituir la Constitución existente. En tanto, las Asambleas Constitucionales son expresión del poder constituyente derivado, y, en esa medida, están facultadas para reformar la Constitución, pero dentro del marco por ella previsto. En consecuencia, su actuación no implica la posibilidad de sustituir o cambiar totalmente la Constitución.

Así, la Constitución argentina, vigente desde 1853, si bien, ha sufrido a lo largo del tiempo varias reformas, entre las que destaca la última de 1994, contempla, en su artículo 30, tanto la modificación parcial como la total de la Constitución, cuya necesidad deberá ser declarada por las dos terceras partes de los miembros de la legislatura. Esta reforma constitucional solamente se puede llevar a cabo por una Convención convocada para el efecto. En consecuencia,

⁴⁰³ Carl Friedrich, *Constitutional Government and Democracy*, citado por Laurence Morel, "Referéndum", art. cit., p. 504.

⁴⁰⁴ Chantal Mouffe, *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, Paidós, Barcelona, 1999, pp. 147-151.

en el caso argentino no estamos frente a una Asamblea Constituyente, sino ante una Convención de carácter constitucional. Este procedimiento está inspirado en la Constitución de Estados Unidos, la cual señala en su artículo V los dos procedimientos para reformarla, uno de los cuales prevé que una Convención constituyente puede llevar a cabo los cambios constitucionales.

El artículo 376 de la Constitución colombiana señala que, mediante ley aprobada por mayoría de los integrantes de ambas Cámaras, el Congreso podrá disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca una Asamblea Constituyente con la competencia, el período y la composición que la misma ley determine. Más adelante, señala que se entenderá que el pueblo convoca la Asamblea si así lo aprueba, al menos, una tercera parte de los integrantes del registro electoral. Después, el mencionado artículo determina que la Asamblea deberá ser elegida por el voto directo de los ciudadanos, en una elección que no podrá coincidir con otra. Finalmente, el artículo 376 afirma que, a partir de la elección, quedará en suspenso la facultad ordinaria del Congreso para reformar el Texto constitucional durante el tiempo determinado para que la Asamblea cumpla sus funciones. La Asamblea adoptará su propio reglamento. Por tanto, Asamblea Constituyente y Congreso funcionan simultáneamente ejerciendo sus competencias correspondientes.

Ahora bien, la Asamblea Constituyente es solo uno de los procedimientos que contempla la Constitución colombiana de 1991 para que se pueda proceder a su reforma. Además, si bien el pueblo colombiano decide por votación si se da o no la instalación de una Asamblea Constituyente, para la convocatoria de la votación debe mediar, en todo caso, una ley aprobada por la mayoría de los miembros de los dos Cámaras que componen el Congreso, lo cual hace que se califique a dicha Asamblea como un órgano constituyente constituido *ad hoc* o eventual⁴⁰⁵. Por ello, la denominación de Asamblea constituyente no es precisa, debiendo ser catalogada como constitucional. En esa medida, la Asamblea no debe ser confundida con el ejercicio del poder constituyente

⁴⁰⁵ Ricardo Zuluaga Gil, art. cit., p. 324.

originario, ya que desarrolla una tarea restringida, propia del poder constituyente constituido⁴⁰⁶.

Por el contrario, las Constituciones de Costa Rica, Venezuela, Ecuador y Bolivia prevén Asambleas Constituyentes dentro de sus textos constitucionales.

En la Constitución de Costa Rica de 1949 se aprobó, mediante la Ley núm. 4123, de 31 de mayo de 1968, una reforma constitucional por la cual se prevé la instalación de una Asamblea Constituyente cuando se intente llevar adelante una reforma general de la Constitución. Así, el artículo 196 del Texto constitucional costarricense señala en la actualidad que la reforma general de aquél sólo podrá hacerse por una Asamblea Constituyente convocada al efecto. La ley que haga la convocatoria deberá ser aprobada por, al menos, las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Legislativa y no requiere sanción del Poder Ejecutivo. En consecuencia, la regulación constitucional del país centroamericano en materia de reforma total de la Constitución se mostró a finales de la década de los sesenta del siglo XX como una importante aportación al constitucionalismo de América Latina, en la medida en que, al considerar la revisión total como operación normalizada dentro del propio Texto constitucional, suponía una comprensión del poder constituyente precursora de la fase evolutiva en la que se encuentra el Estado constitucional en América Latina en nuestros días⁴⁰⁷.

La Constitución venezolana de 1999, en su artículo 347, afirma de modo explícito que el pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario, en ejercicio del cual puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con la finalidad de transformar al Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar un nuevo texto constitucional. En consecuencia, en Venezuela, la Asamblea prevista en el artículo 347 de su Constitución tiene un carácter constituyente originario y plenos poderes.

A continuación, el artículo 348 de la Constitución de Venezuela afirma que la iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente podrán

⁴⁰⁶ Gonzalo Ramírez Cleves, ob. cit., p. 453.

⁴⁰⁷ Peter Häberle, ob.cit., pp. 136-137.

presentarla el Presidente de la República en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de los dos tercios de sus miembros; los Consejos Municipales en cabildos, mediante el voto de los dos tercios de los mismos; y el quince por ciento de los votantes inscritos en el registro electoral.

Por su parte, la Constitución ecuatoriana de 2008, en su artículo 444, sostiene que la Asamblea Constituyente sólo podrá convocarse por medio de consulta popular, la cual podrá ser pedida por el Presidente de la República, los dos tercios de los miembros de la Asamblea Nacional o el doce por ciento de los inscritos en el registro electoral. A continuación, se señala que la consulta deberá incluir la forma de elección de los representantes, así como las reglas del proceso electoral. Finalmente, para que la Constitución redactada por dicha Asamblea Constituyente entre en vigor, deberá contar con el respaldo popular de la mayoría absoluta de los votos válidos en un referéndum constituyente.

Por tanto, el artículo 444 de la Constitución ecuatoriana se puso a tono con las perspectivas doctrinales que observan la importancia legitimadora de la participación democrática directa en los cambios constitucionales y, por otro, se sumó a las aportaciones más recientes del constitucionalismo latinoamericano. Por último, en la misma línea, el artículo 411 I de la Constitución boliviana prescribe que la reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular a través de referéndum. En este punto, coincide, en consecuencia, con la regulación constitucional venezolana y ecuatoriana.

Más adelante, el artículo 411 I de la Constitución de Bolivia señala que la convocatoria a referéndum se realizará por iniciativa ciudadana, con el respaldo de, al menos, el veinte por ciento del electorado, por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional o por el Presidente de la República. Por tanto, coincide con los casos venezolano y ecuatoriano en que la iniciativa para convocar a Asamblea Constituyente se hace descansar en los ciudadanos, si bien varía el porcentaje requerido, en la Asamblea

Legislativa y en el Presidente de la República, pero, adicionalmente, la Constitución de Venezuela reconoce también la iniciativa de los Consejos Municipales. Además, como característica relevante, debemos señalar que, mientras en Bolivia y Ecuador la Asamblea Constituyente se convoca previa consulta popular, en Venezuela no se exige consulta popular para la convocatoria, en la medida en que basta que la iniciativa se adopte por quienes tienen la facultad para ejercerla⁴⁰⁸.

Finalmente, el artículo 411 I de la Constitución de Bolivia dispone que la Asamblea Constituyente se autorregulará, debiendo aprobar el nuevo texto constitucional por las dos terceras partes de los presentes, y que la entrada en vigor de la reforma necesitará referéndum constitucional aprobatorio.

En consecuencia, a diferencia de Ecuador y Venezuela, el Texto constitucional boliviano no precisa de una aprobación de dos tercios de la mayoría de miembros de la Asamblea Constituyente, pues requiere solo dos terceras partes de los asistentes a la sesión. Por otro lado, al igual que en Ecuador, la regulación constitucional adoptada por la Asamblea Constituyente debe ser finalmente puesta a consideración del electorado y aprobada en referéndum por mayoría absoluta de votos, a diferencia de Venezuela, cuya Constitución no contempla la ratificación por medio de referéndum constituyente de la Constitución aprobada por la Asamblea Constituyente.

Por tanto, cuando hablamos de Argentina y Colombia, estamos, en la práctica, frente a casos de Asambleas o Convenciones Constitucionales, a pesar de que en Colombia su Constitución se refiere a Asamblea Constituyente, en tanto que, cuando nos referimos a Costa Rica, Venezuela, Ecuador y Bolivia, nos encontramos frente a Asambleas Constituyentes plenipotenciarias, expresión del poder constituyente originario. Dicha distinción, al menos en los casos de Venezuela, Ecuador y Bolivia, tiene como asidero el planteamiento del nuevo constitucionalismo latinoamericano, que promueve la tesis del origen radicalmente democrático de las Constituciones, el cual supone la necesidad

⁴⁰⁸ Artículo 348 de la Constitución de Venezuela, artículo 411 I de la Constitución de Bolivia y artículo 444 de la Constitución de Ecuador.

de acudir al pueblo cuando de reformas constitucionales se trate, fortaleciendo, así, la identidad entre soberanía popular y Constitución⁴⁰⁹.

En efecto, la previsión de Asamblea Constituyente dentro de algunas Constituciones latinoamericanas obedece a la finalidad de legitimar democráticamente su reforma profunda, de ahí que la tendencia sea que dichas reformas esenciales sean tramitadas por órganos extraordinarios y no por los órganos ordinarios⁴¹⁰. La idea de legitimidad democrática en la reforma profunda de la Constitución, siguiendo a Colón Ríos, supondría el concurso de dos principios, por un lado, la participación popular y, por otro lado, la apertura democrática. Así, la participación popular implica que las decisiones más importantes de la comunidad deben ser adoptadas tomando en cuenta el pronunciamiento popular, premisa básica del autogobierno colectivo. En tanto que la apertura democrática quiere decir que la reforma de todas las leyes, incluida la Constitución, deben estar a disposición del pueblo para cuando este así lo considere necesario⁴¹¹.

En consecuencia, las Asambleas Constituyentes contempladas en las Constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia promueven tanto el principio participativo como el de aperturismo democrático, en la medida en que se da prioridad a la actuación directa de la ciudadanía en la instalación de dichas Asambleas, que son convocadas por consulta popular, así como por la introducción del referéndum ratificatorio del texto aprobado por las Asambleas Constituyentes en Ecuador y Bolivia⁴¹². Por otro lado, el aperturismo democrático se refleja en la posibilidad de reforma total de la Constitución, ya que en ella se prevé su sustitución por parte del pueblo a través de Asamblea Constituyente.

⁴⁰⁹ Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmáu, art. cit., p. 18.

⁴¹⁰ Joel Colón Ríos, "Apuntes sobre Legitimidad Democrática y Asambleas Constituyentes", en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Vol. 16, p. 1, 2015. Disponible en: http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=11169&id_item_menu=5858.

⁴¹¹ Joel Colón Ríos, "Apuntes sobre Legitimidad Democrática y Asambleas Constituyentes", p. 3

⁴¹² Dichos procedimientos operan como vehículos de transformación democrática de los procesos de cambio constitucional. Véase, Gerardo Pisarello, *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, p. 18.

4.2 Límites materiales y reforma constitucional.

Como examinamos en el primer capítulo de este trabajo, frente a los límites formales a la reforma de la Constitución, los cuales se centran en los procedimientos, los límites materiales aluden a determinados contenidos de la propia Constitución. Entre los límites materiales, están aquellos que son explícitos y los que son implícitos.

En relación con los primeros, podemos decir que están conformados primordialmente por las cláusulas de intangibilidad y, por ello, es relativamente fácil su determinación, en tanto que los segundos generan discusión, en la medida en que, al no aparecer de modo taxativo entre las disposiciones constitucionales, su invocación halla asidero en los principios jurídico-políticos fundamentales que preceden a cualquier orden constitucional. Lo cual, en cierto grado, implica que la definición de su contenido depende de los intérpretes de la Constitución, si bien se podría afirmar que tales principios van de suyo con un concepto mínimo de Constitución surgido a fines del siglo XVIII en el que la soberanía nacional, los derechos y la división de poderes o funciones suponen elementos esenciales del texto constitucional.

Para llevar a cabo la comparación, hemos escogido las Constituciones de los diez países de América Latina citados anteriormente, junto con los textos constitucionales europeos más influyentes en nuestra cultura constitucional moderna, como son el alemán, el francés, el italiano y el español.

4.2.1 Límites materiales explícitos.

Dentro de los límites materiales explícitos, debemos a su vez diferenciar entre aquellos que se refieren a la forma republicana⁴¹³ y democrática de gobierno, y los relacionados con los derechos fundamentales. Así, entendemos por forma

⁴¹³ La comprensión de república como límite material a la reforma constitucional va más allá de su acepción básica frente a la monarquía. Por ejemplo, Pegoraro sostiene que, en estos días, la comprensión de la cláusula de intangibilidad que protege la república en la Constitución de Italia no se agota en la imposibilidad de retornar a la monarquía por medio de una reforma, sino que supone, además, un sistema en el que se protejan las instituciones democráticas y se garanticen los derechos y la división de poderes. Véase Lucio Pegoraro, art. cit., pp. 565-566.

republicana y democrática de gobierno a la forma de organización política que, surgiendo en la modernidad⁴¹⁴, supone la división de poderes, y un gobierno legítimo, electivo, representativo, alternativo y responsable, en un marco donde impera la ley, como expresión de la voluntad popular⁴¹⁵, que obliga por igual a gobernantes y gobernados⁴¹⁶.

Por tanto, hay varios elementos que confluyen en la idea de forma republicana y democrática de gobierno, los cuales encuentran su concreción de diversas maneras en los textos constitucionales contemporáneos. El origen moderno de este tipo de cláusulas de intangibilidad se halla en algunos Estados del constitucionalismo europeo. Por ejemplo, en el artículo 139 de la Constitución italiana se sostiene que la forma republicana de gobierno no será objeto de revisión; por su lado, el artículo 89 de la Constitución francesa señala que la forma republicana de gobierno no será objeto de reforma; el artículo 20.2 en relación con el artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn establece que todo poder emana del pueblo. Además, el artículo 20 de la Ley Fundamental de Bonn protege la intangibilidad de la forma federal de Estado ante el poder de reforma constitucional⁴¹⁷.

Cuando se habla de cláusulas de intangibilidad que protegen derechos fundamentales es de referencia obligada el caso alemán, en el que aquellos, por remisión del artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn a los artículos 1

⁴¹⁴ En Grecia, tanto Platón como Aristóteles ya la mencionaban, si bien con distinto significado, en la medida en que para el primero la república era sinónimo de Estado, en tanto que para el segundo la república equivalía a forma de gobierno. Véase Aristóteles. *La Política*, Panamericana Editorial, Bogotá, 1999, p. 105.

⁴¹⁵ Rodrigo Borja, *Enciclopedia de la Política*, tomo II, Fondo de Cultura Económico, México, 2003, p. 1205.

⁴¹⁶ Característica fundamental que comparte con el Estado de Derecho, también de origen moderno, el cual implica el imperio de la ley, la división de funciones, la fiscalización de la administración y la garantía de derechos y libertades. Véase Elías Díaz, "Estado de Derecho", en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Filosofía política II. Teoría del Estado*, ed. de Elías Díaz y Alfonso Ruiz Miguel, pp. 65-66. Los caracteres del gobierno republicano fueron establecidos por Madison en el *Federalista* número 39, cuando lo definía como aquel que procedía directa o indirectamente del pueblo, que se administraba por medio de representantes que mantenían sus cargos conforme a la voluntad popular y cuyos mandatos tenían como característica el ser limitados. Véase James Madison, "Escrito No. 39". En *El Federalista*, p. 159.

⁴¹⁷ A decir de Stern, la esencia del "orden fundamental liberal-democrático" consagrado en la Ley Fundamental de Bonn, se expresa en principios como el Estado de derecho, la democracia en libertad, el Estado social y el Estado federal. Véase Klaus Stern, ob. cit., pp. 394-395.

y 20, se muestran como límites explícitos a la reforma constitucional. En particular, el artículo 1 ha servido de inspiración para muchos ordenamientos constitucionales⁴¹⁸, en la medida en que sostiene tres principios de evidente contenido material. El primero apunta a la intangibilidad de la dignidad humana y la obligación del poder público de respetarla y protegerla, en tanto que el segundo afirma que el pueblo alemán reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana y de la paz mundial y, por último, el tercero rescata la idea de que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos y son de directa aplicación.

La trascendencia de la regulación alemana es descrita por Hans Peter Schneider del siguiente modo:

“Después de las experiencias del nacionalsocialismo y de la influencia de las ideas de las potencias de ocupación aliadas, el Consejo parlamentario quiso expresar de manera inequívoca que, con la dignidad humana como valor supremo, también los derechos del hombre y del ciudadano son inviolables en su contenido esencial y obligan a todos los poderes del Estado a respetarlos y protegerlos⁴¹⁹”.

Este tipo de cláusulas de intangibilidad suelen ser catalogadas de materiales, en la medida en que son herederas del concepto mínimo de Constitución establecido en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (garantía de derechos y división de poderes).

De los diez países latinoamericanos analizados, en Brasil el primer tipo de cláusula de intangibilidad ha inspirado, siquiera parcialmente, un límite material explícito. En efecto, su Constitución, en el artículo 60.4 III, señala que no es objeto de reforma la propuesta de enmienda tendiente a eliminar la separación de poderes⁴²⁰. Por su parte, la Constitución de la República Dominicana, que citamos por su interés en este punto, dispone en su artículo 119 que “ninguna

⁴¹⁸ Como ejemplo, el artículo 11 de la Constitución ecuatoriana, que regula los principios de aplicación de los derechos.

⁴¹⁹ Hans Peter Schneider, “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en *Democracia y Constitución*, trad. Joaquín Abellán, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 124.

⁴²⁰ Se debe señalar que el artículo tratado en el 60.1 protege la forma federal de Estado, el 60.2 protege el voto directo, secreto y universal y periódico, y el 60.4 protege a los derechos y garantías fundamentales.

reforma podrá versar sobre la forma de gobierno, que deberá ser siempre civil, republicano, democrático y representativo”. Límite por demás comprensible, toda vez que la división de poderes se muestra como un axioma del Estado de Derecho, en la medida en que por medio de aquella se limita el poder con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales. De manera más imprecisa, la Constitución de Venezuela en el artículo 342 sostiene que la revisión parcial no podrá modificar la estructura y principios fundamentales de la Constitución. Del mismo modo, la Constitución de Bolivia en el artículo 411 I determina como límite la modificación de la base fundamental de esta.

En cuanto a los límites materiales explícitos atinentes a los derechos fundamentales, tenemos que en las Constituciones de Brasil, Bolivia, Chile, Ecuador y Perú se recogen cláusulas de intangibilidad que prohíben la eliminación y restricción de los derechos y garantías fundamentales por la vía de la reforma constitucional. Ello se desprende de la lectura del artículo 60.4 IV de la Constitución brasileña⁴²¹, del artículo 411 I de la Constitución boliviana⁴²², del artículo 5 de la Constitución chilena⁴²³, del artículo 84 de la Constitución ecuatoriana⁴²⁴ y del artículo 32 de la Constitución peruana⁴²⁵.

Adicionalmente, en el caso brasileño, el artículo 60.4 II protege la intangibilidad del derecho a voto y su calidad de directo, secreto, universal y periódico. Ciertamente, la idea de que el sufragio sea directo expresa la convicción del constituyente brasileño de que la voluntad popular expresada en las elecciones legítima de modo determinante a los representantes de la ciudadanía, en tanto que el estatus de secreto garantiza que el voto sea ejercido de modo

⁴²¹ El artículo 60.4 IV del Texto constitucional brasileño afirma que no será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir los derechos y garantías individuales.

⁴²² El artículo 441 I de la Constitución de Bolivia prescribe que la reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución tendrá lugar por medio de Asamblea Constituyente.

⁴²³ El artículo 5, inciso segundo, de la Constitución chilena señala: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

⁴²⁴ El artículo 84 de la Constitución de Ecuador prescribe, entre otras cosas, que en ningún caso la reforma de la Constitución atentará contra los derechos constitucionales.

⁴²⁵ El artículo 32, inciso último, de la Constitución de Perú prescribe “no pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona (...)”.

autónomo, sin la interferencia de presiones externas. Por su lado, la universalidad del voto se muestra como signo distintivo del constitucionalismo democrático, en el cual toda la ciudadanía puede ejercer el sufragio, sin necesidad de acreditar solvencia económica, social o formativa.

Se debe advertir que las cláusulas de intangibilidad actúan como límite ante el poder constituyente derivado y no para ante el poder constituyente originario. De ahí que en los casos de los países analizados que contemplan Asambleas Constituyentes en sus Constituciones, las cláusulas de intangibilidad no operan como límites aplicables a ellas, en la medida en que las Asambleas Constituyentes son expresión del poder constituyente originario.

Finalmente, se debe señalar la imbricación existente entre los límites materiales explícitos que protegen la forma republicana y democrática de gobierno y los derechos fundamentales, en la medida en que la protección de aquellos es viable solamente bajo una forma republicana y democrática de gobierno o en una monarquía parlamentaria⁴²⁶, en la que se garantice la división de poderes, se establezcan claros límites al poder y se afirme la soberanía popular. En suma, es necesaria una comprensión de la relación entre derechos y democracia que apele a la “cooriginalidad” de ambos ideales⁴²⁷.

4.2.2 Límites materiales implícitos.

Los límites materiales implícitos son la concreción práctica de la fórmula política presente en la Constitución, de ahí que cuando se intente cambiarlos se haga necesario acudir al constituyente originario, en la medida en que su modificación presupone modificar la decisión política fundamental sobre la que se asienta la unidad de la comunidad⁴²⁸. Constituyen límites de este tipo el

⁴²⁶ Como señala Martí, “las razones por las que el republicanismo ha sido tradicionalmente antimonárquico tenían que ver con la naturaleza de las monarquías absolutistas del pasado, pero no hay nada incompatible hoy entre la existencia de una monarquía parlamentaria y los valores republicanos”. Véase, Josep Luis Martí, ob. cit., p. 287.

⁴²⁷ Jürgen Habermas, ob. cit., p. 193.

⁴²⁸ A decir de De Vega, lo contrario, es decir, modificar la fórmula política de la Constitución por medio de reforma constitucional, supone un fraude a la Constitución, en la medida en que

principio de soberanía popular, la división de poderes, los derechos constitucionales y la forma de gobierno.

Sin embargo, la aceptación de los límites implícitos no es pacífica, en la medida en que su determinación como su eficacia tendrá que deducirse en relación con cada ordenamiento constitucional⁴²⁹. De ahí que dichos límites dependan de la realidad jurídico-política de cada país.

La falta de consenso en relación con los límites implícitos se manifiesta en la doctrina española. Así, por ejemplo, De Vega⁴³⁰, Lucas Verdú⁴³¹, y García-Atance⁴³² defienden la existencia de aquellos, en tanto que Aragón⁴³³, De Otto⁴³⁴ y Aláez Corral⁴³⁵ no comparten esta tesis. Por su lado, Pérez Royo

siguiendo un procedimiento reglado, y sin romper con la legalidad establecida, se procede a crear, por un lado, un nuevo régimen político, y, por otro, un nuevo orden constitucional. Véase, Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 291.

⁴²⁹ María Victoria García-Atance, ob. cit., p. 206.

⁴³⁰ En palabras de De Vega, el principio político de soberanía popular condiciona la existencia de unos límites implícitos materiales, cuya fundamentación y desarrollo se deducen desde la legitimidad, necesario correlato de los valores materiales y supuestos políticos en que se inspira el Estado constitucional. Véase *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 283-284.

⁴³¹ Lucas Verdú afirma que no es un tema de primer orden el que los límites al poder de reforma sean explícitos o solo implícitos, en la medida en que lo importante es que la limitación al poder de reforma es connatural a la reforma como instituto, Pablo Lucas Verdú, ob. cit., p. 650.

⁴³² María Victoria García-Atance, ob. cit., pp. 206 y ss. En la misma línea el profesor argentino Bidart Campos sostiene que la fórmula política no precisa, necesariamente, estar positivada. Puede ser implícita y “estar presente invisiblemente en la cúspide de la pirámide jurídica.” Véase German Bidart Campos, *Doctrina del Estado Democrático*, Ediciones Jurídicas de Europa y América, Buenos Aires, 1961, p. 127.

⁴³³ Así, Aragón Reyes, en relación con la Constitución española afirma que no son aceptables límites materiales implícitos, dado que la actuación del pueblo en referéndum y el reconocimiento de que toda la Constitución se puede reformar deben conducir a que el procedimiento agravado del artículo 168 ha positivado, en la práctica, al poder constituyente. Véase, Manuel Aragón Reyes, “La reforma constitucional: procedimientos, límites y control”, en *Estudios de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 199-200.

⁴³⁴ De Otto y Pardo afirma que el silencio del constituyente acerca de los límites materiales de la reforma no puede llenarse por vía teórica, ni se trata tampoco de un asunto irrelevante, sino que responde a la renuncia de prohibiciones poco eficaces, las cuales son sustituidas por un procedimiento de particular rigidez (art. 168 CE), que para ser activado precisa del consenso mayoritario de las distintas fuerzas políticas. Véase, Ignacio De Otto y Pardo, “Defensa de la Constitución y Partidos Políticos”, en *Obras Completas*, Universidad de Oviedo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Oviedo, 2010, p. 633.

⁴³⁵ Advierte Aláez Corral que el considerar la existencia de límites inmanentes a la reforma de la Constitución supone ir en contra de la autorreferencialidad y la positividad del sistema jurídico. Véase Benito Aláez Corral, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, p. 182.

sostiene que el tema de los límites a la reforma constitucional pertenecen a una realidad histórico-constitucional superada⁴³⁶.

En definitiva, cuando hablamos de límites materiales implícitos, debemos decir que su aceptación no está exenta de discusión, en la medida en que se vuelve complejo determinarlos sin que medien subjetividades. De ahí que, más que hablar de que los límites materiales implícitos constituyan “zonas exentas” del poder revisor, hablaríamos de la necesidad de no afectar mediante la reforma ciertos elementos que se muestran como señas identitarias del Estado constitucional. Aquello implica una comprensión de los límites materiales implícitos no dogmática, es decir, no anquilosada en el origen del constitucionalismo. En consecuencia, la idea es apelar a la conciencia jurídica y política de nuestro tiempo para comprender el concepto de Constitución⁴³⁷.

Por ello, una medida para tratar de moderar la potencial subjetividad que suponen los límites materiales implícitos puede ir por el lado del análisis de los contenidos de los preámbulos de las Constituciones⁴³⁸. En este sentido, nos decantamos por la admisibilidad de dichos límites desde la perspectiva de garantizar el núcleo esencial de la Constitución. Dicho de otro modo, en el concepto de Constitución subyacen siempre aquellos valores implícitos que legitiman a cualquier texto constitucional y que, por ello mismo, no pueden ser modificados por el poder de reforma.

Pues bien, de los casos estudiados, las Constituciones de Argentina, Colombia, y Costa Rica contemplan disposiciones de las que la doctrina ha derivado límites implícitos, en tanto que defienden el sistema democrático, la soberanía popular y los derechos fundamentales.

Así, la Constitución argentina, en el artículo 36, sostiene que “se mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático”, lo cual, para la doctrina

⁴³⁶ Javier Pérez Royo, *La reforma de la Constitución*, p. 210.

⁴³⁷ Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 273.

⁴³⁸ Peter Häberle, ob. cit., 148.

argentina, supone la constitucionalización de la democracia como forma de gobierno. De ahí que, para Ferreyra, la democracia no puede acabar consigo misma, aunque exista una mayoría política que así lo quiera⁴³⁹.

Lo dicho supone que en Argentina no existen límites materiales explícitos al procedimiento de reforma a la Constitución, pero los límites, según la doctrina, llegan desde la comprensión de la democracia como forma de autoorganización política del pueblo, la cual no puede llevarse a la práctica sin la observancia de principios tales como la igualdad, libertad, deliberación colectiva, autonomía individual y autogobierno colectivo⁴⁴⁰.

En efecto, la protección del sistema democrático que hace el artículo 36 de la Constitución argentina implica una protección no solo del gobierno democrático, sino también del resto de presupuestos que hacen posible la democracia constitucional. En consecuencia, los derechos constitucionales se ven protegidos por aquel artículo en la medida en que actúan como condiciones del proceso democrático, y, a la par, sólo bajo un régimen democrático se pueden proteger los derechos constitucionales.

Del mismo modo, Colombia tampoco posee cláusulas de intangibilidad dentro de su articulado constitucional de 1991. Sin embargo, aquello no implica desconocer los valores y principios políticos protegidos por el constituyente originario colombiano. En esta medida, como señala Ramírez Cleves, los principios de Estado social de derecho, la dignidad, humana, la democracia participativa, el pluralismo y el Estado unitario gobernado de modo descentralizado, los cuales se encuentran recogidos en artículo 1 de la Constitución, se corresponden con las tesis básicas que supone el concepto de Constitución desde la modernidad⁴⁴¹.

⁴³⁹ Raúl Gustavo Ferreyra, "Patología del proceso de reforma. Sobre la inconstitucionalidad de una enmienda en el sistema constitucional de la Argentina", en *Anuario de Derecho Constitucional 2008*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2008, p. 786. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2553/31.pdf>

⁴⁴⁰ Lucas Arrimada, "La democracia como precondition del constitucionalismo: prácticas democráticas y reforma constitucional", en *La Constitución en 2020*, p. 235.

⁴⁴¹ Gonzalo Ramírez Cleves, ob. cit., p. 483.

Si bien, como ha sido dicho, el constituyente colombiano no ha previsto ningún tipo de limitación formal o material para la reforma constitucional, la Corte Constitucional ha jugado un papel importante en la transformación de defectos de forma, que sí son controlables por dicho órgano, en potenciales violaciones materiales al Texto constitucional⁴⁴². Así, la Corte Constitucional de Colombia ha elaborado la teoría de la sustitución de la Constitución⁴⁴³, según la cual el procedimiento reglado en la Constitución autoriza su reforma, pero descarta la posibilidad de que aquella sea sustituida por el procedimiento de reforma. En el próximo capítulo, cuando analicemos los dos dictámenes de constitucionalidad de la Corte Constitucional de Ecuador sobre la reforma de la Constitución de 2008, ahondaremos en este tema.

Por su lado, la Constitución de Costa Rica tampoco recoge dentro de su articulado límites materiales explícitos. Así, a primera vista, parece que el poder constituyente derivado, siempre que respete los procedimientos formales, podría modificar cualquier disposición constitucional⁴⁴⁴. Sin embargo, el poder de reforma constitucional se encuentra impedido, a partir de lo señalado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de modificar aquello que conforman “las decisiones políticas fundamentales” contenidas en la Constitución costarricense⁴⁴⁵. En esa medida, “las decisiones políticas fundamentales”, entre las que se encuentran la forma republicana de gobierno, la soberanía popular o los derechos⁴⁴⁶, sólo pueden ser modificadas por medio de la intervención del constituyente originario, que, en el caso del país centroamericano, según el artículo 196 de la Constitución, exige la instalación de una Asamblea Constituyente.

En Ecuador, finalmente, somos del criterio de que no existen límites implícitos a la reforma, toda vez que los contenidos materiales que suponen estos han sido positivados en artículos como el 84, 441 y 442 de la Constitución, de los cuales

⁴⁴² Ricardo Zuluaga Gil, “Reforma o supremacía, Una aproximación a la Constitución con especial referencia a Colombia”, en *La Reforma Constitucional. Sus implicaciones jurídicas*, p. 324.

⁴⁴³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-551 de 2003.

⁴⁴⁴ Rubén Hernández Valle, “El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1993, p. 155.

⁴⁴⁵ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala de lo Constitucional, Sentencia 02771/2003.

⁴⁴⁶ Artículos 1, 2, 3 y 9 de la Constitución.

se deriva que la reforma constitucional que restrinja el alcance de los derechos constitucionales podrá ser tramitada solo por Asamblea Constituyente.

4.3 Balance de la regulación de la reforma y sus límites en la Constitución de Ecuador.

Para proceder a realizar un balance de la regulación de la reforma y sus límites en la Constitución ecuatoriana de 2008, nos valdremos de un cuadro comparativo, el cual recogerá algunos de los criterios que nos permitieron llevar a cabo el ejercicio con varios países de América Latina. Aquellos criterios son: la existencia de límites materiales, los procedimientos (entre los cuales se encuentran, por un lado, la iniciativa, y, por otro, las mayorías exigidas, así como los números de debates que nos permiten determinar los grados de rigidez), la existencia de referéndum y la existencia de Asamblea Constitucional o de Asamblea Constituyente.

Así, en primer lugar, determinaremos los grados de rigidez de los textos comparados. Para ello, acudiremos, por un lado, a la existencia o no de límites materiales explícitos, y, por otro, a la exigencia de mayorías calificadas de tres quintos o dos tercios, al número de debates en sede legislativa y a la previsión de Asamblea Constituyente. En segundo lugar, determinaremos el grado de participación popular que suponen los procesos de reforma constitucional, dependiendo de la existencia o no de iniciativa popular, así como de la previsión de referéndum. Todo esto, con la finalidad de evaluar comparativamente la regulación constitucional sobre el procedimiento de reforma y sus límites en Ecuador.

País	Límites materiales: explícitos, implícitos	Iniciativa	Grados de rigidez. Mayorías calificadas y doble deliberación parlamentaria.	Referéndum constitucional	Referéndum constituyente	Asamblea Constitucional	Asamblea Constituyente
Argentina	Sí (implícitos)	Exclusiva del Legislativo.	2/3 para declarar la necesidad de reforma.	No	No	Sí	No
Bolivia	Sí (explícitos)	Legislativo, Ciudadanos.	2/3. Una deliberación.	Sí	Sí	No	Sí

Brasil	Sí (explícitos)	Ejecutivo, Legislativo Nacional, Asambleas Legislativas Federales.	3/5 y 2/3 ⁴⁴⁷ . Doble deliberación.	No	No	No	No
Chile	Sí (explícitos)	Ejecutivo, Legislativo.	3/5 y 2/3 ⁴⁴⁸ . Una deliberación.	No, salvo plebiscito presidencial	No	No	No
Colombia	Sí (implícitos)	Ejecutivo, Legislativo, Concejales, Ciudadanos.	Mayoría absoluta y referéndum para la reforma de ciertas partes de la Constitución. Doble deliberación.	Sí, pero solo mediante ley aprobada por el Congreso (aprobatorio) o, para determinadas materias, por iniciativa ciudadana (derogatorio).	No	No	Sí (aunque en la práctica se trata de una Asamblea Constitucional)
Costa Rica	Sí (implícitos)	Legislativo, Ciudadanos.	2/3. Tres deliberaciones para la admisión a trámite de la reforma, sucesivos trámites y, para concluir, tres debates para la aprobación de la reforma.	Sí, pero solo si lo acuerdan los 2/3 de la Asamblea.	No	No	Sí
Ecuador	Sí (explícitos)	Ejecutivo, Legislativo, Ciudadanos.	2/3 ⁴⁴⁹ . Dos deliberaciones	Sí, pero con posibilidad de evitarlo en el procedimiento de enmienda	Sí	No	Sí
México	Sí (implícitos)	Ejecutivo, Legislativo de la Unión, Legislativos de los Estados.	2/3 de los presentes.	No	No	No	No

⁴⁴⁷ En el caso de Brasil y Chile, la distinción de la mayoría de tres quintos respecto a la de dos tercios pasa por el hecho de que por el último tipo de mayoría se pueden modificar aspectos materiales de mayor relevancia constitucional.

⁴⁴⁸ Debemos señalar que el referéndum en Chile se da como un poder de reacción del Ejecutivo frente al Legislativo, cuando aquel no llega a consensuar los contenidos de una reforma con el segundo. Así, el referéndum supone dejar en manos del pueblo la decisión final respecto de una reforma a la Constitución.

⁴⁴⁹ En Ecuador la aprobación de una enmienda, así como de una reforma parcial, requieren del voto favorable de los dos tercios de los integrantes de la Asamblea Nacional. Sin embargo, se diferencian en que la iniciativa ciudadana para la enmienda debe reunir el ocho por ciento de los inscritos en el padrón electoral, en tanto que la reforma parcial exige el uno por ciento de los inscritos. Por otro lado, cuando la iniciativa de enmienda nace del Legislativo debe contar con el respaldo de, al menos, un tercio de sus integrantes, en tanto que cuando el propio Legislativo intenta reformar parcialmente la Constitución requiere, necesariamente, del consenso de la mayoría de sus integrantes. Otra diferencia entre la enmienda y la reforma parcial pasa por el hecho de que el referéndum es obligatorio en el segundo caso.

		Ciudadanos.					
Perú	Sí (explícitos)	Ejecutivo Legislativo, Ciudadanos.	Mayoría absoluta y 2/3 ⁴⁵⁰ . Dos deliberaciones	Sí, pero con posibilidad de evitarlo	No	No	No
Venezuela	Sí (explícitos)	Ejecutivo, Legislativo, Ciudadanos.	Mayoría absoluta y 2/3 ⁴⁵¹ . Dos deliberaciones	Sí	No	No	Sí

Fuente: Elaboración propia

Respecto a la iniciativa, el dato más destacado de la Constitución de Ecuador es que reconoce la posibilidad de ejercerla por la ciudadanía, con lo cual se coloca en la misma posición que las Constituciones de Bolivia, Colombia, Costa Rica, México, Perú y Venezuela. La iniciativa ciudadana se reconoce, además, en los tres procedimientos de reforma, a saber enmienda, reforma parcial y Asamblea Constituyente.

Por otro lado, en lo que se refiere al apoyo requerido para las iniciativas parlamentarias de enmienda y reforma, la Constitución ecuatoriana se encuentra en el grupo de aquellas que exige un mayor porcentaje de apoyo.

Con respecto a las mayorías parlamentarias exigidas para la aprobación de la reforma constitucional, lo más destacable es que, tanto en el procedimiento de enmienda, como en el de reforma, se requiere la mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea Nacional, que es la más elevada entre las que se contemplan en el Derecho comparado. Ello da cuenta de una fuerte tendencia hacia la rigidez de la Constitución.

En cuanto al referéndum, la Constitución de Ecuador se inscribe en el marco de aquellas que lo contemplan en el marco del procedimiento de reforma de la Constitución, tales como Bolivia, Colombia, Costa Rica, Perú y Venezuela. En todo caso, destacan en la Constitución de Ecuador dos características, como son, en primer lugar, que el referéndum no es necesario cuando la enmienda sigue tramitación legislativa en la Asamblea Nacional, y, en segundo lugar, que

⁴⁵⁰ En el caso peruano, está prevista la mayoría de dos tercios ante el escenario de querer sortear la necesidad de referéndum popular.

⁴⁵¹ Es pertinente señalar que, en los casos en que se manejan dos tipos de mayorías, esto es, la absoluta y la calificada, la primera está vinculada a aspectos de menor profundidad, en tanto que la segunda está destinada para introducir reformas de mayor calado. Es el caso, por ejemplo, de Venezuela que precisa mayoría absoluta para la enmienda, en tanto que exige dos tercios para la reforma parcial.

el referéndum es exigido aun cuando se convoque a la Asamblea Constituyente. El primer elemento hace que deba reevaluarse la posición del referéndum en el procedimiento de enmienda. En efecto, la interpretación que se viene haciendo del artículo 441 de la Constitución permite, sobre todo cuando la iniciativa provenga del Presidente y las fuerzas que lo apoyen en la Asamblea Nacional dispongan de la mayoría de dos tercios en este órgano, sortear el referéndum, dado que, en tales casos, la enmienda puede ser aprobada en la propia Asamblea Nacional mediante dicha mayoría. El referéndum, por tanto, cuando es por iniciativa del Presidente, queda configurado como una suerte de plebiscito en la práctica, que resultará indicado cuando el Presidente desee reforzar su posición política, mediante un voto favorable en el referéndum relativo a la enmienda, o bien, incluso, cuando el Presidente desee reforzar su autoridad frente a la Asamblea Nacional, cuando no cuente con mayoría suficiente en aquélla para sacar adelante su iniciativa de enmienda. La práctica en Ecuador ha mostrado, tanto el ejemplo del uso plebiscitario del referéndum, con ocasión del primer conjunto de enmiendas, como el del mecanismo mediante el cual la fuerza parlamentaria que apoya al Presidente hace uso de su iniciativa en la Asamblea Nacional para evitar el referéndum, como ha ocurrido con el segundo conjunto de enmiendas, especialmente ante la incertidumbre acerca de la suerte que hubiera corrido en el referéndum la enmienda conducente a introducir en la Constitución la reelección indefinida de los cargos públicos, incluyendo el Presidente.

Finalmente, la Constitución de Ecuador se inscribe también en el grupo de aquellas que regulan la convocatoria de una Asamblea Constituyente como procedimiento para la reforma de la Constitución, como es el caso de Colombia, Costa Rica, Venezuela y Bolivia, aun cuando, como hemos visto, la doctrina mantenga discrepancias acerca del carácter verdaderamente constituyente de la Asamblea contemplada en la primera Constitución citada. La previsión de la Asamblea Constituyente se da para aquellos casos en que la reforma afecte a los elementos cuya importancia la Constitución ha querido destacar especialmente, como es el caso de los derechos y el procedimiento de reforma constitucional, o bien para la revisión total de la Constitución. Es

decir, la Asamblea Constituyente no es elemento necesario para la reforma, sino que se contempla solamente en los casos en que la reforma tenga especial gravedad, o se vaya a reformar de modo total la Constitución, lo cual es la tendencia normal en el constitucionalismo de Latinoamérica actual. Por otra parte, en los casos indicados, el recurso a la Asamblea Constituyente resulta necesario, y no puede ser obviado por ningún procedimiento alternativo. Destaca en Ecuador que la reforma aprobada por la Asamblea Constituyente debe ser, aún, aprobada en referéndum, algo en lo que coincide solamente con la Constitución de Bolivia. Ni siquiera la Constitución de Venezuela contempla este nivel de exigencia.

En definitiva, la Constitución de Ecuador se inscribe dentro de la corriente más actual de Constituciones en América Latina, con su clara apuesta por la rigidez y la instauración de mecanismos de participación popular directa, tanto en el momento de la iniciativa, como en el de la aprobación de la reforma, si bien la Constitución contempla una clara vía de escape del referéndum en su regulación del procedimiento de enmienda. En el mismo sentido se entiende la inclusión de la Asamblea Constituyente dentro de los mecanismos de reforma de la Constitución.

Más concretamente, la Constitución recoge los tres mecanismos (iniciativa ciudadana, referéndum y Asamblea Constituyente) que caracterizan a las Constituciones características del llamado nuevo constitucionalismo de América Latina, en el que se inscriben las Constituciones de Venezuela y de Bolivia, y, con matices, la de Colombia. Es plausible la incorporación de mecanismos de democracia directa en el trámite de las reformas constitucionales, en la medida en que les proporciona legitimidad⁴⁵², contribuyendo, en consecuencia, a que mengüen las objeciones democráticas

⁴⁵² Como señala Martí, para que un Texto constitucional se considere legítimo debe haber sido aprobado siguiendo un procedimiento democrático deliberativo e inclusivo. Véase, José Luis Martí, ob. cit., p. 286. La afirmación del profesor español concuerda con la idea de democracia discursiva expuesta por Habermas quien sostiene que “conforme al principio de discurso pueden pretender validez precisamente aquellas normas que pudiesen encontrar el asentimiento de todos los potencialmente afectados si éstos participasen en discursos racionales”. Véase Jürgen Habermas, ob. cit., p. 193.

que se hacen a las Constituciones que poseen cláusulas de intangibilidad y mayorías calificadas para su reforma⁴⁵³.

En suma, desde la comprensión de un constitucionalismo fuerte⁴⁵⁴, que se caracteriza por la existencia de cláusulas de intangibilidad, así como por la exigencia de mayorías calificadas en la tramitación de reformas constitucionales, diríamos que de los países analizados se desprenderían tres niveles de rigidez. Así, entre las Constituciones más rígidas tendríamos a Bolivia, Brasil, Chile, Perú y Venezuela, seguidas por los Textos de Colombia y Costa Rica, y, finalmente, ubicamos como los Textos menos rígidos el de Argentina⁴⁵⁵ y el de México. Ecuador se encuadraría, a estos efectos, en el grupo de los países con Constituciones más rígidas.

Por otra parte, es posible hacer una lectura política complementaria de la rigidez observada en la regulación de la reforma llevada a cabo por la Constitución de Ecuador. La Asamblea Constituyente, al elaborar dicha Constitución, pretendió fundar desde bases nuevas el sistema político. Como hemos observado en el primer apartado del presente capítulo, aprobó una Constitución que, en terrenos como los derechos o la participación, recoge innovaciones importantes en el marco del constitucionalismo comparado, y que, a partir del fundamento de la voluntad popular, intenta romper con la tradición política de Ecuador.

Desde esta óptica, la adopción de procedimientos rígidos de reforma tiene una función defensiva frente a eventuales intentos de reforma procedentes de la Asamblea en sentido regresivo con respecto a los avances, especialmente en lo relativo al reconocimiento de derechos y a la participación, que recoge la Constitución. Debe señalarse que la Constitución se redactó en un momento de grave deslegitimación del sistema tradicional de partidos políticos y, por extensión, del Parlamento, tal como había funcionado tradicionalmente en

⁴⁵³ Del estilo de la objeción que se plantea, por ejemplo, en el debate norteamericano en relación al gobierno de los muertos sobre las generaciones vivas. Al respecto véase, Francisco Rubio Llorente, "Rigidez y apertura en la Constitución", p. 130.

⁴⁵⁴ Juan Carlos Bayón, "Derechos, Democracia y Constitución", p. 216.

⁴⁵⁵ La Constitución argentina prescribe, exclusivamente, el acuerdo de los dos tercios de los miembros del Legislativo para declarar la necesidad de reforma (art. 30).

Ecuador. En este contexto, resulta más fácil entender la reiterada llamada de la Constitución a la ciudadanía, tanto en el momento de la iniciativa para la reforma de la Constitución, como en el de la aprobación de la reforma. Diríase que el constituyente entendió a la Constitución que iba a aprobar como la materialización de la verdadera y real voluntad popular, y que pretendió depositar la posibilidad de reformar dicha Constitución en el mismo pueblo, impidiendo la reforma de sus elementos más característicos mediante la simple acción de la Asamblea legislativa.

Muestra evidente del alto concepto que el constituyente ecuatoriano tuvo de sí mismo, como traductor de la voluntad popular, es el artículo 427, con su llamativa apelación a interpretar la Constitución, entre otros criterios, en el sentido "que mejor respete la voluntad del constituyente"⁴⁵⁶. Esta tendencia al originalismo en la interpretación, a nuestro parecer, tiene su reflejo en la regulación de la reforma mediante una acentuada rigidez y la exigencia de la participación popular. Una tendencia, por último, que, de forma contradictoria con los principios que la inspiran, tiene una excepción en el procedimiento de enmienda constitucional mediante intervención de la Asamblea, que abre una vía para aprobar reformas sin necesidad de llamar a referéndum.

Hasta aquí el examen jurídico del Texto constitucional ecuatoriano, incluso en dimensión comparada, unido al análisis del trasfondo político de dicho texto. En el capítulo siguiente veremos que la práctica no se ha correspondido con las aspiraciones que dieron forma a la regulación de la reforma constitucional en Ecuador, ni con las expectativas que la letra de sus artículos puede levantar. De hecho, el texto original de la Constitución ha sido reformado ya dos veces en el transcurso de siete años y, para el segundo paquete de reformas, que incluía la reelección indefinida, se utilizó la vía de la aprobación legislativa con el fin de evitar el pronunciamiento directo del pueblo.

⁴⁵⁶ Art. 427 de la Constitución: "Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional."

CAPÍTULO III

El control de la reforma de la Constitución por parte de la Corte Constitucional de Ecuador.

En el presente capítulo analizaremos los Dictámenes de procedimiento no. 001-11-DRC-CC, Caso no. 0001-11-DRC, de 15 de febrero de 2011, y 001-14-DRC-CC, Caso no. 0001-14-DRC, de 31 de octubre de 2014, emitidos por la Corte Constitucional de Ecuador⁴⁵⁷, los cuales fueron expedidos con motivo de las dos modificaciones que se han introducido hasta el momento al Texto constitucional de 2008. Además, nos referiremos al Dictamen de procedimiento no. 002-16-DRC-CC, Caso no. 0001-16-RC, de 13 de abril de 2016. Por medio de los Dictámenes de procedimiento la Corte Constitucional determina qué procedimiento deben seguir las modificaciones que se intenten introducir en la Constitución, esto es, si las modificaciones suponen una enmienda, una reforma parcial o una sustitución de la Constitución, finalizando así, de conformidad con el artículo 99 número 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, su intervención de control previo⁴⁵⁸.

La finalidad del análisis que llevaremos a cabo será determinar en qué medida la Corte Constitucional ecuatoriana ejerció su tarea de control a las modificaciones constitucionales de conformidad con lo señalado por la Constitución. Por ello, además de acudir a fuentes normativas, tanto nacionales como internacionales, y a fuentes teóricas, indagaremos también en sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como en sentencias de otros tribunales constitucionales.

Sin perjuicio de lo dicho, previamente nos referiremos a los aspectos generales del fundamento del control de las reformas constitucionales, toda vez que el

⁴⁵⁷ El artículo 443 de la Constitución ecuatoriana dispone que la Corte es el órgano encargado de determinar cuál de los procedimientos debe seguir un cambio a la Constitución, esto es, si se trata de una enmienda, de una reforma parcial o de una sustitución de la Constitución.

⁴⁵⁸ El número 3 del mismo artículo 99 contempla el control constitucional posterior de las enmiendas, reformas y cambios constitucionales.

control de las reformas no obedece a una posición unívoca. Así, por ejemplo, en algunos casos, como Colombia o Ecuador, dicho control está contemplado constitucionalmente; existen otros, como Italia o Perú, en los que, a pesar de no contemplar el control dentro de su normativa constitucional, sus tribunales constitucionales han asumido dichas competencias, en la medida en que sus respectivas Constituciones contienen cláusulas de intangibilidad. Ahora bien, existen también países, como la India, donde su Constitución, por un lado, no contienen cláusulas de intangibilidad y, por otro, tampoco atribuyen dicha competencia de control de la reforma constitucional a su Tribunal Supremo, y, sin embargo, aquél, a partir de la tesis “*basic structure*”, ha asumido el citado control.

Por otro lado, al control de la reforma a la Constitución por parte de los tribunales subyace la discusión sobre la legitimidad de estos para llevar a cabo dicho control. Por esta razón, incluiremos, también, un apartado que dé cuenta de aquella discusión teórica. Adelantamos que el debate en torno a la legitimidad del control a la reforma constitucional por parte de los tribunales implica mayores problemas en ordenamientos como el ecuatoriano, caracterizados por su particular rigidez, la cual supone cláusulas de intangibilidad, por un lado, y mayorías calificadas por otro.

1. Aspectos generales del fundamento del control de las reformas constitucionales.

Los actuales Estados constitucionales se caracterizan en gran medida por la existencia de Constituciones rígidas y por el establecimiento de la jurisdicción constitucional. Así, la segunda protege, entre otras cosas, la supremacía y el carácter rígido de las primeras. Como se dijo en el primer capítulo, la rigidez encuentra su legitimidad en el amplio consenso social alrededor de los contenidos protegidos. Es de tal relevancia la idea del consenso social que, en palabras de Grimm, “todas las funciones explícitas de la Constitución, tanto las

de legitimación y limitación como las de ordenación y resolución de conflictos, descansan en el consenso⁴⁵⁹”.

Una aproximación a la relación entre reforma constitucional y control constitucional, a partir de Pérez Royo, sugiere que aquella sirve de fundamento al segundo⁴⁶⁰. El control constitucional solamente tiene sentido cuando el texto de la Constitución viene garantizado por procedimientos rígidos de reforma, que lo dotan de inmutabilidad frente a la ley. Una ley contraria a la Constitución es, materialmente, una reforma de la Constitución, y debe ser controlada tomando como parámetro superior a la Constitución por no haberse seguido en su aprobación el procedimiento de reforma⁴⁶¹. La actividad de la justicia constitucional se integra de forma cotidiana en la vida de la comunidad, asegurando la adaptación de la interpretación constitucional a las cambiantes circunstancias sociales dentro del marco de posibilidades interpretativas permitidas por el texto constitucional, es decir, supone la garantía ordinaria de la Constitución. En tanto, la reforma de la Constitución es una garantía extraordinaria, a la que solo se debe acudir cuando no es posible encontrar respuesta a un problema por medio de la interpretación, y asegura, al menos, que la reforma que se vaya a aprobar cuente con un consenso entre los distintos intereses sociales equivalente al que concitara el texto original de la Constitución.

Desde otra perspectiva, la rigidez implica procedimientos agravados que dificultan la reforma de la Constitución, diferenciándose esta operación, en consecuencia, de la reforma de las leyes, mientras que el control constitucional, por su lado, vela por el respeto al carácter supremo de la Constitución, y tiene como fin primordial que cualquier norma de carácter legal –y en Ecuador, cualquier norma de carácter infraconstitucional- que se oponga a aquella sea declarada inválida. Sin embargo, el puente entre ambos institutos pasaría por el hecho de que en los sistemas donde existe control de las reformas constitucionales, es la justicia constitucional la encargada de vigilar que el

⁴⁵⁹ Dieter Grimm, ob. cit., p. 32.

⁴⁶⁰ Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, p. 132.

⁴⁶¹ Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, p. 133.

carácter rígido de los textos constitucionales sea respetado, demarcando los límites impuestos al poder constituido cuando reforma la Constitución.

El hecho de demarcar los límites al poder constituido supone una de las cuestiones claves de la dogmática constitucional, en la medida en que permite diferenciar entre una reforma ordinaria de la Constitución realizada por medio del poder constituido, y una reforma del núcleo esencial de la Constitución a través del poder constituyente⁴⁶². Ciertamente, el control de la reforma constitucional encuentra sentido, pues, permite, por un lado, establecer las fronteras de actuación en materia de reforma constitucional entre el poder constituido y el poder constituyente y, por otro, defender la rigidez y la supremacía de la Constitución de los avatares de la política ordinaria.

Ahora bien, el control de la constitucionalidad de la reforma no es un asunto pacífico, debido a que confluyen en la reforma de la Constitución, como en ninguna otra norma, aspectos políticos y jurídicos. De ahí que, según Jorge Carpizo, habría que preguntarse si el otorgar la facultad de control, ya sea, formal o material, a los tribunales constitucionales, podría traer problemas constitucionales o políticos cuya solución desborde a la propia Constitución⁴⁶³.

En todo caso, debemos advertir que el cumplimiento de la finalidad del control de la constitucionalidad de la reforma por parte de los tribunales constitucionales no opera de una sola forma. Así, siguiendo a Sabrina Ragone, nos encontramos ante tres criterios que dan forma al control constitucional de las reformas de la Constitución que puedan llevar a cabo los tribunales, que consisten en determinar, primero, si los tribunales tienen facultades expresamente establecidas en el Texto constitucional para llevar adelante la tarea del control y, si no las tienen, concretar en virtud de qué fundamentos asumen la facultad de llevar a cabo dicho control; en segundo lugar, determinar

⁴⁶² Ernst Wolfgang Böckenförde, ob. cit., p. 161.

⁴⁶³ Jorge Carpizo, "El Tribunal Constitucional y el Control de la Reforma Constitucional", en *La Reforma Constitucional. Sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado*, p. 205.

si se trata de un control formal o material; finalmente, determinar si se trata de un control preventivo o sucesivo⁴⁶⁴.

Cuando hablamos de un control constitucional formal aludimos a aquel control que se centra, principalmente, en aspectos procedimentales; por el contrario, el control constitucional material se refiere a los aspectos sustanciales que podrían ser reformados. El control preventivo, por su lado, hace mención a la existencia de un control previo, esto es, al inicio del trámite de una reforma constitucional, en tanto que el control sucesivo se refiere al que se realiza *a posteriori*, es decir, se trata de un control represivo que se ejerce una vez que la reforma ha sido incorporada a la Constitución⁴⁶⁵.

Entre los países que contemplan de modo explícito el control de las reformas a la Constitución tenemos a Costa Rica (art. 10 letra b)⁴⁶⁶, Chile (art. 93.3)⁴⁶⁷, Colombia (art. 241.1)⁴⁶⁸, Ecuador (art. 443)⁴⁶⁹ y Bolivia (art. 202.10)⁴⁷⁰, dentro de ellos, a su vez, existe un control exclusivamente preventivo en el caso de

⁴⁶⁴ Sabrina Ragone, "Il controllo delle revisioni costituzionali nel dititto comparatto: questione metodologiche", en *Giustizia Costituzionale Comparata. Proposte classificatorie a confronto*, ed. Silvia Bagni, Bologna University Press, Bologna, 2013, p. 202. Véase también, Sabrina Ragone, *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos*, Porrúa, México, 2012, pp. 3-4.

⁴⁶⁵ Claudia Storini, Jhoel Escudero Soliz, "El control de constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", en *Revista General de Derecho Público Comparado* 9, 2011, p. 20.

⁴⁶⁶ El artículo 10 letra b de la Constitución de Costa Rica prescribe que, "corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público...", correspondiéndole además, "conocer de las consultas sobre proyectos de reforma constitucional...".

⁴⁶⁷ El artículo 93.3 de la Constitución de Chile atribuye al Tribunal Constitucional la facultad de "resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso." Sobre el control constitucional de la reforma en Chile, véase Humberto Nogueira Alcalá, "Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile", en *Revista Estudios Constitucionales*, no. 2, 2006, pp. 441 yss.

⁴⁶⁸ El artículo 241.1 de la Constitución de Colombia establece que le corresponde a la Corte Constitucional "decidir contra las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación."

⁴⁶⁹ El artículo 443 de la Constitución de Ecuador prescribe que, "la Corte Constitucional calificará cuál de los procedimientos (enmienda, reforma parcial, asamblea constituyente) previstos en este capítulo corresponde en cada caso"

⁴⁷⁰ El artículo 202.10 de la Constitución de Bolivia, prescribe que el Tribunal Constitucional Plurinacional conocerá de "la inconstitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución".

Chile⁴⁷¹, en tanto que existe un control preventivo y sucesivo en Costa Rica, Colombia⁴⁷² y Ecuador⁴⁷³. Por otro lado, estamos ante casos de control formal en Chile⁴⁷⁴, Costa Rica⁴⁷⁵ y Bolivia, y de un control tanto formal como material en Colombia⁴⁷⁶ y Ecuador, país sobre el que volveremos más adelante.

En cuanto a los Estados donde los tribunales, ante la falta de regulación expresa que les otorgue la facultad de ejercer control sobre las reformas constitucionales, han reivindicado para sí dicho control, destacan los casos, desde una perspectiva formal, de los Tribunales Supremos de los Estados Unidos, México y Argentina, en tanto que, desde una perspectiva material, hay que citar los Tribunales Constitucionales de Alemania, Italia y Perú, así como al Tribunal Supremo de la India⁴⁷⁷.

Es necesario precisar que el problema de la inconstitucionalidad de las normas constitucionales le fue planteado tempranamente al Tribunal Supremo de los Estados Unidos, a propósito de la discusión de las enmiendas XVIII⁴⁷⁸ y XIX⁴⁷⁹,

⁴⁷¹ Francisco Zúñiga Urbina, "Control de Constitucionalidad de la Reforma Constitucional", en *Revista Estudios Constitucionales*, no. 2, 2006, p. 432.

⁴⁷² Sabrina Ragone, *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos* pp. 75 y ss.

⁴⁷³ En concordancia con el artículo 443 de la Constitución de Ecuador, el artículo 100 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional regula el control previo, al determinar que todo proyecto de enmienda o reforma constitucional debe ser enviado a la Corte Constitucional para que indique cuál de los procedimientos previstos en el Texto constitucional es el que corresponde. Por otra parte, el artículo 106 de la misma Ley contempla el control posterior de enmiendas, reformas y cambios constitucionales.

⁴⁷⁴ Francisco Zúñiga Urbina, art. cit., p. 432.

⁴⁷⁵ El artículo 73 letra ch de la Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica prescribe que la acción de inconstitucionalidad puede ser interpuesta contra la reforma, exclusivamente, por vicios procedimentales.

⁴⁷⁶ En el caso de Colombia se debe señalar que, si bien el control, a partir del Texto constitucional, es de carácter formal y procedimental, en la práctica la Corte Constitucional, en la Sentencia C-551 de 2003, determinó que los "vicios de competencia" permitían analizar si el procedimiento fue seguido por el órgano constitucionalmente encargado para llevarlo adelante. Esto lleva a afirmar a la Corte que, en caso de existir algún vicio, su examen supone una dimensión tanto material como formal de trámite. Al respecto véase, Gonzalo Ramírez Cleves, *ob. cit.*, pp. 485-487.

⁴⁷⁷ Sabrina Ragone, "Il controllo delle revisioni costituzionali nel dititto comparatto: questione metodologica", p. 202, nota al pie 13.

⁴⁷⁸ La enmienda en cuestión fue ratificada el 16 de enero de 1919, y se refería a la prohibición sobre la fabricación, venta o transporte de alcohol en los Estados Unidos, determinando para ello que el Congreso y los diversos Estados poseerán facultades concurrentes para hacer cumplir dicho artículo, por medio de las leyes correspondientes. Al respecto véase, Raúl Gustavo Ferreyra, *Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2007, 253.

y que dicho Tribunal sostuvo que se trataba de una *political question*⁴⁸⁰ y, como tal, no justiciable⁴⁸¹. Sin embargo, esta posición de la jurisprudencia norteamericana ha ido evolucionando, de modo que, posteriormente, el Tribunal Supremo se ha abierto a un control de corte procedimental, manteniéndose reacio a un control material de la reforma⁴⁸². El control, exclusivamente formal, se da a pesar que el artículo V de la Constitución de 1787 contiene dos límites sustantivos, el primero de carácter temporal, y por ello inactivo, relativo a la prohibición de restringir la importación de esclavos antes del año 1808, y el segundo, que prescribe que no puede privarse a ningún Estado, sin su aquiescencia, de la igualdad de voto en el Senado. En todo caso, la opinión general de la academia norteamericana comparte la posición de su Tribunal Supremo, con respecto a que el control judicial de las enmiendas constitucionales no puede atender a su control material⁴⁸³.

Por su lado, los Tribunales Constitucionales de Alemania, Italia y Perú y el Tribunal Supremo de la India, ante la carencia de competencia explícita para controlar reformas constitucionales, han expuesto variados argumentos para justificar su legitimidad para efectuar el control material de la constitucionalidad de dichas reformas. Así, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha argüido que, dado la existencia de cláusulas de intangibilidad en la Constitución, ello supone la necesidad de un guardián de los contenidos por aquellas protegidos. Por su lado, la Corte Constitucional italiana y el Tribunal Constitucional peruano han sostenido la tesis de la comparabilidad de las reformas constitucionales con las leyes ordinarias y, de ahí, consecuentemente, su carácter subordinado

⁴⁷⁹ La ratificación de la enmienda en cuestión fue el 26 de agosto de 1920, y prescribía el derecho de sufragio de los ciudadanos de los Estados Unidos, el cual no podía ser limitado o desconocido por el Estado federal ni por los de la Federación por razón de sexo, facultando al Congreso para hacer cumplir el artículo a través de las leyes correspondientes. Véase, Raúl Gustavo Ferreyra, *Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad*, p. 260.

⁴⁸⁰ El Tribunal Supremo de Estados Unidos, en el caso *Colleman vs. Miller*, en 1939, determinó que los efectos del rechazo de una enmienda constitucional por parte de un Estado, así como el espacio de tiempo en el cual los Estados podían ratificar una enmienda a la Constitución, se trataban de cuestiones políticas no justiciables. En esa medida, y de acuerdo a precedentes jurisprudenciales, dichos temas debían ser tomados como cuestión que atañe a los órganos políticos, cuya máxima autoridad es el Congreso, cuando ejerce su control sobre la promulgación de una enmienda aprobada. Véase Raúl Gustavo Ferreyra, *Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad*, p. 270.

⁴⁸¹ Pedro de Vega, p. 258.

⁴⁸² Jorge Carpizo, art. cit., p. 233.

⁴⁸³ Víctor Ferreres, *Justicia Constitucional y Democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 214-215.

en relación con la Constitución. Finalmente, el Tribunal Supremo de la India ha reivindicado para sí la competencia de llevar a cabo el control de las reformas constitucionales a la Constitución de dicho Estado, a pesar de no contener cláusulas de intangibilidad. Así, lo manifestó en el caso *Kesavaranda Bharati vs. State of Kerala* de 1973, donde argumentó que el control constitucional se muestra como uno de los elementos fundamentales de la “*the basic structure doctrine*”. Dicho pronunciamiento, a su vez, tuvo como antecedente el caso *Golaknath vs. State of Punjab* de 1967, donde el Tribunal Supremo determinó que el poder de reforma no se podía confundir con el poder constituyente⁴⁸⁴.

Se debe tener presente que, al contrario de la Constitución de la India, tanto la Constitución de Italia, como la del Perú, contemplan cláusulas de intangibilidad, lo cual implica, como en el caso alemán, un poderoso argumento para legitimar el ejercicio del control constitucional de la reforma. Como señala De Vega, no admite dudas que, en aquellos sistemas que establecen cláusulas de intangibilidad, es posible declarar la existencia de normas constitucionales inconstitucionales⁴⁸⁵.

No obstante, en el contexto latinoamericano, Venezuela aparece como un caso particular dentro del grupo de países que no prevén control constitucional de la reforma, en la medida en que su Constitución no contempla el control⁴⁸⁶ ni para la enmienda (art. 341), ni para la reforma constitucional (art. 342), ni para la Asamblea Constituyente (art. 344), a pesar de que, por ejemplo, la regulación de la reforma constitucional del artículo 342 supone una cláusula de intangibilidad.

⁴⁸⁴ Sabrina Ragone, “El control material de las reformas constitucionales en perspectiva comparada”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, no. 31, 2013, pp. 393 y ss. Al respecto véase también, Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*. Tesis doctoral defendida en la London School Economics and Political Science, Londres, febrero, 2014, pp. 54-58. Disponible en: http://etheses.lse.ac.uk/915/1/Roznai_Unconstitutional-constitutional-amendments.pdf

⁴⁸⁵ Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 258.

⁴⁸⁶ El artículo 336.2 de la Constitución venezolana señala como competencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales.

En definitiva, como se sostuvo en el primer capítulo, las Constituciones de las democracias actuales presuponen una serie de valores esenciales, como dignidad humana, igualdad, justicia, libertad, los cuales sirven de fundamento de los derechos. En este sentido, aquéllos hacen parte de la “decisión política fundamental”, cuya modificación supondría la sustitución o cambio de la Constitución⁴⁸⁷. Por tanto, dicha operación debe ser llevada a cabo solamente por el poder constituyente originario, siendo necesaria, en consecuencia, la intervención de la justicia constitucional para evitar que la modificación de la decisión política fundamental sea hecha por el poder constituido.

2. La legitimidad del control constitucional de las reformas constitucionales.

Otra discusión que surge acerca del control jurisdiccional en este ámbito es la relacionada con la legitimidad de los tribunales constitucionales para invalidar normas producidas por los órganos representantes de las mayorías, como son los Parlamentos. Esto supone entregar la última palabra a un órgano cuya conformación no responde al pronunciamiento directo de los ciudadanos. De ahí que se trate de una preocupación académica que va más allá de los intereses del Derecho Procesal Constitucional, en la medida en que se refiere a un asunto que se mueve más en el terreno de la teoría constitucional y política⁴⁸⁸. En este sentido, y a pesar de haber nacido como tema de discusión en el escenario norteamericano⁴⁸⁹, actualmente esta cuestión es motivo de reflexión general. Por ello, es necesario precisar algunas ideas al respecto.

⁴⁸⁷ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, p. 58.

⁴⁸⁸ Al respecto, Ferreres Comella, señala que el tema ha concitado, al menos en España, más atención por parte de los filósofos del Derecho que de los constitucionalistas, “El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas”, *Jurisdicción constitucional y democracia. Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional* p. 13.

⁴⁸⁹ Así, Hamilton en El Federalista 78, ante las dudas de legitimidad que suponía el hecho de que los Tribunales invalidaran las normas producidas por el Congreso, sostenía que aquello no implicaba la superioridad del poder judicial sobre la legislatura. Tan sólo afirmaba que el poder del pueblo es superior a ambos y que, en el caso de que las leyes producidas por el legislativo se hallen en oposición a la voluntad del pueblo expresada en la Constitución, los jueces deberán decantarse por esta última. Alexander Hamilton, *El Federalista*, LXXVIII, p. 332.

Teóricamente, el problema surge de la posibilidad de que un órgano con menor ascendiente democrático, como es la rama judicial ordinaria o especializada, dependiendo del tipo de control constitucional del que se hable, pueda decidir sobre un asunto político de trascendencia para la comunidad. Esta es la tensión conocida en la academia norteamericana como la “dificultad contramayoritaria⁴⁹⁰”.

Pues bien, entre las posiciones que participan en el debate estadounidense, en relación con la legitimidad de dicho control, aparecerían al menos tres tesis: la primera, que defiende la legitimidad del control judicial; una segunda, que cuestiona su legitimidad y, por tanto, sostiene su inadmisibilidad; y una tercera que, reconociendo su carácter contramayoritario, defiende, sin embargo, su comprensión en términos dialógicos⁴⁹¹.

A su vez, entre los que defienden la legitimidad del control, existe una visión denominada sustantiva, liderada por Dworkin, una procedimental, sostenida por Ely, y una última que alude a la idea del precompromiso, defendida por Elster. Así, tenemos que Dworkin, a partir de la distinción entre políticas y principios, señala que las primeras definen objetivos colectivos que, en esa medida, son valiosos para la sociedad en su conjunto, y que dichos objetivos se basan en decisiones tomadas por los órganos políticos mayoritarios, en tanto que los principios protegen derechos individuales y, por esa razón, deben tener preeminencia en caso de colisionar con un objetivo colectivo⁴⁹². De ahí que los derechos actúan como “cartas de triunfo”, que cualquier individuo puede alegar con éxito contra las decisiones mayoritarias⁴⁹³. Cuando las alegaciones están sostenidas en principios que contienen derechos individuales, son los jueces los llamados a decidir, y no los órganos políticos.

⁴⁹⁰ Se señala a Alexander Bickel como el autor de dicha expresión, en su trabajo *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, New Haven, 1962.

⁴⁹¹ Mauro Barberis, “Democracia”, en *Ética para juristas*, Trotta, Madrid, 2012, p. 81. En sentido similar, Liborio Hierro observa la legitimidad del control judicial a partir de tres lecturas vinculadas a la protección de los derechos, ya sea que se trate de los derechos de todos, de los de algunos o de algunos derechos. Así, en la primera lectura ubica a Elster, en la segunda a Dworkin y en la tercera a Ely. Liborio Hierro Sánchez-Pescador, “Derechos, democracia y justicia constitucional”, en *Jurisdicción constitucional y democracia. Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, p. 115.

⁴⁹² Carlos Santiago Nino, ob. cit., p.679

⁴⁹³ Liborio Hierro, art. cit., p. 117.

En definitiva, a decir de Dworkin, poner la protección de los derechos constitucionales en manos de los jueces ha dado como resultado una sociedad norteamericana más justa de lo que hubiera ocurrido si se hubiera dejado la protección de aquellos a la conciencia de las instituciones mayoritarias⁴⁹⁴.

Por el contrario, Ely no defiende la protección de todos los derechos, como lo hace Dworkin, puesto que, según su posición, se justifica la intervención judicial solamente cuando se garantizan los derechos que constituyen la base del proceso democrático. En esta medida, la teoría de Ely se considera procedimental, debido a que reivindica el control judicial para la protección de los derechos que permiten la democracia, tales como las libertades de expresión, reunión y asociación. Así, sostiene que dichos derechos, estén mencionados explícitamente o no en la Constitución, deben ser protegidos de manera estricta, porque son decisivos para el funcionamiento de la democracia⁴⁹⁵. En consecuencia, para Ely la función de los jueces es mantener abierto el proceso político y corregir posibles discriminaciones contra las minorías⁴⁹⁶.

Elster, por su lado, defiende la tesis del precompromiso. Dicha tesis supone la idea de que las Constituciones son mecanismos de precompromiso adoptados por las comunidades de forma intencional⁴⁹⁷ para protegerse de posteriores decisiones poco racionales que pudiera adoptar la propia comunidad, apartándose, en consecuencia, de la protección de sus reales fines. En tal sentido, a partir de la metáfora de Ulises y las sirenas, no sería irracional ni ilegítimo que el legislador se autolimitase, delegando en la rama judicial las decisiones relativas a los derechos fundamentales⁴⁹⁸.

Así, la autorrestricción asumida deliberadamente por la comunidad a través de los acuerdos contenidos en la Constitución permite a ésta, precisamente,

⁴⁹⁴ Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, 3ª reimp., Gedisa, Barcelona, 2008, p. 252.

⁴⁹⁵ John Hart Ely, ob. cit., p. 133.

⁴⁹⁶ Víctor Ferreres Comella, *Justicia Constitucional y Democracia*, p. 56.

⁴⁹⁷ Jon Elster, *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad precompromiso y restricciones*, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 186.

⁴⁹⁸ Mauro Barberis, ob.cit. p. 83.

alcanzar sus objetivos, tales como la protección de los derechos fundamentales, y, en caso de que una mayoría parlamentaria se apartase de la consecución de dichos objetivos, la legitimidad de los órganos jurisdiccionales para corregir tal desvío vendría dada por la propia comunidad.

Entre los objetores de la legitimidad del control judicial de constitucionalidad destaca Waldron, quien cuestiona la posición de Dworkin de entregar la última palabra en las disputas relativas a la determinación de los contenidos de los derechos sustantivos a unos jueces no elegidos por el pueblo. Por el contrario, para Waldron, la última palabra en la discusión sobre aspectos sustantivos de la vida de los ciudadanos en un sistema democrático le debe corresponder al órgano representativo de las mayorías⁴⁹⁹.

En efecto, de la lectura democrática de Waldron se desprende la importancia que le otorga al derecho a la participación política⁵⁰⁰, pero en vez de reclamar para este derecho una protección preferente, afirma, por el contrario, que cualquier restricción a las decisiones mayoritarias implica un tipo de merma al derecho a la participación política⁵⁰¹. De ahí, entonces, la oposición de Waldron a que sean los criterios de un reducido número de jueces los que prevalezcan sobre las decisiones de las mayorías parlamentarias.

Finalmente, en relación con la posición que reconoce el carácter contramayoritario del control judicial de constitucionalidad, pero advierte su valía como espacio de diálogo, en el ámbito iberoamericano destaca Roberto Gargarella, quien sostiene que, entre las posiciones defendidas por Ely y las que favorecen el diálogo público, existe una coincidencia en materia de control constitucional, en la medida en que ambas comparten la idea de que deben ser los ciudadanos, directamente o por medio de sus representantes, los que deben pronunciarse sobre los temas sustantivos, y no los jueces. En este

⁴⁹⁹ Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 305-307.

⁵⁰⁰ Al respecto, Juan Carlos Bayón señala que, para Waldron, la participación no es un derecho más, con un peso mayor o menor que el resto, sino que se trataría de un derecho particularmente diferente, “un derecho de los derechos”, en la medida en que su ejercicio sería un modo de determinar, en condiciones de desacuerdo, qué derechos deberían contar con reconocimiento institucional en la comunidad política. Juan Carlos Bayón, *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*, p. 59.

⁵⁰¹ Liborio Hierro, art. cit., p. 121.

sentido, cualquier restricción a las condiciones procedimentales que permiten el diálogo ciudadano, como la libertad de expresión, reunión, asociación, o la discriminación a una minoría, debilita, en consecuencia, la democracia⁵⁰².

Por otro lado, Barry Friedman es señalado como uno de los grandes impulsores del diálogo judicial con las otras ramas del poder público. Así, Friedman, recogiendo las formulaciones de Bickel, concluye ofreciendo una comprensión del modo de funcionamiento del sistema de frenos y contrapesos centrada en las interacciones dialógicas entre los órganos políticos y los órganos judiciales⁵⁰³.

En suma, la idea de una relación dialógica entre los parlamentos y los tribunales pasa por superar la lógica de la disputa entre los distintos órganos del poder público por identificar quién tiene la última palabra. En este sentido, se persigue rescatar la interacción entre parlamentos y tribunales en búsqueda de un diálogo fluido, en la medida en que la política constituye un espacio abierto al debate y a la corrección de las decisiones de autoridad⁵⁰⁴. De ahí que el papel de los más altos tribunales como espacios de diálogo público sea especialmente importante para reducir la crítica contramayoritaria, ya sea porque mantengan una relación coordinada y de respeto mutuo con la legislatura o porque abran sus puertas para que los ciudadanos directamente afectados por decisiones del poder público sean escuchados en sus salas, por medio de los *amicus curiae*⁵⁰⁵ en los casos de trascendencia pública, como ocurre, por ejemplo, cuando se vean afectados derechos colectivos de pueblos originarios en procesos de explotación de recursos naturales en sus tierras⁵⁰⁶.

⁵⁰² Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, p. 181.

⁵⁰³ Roberto Gargarella, "El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos", en *Por una justicia dialógica. El poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, comp. Roberto Gargarella, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2014, p. 142.

⁵⁰⁴ Conrado Hübner Mendes, "Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra", en *Por una justicia dialógica. El poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, p. 161.

⁵⁰⁵ Expresión latina que significa amigos de la corte o del tribunal, la cual supone la intervención de terceros ajenos a un proceso que actúan, sin embargo, de manera voluntaria, expresando su visión sobre algún tema jurídico o de otra índole en disputa, de modo que, finalmente, puedan aportar al tribunal sus argumentos acerca de la resolución del proceso.

⁵⁰⁶ Al respecto hay varios casos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como, por ejemplo, el caso *Sarayacu vs. Ecuador*, sentencia de 27 de junio de 2012. La sentencia se encuentra disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

En definitiva, no se puede negar que la invalidación de una norma producida por el Parlamento a manos de un juez implica, según Ferreres Comella, un coste en términos democráticos. Sin embargo, aquella intervención se justifica en función de que brinde algún beneficio a la sociedad⁵⁰⁷. En consecuencia, la justificación del control judicial vendría dada por el hecho de que el beneficio obtenido por la comunidad de la invalidación de una norma producida por la legislatura es superior al derivado de mantenerla vigente, en la medida en que aquella vulnere, por ejemplo, un derecho constitucional.

Hasta ahora hemos reflexionado en torno a la legitimidad de la justicia constitucional en materia de control de constitucionalidad de la ley. Nos interesa desarrollar, a continuación, algunas ideas en relación con dicho control cuando de reforma constitucional se trata. Ciertamente, como se dijo en el primer capítulo, tanto la justicia constitucional como la reforma constitucional son garantías de la Constitución⁵⁰⁸, pero se mueven en planos distintos. Mientras los tribunales constitucionales son los encargados de controlar las normas y los actos de los poderes constituidos, los órganos revisores deciden qué se modifica en la Constitución para adaptarla a una realidad cambiante, aunque su tarea debe estar siempre enmarcada en aquella⁵⁰⁹.

La discusión, por otro lado, se intensifica si tomamos en cuenta que el objeto de control es el poder de reforma de la Constitución. En estos casos, como advierte Herdegen, la jurisdicción constitucional arriesga fuertemente su legitimidad, al enfrentarse a un poder con un enorme ascendiente democrático⁵¹⁰.

⁵⁰⁷ Víctor Ferreres Comella, "El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas", en *Jurisdicción constitucional y democracia. Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, p. 16.

⁵⁰⁸ Javier Pérez Royo, "Del derecho político al derecho constitucional: las garantías constitucionales", p. 237.

⁵⁰⁹ Jorge Carpizo, art. cit., p. 206.

⁵¹⁰ Matthias Herdegen, "La reforma constitucional: criterios de justiciabilidad", en *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo I, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2006, p. 131.

Ciertamente, como señala Linares, la denominada “dificultad contramayoritaria” u objeción de falta de legitimidad de los jueces para llevar a cabo el control constitucional de la ley (o de las reformas a la Constitución), se puede considerar como una formulación gradual, es decir, sujeta a distintos niveles de intensidad, la cual depende de otros factores de diseño constitucional como, por ejemplo, los mecanismos de reforma constitucional, los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, las facultades interpretativas del Congreso o el acceso al Tribunal Constitucional⁵¹¹.

En consecuencia, la objeción de falta de legitimidad democrática se puede dar no solo respecto del control de constitucionalidad de la ley, sino también respecto del control constitucional de las reformas a la propia Constitución e, incluso, de los distintos procedimientos previstos para reformarla. De ahí que la objeción democrática crece cuando estamos ante Constituciones que comportan un elevado grado de rigidez, es decir, aquellas que contemplan, por un lado, cláusulas de intangibilidad y, por otro, mayorías calificadas para aprobar cambios dentro de su articulado. Así, como se dijo en el segundo capítulo, los Textos constitucionales de Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Perú⁵¹² y Venezuela, al contemplar cláusulas de intangibilidad y prever mayorías calificadas, presentarían un mayor grado de intensidad en cuanto a la objeción democrática. En la medida en que las cláusulas de intangibilidad dan paso a la crítica intertemporal, conocida también como el denominado gobierno de las generaciones pasadas sobre las presentes⁵¹³, en tanto que las mayorías calificadas son criticadas por no respetar el principio de igual dignidad política, al otorgar un trato privilegiado a los que no quieren la reforma⁵¹⁴.

Ahora bien, las críticas arriba anotadas pueden ser matizadas en la medida en que se implemente un control constitucional de la reforma de corte dialógico, es decir, un modelo donde los tribunales constitucionales implementen

⁵¹¹ Sebastián Linares, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 243-244.

⁵¹² El artículo 206 de la Constitución peruana exige, para la aprobación de una reforma constitucional, dos tercios de los miembros de dos Legislaturas sucesivas, en caso de que se quiera evitar el referéndum popular ratificatorio de una reforma aprobada por la mayoría de los miembros del Congreso.

⁵¹³ Holmes, art. cit., p. 220.

⁵¹⁴ Sebastián Linares, ob. cit., p. 245.

mecanismos de diálogo con los parlamentos y con los ciudadanos⁵¹⁵, sobre todo tomando en cuenta que la modalidad argumentativa implementada por los tribunales es tenida, dependiendo de los casos, como un buen ejemplo de una deliberación política de calidad⁵¹⁶. En este sentido, Ferreres Comella aboga por la proximidad que generalmente existe entre deliberación ciudadana, discusión parlamentaria y deliberación del tribunal, en la medida en que los jueces que forman parte del tribunal, en tanto que son ciudadanos, son parte del electorado, participando así con el resto en la deliberación pública. Por otro lado, la discusión en sede parlamentaria que antecedió la aprobación de una ley, o de una reforma constitucional, añadimos nosotros, es conocida por los jueces por medio de las argumentaciones a favor o en contra de la ley, o de la reforma constitucional, que las distintas partes llevan al proceso constitucional ante el tribunal. Finalmente, al tratarse el tribunal de un órgano colegiado, el profesor español nos recuerda que la sentencia que este emite es el resultado de una discusión entre los jueces constitucionales⁵¹⁷.

En definitiva, los presupuestos que rodean la discusión en el tribunal constitucional contribuyen a que los argumentos a favor o en contra de una reforma constitucional sean escuchados con igual atención, debido a que, por un lado, en los tribunales, al ser órganos colegiados, la discusión que se gesta internamente entre sus miembros genera condiciones para que la decisión mejor motivada en términos jurídicos sea la que prevalezca, y, por otro lado, al tener que fallar aquéllos de acuerdo con la Constitución, sus decisiones no se basarán en las preferencias individuales de los miembros del tribunal.

Más adelante, cuando analicemos los Dictámenes emitidos por la Corte Constitucional de Ecuador, con motivo de los procesos de reforma constitucional de 2011 y 2014, tendremos la oportunidad de determinar si las

⁵¹⁵ Por medio de los ya mencionados *amicus curiae*, práctica que, como nos recuerda Gargarella, es fuertemente difundida en los Estados Unidos, la cual consiste en la exposición de alegatos adicionales a los presentados por las partes involucradas, y suelen tener un peso considerable, en la medida en que son redactados por personalidades o grupos de prestigio en los asuntos discutidos. Véase, Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, p. 127.

⁵¹⁶ Josep Luis Martí, ob. cit., p. 293.

⁵¹⁷ Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, pp. 160-161.

actuaciones de dicho Tribunal se enmarcaron dentro de una idea dialógica del control constitucional.

3. El papel de la Corte Constitucional en el control de las modificaciones a la Constitución ecuatoriana.

En el ámbito del control constitucional de la reforma, ¿cuáles de los anteriores criterios se aplican a la Corte Constitucional de Ecuador? Para dar respuesta a la cuestión formulada, vamos a analizar, por medio del estudio de las normas jurídicas correspondientes, el papel que cumple la Corte Constitucional de Ecuador en el control de las modificaciones constitucionales.

El artículo 443 de la Constitución señala que la Corte Constitucional calificará cuál de los procedimientos previstos en el Capítulo tercero, que regula la reforma de la Constitución, es el que corresponde en cada caso, los cuales, como ya hemos visto, pueden ser la enmienda, la reforma parcial, o la Asamblea Constituyente. Se trata de un trámite necesario insertado en el procedimiento de reforma constitucional, cualquiera que sea su modalidad.

La regulación legal que desarrolla el procedimiento constitucional apuntado se encuentra en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁵¹⁸, que, a partir del Capítulo cuarto, que va del artículo 99 hasta el 106, regula las modalidades de control constitucional de las enmiendas y reformas constitucionales.

Así, el artículo 99 de la LOGJCC sostiene que la Corte Constitucional intervendrá por medio de dictamen de procedimiento, sentencia de constitucionalidad de la convocatoria a referéndum y sentencia de constitucionalidad de las enmiendas, reformas y cambios constitucionales.

Como se ve, la intervención de la Corte Constitucional cuando ejerce control constitucional de las modificaciones a la Constitución se produce en tres momentos. El primero tiene como objeto determinar qué tipo de procedimiento

⁵¹⁸ En adelante por sus siglas LOGJCC.

implica la modificación propuesta, es decir, si la reforma se debe llevar a cabo por enmienda, reforma parcial o cambio o sustitución de la Constitución. Si bien este tema aparece a primera vista como un asunto formal, de determinación de cuál procedimiento es el aplicable, supone en realidad un control constitucional material, en la medida en que se debe entrar a analizar el contenido de los cambios propuestos para llegar a establecer si la iniciativa consiste en una enmienda, una reforma parcial o una sustitución de la Constitución. Además, al tratarse de un control previo y no definitivo, la resolución de la Corte debe revestir la forma de un dictamen. El segundo operaría una vez que la Corte ya definió el procedimiento, es decir, tanto cuando se ha determinado que la modificación es una enmienda que tiene como origen la iniciativa del presidente de la República o de la ciudadanía, como en los casos de reforma parcial y de cambio o sustitución de la Constitución por medio de Asamblea Constituyente, en los que el referéndum es obligatorio. El control de la convocatoria a referéndum supone también un control formal, como lo dispone el artículo 103 de la LOGJCC. No obstante, como el procedimiento correspondiente (enmienda o reforma parcial, o cambio de Constitución) ya ha sido iniciado, este trámite debe ser resuelto por sentencia. El tercer momento supone un control de los cambios específicos que se introdujeron en la Constitución, hayan sido incorporados por enmienda, reforma parcial o por cambio del Texto constitucional, mediante Asamblea Constituyente. En este caso, estamos frente a una modalidad de control posterior y de carácter material, porque se analizan los considerandos de las preguntas (art. 104 de la LOGJCC), así como el cuestionario puesto a consideración del elector (art. 105 LOGJCC), y la Corte debe resolver por sentencia.

Más adelante, el artículo 100 de la LOGJCC vuelve sobre la idea de que todo proyecto de enmienda, así como de reforma constitucional, debe ser enviado a la Corte Constitucional, para que determine cuál de los procedimientos previstos en la Constitución corresponde, a partir de los siguientes escenarios. Cuando la iniciativa provenga del Presidente de la República, el momento del control será antes de la emisión del decreto que convoca a referéndum, o antes de emitir el decreto por el cual envía el proyecto a la Asamblea Nacional, en el caso de una enmienda constitucional; o bien antes de la emisión del decreto

por el cual se remite el proyecto de reforma parcial a la Constitución para que lo tramite la Asamblea Nacional. Del mismo modo, cuando la iniciativa provenga de la ciudadanía, en el caso de la enmienda, el control se da antes de comenzar con la recolección de firmas para la correspondiente convocatoria a referéndum, o antes de la presentación del proyecto ante la Asamblea Nacional; o, en el caso de la reforma parcial, antes de la presentación que hagan los ciudadanos ante la Asamblea Nacional. Finalmente, cuando una iniciativa de enmienda provenga de la Asamblea Nacional, única posibilidad en que el órgano legislativo tramita de modo exclusivo una modificación a la Constitución⁵¹⁹, la Corte interviene antes de dar inicio al proceso de aprobación en el seno de aquella. En los tres casos, continúa el artículo 100, se debe adjuntar un escrito en el que, de modo motivado, se sugiera el procedimiento a seguir.

A continuación, el artículo 101 de la misma Ley señala que el contenido del dictamen de procedimiento debe ser debidamente justificado en Derecho, tomando en cuenta la regla que señala que si el proyecto normativo tiene por objeto o efecto restringir el contenido de los derechos y garantías constitucionales, o modificar los procedimientos de reforma a la Constitución, sólo podrá tramitarse por medio de la convocatoria a Asamblea Constituyente, según determina el artículo 444 del Texto fundamental.

Por su lado, el artículo 102 reafirma que cuando la enmienda, reforma parcial o cambio constitucional se tramite por referéndum, existirá, además, control constitucional previo de la correspondiente convocatoria. El artículo 103 de la LOGJCC sostiene que la Corte Constitucional efectuará un control formal de la convocatoria a referéndum, debiendo verificar, al menos, el cumplimiento de las reglas procesales para la realización de la convocatoria, la competencia en el ejercicio del poder de reforma de la Constitución y la garantía de la libertad del elector, así como el cumplimiento de las cargas de claridad y lealtad.

⁵¹⁹ Es llamativa la observación que hace Julio César Trujillo, en el sentido de que si bien la participación de la Asamblea Nacional es importante en el proceso de enmienda y, sobre todo, de reforma parcial, la Ley Orgánica de la Función Legislativa no se ocupa de regular el procedimiento que debe seguirse en su seno en estos supuestos y en el artículo 73 tan solo señala que cuando le corresponda tratar de las reformas se “creará e integrará una comisión especializada ocasional”. Véase, Julio César Trujillo, ob. cit., p. 227.

Seguidamente, el artículo 104 regula el control de los considerandos que sirven de introducción a la pregunta, los cuales deberán observar los siguientes cinco requisitos: la no inducción de las respuestas al elector; la concordancia plena entre el considerando que introduce la pregunta y el texto normativo, lo cual supone la relación entre las finalidades que se señalan en el considerando que introduce la pregunta y el texto expuesto al pueblo; el empleo de un lenguaje valorativamente neutro y sin carga emotiva, sencillo y comprensible para el elector; la relación de directa causalidad entre el texto normativo puesto a consideración del pueblo y la finalidad o propósito que se señala en el considerando que introduce la pregunta, de modo que, una vez aprobada la disposición, el fin perseguido se obtenga con alta probabilidad; y, finalmente, que no se proporcione información superflua o que no guarde relación con el texto que deba ser aprobado.

El caso en cuestión, control constitucional de los considerandos que introducen a la pregunta, implica una interacción entre control formal y control material, en la medida en que la concordancia en el establecimiento de finalidades entre el considerando y la pregunta, el uso del lenguaje neutro o la relación de causalidad del texto normativo que va a ser votado por el pueblo con el fin perseguido implican una carga argumentativa por parte de la Corte Constitucional que supera ampliamente la comprobación de específicos requisitos formales.

El artículo 105 de la LOGJCC regula el control del cuestionario, el cual, con el fin de garantizar la libertad del elector, deberá cumplir los siguientes criterios: la formulación de una sola cuestión por cada pregunta, exceptuando la existencia de una interrelación entre distintos componentes normativos; la posibilidad de aceptar o negar varios temas individualmente en la misma consulta, prohibiéndose la aprobación o rechazo en bloque; la propuesta normativa no debe tener como finalidad el establecimiento de excepciones puntuales que beneficien un proyecto político específico; finalmente, la propuesta normativa ha de comportar efectos jurídicos y modificaciones al sistema jurídico. Además, el artículo establece que, ante la no resolución sobre la convocatoria,

considerandos y cuestionario del referéndum dentro del término de veinte días siguientes a haber comenzado el correspondiente control previo, se comprenderá que la Corte ha emitido dictamen favorable⁵²⁰.

El caso descrito, relativo al control constitucional del cuestionario, implica control material, en la medida en que supone entrar en un análisis argumentado que va más allá de aspectos formales. De hecho, exige un ejercicio complejo a base de razonamientos que relacionen los principios básicos del sistema político con los derechos y libertades públicas que determinan el modo en que se toman las decisiones públicas.

Por último, el artículo 106 de la Ley analizada recoge el control posterior de enmiendas, reformas y cambios constitucionales, expresando que aquellas podrán ser recurridas ante la Corte Constitucional, siempre y cuando se sigan las siguientes reglas. Así, las enmiendas y reformas que se tramitan por referéndum pueden ser recurridas exclusivamente por vicios procedimentales, luego de la convocatoria correspondiente. Por otro lado, las enmiendas que se tramitan en la Asamblea Nacional, pueden ser recurridas por vicios de forma y procedimentales en su trámite y aprobación. Entre los vicios de forma, se incluye el análisis de competencia de la Asamblea Nacional para reformar la Constitución. Más adelante, en el mismo artículo 106, en relación con la Asamblea Constituyente, la Ley señala que los cambios constitucionales operados por aquella pueden ser recurridos por vicios de forma y procedimiento, de acuerdo con las reglas establecidas por la propia Asamblea. Finalmente, en cualquiera de los casos referidos, la demanda de inconstitucionalidad debe ser interpuesta dentro de los treinta días siguientes a su entrada en vigor.

⁵²⁰ Sin embargo, la propia Corte Constitucional de Ecuador, en su Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia, ha buscado la forma de no cumplir con dicho término, en la medida en que el artículo 8 señala que los plazos y términos de la LOGJCC se aplicarán a la fase de impulsión judicial, que se inicia a partir del día siguiente a que el expediente esté listo para la decisión de las distintas Salas de Admisión, Selección y Revisión, en el despacho del juez sustanciador o al pronunciamiento del pleno de la Corte. Con ello, se intenta burlar la parte final del artículo 105 de la LOGJCC, el cual señala que el no pronunciamiento de la Corte dará lugar a sanciones administrativas.

De la normativa legal descrita colegimos que el control posterior a las reformas introducidas a la Constitución es solamente formal. Lo cual, como señala Oyarte, supone una contradicción entre la LOGJCC y la Constitución, en la medida en que, como señala la última en su artículo 436, número 2, la acción pública de inconstitucionalidad puede ser propuesta contra toda clase de actos normativos y puede ser interpuesta por vicios de forma y fondo. Con todo, se podría sostener una lectura justificatoria del control exclusivamente formal posterior, como señala el autor, teniendo en cuenta que el control material relativo al contenido de las consultas populares ya se daría en el momento del control preventivo. Sin embargo, no se debe olvidar que, en el caso de la enmienda a la Constitución de iniciativa de la Legislatura, aquella es tramitada solamente por dicho órgano, es decir, no existe consulta al pueblo. En este caso, el control llevado a cabo sería solamente formal, careciendo en consecuencia de un examen material⁵²¹.

En definitiva, la Corte Constitucional de Ecuador ejerce un tipo de control constitucional sobre las modificaciones a la Constitución que puede ser de tipo formal y material, tanto previo como posterior, y que resulta explícitamente otorgado por los artículos constitucionales precedentemente analizados. Lo que llama la atención es, precisamente, la proliferación de procesos de control y el importante papel que esta regulación confía a la Corte Constitucional, que debe intervenir, de forma necesaria además, en distintos momentos del procedimiento de reforma. Todo el procedimiento de reforma, en definitiva, queda bajo la supervisión de la Corte, y esta supervisión es, incluso, exigida en el momento de la iniciativa y de la convocatoria de referéndum. La modalidad concreta de control dependerá del procedimiento para la modificación constitucional y del momento en que se realice el control.

⁵²¹ Rafael Oyarte, ob. cit., p. 633.

4. Análisis del Dictamen 001-11-DRC-Corte Constitucional.

En las páginas que siguen analizaremos el Dictamen No. 001-11-DRC-CC de la Corte Constitucional⁵²², Caso no. 0001-11-DRC, el cual respondió a la primera iniciativa de reforma a la Constitución ecuatoriana de 2008. En primer lugar, expondremos los hechos que llevaron al Presidente de la República, Rafael Correa Delgado, a presentar en el año 2011 ante la Corte Constitucional las cinco reformas a la Constitución de las que constaba dicha iniciativa para que fueran tramitadas por vía de enmienda. Posteriormente, nos detendremos en el análisis jurídico constitucional de las implicaciones de cada una de las modificaciones previstas, lo cual nos permitirá determinar si la resolución de la Corte Constitucional se enmarcó dentro de los límites impuestos a la enmienda constitucional.

4.1 Exposición de los hechos del caso.

El Presidente de la República, Rafael Correa, por medio de oficio No. T. 5715-SNJ-11-55 de fecha 17 de enero de 2011, puso en conocimiento de la Corte Constitucional de la Transición⁵²³, por un lado, un Proyecto de Enmiendas a la

⁵²² El presente Dictamen obedece al Voto de Mayoría de los miembros de la Corte Constitucional, del cual fue ponente el juez constitucional Patricio Herrera, y concitó la adhesión de los jueces constitucionales Patricio Pazmiño, Edgar Zárate, Roberto Brhunis, Manuel Viteri y Ruth Seni. Por otro lado, se presentaron dos votos salvados, el primero de los cuales fue sobre la pregunta 1, elaborado por los jueces constitucionales, Hernando Morales y Alfonso Luz; en tanto que el segundo se refirió a las preguntas 1, 2, 3, 4, 5, y fue redactado por la jueza Nina Pacari. Este último voto, en relación con las preguntas 2, 3, 4 y 5, contó con la adhesión de los jueces Morales y Luz. A lo largo del análisis haremos alguna referencia a los dos votos salvados.

⁵²³ En el referéndum aprobatorio de la Constitución, como se dijo en otra parte del trabajo, se incluyó, además de las Disposiciones Transitorias, de la Disposición Derogatoria y de la Disposición Final, un Régimen de Transición, el cual entró en vigor con su publicación el 20 de Octubre de 2008, en el Registro Oficial no. 449, de conformidad con lo prescrito por la Disposición Final. El Régimen de Transición señala en su artículo 1 que, de aprobarse en referéndum popular la Constitución, se aplicaban las normas establecidas en él, el cual regulaba, por un lado, el tema de las elecciones y, por otro, el tema de la Transición Institucional. En el artículo 25 de dicho Régimen de Transición se prescribe que la primera Corte Constitucional designada por una comisión calificadora se daría una vez que se hubieran constituido las nuevas funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social. Se llama Corte Constitucional de Transición porque no fue escogida de acuerdo con lo señalado en el artículo 25 del Régimen de Transición. El problema surge debido a que el carácter de Corte de Transición fue asumido por el propio órgano de control constitucional mientras se desempeñaba como Tribunal Constitucional, por medio de Resolución publicada en el Suplemento del Registro Oficial no. 451, de 22 de Octubre de 2008. Entre otras cosas, en la mencionada Resolución se preguntaban los miembros del extinto Tribunal Constitucional qué

Constitución de la República, el cual se refería a aspectos penales relativos a la caducidad de la prisión preventiva, la reforma del Consejo de la Judicatura y la imposibilidad de que los grupos financieros, así como las empresas de comunicación, pudieran participar accionarialmente en asuntos que no fueran parte de su específica razón social y, por otro, una consulta popular. En efecto, además de las cinco preguntas que eran materia de referéndum constitucional, se preveía de manera concomitante una consulta popular⁵²⁴, la cual, por no versar sobre reformas constitucionales, no analizaremos en detalle. La consulta en cuestión constaba de cinco preguntas que se referían a diversos temas, como los juegos de azar, la muerte de animales en espectáculos públicos, el enriquecimiento particular sin justificación, la creación de una ley de comunicación que recogiera la creación de un consejo de regulación y la tipificación como delito de la no afiliación de los trabajadores a la seguridad social⁵²⁵.

En el escrito petitorio de las enmiendas, el Presidente de la República, de conformidad con el artículo 443 de la Constitución y los artículos 99 y 100 de la LOGJCC, solicitó a la Corte Constitucional que señalara cuál de los procedimientos correspondía aplicar a cada modificación al Texto constitucional, así como dictar sentencia respecto de la constitucionalidad de la convocatoria a referendo y de las consideraciones y preguntas que debían ser conocidas por el electorado.

órgano realizaría durante la transición el control e interpretación constitucional, es decir, hasta que se conformara por concurso la primera Corte Constitucional. Resolución, p. 32.

⁵²⁴ A partir del artículo 438, número 2, de la Constitución ecuatoriana, le corresponde a la Corte Constitucional emitir dictamen previo y vinculante en los casos de convocatorias a consulta popular, tanto a nivel nacional como local.

⁵²⁵ Así, las preguntas objeto de consulta popular fueron: 1. Con la finalidad de combatir la corrupción, ¿está usted de acuerdo que sea delito el enriquecimiento privado no justificado?; 2. Con la finalidad de evitar que los juegos de azar con fines de lucro se conviertan en un problema social, especialmente en los segmentos más vulnerables de la sociedad, ¿está usted de acuerdo en prohibir en su respectiva jurisdicción cantonal los negocios dedicados a juegos de azar, tales como casinos y salas de juego?; 3. Con la finalidad de evitar la muerte de un animal por mera diversión, ¿está usted de acuerdo en prohibir, en su respectiva jurisdicción cantonal, los espectáculos públicos donde se mate animales?; 4. Con la finalidad de evitar los excesos en los medios de comunicación, ¿está usted de acuerdo en que se dicte una ley de comunicación que cree un Consejo de Regulación que norme la difusión de contenidos en la televisión, radio y publicaciones de prensa escrita, que contengan mensajes de violencia, explícitamente sexuales o discriminatorios; y que establezca los criterios de responsabilidad ulterior de los comunicadores o los medios emisores?; 5. Con la finalidad de evitar la explotación laboral, ¿está usted de acuerdo que la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de trabajadores en relación de dependencia sea considerada delito?

En el proceso intervino como legitimado activo el Presidente de la República por mediación de la Secretaría Nacional Jurídica de la Presidencia, en tanto que como impugnador de dicha iniciativa de reforma participó un nutrido grupo de ciudadanos, algunos por su propio derecho, otros en cambio como representantes de organizaciones sociales y populares⁵²⁶ y empresariales⁵²⁷. Asimismo, entre los intervinientes se contó con la participación de algunos funcionarios públicos⁵²⁸. Es de destacar, por otro lado, la intervención de algunos profesores universitarios⁵²⁹, los cuales, por medio de argumentaciones de corte técnico-jurídico, expusieron sus razones sobre por qué, a su juicio, la enmienda constitucional no era el camino adecuado para la reforma planteada. A su vez, dentro de este grupo, hay algunos que intervinieron en el momento de la audiencia a través de la figura de *amicus curiae*⁵³⁰.

En cuanto a los fundamentos que motivaron el contenido de las propuestas de reformas constitucionales por parte del Presidente de la República en materia penal, se afirmaba que se perseguía, por un lado, modificar los plazos para la caducidad de la prisión preventiva y, por otro, que las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se concedieran solamente para los delitos menos graves, en razón de que el Estado no estaba dando cumplimiento a la garantía de seguridad pública, prevención y reducción del crimen, y, por otra parte, tampoco se estaba garantizando el acceso a la justicia, ni se había posibilitado la creación y ejecución de mecanismos efectivos para la sanción del delito,

⁵²⁶ Como, por ejemplo, Marlon Santi, Presidente de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador CONAIE, y Nelson Erazo, Presidente de la Unión General de Trabajadores de Ecuador UGTE.

⁵²⁷ Por ejemplo, Pablo Dávila, Presidente de la Cámara de Industrias y Producción de Ecuador.

⁵²⁸ Es el caso del entonces Defensor del Pueblo, Fernando Gutiérrez, del Presidente del Consejo de la Judicatura de ese momento, Benjamín Cevallos, de la entonces asambleísta por Pichincha, Betty Amores, y del ex asambleísta constituyente, Marcos Flores.

⁵²⁹ Es el caso de los profesores de derecho constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar Julio César Trujillo, Agustín Grijalva y Ramiro Ávila. Asimismo, fue relevante la intervención de Alberto Acosta, profesor de Economía de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-FLACSO-Ecuador, quien se desempeñó como Presidente de la Asamblea Constituyente que redactó la Constitución de 2008.

⁵³⁰ En este grupo sobresalen Santiago Guarderas, en aquel momento Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Quito, César Montúfar, asambleísta por la provincia de Pichincha y profesor de la Universidad Andina Simón Bolívar, Enrique Herrería, asambleísta por la provincia de Guayas y ex miembro del Tribunal Constitucional, y Alejandro Ponce, director de la Sección Académica de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Casa de la Cultura de Ecuador.

debido a que, en reiteradas ocasiones, los procesos investigativos no llegaban a determinar la existencia de delito, ni los responsables. En consecuencia, a decir del Presidente de la República, no se estaban aplicando las sanciones correspondientes, “debido a que los plazos de caducidad de las medidas cautelares privativas de libertad establecidos en la Constitución no concuerdan con la realidad procesal”. Como ejemplo, el Presidente aducía que, desde enero de 2007 a octubre de 2010, miles de personas privadas de libertad por orden judicial habían obtenido la libertad sin haber sido previamente juzgadas. Por ello, el primer mandatario consideraba necesario diferenciar la aplicación de las medidas alternativas a la prisión preventiva, con la finalidad de que el Estado pudiera garantizar el acceso a la justicia y la sanción de los responsables de la comisión de delitos⁵³¹.

En relación con la reforma constitucional que apuntaba a la propiedad de las instituciones financieras y medios de comunicación, el presidente de la República argüía que la finalidad de la Constitución es que “los grupos financieros y de comunicación privados se dediquen exclusivamente a las funciones que como tales les corresponde, y no tomen parte en otro tipo de actividades ajenas a su objeto”. Sin embargo, señalaba que el artículo 312 de la Constitución permitía interpretaciones equivocadas que, potencialmente, podían contradecir el espíritu de la propia Constitución. En esa medida, era necesario, a su juicio, reformar el artículo citado para establecer una prohibición más clara y ajustada a los parámetros constitucionales, con el objetivo de garantizar tanto la independencia del sistema financiero como la de los medios de comunicación privados⁵³².

En tanto, respecto a las reformas constitucionales que afectaban al Consejo de la Judicatura, el Presidente de la República sostenía que era necesaria una depuración de los servidores judiciales, con el fin de que el Estado pudiera ejercer una administración de justicia correcta y eficaz. En este sentido, por un lado se proponía cambiar el Pleno del Consejo de la Judicatura por una

⁵³¹ Dictamen, pp. 2-3.

⁵³² Dictamen, p. 3.

Comisión Técnica que asumiera por un tiempo las funciones de dicho organismo y, por otro, modificar la composición del Consejo de la Judicatura.

Los cambios propuestos por el primer mandatario se sustentaban, ante todo, en el criterio de que el Consejo de la Judicatura de aquel momento era un organismo transitorio y, en tal medida, no podía evaluar a los funcionarios judiciales, ni tampoco iniciar los concursos para la designación de jueces, facultades estas que debían ser ejercidas por el nuevo Consejo de la Judicatura que fuera designado por el procedimiento establecido en la Constitución de 2008. En este contexto, proponía la disolución del Consejo de la Judicatura Transitorio, para que la Comisión Técnica, también Transitoria, compuesta por tres miembros procedentes de las Funciones Ejecutiva, Legislativa y de Transparencia y Control Social, asumiendo todas las competencias normativas del Consejo de la Judicatura, pudiera en un plazo de 18 meses reorganizar la justicia.

Con respecto a la composición del nuevo Consejo de la Judicatura, se señalaba por parte del Presidente de la República que este organismo quedaría integrado por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, que lo presidiría; el Fiscal General del Estado, el Defensor Público, un delegado de la Función ejecutiva y un delegado de la Asamblea Nacional. Delegados estos últimos que habrían de ser ratificados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social⁵³³, por medio de un proceso público de escrutinio⁵³⁴.

Con estas consideraciones, el primer mandatario señalaba que, de conformidad con los artículos 104, incisos primero y segundo, 441, 442 y 443 de la Constitución de la República, así como de los artículos 99 a 106 de la LOGJCC, el proyecto de reformas presentado ante la Corte Constitucional debía ser tramitado como enmienda constitucional, la cual, cuando comienza por la iniciativa del presidente de la República, debe ser sometida a referéndum

⁵³³ Este órgano, como fue dicho en el segundo capítulo, integraba la Función de Transparencia y Control Social.

⁵³⁴ Dictamen, pp. 3-4.

popular. Se escogía el trámite de enmienda constitucional porque, a decir del primer mandatario, las reformas propuestas no restringían derechos constitucionales, ni modificaban los elementos constitutivos del Estado⁵³⁵.

Recordemos que, a partir de lo señalado en el artículo 99 de la LOGJCC, la Corte Constitucional debía intervenir en el control constitucional de las enmiendas y reformas constitucionales a través del dictamen de procedimiento, de la sentencia de constitucionalidad de la convocatoria a referéndum y de la sentencia de constitucionalidad de las enmiendas, reformas y cambios constitucionales. En particular, el control de la convocatoria a referéndum, como se dijo en el apartado anterior, supone de un control previo y formal (art. 103). La Corte debe ejercer un control sobre los considerandos que se introducen en la pregunta, con el fin de evitar que las respuestas sean inducidas, buscando así que exista concordancia entre el considerando que introduce la pregunta y el texto normativo, y vigilando, además, el uso de un lenguaje neutro. Asimismo, la Corte tiene que velar por que exista una relación directa de causalidad entre el texto sometido a consulta y la finalidad señalada en el considerando y, finalmente, evitar la inclusión de información que no guarde relación con el texto normativo (art. 104). La última parte de esta fase de control es la relacionada con el cuestionario, en la que la Corte, con el fin de garantizar la libertad de los electores, vigilará, entre otras cosas, que cada pregunta trate de un solo tema, prohibiéndose su aprobación o rechazo en bloque, y vigilando, además, que la propuesta no tenga como fin establecer excepciones puntuales (art. 105).

Dada la complejidad y extensión del texto de las cinco preguntas, así como de los anexos que contenían las enmiendas constitucionales propuestas, resulta de interés enunciarlos, con el fin de facilitar el seguimiento del análisis que realizamos. Así, las preguntas eran:

Pregunta 1. Con la finalidad de mejorar la seguridad ciudadana ¿está usted de acuerdo en que la correspondiente ley cambie los plazos razonables para la

⁵³⁵ Dictamen, p. 4.

caducidad de la prisión preventiva, enmendando la Constitución de la República como lo establece el anexo 1? Este anexo señalaba que el numeral nueve del artículo 77 de la Constitución diría⁵³⁶: “bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de los plazos y condiciones que indique la ley, en consideración a la gravedad del delito y la complejidad de la investigación. Si exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto⁵³⁷”.

El cambio propuesto por el Ejecutivo suponía consecuencias negativas para garantías constitucionales como la libertad, la presunción de inocencia o el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, en la medida en que los plazos de duración máxima de la prisión preventiva, fijados originalmente por el constituyente, habrían de ser regulados en lo sucesivo por el legislador, lo cual implicaba la desconstitucionalización de una garantía constitucional. Esta reforma suponía *per se* una disminución en la protección de derechos, puesto que los plazos máximos de la detención preventiva dejaban de quedar amparados por la rigidez constitucional.

Pregunta 2. Con la finalidad de evitar la impunidad y garantizar la comparecencia a los juicios penales de las personas procesadas, ¿está usted de acuerdo en que las medidas sustitutivas a la prisión preventiva se apliquen únicamente para los delitos menos graves, enmendando la Constitución de la República como lo establece el anexo 2? Dicho anexo señalaba que, por un lado, el número 1 del artículo 77 de la Constitución⁵³⁸ debía establecer: “ la privación de libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del

⁵³⁶ El artículo 77, número 9, de la Constitución, antes de la reforma, afirmaba: “Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto.”

⁵³⁷ Dictamen, pp. 4-5.

⁵³⁸ El artículo 77, número 1, de la Constitución ecuatoriana, antes de la enmienda, señalaba: “La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.”

delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de cuarenta y ocho horas. Las medidas no privativas de libertad se utilizarán únicamente en aquellos delitos que, de acuerdo con la ley, sean susceptibles de ventilarse mediante procedimientos especiales”. Y, por otro lado, que el número 11 del artículo 77⁵³⁹ diría: “la jueza o juez podrá aplicar sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de la libertad, únicamente en aquellos delitos que, de acuerdo con la ley, sean susceptibles de ventilarse mediante procedimientos especiales⁵⁴⁰”.

El cambio en cuestión, además, suprimía el segundo inciso del artículo 159 del Código de Procedimiento Penal, el cual determinaba que las medidas privativas de libertad se adoptaban, siempre, de modo excepcional, y procedían solo en los casos en que la utilización de otras medidas de carácter personal alternativas a la prisión preventiva no fueran suficientes para evitar que el procesado eludiera la justicia.

El cambio propuesto suponía también, como en el caso de la pregunta número uno, consecuencias negativas para la garantía de los derechos constitucionales a la presunción de inocencia y a la libertad, debido a que el Texto constitucional previo a la reforma señalaba que las medidas alternativas a la privación de la libertad eran la regla y, por tanto, la privación de libertad quedaba como una medida de *última ratio* indistintamente del tipo penal. Por el contrario, la modificación propuesta apuntaba a que las medidas alternativas a la privación de libertad se restringieran solo al caso de las personas implicadas en delitos especiales. En consecuencia, hacía una distinción entre los tipos

⁵³⁹ El artículo 77, número 11, antes de la reforma, prescribía: “La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada”.

⁵⁴⁰ Dictamen, p. 5.

penales que podrían ser objeto de medidas alternativas, convirtiendo, así, las medidas alternativas en aplicables solo a los delitos menos graves.

Pregunta 3. Con la finalidad de evitar conflicto de intereses, ¿está usted de acuerdo con prohibir que las instituciones del sistema financiero privado, así como las empresas de comunicación privadas de carácter nacional, sus directores y principales accionistas, sean dueños o tengan participación accionaria fuera del ámbito financiero o comunicacional, respectivamente, enmendando la Constitución como lo establece el anexo 3? El anexo señalaba que, por un lado, el primer inciso del artículo 312 del Texto constitucional⁵⁴¹ debía decir: “las instituciones del sistema financiero privado, así como las empresas privadas de comunicación de carácter nacional, sus directores y principales accionistas, no podrán ser titulares, directa ni indirectamente, de acciones y participaciones, en empresas ajenas a la actividad financiera o comunicacional, según el caso. Los respectivos organismos de control serán los encargados de regular esta disposición”. Y, que, por otro, el primer inciso de la Disposición Transitoria 29⁵⁴² diría: “las acciones y participaciones que posean las instituciones del sistema financiero privado, así como las empresas de comunicación privadas de carácter nacional, sus directores y principales accionistas, en empresas distintas al sector en que participan, se enajenarán en el plazo de un año contado a partir de la aprobación de esta reforma en referendo⁵⁴³”.

La modificación en cuestión es relevante por el hecho de que iba más allá de la voluntad del constituyente, en la medida en que la intención original de aquél

⁵⁴¹ El artículo 312 de la Constitución, en su texto anterior a la reforma, afirmaba: “Las entidades o grupos financieros no podrán poseer participaciones permanentes, totales o parciales, en empresas ajenas a la actividad financiera. Se prohíbe la participación en el control del capital, la inversión o el patrimonio de los medios de comunicación social, a entidades o grupos financieros, sus representantes legales, miembros de su directorio y accionistas. Cada entidad integrante del sistema financiero nacional tendrá una defensora o defensor del cliente, que será independiente de la institución y designado de acuerdo con la ley.”

⁵⁴² La Disposición Transitoria vigesimonovena, antes de la reforma, señalaba: “Las participaciones accionarias que posean las personas jurídicas del sector financiero en empresas ajenas a este sector, se enajenarán en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución. Las participaciones accionarias de las personas jurídicas del sector financiero, sus representantes legales y miembros de directorio y accionistas que tengan participación en el capital pagado de medios de comunicación social, deberán ser enajenadas en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución.”

⁵⁴³ Dictamen, p. 6.

era prohibir que los accionistas y altos personeros de las entidades financieras tuvieran participación en negocios distintos a los financieros. Se trataba, por tanto, de una medida restrictiva de la libertad de empresa, que imponía igual prohibición a los directivos y accionistas de las empresas de comunicación privada de cobertura nacional, al obligarlos a que se mantuvieran solamente en la actividad de la comunicación.

Pregunta 4. Con la finalidad de superar la crisis de la Función Judicial, ¿está usted de acuerdo en sustituir el Pleno del Consejo de la Judicatura por una Comisión Técnica compuesta por tres delegados designados, uno por el presidente de la República, uno por la Asamblea Nacional y uno por la Función de Transparencia y Control Social, para que durante un período de dieciocho meses asuma todas y cada una de las funciones del Consejo de la Judicatura y pueda reestructurar el sistema judicial enmendando la Constitución como lo establece el anexo 4? Ello, por un lado, suponía una reforma del Régimen de Transición contemplado en la Constitución y, por otro, implicaba la supresión de la primera Disposición transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial, relativa a la designación del nuevo Consejo de la Judicatura, a lo cual no nos referiremos por tratarse de una modificación de carácter legal. La sustitución propuesta para el artículo 20 del Régimen de Transición⁵⁴⁴ señalaba que:

“se disuelve el actual Pleno del Consejo de la Judicatura; en su reemplazo se crea una Comisión Técnica de Transición conformada por tres delegados designados, uno por el presidente de la República, uno por la Asamblea Nacional y uno por la Función de Transparencia y Control Social. Esta Comisión tendrá todas las facultades del Consejo de la Judicatura, incluidas las que le otorgaban al nuevo Consejo de la Judicatura las Disposiciones transitorias del Código Orgánico de la Función Judicial. El nuevo Pleno del Consejo deberá ser designado conforme el procedimiento establecido en el artículo 179 de la Constitución enmendada, luego de dieciocho meses, contados a partir de la conformación de esta Comisión Técnica de Transición⁵⁴⁵”.

⁵⁴⁴ El artículo 20 del Régimen de Transición, antes de la reforma, prescribía: “En un plazo no mayor de ciento ochenta (180) días se organizará el Consejo de la Judicatura; sus integrantes se designarán por el procedimiento establecido en la Constitución.”

⁵⁴⁵ Dictamen, p. 6-7.

El Concurso de merecimientos y oposición que debía llevar a cabo el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social para la designación de los nueve vocales del Consejo de la Judicatura quedaba, como consecuencia, sin efecto, por carecer de sustento.

La modificación constitucional impulsada por el Ejecutivo mediante la pregunta 4 tenía particular relevancia en materia constitucional, en la medida en que afectaba a uno de los elementos claves de cualquier Estado de Derecho, como la división de poderes. Así, la pregunta 4 implicaba la potencial influencia de las Funciones Ejecutiva, Legislativa y de Transparencia y Control y Social sobre la Función Judicial, la cual vendría dada por el hecho de que el Consejo de la Judicatura, órgano de administración de la Función Judicial, sería disuelto y reemplazado por una Comisión Técnica, en la cual tendrían representación las tres Funciones anteriormente nombradas. Dicha Comisión actuaría de modo excepcional durante 18 meses, con el fin de asumir las atribuciones del primer Consejo de la Judicatura que hubiera resultado del concurso público, conforme a lo dispuesto por la Constitución aprobada en 2008. En este sentido, la propuesta contradecía la voluntad del constituyente, al crear una Comisión de excepción para que fuera la encargada de administrar la Función Judicial en Ecuador durante 18 meses, atribuciones que correspondían, según el texto original de la Constitución, al Consejo de la Judicatura.

Pregunta 5. Con la finalidad de tener una más eficiente administración del sistema de justicia, ¿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? El anexo implicaba, por un lado, reformas a dos artículos de la Constitución y, por otro, reformas de carácter legal relativas al Código Orgánico de la Función Judicial, las cuales no analizaremos, al no suponer reformas a la Constitución. En consecuencia, los artículos reformados de la Constitución ecuatoriana serían el 179 y el 181.

Así, el artículo 179, una vez modificado, diría:

“El Consejo de la Judicatura se integrará por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, quien lo presidirá; el Fiscal General del Estado, el Defensor Público, un delegado de la Función Ejecutiva y un delegado de la Asamblea Nacional.

Los delegados de las funciones ejecutiva y legislativa, titular y suplente, serán ratificados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, a través de un proceso público de escrutinio, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana.

El procedimiento, plazos y demás elementos del proceso serán determinados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

Los miembros del Consejo durarán en el ejercicio de sus funciones el tiempo de sus respectivos cargos, tanto de los titulares como de los delegados.

El Consejo de la Judicatura rendirá su informe anual ante la Asamblea Nacional, que podrá fiscalizar y juzgar a sus miembros⁵⁴⁶”.

Por su lado, el artículo 181 debía cambiar por el siguiente texto:

“Serán funciones del Consejo de la Judicatura, además de las que determine la ley:

1. Definir y ejecutar las políticas para el mejoramiento y modernización del sistema judicial.
2. Conocer y aprobar la proforma presupuestaria de la Función Judicial, con excepción de los órganos autónomos.
3. Dirigir los procesos de selección de jueces y demás servidores de la Función Judicial, así como su evaluación, ascensos y sanción. Todos los procesos serán públicos y las decisiones motivadas.
4. Administrar la carrera y la profesionalización judicial, y organizar y gestionar escuelas de formación y capacitación judicial.
5. Velar por la transparencia y eficiencia de la Función Judicial.

Las decisiones del Consejo de la Judicatura se tomarán por mayoría simple⁵⁴⁷”.

Se preveía, igualmente, la supresión el último inciso del artículo 180 de la Constitución.

La pregunta 5 suponía cambiar la composición del Consejo de la Judicatura, esto es, de nueve miembros electos por concurso de méritos y oposición⁵⁴⁸, pasaba a tener cinco, los cuales serían el Presidente de la Corte Nacional, quien lo presidiría, el Fiscal General de la Nación, el Defensor Público y dos delegados por la Función Ejecutiva y Legislativa, respectivamente. Dichos

⁵⁴⁶ Dictamen, pp. 7-8.

⁵⁴⁷ Dictamen, p. 8.

⁵⁴⁸ El artículo 179 de la Constitución, antes de la reforma, señalaba que el Consejo de la Judicatura se integraba por nueve vocales con sus correspondientes suplentes, los cuales duraban en sus funciones seis años y no podían ser reelegidos. Seguidamente señalaba que el presidente y vicepresidente del Consejo eran escogidos entre sus vocales, durando en el cargo tres años.

delegados principales y suplentes serían, en consecuencia, los que se someterían a concurso de méritos y oposición. Se trataba, por tanto, de cambios en la composición y competencias del órgano de gobierno de la Función Judicial, y, además, se recogía la integración en dicho órgano de representantes de órganos políticos.

4.2 Análisis jurídico constitucional del Dictamen de la Corte Constitucional de Ecuador sobre la reforma constitucional de 2011.

Como hemos visto en el capítulo anterior, a partir de lo señalado en el artículo 443 de la Constitución, la Corte Constitucional debe determinar cuál de los procedimientos han de seguir las iniciativas encaminadas a modificar el texto de la Constitución. Por otro lado, el artículo 438 de la Constitución, número 2, prescribe que la Corte Constitucional tiene competencia para emitir dictamen previo y vinculante de constitucionalidad sobre la convocatoria a consultas populares de carácter nacional o a nivel de los gobiernos autónomos descentralizados. En esa medida, ejerce el control de la iniciativa de enmienda constitucional impulsada por el Presidente de la República, la cual, como establece el artículo 441 del Texto constitucional, se tramita por vía de referéndum constitucional. El referéndum constituye una de las formas de consulta popular contempladas, conjuntamente con el plebiscito, por el ordenamiento constitucional ecuatoriano⁵⁴⁹.

Por su parte, la LOGJCC detalla en su artículo 99 las modalidades de control constitucional en relación con las enmiendas, reformas y cambios constitucionales, respecto a los cuales la Corte Constitucional participa en tres momentos: el primero, dictamen de procedimiento; el segundo, sentencia de constitucionalidad de la convocatoria; el tercero, sentencia de

⁵⁴⁹ Como explicamos en el segundo capítulo, el referéndum es una consulta de carácter normativo, por medio de la cual los ciudadanos incorporan de modo directo cambios a la Constitución, en tanto que el plebiscito consiste en una consulta de carácter político, que tiene como fin preguntar a la ciudadanía sobre la adopción o no de una medida política.

constitucionalidad de las enmiendas, reformas y cambios constitucionales⁵⁵⁰. Los dos primeros momentos suponen un tipo de control previo, en tanto que el tercero es un tipo de control posterior.

Sin embargo, al conocer de la iniciativa de enmienda de 2011, la Corte Constitucional unificó los dos primeros momentos de control previo en uno solo, ya que en su Dictamen sobre aquélla, simultáneamente, determinó la vía procedimental idónea para la reforma y controló la constitucionalidad de la convocatoria a referéndum, así como de las preguntas puestas a consideración del electorado. Como justificación de dicha actuación, la Corte Constitucional manifestó que no podía establecer el procedimiento que debía seguir la iniciativa sin analizar previamente las preguntas⁵⁵¹. Ahora bien, a pesar de que estimamos que lo señalado por la Corte tiene cierto sentido, no debemos olvidar que la Ley determina que la fijación del procedimiento se hace por medio de dictamen, en tanto que la convocatoria a consulta debe ser objeto de una sentencia. La distinción de trámite, en consecuencia, no es baladí, entre otras cosas porque el dictamen no acarrea efectos de cosa juzgada, como ocurre con la sentencia. De ahí que, aunque la Corte Constitucional tenga competencia para emitir sentencias y dictámenes, acuda a los primeros solo cuando resuelve de modo definitivo procesos de conocimiento, como son las garantías constitucionales, o cuando ejerce control constitucional. En tanto que, por medio de dictamen, la Corte Constitucional decide, por ejemplo, sobre la constitucionalidad de los estados de excepción o de los tratados internacionales o sobre la autorización para el enjuiciamiento político del Presidente de la República por parte de la Asamblea Nacional, es decir, su pronunciamiento aparece como un acto jurídico resolutorio que permite que se continúe con otros procedimientos de tipo primordialmente político.

Por último, se debe señalar que el hecho de que la Corte tenga la competencia de revisar el contenido de las preguntas para llegar a determinar cuál de los procedimientos es el que se debe seguir no significa bajo ninguna circunstancia

⁵⁵⁰ Por cambios constitucionales se entienden las modificaciones introducidas en cualquier materia al Texto constitucional por parte de una Asamblea Constituyente. Véase, Julio César Trujillo, *ob. cit.*, p. 228.

⁵⁵¹ Dictamen, p. 29.

que aquélla estuviera facultada para unificar las etapas del control en una sola actuación. En consecuencia, la Corte Constitucional obró de modo contrario a lo determinado por la LOGJCC.

A continuación, el artículo 100 de la LOGJCC, en su número uno, determina que, cuando el proyecto de enmienda constitucional provenga de la iniciativa del Presidente de la República, será enviado a la Corte Constitucional antes de expedir el decreto por el cual se convoca a referéndum, de modo que el órgano de control constitucional determine la vía por medio de la cual se puede tramitar la modificación constitucional. Dicha determinación se hace por medio de dictamen, como señala el artículo 101 de la LOGJCC. Por tanto, cuando la enmienda opera por vía de referéndum, existe, como lo establece el artículo 102 de la mencionada Ley, control previo de la respectiva convocatoria. Dicho control formal a cargo de la Corte Constitucional deberá salvaguardar, como determina el artículo 103 de la LOGJCC, el cumplimiento de las reglas procesales para la realización de la convocatoria, la competencia de cada órgano en el ejercicio del poder de reforma a la Constitución y la garantía de plena libertad del elector, particularmente respecto a las cargas de claridad y lealtad de los actos preparatorios del referéndum.

En esa medida, la Corte Constitucional, al analizar la iniciativa de enmienda del Presidente de la República⁵⁵², sostuvo que, para determinar por cuál de los procedimientos debía ser tramitada la petición del ejecutivo, precisaba hacer en el mismo acto un análisis de las preguntas, así como de la respectiva convocatoria. La Corte fundamenta esta decisión en su competencia para realizar tanto el control del procedimiento, como el del oficio de convocatoria y el de las preguntas sometidas a referéndum constitucional⁵⁵³. En tal sentido, la Corte comienza por analizar si para la convocatoria de referéndum se cumplieron las reglas procesales, como determina el artículo 103 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional. Respecto a

⁵⁵² En el oficio remitido por el ejecutivo a la Corte le solicita pronunciarse sobre tres temas, esto es, el dictamen de procedimiento, es decir, si se trata de una enmienda, reforma parcial o sustitución de la Constitución; pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la convocatoria a referendo; y pronunciamiento sobre la constitucionalidad de las preguntas, conjuntamente con sus respectivos considerandos.

⁵⁵³ Dictamen, p. 29.

esta cuestión, sostiene que el oficio remitido por el Presidente de la República no constituye el decreto de convocatoria a referéndum, en la medida en que dicho documento, a decir de la Corte Constitucional, aparece como un acto administrativo, el cual tiene como fin solamente hacer conocer a la propia Corte el contenido de la propuesta de referéndum, la legitimidad del convocante y la garantía plena de los electores. De ahí que, en este punto, la Corte Constitucional realice un control formal, previo y automático del procedimiento seguido por el ejecutivo⁵⁵⁴.

Esta argumentación de la Corte nos permite remarcar la crítica hacia la unificación de los procedimientos de control previo llevada a cabo por parte de aquélla⁵⁵⁵, en la medida en que el control de la convocatoria se debía hacer sobre el decreto ejecutivo que convocaba a referéndum, y no sobre un oficio que tenía como finalidad solamente comunicar el contenido de la propuesta.

Seguidamente, la Corte determina que el ejecutivo cumple con las reglas procesales, si bien no expresa de modo claro qué se entiende por cumplimiento de reglas procesales, limitándose a señalar que el oficio remitido por el primer mandatario es objeto de control previo de constitucionalidad. Por otro lado, la Corte manifiesta que el Presidente de la República se encuentra constitucionalmente autorizado para convocar a referéndum constitucional. En cuanto a la verificación de la garantía plena de los electores en asuntos como la claridad y la lealtad de los actos preparatorios, la Corte afirma que el control constitucional debía versar sobre los considerandos generales, las frases introductorias y el cuestionario.

⁵⁵⁴ Dictamen, p. 30.

⁵⁵⁵ La propia Corte Constitucional corrigió su actuación en el Dictamen No. 002-16-DRC-CC, de 13 de abril de 2016, en el cual, ante una iniciativa ciudadana de enmendar la Constitución, determinó que el primer paso del control previo al referéndum es determinar el procedimiento que debe seguir, esto es, si los cambios propuestos en la iniciativa son temas de enmienda, reforma parcial o Asamblea Constituyente. En este caso, la Corte resolvió que la iniciativa consistía en una enmienda y autorizó por consiguiente, que el colectivo ciudadano pudiera acudir al Consejo Electoral para solicitar los formularios y poder así, empezar con la recolección del ocho por ciento de firmas del registro electoral, como manda el artículo 441 de la Constitución. Posteriormente, si el colectivo interesado obtiene las firmas necesarias para llevar adelante la enmienda por vía de referéndum, la Corte efectuará el respectivo control de la pregunta, así como del anexo. El Dictamen se encuentra disponible en: <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/1cc88108-f348-4b1e-bc80-91a38f25f262/0001-16-rc-dic.pdf?quest=true>

En este sentido, como contempla el artículo 104 de la LOGJCC, para el controlar los considerandos introductorios a las preguntas, la Corte procedió a examinar los considerandos generales, las frases introductorias y el cuestionario sometido a referéndum. En particular, en relación con los considerandos que introducían cada pregunta, vigiló que no hubiera inducción a las respuestas y que el lenguaje fuese sencillo, comprensible y neutro.

En relación con el control del cuestionario, la Corte Constitucional, en referencia a las frases introductorias de las preguntas, señaló que, de conformidad con el artículo 104 de la LOGJCC, su función consistía en vigilar que no hubiera inducción a las respuestas y que el lenguaje usado fuera comprensible, sencillo y neutro. En esa medida, la Corte afirmó que la introducción a las preguntas debe tener carácter informativo, así como que aquéllas deben ser redactadas de forma que no induzcan a la respuesta al votante, y que no pueden contener información parcial o engañosa, que pueda viciar la voluntad política de los electores. Por ello, la Corte Constitucional determinó inconstitucionales todas las frases introductorias a las preguntas contenidas en la propuesta de convocatoria, determinando que aquellas debían ser suprimidas y sustituidas por un título descriptivo del contenido de las preguntas⁵⁵⁶.

Esta actuación jurisdiccional merece una fuerte crítica, no por el hecho de declarar inconstitucionales las frases introductorias, tarea propia de la actividad de control de la Corte en los casos de modificaciones a la Constitución, sino por el hecho de que aquella asumió una tarea que no le correspondía ni constitucional ni legalmente, como fue el modificar los considerandos introductorios, así como el texto de las cinco preguntas y de los anexos respectivos⁵⁵⁷, para permitirle a la iniciativa pasar el análisis formal y, con ello,

⁵⁵⁶ Dictamen, p. 33.

⁵⁵⁷ En la decisión del Dictamen por parte Corte Constitucional se señala que las modificaciones constitucionales podrán ser tramitadas por vía de enmienda constitucional (artículo 441), “si el Decreto Ejecutivo de Convocatoria a Referéndum Constitucional suprime las frases introductorias y se reformulan las preguntas en los términos y bajo las consideraciones establecidas a continuación...” Dictamen, p. 50.

viabilizar de manera bastante discutible la aprobación de los aspectos materiales⁵⁵⁸.

Adicionalmente, la Corte determinó que el control de las preguntas se rige por lo dispuesto en el artículo 105 de la LOGJCC, es decir, aquéllas se debían hacer en un lenguaje sencillo y neutro, y habían de ser breves y tratar un solo tema. Asimismo, no podían ser superfluas o inocuas.

Entrando ya en el examen de las preguntas, con respecto a la número 1, la cual aludía al cambio de los plazos razonables⁵⁵⁹ para la caducidad de la prisión preventiva, la Corte Constitucional señaló que aquella superaba las exigencias de los números 1 y 2 del artículo 105 de la LOGJCC, por cuanto cumplía con los estándares de claridad, sencillez y concisión, al preguntar al electorado por una sola cuestión y cumplir con los objetivos planteados en la motivación.

No obstante, desde una perspectiva material, la Corte Constitucional advirtió de que la pregunta número 1 no tenía relación con el anexo número 1 porque no existía causalidad entre ambos, en la medida en que se preguntaba sobre el cambio de los plazos razonables en la Constitución, y luego, en el anexo, se remitía la potestad de cambiar dichos plazos al legislador, conforme a la gravedad del delito. En tal sentido, el cambio que se pretendía introducir en la

⁵⁵⁸ Trujillo critica esta decisión sosteniendo que la Corte Constitucional, por un lado, asumió atribuciones que no tiene conferidas, al suprimir las frases de exposición de motivos y los considerandos, y, por otro, ejerció una competencia ajena a ella cuando, aduciendo su facultad interpretativa, modificó las preguntas del cuestionario, para que, así, las modificaciones a la Constitución fueran tenidas como enmiendas y no como reformas ni cambios constitucionales, legitimando de esta manera la convocatoria a referéndum hecha por el Presidente de la República. Véase, Julio César Trujillo, ob. cit., p. 233.

⁵⁵⁹ Plazos que, de conformidad con el número 9 del artículo 77 de la Constitución, son de seis meses para delitos sancionados con prisión y un año para los delitos sancionados con reclusión. Por otro lado, el artículo 75 señala que los habitantes del Ecuador tienen derecho a una tutela expedita de sus derechos e intereses y el artículo 169 determina que las leyes procesales consagrarán el principio de celeridad y agilidad de los trámites. En la misma línea, el artículo 14, número 3, letra c, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, señala que “toda persona tiene derecho a ser juzgada sin dilaciones”. En definitiva, el plazo razonable es una garantía constitucional de una persona privada de la libertad para no permanecer de modo indefinido en un centro carcelario.

Constitución era la remisión al legislativo para que este señalara los plazos y definiera sus parámetros⁵⁶⁰.

Además, la formulación original de la pregunta número 1 por parte del Presidente de la República implicaba una inducción a la respuesta, debido a que, por un lado, el considerando introductorio de la pregunta incluía la frase “con la finalidad de mejorar la seguridad ciudadana”, lo cual suponía la utilización de un lenguaje no neutral y valorativamente favorable con el objetivo de lograr el beneplácito del elector. Por otro lado, el contenido de la pregunta número 1 no guardaba relación con el anexo correspondiente, ya que se consultaba al pueblo si aprobaba la reforma de los plazos razonables para la caducidad de la prisión preventiva contenidos en la Constitución y, por el contrario, el anexo no reformaba dichos plazos, sino que remitía su desarrollo a la ley.

Lo dicho suponía la desconstitucionalización de tales plazos y, por tanto, un retroceso en la correspondiente garantía constitucional⁵⁶¹, en la medida en que los plazos ya no vendrían fijados por la Constitución, sino por la ley. Los plazos para la caducidad de la prisión preventiva ya no se verían protegidos por la rigidez constitucional⁵⁶².

La modificación del texto de la pregunta y del anexo que realizó la Corte Constitucional hizo que aquélla quedara de la siguiente forma:

“¿Está usted de acuerdo en enmendar el numeral 9 del artículo 77 de la Constitución de la República incorporando un inciso que impida la caducidad de la prisión preventiva cuando ésta ha sido provocada por la persona procesada y que permita sancionar las trabas irrazonables en

⁵⁶⁰ Dictamen, p. 34.

⁵⁶¹ Consideramos que los plazos para la caducidad de la prisión preventiva actúan como una garantía constitucional de los encausados, la cual protege su derecho constitucional a la presunción de inocencia, así como a la libertad personal.

⁵⁶² En la audiencia pública efectuada en la Corte Constitucional, el profesor Agustín Grijalva, en relación con la pregunta 1, señaló que la rigidez de la Constitución, esto es, los procedimientos y requisitos para reformarla, constituyen *per se* una verdadera garantía de los derechos constitucionales. Dictamen, p. 19.

la administración de justicia por parte de juezas, jueces, fiscales, peritos o servidores de órganos auxiliares de la función judicial, como se establece en el anexo 1?⁵⁶³ .

Cuestionamos el citado texto, primero, porque es resultado de una facultad no atribuida por el ordenamiento jurídico a la Corte Constitucional, la cual modificó los considerandos, las preguntas y los anexos⁵⁶⁴ , y segundo, porque dicha modificación tampoco contribuyó a la protección material de la garantía constitucional de la caducidad de la prisión preventiva, de conformidad con el principio *pro homine* consagrado en la Constitución ecuatoriana (art. 11, no. 5), debido a que restringía la garantía constitucional citada, al determinar la incorporación de un inciso en el número 9 de artículo 77 que señalaba que se impedía la caducidad de la prisión preventiva cuando hubiera sido provocada por el procesado.

Particular referencia crítica nos merece la inadecuada utilización que hace la Corte Constitucional del Caso Suárez Rosero vs. Ecuador⁵⁶⁵; en la medida en que la Corte llega a determinar que los plazos no forman parte de los parámetros esenciales que sirven para examinar las legislaciones nacionales cuando contemplan la prisión previa a una sentencia condenatoria, mientras que, por el contrario, sí lo son la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales. A decir de la Corte, al tratarse los plazos de parámetros auxiliares, podrían ser regulados tanto por la Constitución, como por la ley, sin que se violentara derecho alguno, pudiendo, en opinión de la Corte, ser modificados e inclusive “desaparecer en razón de la eficiencia del sistema penal para determinar las correspondientes responsabilidades penales en cada caso⁵⁶⁶” .

⁵⁶³ El anexo 1 señalaba: “La orden de prisión preventiva se mantendrá vigente y se suspenderá ipso jure el decurso del plazo de la prisión preventiva si por cualquier medio, la persona procesada ha evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar su caducidad. Si la dilación ocurriera durante el proceso o produjera la caducidad, sea esta por acciones u omisiones de juezas, jueces, fiscales, defensor público, peritos o servidores de órganos auxiliares, se considerará que estos han incurrido en falta gravísima y deberán ser sancionados de conformidad con la ley.” Dictamen, p. 36.

⁵⁶⁴ El artículo 436 de la Constitución ecuatoriana, que regula las competencias de la Corte Constitucional, no le atribuye dicha competencia.

⁵⁶⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

⁵⁶⁶ Dictamen, p. 35.

La Corte Constitucional parece olvidar que su antecesor, el Tribunal Constitucional, al amparo de la Constitución ecuatoriana de 1998, en la resolución no. 002-2005, declaró inconstitucional la denominada “detención en firme”⁵⁶⁷, regulada en el Código de Procedimiento Penal, tanto por violentar el plazo razonable, como por afectar la caducidad de la prisión preventiva. En consecuencia, para el Tribunal Constitucional, la detención en firme iba en contra de lo contemplado en el artículo 24.8 de aquella Constitución, que determinaba que la prisión preventiva no podía exceder de seis meses en delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos castigados con reclusión, y, en caso de exceder dichos plazos, la prisión preventiva quedaría sin efecto, regulación esta que posteriormente fue recogida en el artículo 77 número 9 de la Constitución de 2008.

Para justificar por qué creemos que la supresión del plazo máximo de la prisión preventiva es una restricción a una garantía constitucional, es necesario definir cómo se entiende la prisión preventiva en un Estado constitucional.

Por prisión preventiva entendemos aquel mecanismo procesal constitutivo de una privación de libertad que tiene como finalidad que la persona implicada en un hecho delictivo no eluda el accionar de la justicia, aunque durante el proceso se presuma su inocencia. Se trata, por tanto, de una institución en la que confluyen dos derechos constitucionales de primer orden; por un lado, la libertad personal y, por otro, la presunción de inocencia. De ahí que mediante la prisión preventiva es privada de libertad una persona que mantiene su consideración como inocente, en la medida en que no ha sido condenada por sentencia⁵⁶⁸. Por ello, la prisión preventiva es una medida distinta de la sanción penal impuesta a una persona condenada por medio de sentencia⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ Se trataba de una medida cautelar personal que suponía una limitación a la libertad de la persona, la cual fue introducida en el Código de Procedimiento Penal para evitar que el infractor eludiera el accionar de la justicia. Sin embargo, el problema que acarrearía dicha regulación legal pasaba por el hecho de que no respetaba los plazos máximos para la prisión preventiva fijados en la Constitución.

⁵⁶⁸ Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, p. 316. Un criterio similar fue sostenido por Fernando Gutiérrez, quien, en su calidad de Defensor del Pueblo, sostuvo en la audiencia pública ante la Corte Constitucional que la pregunta 1, alteraba regresivamente la redacción del artículo 77, número 9, de la Constitución, debido a que, al permitir a una futura ley la fijación de plazos y condiciones, atentaba contra los derechos de las personas en

La prisión preventiva tiene un carácter cautelar, y a ella sólo se debe acudir como *ultima ratio*, debido, precisamente, a que supone privación de la libertad⁵⁷⁰. En esa medida, debe ser utilizada de modo excepcional. El artículo 9, número 3, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos señala: “La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto de juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales, y, en su caso para la ejecución del fallo”. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, en su artículo 7, número 5, dispone: “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.”

En relación con la excepcionalidad de la prisión preventiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Daniel Tibi vs. Ecuador, sostiene: “La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le pueda aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”⁵⁷¹.

general, en la medida en que todos los ciudadanos gozan de la presunción de inocencia. Dictamen, p. 18.

⁵⁶⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Acosta Calderón vs. Ecuador, determinó que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Sentencia de 24 de junio de 2005, párrafo 75.

⁵⁷⁰ Los doctores Hernando Morales y Alfonso Luz, jueces constitucionales, en su Voto Salvado, respecto a la pregunta 1, señalan que: “el fin de la prisión preventiva es, a no dudarlo, eminentemente procesal, es decir, evitar el entorpecimiento del juicio y de ninguna manera puede tener otros motivos como la intimidación, la ejemplaridad o el intento por apaciguar el alarmismo social”. Voto Salvado pregunta 1, pp. 2-3.

⁵⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi vs. Ecuador, Sentencia del 7 de septiembre de 2004, párrafo 104.

Por lo dicho, la caducidad y la excepcionalidad de la prisión preventiva juegan un papel central para la comprensión constitucional de esta institución, ya que garantizan, por un lado, la presunción de inocencia y, por otro, la libertad personal. En esta medida, la adición, efectuada a instancia de la Corte Constitucional, de un inciso al final del número 9 del artículo 77 de la Constitución ecuatoriana, el cual dispone que se impide la caducidad de la prisión preventiva cuando esta ha sido provocada por el procesado, de conformidad con el artículo 444 de la Constitución, al tener como efecto una restricción de derechos, solamente podía ser tramitada, en nuestra opinión, mediante Asamblea Constituyente, y no por el procedimiento de enmienda constitucional contemplado en el artículo 441.

En relación con la pregunta número 2, esta pretendía modificar el artículo 77, número 1 y 11, de la Constitución⁵⁷², por un lado, en el tiempo máximo en el que una persona puede ser detenida en caso de delito flagrante sin fórmula de juicio, que pasaba de 24 a 48 horas, y, por otro, al cambiar el régimen de sustitución de la prisión provisional por medidas cautelares, limitando éstas a aquellos delitos que, de acuerdo con la ley, se ventilen en procedimientos especiales⁵⁷³.

Al respecto, la Corte Constitucional señaló que, desde el punto de vista formal, aquellos cambios cumplían con lo determinado en los números 1 y 2 del artículo 105 de la LOGJCC, en la medida en que, además de tratarse de una pregunta clara, sencilla y concisa, se preguntaba al pueblo sobre un solo tema y se cumplía con los objetivos planteados en la motivación.

⁵⁷² El artículo 77 original de la Constitución ecuatoriana, en su número 1, señalaba: “La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva”. Y, en el número 11: “La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada.”

⁵⁷³ El Código de Procedimiento Penal vigente en aquel momento, en su Título V, denominaba como procedimientos especiales al procedimiento abreviado, al procedimiento de acción penal privada, al procedimiento por razón del fuero y al procedimiento para los delitos cometidos a través de los medios de comunicación.

Seguidamente, el análisis de la Corte se enfocó hacia los aspectos materiales de la propuesta. Así, en relación con el primer tema, relativo a la modificación del artículo 77, número 1, la Corte determinó que el aumento del período máximo de detención en caso de flagrante delito no exhibía una justificación constitucional razonable⁵⁷⁴. Como dice Bernal Pulido, y suscribimos nosotros, en este tema, el Ejecutivo quiso tomar una decisión que carecía de fundamento en una razón jurídica legítima⁵⁷⁵.

En cuanto al segundo tema, relativo al artículo 77, números 1 y 11, la Corte Constitucional observó que la sustitución de la prisión preventiva por otro tipo de medida cautelar estaba debidamente regulada en la ley. En esa medida, la Corte sostiene que los jueces ya pueden sustituir las medidas privativas de libertad, dado que estas son medidas cautelares que pueden ser reemplazadas por otras menos gravosas, sujetándose a los casos, plazos, condiciones y requisitos determinados en la ley. Sin embargo, la Corte observó que en algunos casos se había hecho un manejo discrecional por parte de los jueces en el momento de sustituir una medida por otra. Este manejo discrecional se manifestaba, precisamente, según observa la Corte, en la aplicación que hacían algunos jueces del artículo 77 número 1, en el sentido de que, para la sustitución, no se remitían necesariamente a los requisitos y condiciones establecidos en la ley⁵⁷⁶.

De ahí que la Corte recuerde que tanto el número 1 como el número 11 del artículo 77 se encuentran configurados como principios y, por ello, requieren de un adecuado desarrollo legislativo posterior, debiendo, además, interpretarse ambos principios constitucionales de modo interrelacionado. En esa medida, el legislador debe regular los aspectos relacionados con la prisión preventiva, pero, como recalca la Corte, de conformidad con el marco constitucional. Ello supone, a decir de la Corte, la revisión periódica de la regulación de la prisión preventiva y las medidas cautelares sustitutorias en armonía con la realidad

⁵⁷⁴ Dictamen, p. 37.

⁵⁷⁵ Carlos Bernal Pulido, ob. cit., p. 69.

⁵⁷⁶ Dictamen, p. 37-38.

social donde pretende ser aplicada, pero dentro del marco previsto por la Constitución. Por lo dicho, la Corte Constitucional consideró que los cambios constitucionales propuestos no podían tramitarse ni por el procedimiento de enmienda contemplado en el artículo 441 de la Constitución, ni por el de reforma parcial del artículo 442, debido a que suponían restricción de derechos y garantías constitucionales⁵⁷⁷.

Al respecto, consideramos acertada la opinión de la Corte, en la medida en que los cambios propuestos por el Presidente de la República al artículo 77, números 1 y 11, de la Constitución, implicaban una restricción al derecho de libertad de la persona detenida en delito flagrante, al extender su detención sin fórmula de juicio de 24 a 48 horas, así como por el intento de cambiar el régimen de sustitución de medidas cautelares, limitándolo solamente a los delitos juzgados en procedimientos especiales. Este último cambio suponía, además, que la privación de la libertad fuera la regla solo para aquellos delitos que no fueran parte de los procedimientos especiales, lo cual rompía el principio de igualdad entre los procesados⁵⁷⁸, ya que, dependiendo del tipo de delito, la privación de la libertad, en la fase previa a la sentencia, sería excepcional o no.

Sin embargo, lo que cuestionamos es la facultad que se atribuye la Corte Constitucional para modificar la pregunta número 2, así como el anexo número 2. La pregunta en cuestión, luego de la modificación de la Corte, quedó:

“¿Está usted de acuerdo que las medidas sustitutivas a la privación de la libertad se apliquen bajo las condiciones y requisitos establecidos en la ley, de acuerdo al anexo 2?⁵⁷⁹”.

⁵⁷⁷ Dictamen, p. 38. Planteamiento compartido por César Montúfar, profesor universitario, quien en su escrito de *amicus curiae* señala que las preguntas 1 y 2 involucran restricción a los derechos y garantías constitucionales. Así, este profesor puso de relieve que la pregunta número 2 era regresiva, por cuanto planteaba la no excepcionalidad de la prisión preventiva, enmendando la norma constitucional vigente, que señala, por el contrario, su excepcionalidad. Dictamen, p. 26.

⁵⁷⁸ En la medida en que, como señala la jueza constitucional Nina Pacari, la modificación constitucional beneficiaría a un grupo determinado y minoritario de posibles infractores, es decir, sólo aquellos que hagan un uso indebido de los medios de comunicación o aquellos para los que se reservan los procedimientos de fuero. Voto Salvado, p. 58.

⁵⁷⁹ El anexo 2 señalaba que el artículo 77, número 1, diría: “La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y

En nuestra opinión, la Corte Constitucional, en vez de cambiar la pregunta y el anexo 2, debió declarar su inconstitucionalidad, en la medida en que la reforma de los números 1 y 11 del artículo 77 del Texto constitucional afectaba, entre otros principios constitucionales, al derecho a la libertad, a la excepcionalidad de las medidas privativas de la libertad y a la no regresividad en materia de derechos.

La no regresividad en materia de derechos constitucionales se encuentra prevista en el artículo 11 número 8, el cual determina que los derechos se desarrollan de modo progresivo, a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas, y, en consecuencia, será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que menoscabe el ejercicio de los derechos. En esa medida, consideramos que cabría una modificación del artículo 77, números 1 y 11 de la Constitución, por la vía de la enmienda constitucional, si, y sólo si, esta tendiera a garantizar de modo más efectivo, respecto a lo previsto por la Constitución en un determinado momento, los derechos constitucionales de las personas investigadas o procesadas por la vía penal.

Con respecto a la pregunta número 3, relativa a la propiedad de las instituciones financieras y medios de comunicación, el Presidente de la República sostenía que la finalidad perseguida por el constituyente fue que tanto los grupos financieros como los de comunicación privados se dedicaran exclusivamente a las funciones que como tales les corresponde, y no participaran de actividades ajenas a su objeto.

La Corte Constitucional determinó que, desde una perspectiva formal, la pregunta superaba las exigencias del número 1 y el número 2 del artículo 105 de la LOGJCC, es decir, se trataba de una pregunta clara y sencilla, que preguntaba al electorado sobre un solo tema, cumpliendo, además, con los

para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley." El artículo 77, número 11, diría: " La jueza o juez aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley". Dictamen, p. 39.

objetivos previstos en la motivación. Posteriormente, desde una perspectiva material, la Corte analizó el contenido de la pregunta y sus anexos, para enjuiciar la idoneidad de las medidas planteadas, lo cual requería identificar su finalidad y su adecuación con la Constitución, con el fin de evaluar la causalidad existente entre la vía escogida por el Ejecutivo y los objetivos buscados. En este marco, resulta de utilidad recordar que el objetivo de la enmienda, a decir del Presidente de la República, era la democratización del acceso a la propiedad de los medios de comunicación y la protección social contra un posible conflicto de intereses en su manejo y administración⁵⁸⁰.

La Corte, respecto de la pregunta, sostuvo que, si bien planteaba una limitación al derecho fundamental a la libre iniciativa económica, contemplado en el artículo 66, número 15, de la Constitución, dicha limitación tenía una base sustentada en el artículo 312 del Texto constitucional⁵⁸¹. De hecho a decir de la Corte, "el soberano (al aprobar originariamente dicho artículo) decidió autolimitarse en su autonomía⁵⁸²."

Adicionalmente, la Corte señaló que, para hacer efectivo el mandato constitucional en cuestión, se precisaba de otras subreglas. En este sentido, para la Corte, la iniciativa presentada por el Ejecutivo "no modifica en ningún aspecto el ámbito de esta restricción, sino que se limita a precisar algunos elementos que le permiten a la regla constitucional tener aplicación real y efectiva⁵⁸³", evitando, de esta forma, que los medios de comunicación pudieran convertirse en monopolios de la opinión pública por el ámbito generalizado de su influencia. La Corte concluyó afirmando que la iniciativa presidencial era conforme con la Constitución, al limitarse a establecer los mecanismos y las

⁵⁸⁰ Dictamen, p. 40.

⁵⁸¹ El artículo 312 de la Constitución disponía: "Las entidades o grupos financieros no podrán poseer participaciones permanentes, totales o parciales, en empresas ajenas a la actividad financiera. Se prohíbe la participación en el control del capital, la inversión o el patrimonio de los medios de comunicación social, a entidades o grupos financieros, sus representantes legales, miembros de su directorio y accionistas. Cada entidad integrante del sistema financiero nacional tendrá una defensora o defensor del cliente, que será independiente de la institución y designado de acuerdo con la ley".

⁵⁸² Dictamen, p. 40.

⁵⁸³ Dictamen, p. 40.

condiciones encaminadas a garantizar la aplicación del mandato contenido en el artículo 312 de la Constitución.

Con tales antecedentes, el órgano constitucional procedió a cambiar la pregunta 3, que permitía el modificar el artículo 312, por el siguiente texto:

“¿Está usted de acuerdo con prohibir que las instituciones del sistema financiero privado, así como las empresas de comunicación privadas, de carácter nacional, sus directivos y principales accionistas, sean dueños o tengan participación accionaria fuera del ámbito financiero o comunicacional, respectivamente, enmendando la Constitución como lo establece el anexo 3?⁵⁸⁴”.

La modificación del artículo 312 de la Constitución traía aparejada, además, la reforma de la disposición transitoria vigésimo novena⁵⁸⁵ por un texto que decía:

“Las acciones y participaciones que posean las instituciones del sistema financiero privado, así como las empresas de comunicación privadas, de carácter nacional, sus directores y principales accionistas, en empresas distintas al sector en que participan, se enajenarán en el plazo de un año contado a partir de la aprobación de esta reforma en referendo”.

Creemos que la intención primigenia del constituyente, expresada en el artículo 312 de la Constitución, así como en la disposición transitoria vigésimo novena, fue clara, en la medida en que prohibía que los grupos financieros tuvieran participación accionaria en empresas ajenas a la actividad financiera, sobre todo en el ámbito de la comunicación social, evitando así un potencial conflicto de intereses.

⁵⁸⁴ El anexo 3 señalaba que el primer inciso del artículo 312 de la Constitución debía decir: “Las instituciones del sistema financiero privado, así como las empresas privadas de comunicación de carácter nacional, sus directores y principales accionistas, no podrán ser titulares, directa ni indirectamente, de acciones y participaciones, en empresas ajenas a la actividad financiera o comunicacional, según el caso. Los respectivos organismos de control serán los encargados de regular esta disposición, de conformidad con el marco constitucional y normativo vigente”.

⁵⁸⁵ Disposición transitoria 29 que antes de la reforma decía: “Las participaciones accionarias que posean las personas jurídicas del sector financiero en empresas ajenas a este sector, se enajenarán en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución. Las participaciones accionarias de las personas jurídicas del sector financiero, sus representantes legales y miembros de directorio y accionistas que tengan participación en el capital pagado de medios de comunicación social, deberán ser enajenadas en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución”.

Sin embargo, la reforma planteada por parte del Ejecutivo sobrepasaba la voluntad constituyente, al incluir en la prohibición dirigida originariamente a los grupos financieros a los medios de comunicación⁵⁸⁶. En esa medida, la modificación constitucional supuso una clara limitación al derecho constitucional de libre desarrollo de las actividades económicas de las empresas dedicadas a actividades comunicacionales. Además, la reforma implicó un tratamiento distinto, por un lado, entre personas naturales y jurídicas y, por otro, de las empresas de comunicación privada de carácter nacional frente a las de carácter público, así como de las que poseen carácter local e internacional, sin que mediara, en dichos casos, la debida justificación de tales medidas, lo cual, suponía una actuación contraria el derecho a la igualdad contenido en la Constitución ecuatoriana⁵⁸⁷. Por ello, consideramos que el cambio analizado, al suponer una afectación de derechos constitucionales, se debía tramitar, de conformidad con lo establecido en el artículo 444 de la Constitución, solo mediante Asamblea Constituyente.

En relación con la pregunta número 4, relativa a la sustitución del Pleno del Consejo de la Judicatura por una Comisión Técnica de transición, la cual tendría a su cargo, por el período de dieciocho meses, la reestructuración de la Función Judicial, la Corte Constitucional determinó que, desde un enfoque formal, la pregunta superaba lo previsto en el número 1 y el número 2 del artículo 105 de la LOGJCC, es decir, se trataba de una pregunta clara y sencilla, que preguntaba al electorado sobre un solo tema, cumpliendo, además, con los objetivos previstos en la motivación. En cuanto al enfoque material, la Corte determinó que era necesario precisar si la iniciativa afectaba a los límites establecidos para la enmienda. Así, sostuvo que el cambio no afectaba al carácter ni a los elementos constitutivos del Estado, regulados en el

⁵⁸⁶ Este criterio es compartido por Alberto Acosta, Presidente de la Asamblea Constituyente de 2008, quien en su intervención en la audiencia pública sostuvo que el espíritu del constituyente fue dirigir la prohibición a las instituciones bancarias, mas no a los medios de comunicación. Dictamen, p. 24.

⁵⁸⁷ Un criterio similar fue sostenido por Santiago Guarderas, Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Quito, quien, en la audiencia pública, sostuvo que la reforma implicaba una restricción en el desarrollo de las actividades económicas en forma individual y colectiva, y discriminaba, pues limitaba su aplicación a empresas privadas de carácter nacional, excluyendo de su ámbito a las personas naturales y las empresas públicas, locales e internacionales. Dictamen, p. 26.

artículo 1 al 9 de la Constitución. Por otro lado, la Corte señaló que la iniciativa tampoco comprometía la estructura fundamental del Estado, debido a que las cinco funciones o poderes establecidos en la Constitución se mantenían, de ahí que dicha estructura se vería afectada sólo en caso de que se eliminase el Consejo de la Judicatura. Esta situación no se daba, en la medida en que la iniciativa pretendía solo modificar los plazos determinados en el artículo 20 del Régimen de Transición para la conformación del Consejo de la Judicatura⁵⁸⁸ y, con ello, crear un órgano transitorio hasta que se designara el Consejo definitivo, encargando, en consecuencia, a dicho órgano transitorio la reestructuración de la Justicia⁵⁸⁹.

Asimismo, la Corte sostuvo que la iniciativa no limitaba derechos ni garantías constitucionales, ni tampoco cambiaba el procedimiento de reforma constitucional. Ahora bien, la Corte señaló que no hallaba justificación razonable para llamar al órgano de transición “Comisión Técnica”, en lugar de Consejo de la Judicatura, toda vez que dicho órgano cumpliría con todas las funciones y competencias del segundo, de ahí que, a su juicio, debía conservar el nombre de Consejo de la Judicatura, con la añadidura de su carácter temporal de transitoriedad. El cambio, a decir de la Corte, viabilizaría la implementación de las competencias otorgadas al nuevo Consejo de la Judicatura, las cuales no habían sido ejercidas por el Consejo cesante. Finalmente, para garantizar el carácter transitorio del Consejo que surgiría de aprobarse la enmienda por vía de referéndum, la Corte dispuso la improrrogabilidad del plazo de dieciocho meses, en los cuales el Consejo de transición debía reestructurar la Función Judicial⁵⁹⁰.

Con estos antecedentes la Corte afirmó que la iniciativa podía ser tramitada como enmienda, y procedió a modificar la pregunta y el anexo en el siguiente sentido:

⁵⁸⁸ Artículo que antes de la reforma prescribía: “En un plazo no mayor de ciento ochenta (180) días se organizará el Consejo de la Judicatura; sus integrantes se designarán por el procedimiento establecido en la Constitución.”

⁵⁸⁹ Dictamen, p. 42.

⁵⁹⁰ Dictamen, pp. 42-43.

“¿Está usted de acuerdo en sustituir el actual Pleno del Consejo de la Judicatura por un Consejo de la Judicatura de Transición, conformado por tres miembros designados, uno por la Función Ejecutiva, uno por la Función Legislativa y uno por la Función de Transparencia y Control Social, para que en el plazo improrrogable de 18 meses, ejerza las competencias del Consejo de la Judicatura y reestructure la Función Judicial, como lo establece el anexo 4?⁵⁹¹”.

Creemos, sin embargo, que la iniciativa de enmienda promovida por el Ejecutivo y avalada por la Corte Constitucional desmantelaba el diseño ideado en la Constitución ecuatoriana para la integración del Consejo de la Judicatura⁵⁹², en la medida en que, por un lado, el dictamen de la Corte viabilizó que por medio de referéndum se diera paso a la existencia de un Consejo de transición integrado por un representante de las funciones, Ejecutiva, Legislativa y de Transparencia y Control Social, desconociendo así radicalmente la voluntad del constituyente, el cual determinó que en un plazo no mayor de 180 días a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 2008 se debía organizar el primer Consejo de la Judicatura, cuyos integrantes debían ser escogidos por el procedimiento prescrito en la propia Constitución. Y, por otro lado, supuso un fuerte revés a la idea original de que el poder judicial mantuviera la debida independencia en la conformación de sus órganos respecto del resto de poderes⁵⁹³.

⁵⁹¹ El anexo 4 señala: “Se disuelve el actual Pleno del Consejo de la Judicatura. En su reemplazo se crea un Consejo de la Judicatura de Transición, conformado por tres delegados designados y sus respectivos alternos: uno por el Presidente de la República, uno por la Asamblea Nacional y uno por la Función de Transparencia y Control Social; todos los delegados y sus alternos estarán sometidos a juicio político. Este Consejo de la Judicatura transitorio tendrá todas las facultades establecidas en la Constitución, así como las dispuestas en el Código Orgánico de la Función Judicial, y ejercerá sus funciones por un período improrrogable de 18 meses.

El Consejo de la Judicatura definitivo se conformará mediante el procedimiento establecido en el artículo 179 de la Constitución enmendada. El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social asegurará que los miembros del nuevo Consejo de la Judicatura estén designados antes de concluidos los 18 meses de funciones del Consejo de la Judicatura de transición.

Queda sin efecto el concurso de méritos y oposición que lleva a cabo el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social para la designación de los nuevos vocales del Consejo de la Judicatura.

Suprímase la disposición transitoria primera del Código Orgánico de la Función Judicial.”. Dictamen, pp. 43-44.

⁵⁹² Agustín Grijalva, “Nuevo constitucionalismo, democracia e independencia judicial”, en *Cálamo. Revista de Estudios Jurídicos*, no. 3, julio, 2015, p. 34.

⁵⁹³ En este sentido, César Montúfar, en la audiencia pública, señaló que la sustitución de un organismo central para una las funciones del Estado como es el Consejo de la Judicatura, suplantándolo por una Comisión Técnica, suponía una violación de la Constitución. Dictamen, pp. 26-27.

Ciertamente, la estructura fundamental del Estado, como señala la jueza Pacari en su Voto Salvado, no se remite exclusivamente a la eliminación de una determinada institución, en este caso el Consejo de la Judicatura. Así, la esencia de la estructura fundamental del Estado, en opinión de dicha Jueza, tiene que ver con la relación de independencia entre los poderes del Estado conforme quedó determinada por el constituyente, independencia que se concreta en la composición institucional, en la designación de la autoridad y en las competencias que le corresponden⁵⁹⁴.

En definitiva, la iniciativa comentada fue más allá de una simple enmienda, debido a que comprometía la estructura del Estado, al reemplazar al Consejo de la Judicatura, órgano vital para la vida administrativa y disciplinaria de la función judicial en Ecuador, por un Consejo de transición no contemplado por el Texto constitucional. En esa medida, creemos que la iniciativa debía haber sido tramitada por medio de la reforma parcial regulada en el artículo 442 de la Constitución.

La pregunta número 5 se refirió, por un lado, a la reducción del número de miembros que integrarían el Consejo de la Judicatura, los cuales disminuían de nueve a cinco, y, por otro, cambió el origen de su designación. La Corte Constitucional, como en el resto de iniciativas, determinó que, desde un enfoque formal, la pregunta superaba lo dispuesto en el número 1 y el número 2 del artículo 105 de la LOGJCC, es decir, era una pregunta clara y sencilla, que planteaba al electorado un solo tema, y cumplía los objetivos previstos en su motivación. En cuanto al enfoque material, la Corte determinó que ambos cambios podían ser tramitados por enmienda constitucional, en la medida en que no transformaban los elementos constitutivos ni la estructura del Estado, ni restringían los derechos y garantías constitucionales, ni alteraban el procedimiento de reforma constitucional⁵⁹⁵.

Posteriormente, la Corte centró su análisis en la segunda iniciativa, es decir, en el origen de los miembros del Consejo de la Judicatura, así como del

⁵⁹⁴ Voto Salvado, Jueza Nina Pacari, p. 69.

⁵⁹⁵ Dictamen, pp. 44-45.

procedimiento para su designación, la cual suponía que, si bien, por un lado, se mantenía el procedimiento de designación por medio de concurso de méritos y oposición ante el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, a la sazón órgano rector de la Función de Transparencia y Control Social, se le quitaba a dicho Consejo, por otro lado, la facultad de proponer las candidaturas para integrar el Consejo de la Judicatura, en la medida en que dicha potestad pasaba a las funciones Ejecutiva, Legislativa y Judicial, a la Fiscalía General del Estado y a la Defensoría Pública.

Tal iniciativa, a criterio de la Corte, no vulneraría la prohibición constitucional que impide “a quienes tengan intereses en las áreas que vayan a ser reguladas, ser miembros de los organismos que realizan dicho control”⁵⁹⁶. En esa medida, la iniciativa no contravendría el artículo 332 de la Constitución⁵⁹⁷, de ahí que, según la Corte, la enmienda pretendería solo la conformación de un órgano de poder público integrado por delegados del resto de funciones públicas, lo cual sería plenamente admisible en un régimen democrático⁵⁹⁸.

Finalmente, la Corte admitió la constitucionalidad de la pregunta, en la medida en que esta, a su juicio, no vulneraba ni el principio de independencia interna, ni el de independencia externa del Poder Judicial, contemplados en el artículo 168, número 1, de la Constitución. A este respecto, la Corte denominó como garantía interna a la libertad de los jueces para emitir decisiones motivadas de acuerdo con su criterio, sin que por ello fueran sancionados, en tanto que la independencia externa consistiría en la no injerencia de otros poderes del Estado en el gobierno y funcionamiento del Poder Judicial⁵⁹⁹.

En suma, para la Corte la autonomía e independencia del Poder Judicial pasan por el hecho de que sean garantizadas en su “ejercicio”, debido a que la autonomía e independencia de “origen” quedarían patentes mediante la

⁵⁹⁶ Dictamen, p. 45

⁵⁹⁷ El artículo en mención señala: “No podrán ser funcionarios ni funcionarias ni miembros de organismos directivos de entidades que ejerzan la potestad estatal de control y regulación, quienes tengan interés en las áreas que vayan a ser controladas o reguladas o representen a terceros que los tengan”.

⁵⁹⁸ Dictamen, p. 45.

⁵⁹⁹ Dictamen, p. 45.

legitimidad del pronunciamiento popular, si éste respondiese afirmativamente a la iniciativa planteada por el Ejecutivo⁶⁰⁰.

Con estos considerandos, la Corte mantuvo la pregunta en su formulación original por parte del Ejecutivo:

“¿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?⁶⁰¹”

Sin embargo, modificó los anexos de dicha pregunta, por medio de los cuales se daba vía libre para la enmienda del artículo 179 de la Constitución⁶⁰², el cual, conforme a la Corte, habría de ser sustituido por el siguiente texto:

“Art. 179.- El Consejo de la Judicatura se integrará por 5 delegados, y sus respectivos suplentes, quienes serán elegidos mediante ternas enviadas por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, cuyo representante lo presidirá; por el Fiscal General del Estado, por el Defensor Público, por la Función Ejecutiva y por la Asamblea Nacional.

Los delegados mencionados en el inciso anterior serán elegidos por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, a través de un proceso público de escrutinio con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana.

El procedimiento, plazos y demás elementos del proceso serán determinados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

Los miembros del Consejo de la Judicatura, tanto titulares como suplentes, durarán en el ejercicio de sus funciones 6 años.

El Consejo de la Judicatura rendirá su informe anual ante la Asamblea Nacional, que podrá fiscalizar y juzgar a sus miembros.”⁶⁰³

⁶⁰⁰ Dictamen, p. 46.

⁶⁰¹ Dictamen, p. 47.

⁶⁰² El artículo 179 de la Constitución, antes de la reforma, señalaba: “El Consejo de la Judicatura se integrará por nueve vocales con sus respectivos suplentes, que durarán en el ejercicio de sus funciones seis años y no podrán ser reelegidos; para su conformación se propenderá a la paridad entre hombres y mujeres. El Consejo designará, de entre sus integrantes, una presidenta o presidente y una vicepresidenta o vicepresidente, para un período de tres años.”

⁶⁰³ Dictamen, p. 47.

Además, la Corte autorizó la iniciativa del Ejecutivo que modificaba el artículo 181 de la Constitución, por medio de la cual se sustituía el último inciso del citado artículo⁶⁰⁴ por el siguiente texto: “Las decisiones del Consejo de la Judicatura se tomarán por mayoría simple”. En el mismo sentido, la Corte admitió la constitucionalidad de la supresión del último inciso del artículo 180 de la Constitución⁶⁰⁵, que permitía dar coherencia a la iniciativa en su conjunto. Finalmente, como se dijo al inicio del análisis del Dictamen, a la par de los cambios constitucionales analizados, la Corte viabilizó una serie de cambios al Código Orgánico de la Función Judicial por vía de referéndum, los cuales, a decir de Julio César Trujillo, no podían ser tramitados por dicha vía, en la medida en que la Constitución no contempla que un órgano del poder público pueda someter directamente proyectos de ley a referéndum, de forma que el Ejecutivo se habría autoatribuido una facultad que no le viene dada por la Constitución⁶⁰⁶.

Por lo expuesto, la iniciativa de reducir el número de miembros del Consejo Judicatura, por un lado, así como la iniciativa de cambiar el origen de los candidatos a miembros de dicho organismo, permitiendo, así, la intervención de la Función Ejecutiva y de la Función Legislativa, iba en contrasentido de lo deseado por el constituyente originario, esto es, la comprensión del Consejo de la Judicatura como un órgano independiente del resto de poderes, tanto respecto de su origen y designación, como en el ejercicio de sus competencias.

Ciertamente, como señala Agustín Grijalva, la Constitución de 2008 había abrazado un modelo que perseguía la autonomía e independencia del Poder

⁶⁰⁴ Inciso último que antes de la reforma señalaba: “Las decisiones del Consejo de la Judicatura se tomarán con el voto conforme de cinco de sus vocales, salvo las suspensiones y destituciones que requerirán el voto favorable de siete de sus integrantes.”

⁶⁰⁵ El cual prescribía: “La designación de las vocales y los vocales del Consejo de la Judicatura y sus suplentes se realizará por concurso de méritos y oposición con veeduría ciudadana. Se elegirán seis vocales profesionales en Derecho y tres profesionales en las áreas de administración, economía, gestión y otras afines.”

⁶⁰⁶ Intervención de Julio César Trujillo en la audiencia pública, Dictamen, p. 19. La Constitución de 1998 tampoco contemplaba la posibilidad de referéndum para la aprobación o reforma de textos legales. Para un análisis de los instrumentos de democracia directa en la Constitución de 1998, varios de los cuales han sido recogidos y mejorados por la Constitución en vigor, véase, Simón Pachano, “Democracia directa en Ecuador”, en *Temas actuales y tendencias en la ciencia política*, Simón Pachano, comp., FLACSO, Quito, 2008, pp. 150-155.

Judicial, debido a la crónica intervención en su seno tanto por parte del Ejecutivo como del Legislativo⁶⁰⁷. Ahora bien, debemos advertir que la idea de independencia judicial, a decir de Macdonald y Kong, es polisémica, pero, en todo caso, aquella puede ser caracterizada por el principio de que los jueces deberían resolver las causas de las que conocieran sobre la base de lo presentado por las partes en el caso. En tal sentido, los jueces decidirían alejados tanto de los intereses de las partes que no sean pertinentes al caso, como de consideraciones respecto a su propio interés o al del órgano que los hubiera designado⁶⁰⁸. En todo caso, al igual que otros conceptos desarrollados en este trabajo, se trata de un concepto gradual, es decir, existirían poderes judiciales más o menos independientes que otros. Precisamente, el constituyente de Ecuador quiso asegurar dicha independencia, entre otros elementos, asegurando que los poderes Ejecutivo y Legislativo⁶⁰⁹ no participasen en el proceso de designación de los miembros del Consejo de la Judicatura⁶¹⁰.

En definitiva, los cambios propuestos en la regulación constitucional del Consejo de la Judicatura no debían ser tramitados, a nuestro juicio, por medio de enmienda constitucional, sino por medio de reforma parcial, en la medida en que supusieron modificar la composición, así como algunas de las competencias del órgano de gobierno y administración del Poder Judicial.

⁶⁰⁷ Agustín Grijalva, “Nuevo constitucionalismo, democracia e independencia judicial” p. 35. La preocupación por la autonomía de la Justicia fue compartida también por la Constitución de 1998, que contempló por primera vez la existencia de un Consejo de la Judicatura con el fin de otorgarle mayor independencia al Poder Judicial. Al respecto puede verse, Juan Larrea Holguín, *Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Vol. I, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2007, p. 23.

⁶⁰⁸ Roderick Macdonald y Hoi Kong, “Judicial Independence as a Constitutional virtue” en *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, p. 832.

⁶⁰⁹ El Ecuador, según un estudio empírico de Basabe y Llanos, se trataría de una democracia poco institucionalizada, donde la influencia sobre las decisiones del Poder Judicial puede provenir tanto del Presidente de la República, si se trata de un Ejecutivo fuerte, como de la mayoría legislativa, si se trata de Ejecutivo débil. En consecuencia, un Presidente débil no supondría, necesariamente, un mayor grado de autonomía del Poder Judicial. Véase Santiago Basabe y Luis Llanos, “La Corte Suprema del Ecuador en el período democrático (1979-2013): entre la inestabilidad institucional y la influencia partidista”, en *América Latina Hoy* 67, 2014, p. 19. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/308/30832160002.pdf>

⁶¹⁰ Benjamín Cevallos, Presidente del Consejo de la Judicatura de aquel momento, recalcó en la audiencia pública el carácter autónomo e independiente de la Función Judicial, en el sentido de que no puede recibir injerencia de otras funciones del Estado, tomando como base de su argumentación el artículo 168 de la Constitución.

Se debe tener en cuenta que las cinco iniciativas de modificación constitucional analizadas fueron aprobadas por medio de referéndum, el cual se efectuó el 7 de mayo de 2011 y contó con una participación del 77.38% de los inscritos en el registro electoral, lo cual da muestra de la importante movilización popular que se generó en torno a la consulta, si bien se debe decir que en Ecuador el voto es obligatorio. Por otro lado, sobre el total de votos, la tesis a favor del sí, impulsada por el Ejecutivo, alcanzó el 47.12%, frente al 41.08% del no.

Los porcentajes anteriores se refieren a la consulta popular de forma global, esto es, engloban tanto las cinco preguntas del plebiscito (prohibición de matar animales en espectáculos públicos, prohibición de juegos de azar, penalización del enriquecimiento privado injustificado, penalización de la no afiliación a la seguridad social de los trabajadores en régimen de dependencia y creación de una ley de comunicación), como las cinco preguntas del referéndum constitucional⁶¹¹. Respecto a los porcentajes de votos válidos obtenidos por las preguntas del referéndum, debemos señalar que en la número uno y en la número dos, ambas relativas a las reformas de carácter penal, el sí alcanzó el 50.46% y el 48.27%, respectivamente, frente al no, que registró el 38.87% y el 40.84%, respectivamente. En la pregunta número tres, relacionada con las prohibiciones impuestas a las instituciones financieras y a las empresas de comunicación privadas, el obtuvo el 47.19%, frente al 41.89% alcanzado por el no. Finalmente, las preguntas cuatro y cinco, sobre los cambios relativos al Consejo de la Judicatura, el sí consiguió el 46.15% y el 46.67%, respectivamente, frente al no, que llegó al 42.56% y el 41.96%, respectivamente⁶¹².

Aun así, lo cierto es que la enmienda descrita fue aprobada mediante el ejercicio de la iniciativa del Presidente y sometida directamente a un referéndum con evidentes tintes plebiscitarios⁶¹³. Ello resulta incoherente con la

⁶¹¹ Franklin Ramírez, coord., Mathieu Le Quang, Cristina Bastidas, *Nuda Política. Democracia, participación y conflictos. Ecuador 2009-2012*, FES-ILDIS, FLACSO, Quito, 2013, pp. 58-62.

⁶¹² Datos obtenidos del Consejo Nacional Electoral, disponibles en: <http://web.archive.org/web/20150112214317/https://app2.cne.gob.ec/resultados/resultadosn.aspx>

⁶¹³ Las críticas a la participación directa de los ciudadanos suelen señalar que aquellos, por lo general, no están lo suficientemente informados sobre la complejidad de los asuntos que se

regulación constitucional, que exige para este tipo de modificaciones constitucionales, debido a la índole de las materias que resultan afectadas, un procedimiento, el de reforma o el de Asamblea Constituyente, que supone, necesariamente, el debate parlamentario. En nuestra opinión, la llamada al pronunciamiento del pueblo en referéndum no puede sustituir el debate parlamentario, al contrario, lo complementa, ya que, en una democracia primordialmente representativa como la ecuatoriana es en el Parlamento donde se pone en discusión la iniciativa de reforma y se contrastan los distintos puntos de vista políticos sobre aquélla, lo cual, a su vez, deriva en una mejor formación de la opinión pública acerca de la iniciativa. Ahora bien, en el caso de la iniciativa de enmienda examinada, el debate se circunscribió al trámite de audiencia desarrollado ante la Corte Constitucional a través de la intervención de los *amicus curiae*. Un trámite, como es obvio, que tiene menos publicidad que los debates parlamentarios y en el que las intervenciones tienen un tono predominantemente técnico. Por otra parte, el déficit democrático del procedimiento seguido se acentúa si se tiene en cuenta que, finalmente, fue la Corte Constitucional la que estableció el texto de las preguntas, suplantando parcialmente la facultad del Presidente a este respecto.

5. Análisis del Dictamen 001-14DRC-Corte Constitucional.

Seguidamente, estudiaremos el Dictamen 001-14 de la Corte Constitucional, que viabilizó las modificaciones constitucionales de 2015, las cuales, a diferencia de las reformas llevadas a cabo en 2011, que fueron de iniciativa del Ejecutivo y tramitadas por vía de referéndum, se tramitaron de modo exclusivo en sede de la Asamblea Nacional, en la medida en que la iniciativa correspondió a la propia legislatura.

consultan y, en esa medida, la opinión del ciudadano medio aparece manipulada por grupos que cuentan con acceso a medios de comunicación y recursos económicos a través, por ejemplo, de campañas de propaganda. Véase Carlos Santiago Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. Roberto Saba, Gedisa, Barcelona, 1996, pp. 206-207. Sobre la carencia de deliberación pública en los procesos de reforma constitucional en Ecuador, véase, Jorge Benavides Ordóñez, "Reforma constitucional, límites y deliberación democrática en Ecuador", en *Revista General de Derecho Público Comparado*, 17, 2015, pp. 8-15. Disponible en: http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=416311&d=1

5.1 Exposición de los hechos del caso.

La Presidenta de la Asamblea Nacional de Ecuador, Gabriela Rivadeneira, mediante escrito de 26 de junio de 2014, presentó ante la Corte Constitucional la solicitud del proyecto de enmienda a la Constitución formulada por un grupo de asambleístas, con la finalidad de que la Corte se sirva dictaminar el procedimiento correspondiente.

El fundamento de la competencia de la Asamblea Nacional para presentar proyectos de enmienda constitucional, a decir de la Presidenta de la Asamblea, viene dada por el artículo 441, número 2, de la Constitución, el cual determina que la enmienda procede por iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la Asamblea, requisito que, según la Presidenta, es superado con holgura. A continuación, la Presidenta de la Asamblea procede a detallar las trece temáticas de la iniciativa:

1. La primera iniciativa señalaba que el artículo 88 de la Constitución, que regula la acción de protección determinando su carácter directo y eficaz, en la práctica, sin embargo, no está funcionando adecuadamente, en tal sentido la iniciativa propone potencializar aquellas características, evitando, así, su abuso por medio del establecimiento de parámetros en la ley.
2. La segunda iniciativa, por otra parte, pretendía fortalecer el régimen de competencias exclusivas de los distintos niveles de gobierno. Aspectos regulados en el Capítulo IV, Título V, de la Constitución, relativo a la organización territorial del Estado.
3. La tercera iniciativa, entre tanto, perseguía que los jóvenes puedan participar de modo más decisivo en la vida política de la nación, bajando de 35 a 30 años, la edad mínima para postular a la presidencia de la República. Lo cual supone enmendar el artículo 142 de la Constitución.
4. La cuarta iniciativa, por su lado, promovía el garantizar el derecho constitucional a elegir y ser elegido, en esa medida introducía la reelección sin límite para todos los cargos de elección popular, incluido

el Presidente de la República, modificando para ello, los artículos 114 y 144 de la Constitución.

5. La quinta iniciativa, por otro lado, fomentaba la colaboración de las Fuerzas Armadas con la Policía Nacional con la finalidad de mantener la seguridad integral del Estado, debido a que, a criterio de los legisladores, es evidente la amenaza sobre el territorio ecuatoriano del crimen organizado y del narcotráfico.
6. La sexta iniciativa perseguía a que por medio de enmienda se proteja el derecho a las pensiones jubilares de los miembros del Ejército y de la Policía Nacional.
7. La séptima iniciativa, por otra parte, pretendía corregir el error constante en el artículo 372 de la Constitución, en donde se habla de fondos provisionales, cuando, en realidad, son fondos previsionales del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.
8. La octava iniciativa proponía concentrar los esfuerzos de la Contraloría General del Estado en el control de los recursos del Estado por parte de las entidades del sector público, así como de las entidades del sector privado que cuenten con recursos públicos, evitando, así, duplicar esfuerzos con otros organismos que también tienen como atribución verificar el cumplimiento de objetivos y gestión de los entes públicos.
9. La novena iniciativa proponía que la organización administrativa de la Defensoría del Pueblo, órgano de protección de los derechos de los habitantes de Ecuador y de los ecuatorianos que se encuentran fuera del país, vaya acorde con la realidad y demanda ciudadana. En tal sentido, se buscaba modificar los artículos 214 y 215 de la Constitución.
10. La décima iniciativa consideraba preocupante que existiera un tratamiento desigual a los obreros del sector privado con los obreros del sector público, y entre estos últimos y los servidores públicos sujetos a la normativa que los regula. En tal sentido, los proponentes de consideraban necesario que las regulaciones que rigen al sector público se apliquen sin discriminación alguna, lo cual suponía que, los obreros del sector público dejaran de estar normados por el Código del Trabajo.
11. La décimo primera iniciativa, por su lado, promovía la coordinación de esfuerzos entre el Gobierno central y los gobiernos autónomos

descentralizados, con la finalidad de que el Estado central dirija, efectivamente, las políticas de salud y educación, esenciales para la consecución del buen vivir.

12. La décima segunda iniciativa proponía que para fortalecer los derechos a la comunicación e información que contempla la Constitución, en los artículos 16 al 20, sería necesario reconocer que la comunicación que se realiza a través de medios públicos, privados y comunitarios es un servicio público.
13. La décima tercera iniciativa, finalmente, proponía que ante el análisis y socialización que se precisaba para constituir las regiones, el plazo contemplado en la Constitución no garantizaba que factores como el equilibrio interregional, la afinidad histórica y cultural, y el manejo integrado de cuencas sean tomados de modo efectivo, en tal sentido se proponía eliminar la limitación temporal existente⁶¹⁴.

Entre los peticionarios de las reformas constitucionales destacan algunos asambleístas del Movimiento País -al que pertenece el Presidente de la República- como Rosana Alvarado, Virgilio Hernández, Marcela Aguiñaga, quienes conjuntamente con Gabriela Rivadeneira, Presidenta de la Asamblea, intervinieron en la audiencia pública ante la Corte Constitucional, en donde señalaron que el proyecto debía ser tramitado por enmienda, en la medida en que no afectaba a los elementos constitutivos ni a la estructura del Estado, ni restringía derechos constitucionales, ni tampoco modificaba el procedimiento de reforma constitucional. Por el contrario, argüían los peticionarios, que el proyecto de enmienda tenía como finalidad el mejorar la garantía de algunos derechos constitucionales como la igualdad entre los obreros del sector público y los servidores públicos, o la seguridad ciudadana, al permitir la colaboración de las Fuerzas Armadas con la Policía en el control del orden interno, y en derechos de participación al reducir la edad para poder participar por la presidencia de la República. En el ámbito decisonal la iniciativa suponía el profundizar la libertad democrática de los mandantes, al poder elegir a quienes

⁶¹⁴ Dictamen, pp. 2-4.

ellos consideren, permitiendo así, las reelecciones sin límite de las autoridades electas por voto popular⁶¹⁵.

Respecto a la intervención de terceros interesados y *amicus curiae* en la audiencia pública efectuada en la Corte Constitucional, se debe señalar que, adicionalmente, comparecen al proceso por medio de escrito algunos asambleístas de oposición, así como dirigentes sociales, sindicales y gremiales, y el Contralor General del Estado⁶¹⁶. En cuanto a los *amicus curiae*, se destaca, también, la intervención de dirigentes sindicales y sociales, dirigentes empresariales, dirigentes políticos, asambleístas de oposición, funcionarios públicos y profesores universitarios⁶¹⁷. Quienes, en su gran mayoría, se mostraron críticos con la iniciativa de enmienda de los asambleístas por considerar que aquella restringía derechos y modificaba la estructura del Estado, en esa medida, más adelante, cuando analicemos algunas de las reformas más controversiales, acudiremos a algunos de los

⁶¹⁵ Dictamen, pp. 7-10.

⁶¹⁶ En los primeros se cuenta a los asambleístas de oposición Miguel Moreta y Wilson Chicaiza del Movimiento CREO, en los dirigentes sociales se cuenta a Grace Almeida del movimiento ciudadano País Libre, y a Mario Rodríguez de la organización social OPTA, en cuanto a los dirigentes sindicales destacan José Pallo, José Chusín, Juan Armas y Edwin Bedoya, representantes del Comité de Empresa de los Trabajadores de EMASEO, EPMMOP, CUT y Federación Democrática de Trabajadores de Pichincha, respectivamente; respecto a los dirigentes gremiales destaca Marcelo Larrea, en su calidad de presidente de Federación Nacional de Periodistas de Ecuador. Todos quienes comparten una posición crítica hacia la iniciativa de enmienda por violentar derechos, y por no se sometida a consulta popular. Finalmente, Carlos Pólit, en su calidad de Contralor General del Estado, señala que los cambios a la Contraloría modifican sustancialmente las competencias de esta institución en materia de control de los recursos públicos, en tal sentido, deberían ser procesadas por reforma parcial. Véase, Dictamen, pp. 5-6.

⁶¹⁷ En los dirigentes sindicales y sociales destaca Joaquín Viteri, en representación de las Confederaciones de Trabajadores, CEOLS, CEDOCUT, CTE, UGTE, Federación de Trabajadores de Consejos Provinciales de Ecuador, Coordinadora de Sindicatos de Trabajadores del Sector Público, ECUARUNARI y el Frente Popular, Fernando Ibarra Serrano, en calidad de presidente del Parlamento Laboral Ecuatoriano y de la Central Ecuatoriana de Organizaciones Clasistas, y Virgilio Suárez, en calidad de secretario general del Sindicato Nacional de Trabajadores del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. En los dirigentes empresariales destaca Roberto Aspiazu del Comité Empresarial Ecuatoriano, en cuanto a los dirigentes políticos intervinieron Luis Villacís del Movimiento Popular Democrático, Guillermo Lasso del Movimiento CREO, César Montúfar del Movimiento Concertación y Fabián Solano del Partido Socialista Frente Amplio. Los asambleístas de oposición que participaron en la audiencia pública fueron Mae Montaña y Patricio Donoso del Movimiento CREO. En el grupo de funcionarios públicos se destaca la participación de David Rosero y Andrea Rivera, en calidad de consejeros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, de Marcela Costales, en calidad de viceprefecta del Gobierno Provincial de Pichincha, de Sergio Chacón, en calidad de vicepresidente del CONGOPE y en representación de Gustavo Baroja, prefecto provincial de Pichincha y, finalmente, de Alexis Mera, en calidad de secretario general jurídico de la Presidencia de la República y como delegado del Presidente de la República. Desde la Universidad participó Ramiro Ávila, por sus propios derechos y a nombre de Alberto Acosta.

planteamientos críticos presentados en la audiencia pública con el fin de fundamentar nuestra opinión.

En definitiva, la iniciativa implicó la modificación de dieciséis artículos, así como la inclusión de una disposición transitoria única y la modificación de la disposición transitoria primera, número nueve de la Constitución. Los artículos constitucionales modificados, con excepción del artículo 88 que regula la acción de protección⁶¹⁸, fueron:

- a) El artículo 104, relativo a la iniciativa de consulta popular sobre cualquier asunto, ya sea por parte de los gobiernos autónomos descentralizados, o de la ciudadanía. Así, la reforma que eliminó la facultad ciudadana de convocar a consulta popular sobre cualquier asunto supuso un retroceso en materia de derechos de participación.
- b) Los artículos 114 y 144, relativos a la eliminación de la prohibición de la reelección para el mismo cargo por más de una ocasión de las autoridades electas por sufragio, sea esta consecutiva o no, supuso respecto del cargo de Presidente de la República, una violación del principio de alternancia en el ejercicio de la primera magistratura del Estado.
- c) El artículo 142 que señalaba 35 años como la edad mínima para correr por la presidencia de la República, al haber sido reformado en el sentido de disminuir la edad a 30, supuso un avance en materia de derechos desde el punto de la participación política de los jóvenes y, en consecuencia, si procedía por la vía de enmienda.
- d) El artículo 158, inciso segundo, que regulaba la misión de las Fuerzas Armadas respecto de la defensa de la soberanía y la integridad territorial, al ser reformado en el sentido de que aquellas colaborasen con la policía en tareas de control interno, supone al menos un comentario, sobre todo por el hecho de que la participación de las Fuerzas Armadas en conjunto con la policía en labores de seguridad

⁶¹⁸ La iniciativa para reformar la acción de protección, resultó ser la única reforma que no prosperó, en la medida en que la Corte señaló que dicha modificación, al ser regresiva, debía ser tramitada por Asamblea Constituyente. Véase, Dictamen, p. 45.

ciudadana interna, se da sólo en casos de haberse decretado un estado de excepción. Por ello, algunos sostenían que dicho cambio podía comprometer los derechos y garantías ciudadanas, en la medida en que la formación, como la misión institucional son distintas entre militares y policías. De ahí consideraban que el cambio debía ser tramitado por vía de Asamblea Constituyente⁶¹⁹.

- e) Los artículos 211 y 212, respecto de las competencias de la Contraloría General del Estado, al haber sido reformados en el sentido de haberse suprimido algunas de sus competencias, tales como la facultad de verificar el cumplimiento de los objetivos de las instituciones públicas, supuso un cambio que debió ser tramitado por vía de reforma parcial⁶²⁰.
- f) El artículo 214, que regula la estructura desconcentrada de la Defensoría del Pueblo con delegados en cada provincia y en el exterior, a pesar de ser propuesto por los asambleístas y autorizado por la Corte para tramitarse por la vía de enmienda, finalmente, el artículo no fue reformado por la Asamblea.
- g) Para los artículos 229 y 326, correspondientes al mandato constitucional de la sujeción de los obreros del sector público al Código del Trabajo, la reforma supuso una restricción de derechos constitucionales de dichos obreros, en la medida en que el cambio del Código del Trabajo a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, implicaba perder derechos colectivos, como la contratación colectiva, o el derecho de asociarse, ambos reconocidos tanto por la normativa constitucional como por la normativa internacional. De ahí que la iniciativa comentada podía ser tramitada, de modo exclusivo, por vía de Asamblea Constituyente⁶²¹.
- h) Los artículos 261 y 264, respecto de las competencias del Estado central y de los gobiernos municipales, al haber sido reformados en el sentido de devolver al gobierno central las competencias en materia de construcción y mantenimiento de la infraestructura educativa, de salud y recreativa previamente asumidas por los municipios, suponía un

⁶¹⁹ Por ejemplo, esa fue la posición asumida por Ramiro Ávila en la audiencia pública. Véase, Dictamen, p. 19.

⁶²⁰ Criterio compartido por Carlos Pólit, Contralor General del Estado. Véase, Dictamen, p. 6.

⁶²¹ Posición defendida por las asociaciones de trabajadores, así, por ejemplo, véase, Dictamen, pp. 6-7; 11-12; 16-17.

retroceso en materia de descentralización, que afectó el modelo de gobierno descentralizado contemplado en el artículo uno de la Constitución. De ahí que la iniciativa no podía ser tramitada por la vía de enmienda.

- i) El artículo 370, relativo al régimen especial de seguridad social de la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas, al haber sido reformado en un sentido que garantiza el goce de sus pensiones jubilares, suponía un avance en derechos y, en consecuencia, se podía tramitar por vía de enmienda.
- j) El artículo 372, respecto de los fondos provisionales del seguro universal obligatorio fue un ejemplo claro de enmienda, debido a que la modificación se dirigió a cambiar la palabra provisionales por previsionales, palabra correcta para hablar de los fondos de la seguridad social; es decir, la enmienda permitió corregir un error gramatical del constituyente.
- k) El artículo 384 relativo al derecho a la comunicación, al haber sido reformado en un sentido que lo entiende como un servicio público iría en contrasentido de la voluntad del constituyente, en esa medida la iniciativa debía ser tramitada por la vía de Asamblea Constituyente⁶²².
- l) La disposición transitoria primera, número 9, señalaba que por medio de una ley que regularía la descentralización territorial de los distintos niveles de gobierno, la cual tenía como plazo límite ocho años desde la entrada en vigor de la Constitución para la conformación de las regiones autónomas, al haber sido reformada en el sentido de eliminar dicho plazo, compromete la forma de organización territorial del Estado, en consecuencia, la vía idónea para tramitarla hubiera sido la reforma parcial.

⁶²² Véase, Ramiro Ávila, Dictamen, p. 19.

5.2 Análisis jurídico constitucional del Dictamen de la Corte Constitucional de Ecuador sobre la reforma constitucional de 2015.

En el presente apartado comentaremos cuatro de las modificaciones constitucionales que trajo consigo la iniciativa analizada, es decir, las que a nuestro criterio fueron en mayor medida cuestionadas, ya sea por el hecho de que supusieron retrocesos en materia de derechos constitucionales, tales como la relativa a la acción de protección, o la eliminación de la facultad para que el pueblo pueda convocar a consulta popular sobre cualquier asunto, o por suponer la pérdida de los derechos adquiridos por parte de los obreros del sector público. O por el hecho de suponer una importante reforma a la Función Ejecutiva y al sistema democrático, iniciativa que por la trascendencia política que implicó acaparó la máxima atención de la opinión pública⁶²³, nos referimos a la reelección sin limitaciones del Presidente de la República.

A partir del artículo 443 de la Constitución, del artículo 99, número 1, y del artículo 100 de la LOGJCC, la Corte declara su competencia para ejercer control de la iniciativa de reforma a la Constitución ejercida por la Asamblea Nacional, control que, de conformidad a las normativa señalada, se realiza antes de que la Asamblea de inicio al proceso de aprobación legislativa. Posteriormente, la Corte señala que la Constitución ecuatoriana tiene un sistema de rigidez gradual, que va desde el menos rígido, la enmienda, pasando por la reforma parcial, hasta llegar al más rígido, la Asamblea Constituyente. Por consiguiente, la Corte señala que le corresponderá determinar cuál de los tres mecanismos se encasilla en cada una de las propuestas presentadas, de conformidad a la obligación prescrita en el artículo 443 de la Constitución⁶²⁴.

En este sentido, seguiremos con el análisis que hace la Corte de la iniciativa presentada por la Asamblea Nacional, respecto del artículo 88 de la

⁶²³ Por ejemplo, en los *amicus curiae* presentados en la audiencia pública ante la Corte, el tema sobre el que en mayor medida se hicieron referencias fue el de la eliminación de la prohibición de la reelección sin límites para el Presidente del República. Véase, Dictamen, pp. 10-24.

⁶²⁴ Dictamen, p. 26.

Constitución que regula la acción de protección. Debemos señalar que para el análisis de las modificaciones de los artículos, acogemos el cuadro elaborado por la Corte, en donde se coloca en la columna izquierda el texto original, en tanto que en la columna derecha, se incluye la iniciativa de cambio:

Artículo 88	Artículo 88
<p>La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad publica no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.</p>	<p>En el artículo 88 agréguese al final in inciso con el siguiente texto:</p> <p>“La ley regulará los casos en los cuales se abuse de esta acción y por lo tanto pueda ser inadmitida”</p>

Fuente: Corte Constitucional, Dictamen, p. 31.

La Corte empieza por señalar el procedimiento sugerido por parte de los asambleístas, respecto a la reforma del artículo 88 de la Constitución. Así, la Corte manifiesta que los asambleístas señalaban que la acción de protección no ha asegurado por si misma la realización de su fin, esto es, el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales. En tal sentido, los asambleístas, según la Corte, alegaban la pertinencia de desarrollar condiciones para el pleno ejercicio de la acción de protección, determinando las situaciones en que pueda existir un uso abusivo de la garantía, evitando así su desnaturalización⁶²⁵.

Uno de los fundamentos jurídicos al que acuden los asambleístas para fundamentar su iniciativa es el artículo 42 de la LOGJCC, el cual establece los

⁶²⁵ Dictamen, pp. 31-32.

presupuestos en los que no procede la acción de protección⁶²⁶. En este sentido, según los asambleístas la iniciativa debería ser tramitada por enmienda, en la medida en que, solamente, busca elevar a rango constitucional aquellos presupuestos contemplados en la LOGJCC, que han sido aplicados desde que entraron en vigor en el año 2009⁶²⁷.

Para proceder a calificar el procedimiento correspondiente, la Corte formula dos problemas jurídicos. El primero de los cuales busca explicar el rol que desempeña la Constitución en el sistema de fuentes del Derecho ecuatoriano, en tanto que el segundo, persigue determinar el procedimiento de reforma constitucional por medio del cual se podría constitucionalizar el artículo 42 de la LOGJCC⁶²⁸.

Así, la Corte para explicar el rol que desempeña la Constitución en el sistema de fuentes del Derecho de Ecuador, aclara que: “uno de los efectos esenciales que genera el reconocimiento de un Estado como constitucional es asumir el carácter normativo de la Constitución y su aplicación directa e inmediata⁶²⁹”. No obstante, como aclara la Corte, dicha calidad tampoco supone el abandonar el resto de fuentes de derecho objetivo, en la medida en que la Constitución determina los parámetros básicos, pero, precisa del resto de fuentes jurídicas para su adecuada interpretación y aplicación. Ciertamente, como dice la Corte, cuando la iniciativa legislativa asume que la eficacia de la acción de protección regulada en el artículo 88 de la Constitución, dependería de una mayor

⁶²⁶ El artículo en cuestión señala: “La acción de protección de derechos no procede:

- 1- Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales.
- 2- Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación.
- 3- Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos.
- 4- Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.
- 5- Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho.
- 6- Cuando se trate de providencias judiciales.
- 7- Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral.

En estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisibile la acción y especificará la causa por la que no procede la misma”.

⁶²⁷ Dictamen, p. 33.

⁶²⁸ Dictamen, pp. 33-35.

⁶²⁹ Dictamen, p. 33.

reglamentación constitucional de aquellas situaciones que podrían suponer un abuso de la garantía, se estaría desconociendo el papel que cumple el resto de la normativa en la regulación de la acción de protección⁶³⁰.

En este orden de consideraciones, para la Corte sus sentencias en cuanto derecho objetivo, se han constituido en una fuente importante del desarrollo y regulación de los presupuestos de admisibilidad y procedencia de la acción de protección. En esa medida, al contrario de lo defendido por los assembleístas, para la Corte no se precisa de una Constitución de corte reglamentario para garantizar la efectividad de las garantías constitucionales⁶³¹. De ahí que, según la Corte, la garantía de la eficacia de la acción de protección, que evite su mal uso no pasaría por la calificación que *a priori* evite su abuso, o por el establecimiento de normas reglamentarias en la Constitución, sino que, para el correcto funcionamiento de la acción, se requeriría el acudir al resto de fuentes del Derecho⁶³².

En cuanto al segundo problema, esto es, cuál es el procedimiento de reforma constitucional al que se debería acudir para constitucionalizar el artículo 42 de la LOGJCC, la Corte señala algunos criterios por los cuales la iniciativa legislativa no es conforme al Texto constitucional, entre los cuales destaca la naturaleza de las garantías jurisdiccionales. En este sentido, la Corte subraya el cambio que sufren las garantías y sobre todo la acción de protección en el actual modelo constitucional ecuatoriano, en la medida en que se convierte en un proceso de conocimiento constitucional, desvirtuando así, la naturaleza cautelar de la acción de amparo, acción antecesora de la acción de protección, que fue contemplada por la Constitución de 1998. De ahí que, como señala la Corte, la acción de protección al tratarse de un proceso de conocimiento constitucional, el juez debe conocer, decidir y ejecutar el fondo del asunto, y en caso de advertir la violación de derechos, tiene que declararla y reparar

⁶³⁰ Dictamen, p. 34.

⁶³¹ Dictamen, pp. 34-35.

⁶³² Dictamen, p. 35.

integralmente a la persona afectada, lo que da cuenta la naturaleza garantista de la acción⁶³³.

Por otro lado, la Corte destaca que la acción de protección se trata de un mecanismo de exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución, así como en los instrumentos internacionales de derechos humanos, ello supone, entre otras cosas, que el Estado por medio de los diversos órganos jurisdiccionales asume la tarea de defender los derechos, con este fin establece filtros regulativos para cada garantía jurisdiccional que su ordenamiento constitucional contemple, aquellos, en todo caso, deben permitir el adecuado acceso y tramitación de la acción correspondiente, cuestión que normalmente se desarrolla por normativa infraconstitucional. En consecuencia, ninguna norma jurídica debería contener filtros regulativos restrictivos, y, menos aun, una norma constitucional, en la medida en aquello iría en contra de la esencia del modelo constitucional ecuatoriano⁶³⁴.

La Corte, siguiendo con su hilación discursiva, destaca el carácter antiformalista de la justicia constitucional ecuatoriana, señalando que el artículo 86, número 2, de la Constitución determina que el procedimiento será, sencillo, rápido y eficaz, lo cual a criterio de la Corte supone que el acceso a la justicia constitucional debe darse sin que medien filtros rígidos. Sólo así, pondera la Corte, se cumplirá con el mandato de simplicidad e informalidad en la administración de justicia constitucional⁶³⁵. En definitiva, el carácter informal es de tal importancia para el sistema de justicia constitucional en Ecuador, que la Corte en la sentencia 102-13-SEP-CC señaló que "...la tutela de los derechos constitucionales exige que el modelo procedimental de la acción de protección –y de las garantías jurisdiccionales en general- se encuentre desprovisto de requisitos formales y ofrezca, de manera ágil y dinámica, una protección efectiva y oportuna al titular del derecho posiblemente afectado⁶³⁶.

⁶³³ Dictamen, p. 38.

⁶³⁴ Dictamen, p. 38.

⁶³⁵ Dictamen, p. 39.

⁶³⁶ Dictamen, p. 40.

La Corte, por otra parte, destaca las obligaciones internacionales del Estado ecuatoriano en materia de garantías, las cuales se traducen, por ejemplo, en el derecho que tiene toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales, contemplado en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶³⁷. En dicha línea, denota la Corte, que no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben ser efectivos, es decir, no es suficiente que exista la acción de protección, sino que dentro de la obligación estatal aparece la exigencia de que aquella no sufra menoscabo ni restricciones⁶³⁸.

En definitiva, como advierte la Corte, el hecho de que la acción de protección regulada en el artículo 88 de la Constitución, determine que su objeto es el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales, deja sin piso la interpretación realizada del artículo 42 de la LOGJCC, por parte de la iniciativa legislativa, que tenía como finalidad el que el artículo legal sea incorporado a la Constitución, toda vez que, como recuerda la Corte, en la sentencia 102-13-SEP-CC, se interpretó el alcance de la garantías jurisdiccionales⁶³⁹. Por ello, la Corte señala que la iniciativa comentada al restringir el alcance de un derecho constitucional, podría ser llevada a cabo sólo por la vía de Asamblea Constituyente⁶⁴⁰. Posición jurídica con la que estamos de acuerdo.

A continuación analizamos la iniciativa que perseguía modificar el artículo 104 de la Constitución, en el sentido de eliminar, por un lado, la posibilidad de que los gobiernos autónomos descentralizados pudiesen llamar a consulta popular sobre temas de interés para su jurisdicción y, por otro, eliminar la facultad ciudadana de convocar a consulta popular sobre cualquier asunto. Para el entendimiento de la reforma propuesta, en la parte izquierda del cuadro se recoge el texto original, en tanto que en la parte derecha se da cuenta de la iniciativa.

⁶³⁷ Dictamen, p. 41.

⁶³⁸ Dictamen, p. 43.

⁶³⁹ Dictamen, p. 44.

⁶⁴⁰ Dictamen, p. 45.

Artículo 104	Artículo 104
Inciso tercero. Los gobiernos autónomos descentralizados, con la decisión de las tres cuartas partes de sus integrantes, podrán solicitar la convocatoria a consulta popular sobre temas de interés para su jurisdicción.	Inciso tercero. Los gobiernos autónomos descentralizados, con la decisión de las tres cuartas de sus integrantes, podrán solicitar la convocatoria a consulta popular sobre temas de interés para su jurisdicción <i>que sean de competencia del correspondiente nivel de gobierno</i>
Inciso cuarto. La ciudadanía podrá solicitar la convocatoria a consulta popular sobre cualquier asunto. Cuando la consulta sea de carácter nacional, el petitorio contará con el respaldo de un número no inferior al cinco por ciento de personas inscritas en el registro electoral; cuando sea de carácter local el respaldo será de un número no inferior al diez por ciento del correspondiente registro electoral	Inciso cuarto. La ciudadanía podrá solicitar la convocatoria a consulta popular. Cuando la consulta sea de carácter nacional, el petitorio contará con el respaldo de un número no inferior al cinco por ciento de personas inscritas en el registro electoral; cuando sea de carácter local, el respaldo será de un número no inferior al diez por ciento del correspondiente registro electoral.

Fuente: Corte Constitucional, Dictamen, pp. 45-46.

A partir del procedimiento sugerido por los asambleístas, la Corte comienza su análisis de la iniciativa de reforma de los incisos tercero y cuarto del artículo 104 de la Constitución. Así, el procedimiento sugerido por aquellos para el inciso tercero fue la enmienda, en la medida en que sostenían que el tema de la iniciativa se relacionaba con el régimen de competencias para los diferentes niveles de gobiernos autónomos descentralizados, de ahí que a decir de los proponentes:

“...es lógico suponer que cuando el artículo 104 inciso tercero se refiere a “temas de interés de su jurisdicción”, tiene relación con las competencias establecidas por la Constitución, de modo que a su juicio, la modificación del texto constitucional lo único que hace es precisar el sentido de dicha disposición normativa”⁶⁴¹.

En tanto que respecto del inciso cuarto del artículo 104 de la Constitución, la Corte advierte que los proponentes no han formulado por escrito ninguna sugerencia del procedimiento, señalando que fue en la audiencia pública, en donde aquellos expresaron que los incisos sexto y séptimo del mismo artículo

⁶⁴¹ Dictamen, p. 46.

establecían límites para la convocatoria a consultas populares, tanto de los ciudadanos, como de los gobiernos autónomos descentralizados⁶⁴².

Para proceder a calificar el procedimiento correspondiente, la Corte formula dos problemas jurídicos. El primero respecto a que, conforme a la iniciativa de la Asamblea Nacional, cuál es el procedimiento por el que se podría modificar el tercer inciso del artículo 104 de la Constitución. En tal sentido la Corte sostiene que modificar la regla constitucional, añadiendo que los temas de interés de la jurisdicción deben ser aquellos relacionados a su competencia de gobierno, viene a complementar los principios constitucionales sobre descentralización y fortalecimiento de los gobiernos autónomos, contemplados en la Constitución. En esa medida, la Corte sostiene que la precisión de que los gobiernos autónomos descentralizados podrán convocar a consulta en aspectos propios a su ámbito de competencia, no vendría afectar ni la estructura ni el carácter y elementos constitutivos del Estado, tampoco supondría restringir derecho constitucional alguno. En tal sentido, la Corte remarca que la iniciativa se sustentaría en el principio de legalidad, en cuanto a que las actuaciones del poder público deben estar enmarcadas dentro de un marco de potestades estatales previamente atribuidas por la Constitución⁶⁴³.

Por lo expuesto, la Corte, en definitiva, considera viable que la iniciativa de que los gobiernos autónomos descentralizados convoquen a consulta sobre temas de interés para su jurisdicción, sea tramitada por la vía de enmienda constitucional, criterio con el que estamos de acuerdo, ya que la modificación no alteraría la estructura, carácter y elementos constitutivos del Estado, ni restringiría los derechos y garantías constitucionales.

Ahora bien, respecto del segundo problema formulado por la Corte, esto es, conforme a la iniciativa de la Asamblea Nacional, cuál es el procedimiento por el que se podría modificar el inciso cuarto del artículo 104 de la Constitución. La cuestión no es tan sencilla como considera la Corte, en el sentido de que el inciso sexto del artículo 104, determina que la ciudadanía no tiene facultad

⁶⁴² Dictamen, p. 47.

⁶⁴³ Dictamen, p. 48.

para convocar a consulta popular sobre asuntos tributarios ni a la organización política administrativa y, por consiguiente, los ciudadanos ya no podrían consultar sobre cualquier asunto⁶⁴⁴. A decir de la Corte, la eliminación de la frase “sobre cualquier asunto” lo único que hace es remarcar los límites contenidos por la propia Constitución, los cuales delimitan legítimamente el ejercicio del derecho de convocar a consulta por parte de los ciudadanos. Y, en esa medida la iniciativa no supone una restricción de derechos, por tanto, podría ser tramitada por la vía de enmienda⁶⁴⁵.

A nuestro criterio, la complejidad de la iniciativa viene dada por el hecho de que la eliminación de la frase “sobre cualquier asunto” respecto de la facultad ciudadana de convocar a consulta popular, estaría restringiendo un derecho constitucional de participación, clave, como lo expresamos en el capítulo dos, para la comprensión del modelo constitucional ecuatoriano, caracterizado por su impronta garantista y participativa. De ahí que, si bien el inciso sexto del artículo 104, determina unos límites a la iniciativa ciudadana de convocar a consulta sobre temas tributarios y división política administrativa, ambos fueron concebidos como temas excepcionales y, por ello mismo, no restringían la amplia facultad de los ciudadanos para convocar a consulta popular sobre cualquier asunto. En consecuencia, la iniciativa al restringir el amplio alcance un derecho de participación democrática directa, a nuestro criterio podía ser tramitada solo por la vía de Asamblea Constituyente.

En suma, creemos que, si, por un lado, la iniciativa al limitar que los gobiernos autónomos descentralizados puedan convocar a consulta popular solamente en temas relativos a su ámbito de jurisdicción, no transgredía los límites impuestos a la enmienda constitucional, por otro, el eliminar la facultad por la que los ciudadanos pueden convocar a consulta sobre cualquier asunto, supone una clara restricción de derechos que transgrede los límites impuestos a la enmienda constitucional.

⁶⁴⁴ Dictamen, p. 51.

⁶⁴⁵ Dictamen, p. 51.

A continuación vamos a analizar la iniciativa que pretendía, por un lado, reformar los artículos 229 y 326 de la Constitución, y, por otro, introducir una disposición transitorio única. Modificaciones que tenían como fin el que los obreros del sector público dejaran de estar sujetos al Código del Trabajo para pasar a estar sujetos a la Ley Orgánica de Servicio Público. Para el entendimiento de la reforma propuesta, en la parte izquierda del cuadro se recoge el texto original, en tanto que en la parte derecha se da cuenta de la iniciativa.

Artículo 229	Artículo 229
<p>Serán servidoras y servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.</p> <p>Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad de funciones de sus servidores.</p> <p>Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo.</p> <p>La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia.</p>	<p>Serán servidoras y servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.</p> <p>Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad de funciones de sus servidores.</p> <p>La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia.</p>
Artículo 326	Artículo 326
<p>El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:</p> <p>16. En las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos, quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales, se sujetarán a las leyes que</p>	<p>El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:</p> <p>16. En las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos, quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales y demás servidores públicos,</p>

regulan la administración pública. Aquellos que no se incluyen en esta categorización estarán amparados por el Código del Trabajo.	se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública.
DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA	
<p>ÚNICA: Las y los obreros del sector público que antes de la entrada en vigencia de la presente Enmienda Constitucional se encuentren sujetos al Código de Trabajo, mantendrán los derechos garantizados por este cuerpo legal.</p> <p>Una vez en vigencia la presente Enmienda Constitucional, las y los obreros que ingresen al sector público se sujetarán a las disposiciones que regulan al mismo.</p>	

Fuente: Corte Constitucional, Dictamen, pp. 99-101.

El procedimiento sugerido por los asambleístas, tanto para el artículo 229, como para el artículo 326 de la Constitución y para la introducción de la disposición transitoria única fue la vía de la enmienda, en la medida en que los legisladores sostenían que la iniciativa tenía como objetivo el:

“ ... evitar desigualdades en el sistema laboral, entre los obreros del sector privado y los obreros del sector público, y entre estos últimos y los servidores públicos sujetos a la normativa que los regula; razón por la cual, es necesario que las disposiciones que rigen al sector público se apliquen sin discriminación alguna, a partir de su aprobación en adelante⁶⁴⁶”.

En cuanto a la calificación del procedimiento, la Corte plantea la resolución de un solo problema jurídico que abarque tanto la iniciativa de reforma de los artículos 229 y 326 de la Constitución, como de la introducción de la disposición transitoria única, debido a la existencia de unidad temática. Así, la Corte persigue determinar cuál sería la vía a seguir para reformar el régimen laboral de los obreros del sector público. En efecto, conforme a la iniciativa presentada por los asambleístas, la Corte da cuenta de los cambios que aquella implica, así señalaba que la propuesta perseguía, por un lado, la supresión del tercer inciso dentro del artículo 229 de la Constitución, lo cual supondría la eliminación de la frase “Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código del Trabajo, mientras que, por otro, el número 16, del artículo 326 de la Constitución, agregaría luego de las palabras “o profesionales” las palabras “y demás servidores públicos” y la supresión de la frase, “Aquellos que no se incluyen en esta categorización estarán amparados

⁶⁴⁶ Dictamen, p. 101.

por el Código de Trabajo”. Finalmente, la disposición transitoria única, por su parte, determinaría los efectos posteriores que se generarían en caso de ser aprobada por el pueblo la modificación constitucional respecto del régimen laboral de los obreros del sector público⁶⁴⁷.

A partir de lo dicho, la Corte sostiene que la iniciativa guarda relación con el respeto del principio de igualdad ante la ley contemplado en la Constitución⁶⁴⁸; en consecuencia, desarrolla su análisis a partir de aquél principio, así como del principio pro operario. Respecto al principio de igualdad la Corte señala que le corresponde determinar si la diferenciación constitucional en cuanto a la aplicación de un régimen normativo distinto a los obreros del sector público respecto de los funcionarios públicos comporta una justificación razonable, o si aquella distinción carece de justificación⁶⁴⁹. Así, la Corte advierte que la iniciativa da cuenta de la existencia de normas constitucionales que colocan en una situación distinta a personas que prestan su aporte laboral en el sector público, por ejemplo, los obreros a partir de lo señalado en el tercer inciso del artículo 229, se encuentran sujetos al Código del Trabajo, cuya labor se centra en actividades físicas a diferencia del resto de servidores públicos que se encuentran sometidos por las normas que rigen la administración pública, cuya tarea gira alrededor de actividades intelectuales.

En definitiva, según la Corte, la regulación señalada trae consigo una distinción de regímenes laborales a los que se ven sometidos las personas que prestan su contingente en tareas físicas dentro del sector público⁶⁵⁰. Lo cual genera el efecto discriminatorio de que los obreros del sector público no gocen de los mismos derechos que si poseen el resto de servidores públicos, toda vez que tanto para los obreros, como para los servidores el empleador es el Estado⁶⁵¹.

De ahí que, como señala la Corte, la iniciativa al promover la eliminación de la regla “las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código del

⁶⁴⁷ Dictamen, p. 102.

⁶⁴⁸ Dictamen, p. 102.

⁶⁴⁹ Dictamen, p. 104.

⁶⁵⁰ Dictamen, pp. 104-105.

⁶⁵¹ Dictamen, p. 105.

Trabajo”, permitiría generar un trato igualitario en cuanto a la aplicación de las normas infraconstitucionales, en la medida en que tanto los obreros como los servidores forman parte de la administración pública⁶⁵². Por lo dicho, la Corte, sostiene que la iniciativa legislativa no supone *a priori* una restricción de derechos y garantías constitucionales, por el contrario señala que lo se pretende es la eliminación de la categorización de un grupo que está regido por una normativa diferente, a pesar de compartir una actividad común en el servicio público⁶⁵³.

En cuanto al principio pro operario, la Corte sostiene que el artículo 326, número 3 de la Constitución, contempla entre los principios que rigen el derecho del trabajo el que prescribe que: “En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras”. En este sentido, afirma la Corte que mediante la distinción no justificada en cuanto a la aplicación de normas diferentes a los obreros del sector público, se produciría un atentado al principio de favorabilidad de los trabajadores, al no permitírsele el acceso a derechos que les asisten a los demás servidores públicos desarrollados en la normativa infraconstitucional⁶⁵⁴. Cuestión que para la Corte se constata en el derecho al ingreso, según lo determina el artículo 228 de la Constitución, a la carrera administrativa que poseen los funcionarios públicos, al cual se ven impedidos los obreros sujetos al Código del Trabajo⁶⁵⁵.

Con estos antecedentes la Corte señala que la iniciativa promovida por la mayoría parlamentaria no restringe derechos, ni modifica los elementos constitutivos y el carácter del Estado, ni cambia el procedimiento de reforma constitucional. Respecto de la disposición transitoria única, la Corte considera de igual manera que, aquella tiene como fin preservar la seguridad jurídica, en la medida en que busca garantizar el principio de irretroactividad de la ley, debido a que los efectos, en caso de aprobarse la iniciativa, dispondrán para el futuro y serán aplicables solo a quienes ingresen al sector público con

⁶⁵² Dictamen, p. 106.

⁶⁵³ Dictamen, p. 107.

⁶⁵⁴ Dictamen, p. 108.

⁶⁵⁵ Dictamen, p. 108.

posterioridad a la entrada en vigor de la iniciativa⁶⁵⁶. En definitiva, para la Corte la iniciativa de reforma de los dos artículos como la incorporación de la disposición transitoria única, no afectaría a ninguno de los límites establecidos a la enmienda constitucional⁶⁵⁷.

Al respecto debemos señalar que discrepamos de la argumentación de la Corte, en el sentido de que según su criterio la iniciativa de reformar los artículos 229 y 326 de la Constitución, suponen cambios menores y en esa medida podían ser tramitados por la vía de enmienda. Así, el principio de igualdad señalado por la Corte respecto de que los obreros del sector público gocen del mismo derecho al ingreso a la carrera administrativa como el resto de funcionarios públicos, debido a que en ambos casos desempeñan funciones para el Estado, es imprecisa, debido a que la distinción entre tareas físicas, propias de los obreros del sector público, respecto a las tareas intelectuales de los funcionarios públicos no obedece a que ambos tengan como empleador al Estado. Por el contrario, la distinción fuera de obedecer a un criterio discriminatorio corresponde al hecho de que los funcionarios públicos cumplen determinadas tareas para las que precisan de cierta formación, en esa medida su ingreso al sector público esta marcado por un proceso de selección previo⁶⁵⁸. Requisitos que no se aplican cuando hablamos de los obreros del sector público.

Por otro lado, desde una perspectiva de los derechos de los trabajadores, Joaquín Viteri, representante de una de las varias asociaciones que intervinieron en la audiencia pública, destacó que la iniciativa elimina de forma ilegítima el ejercicio de los derechos a la asociación y a la contratación colectiva de los obreros del sector público, al violentar por ejemplo, el Convenio Internacional 87 de la OIT que proclama la libertad sindical y el Convenio 98 de la OIT, el cual garantiza la contratación colectiva. Finalmente, Viteri, recuerda

⁶⁵⁶ Dictamen, p. 110.

⁶⁵⁷ Dictamen, p. 111.

⁶⁵⁸ A este grupo se lo conoce como burocracia, la cual a decir de Weber aparece como la forma de expresión de la dominación racional legal propia del Estado moderno. De ahí que según Weber para asegurar la racionalidad de la dominación se precisa de una formación profesional, por consiguiente los funcionarios públicos, además de la cualificación profesional ingresan al servicio público mediante pruebas realizadas exitosamente. Véase Max Weber, *Sociología del poder*, Editorial Andrés Bello, Santiago, 1960, p. 26.

que ambos Convenios fueron ratificados por el Estado ecuatoriano⁶⁵⁹. En el mismo sentido, Fernando Ibarra, también dirigente sindical, remarcó que previo a la tramitación de la iniciativa de enmienda, el Estado ecuatoriano debía denunciar el Convenio 87 de la OIT, en la medida en que los tratados prohíben la posibilidad de que las normas internas de los Estados suscriptores sean contrarias a aquellos⁶⁶⁰.

En consecuencia, la preocupación de los dirigentes sindicales es plenamente comprensible, en la medida en que los obreros del sector público que ingresaran posterior a la entrada en vigor del cambio constitucional, no se encontrarían regulados por el Código del Trabajo sino por la Ley Orgánica de Servicio Público, y, como resultado de ello, perderían derechos adquiridos como la libertad sindical y la contratación colectiva. De ahí que, se generaría un trato desigual entre aquellos obreros del sector público anteriores a la aprobación de la iniciativa constitucional con los obreros del sector público posteriores a la aprobación, toda vez que los primeros si gozarían de los derechos garantizados por la Constitución, los tratados internacionales y el Código del Trabajo, frente a los segundos que pasarían a ser regulados por la Ley Orgánica de Servicio Público. Y, que dependiendo de los presupuestos posteriores que se establezcan en la referida Ley, ingresarían o no a la carrera administrativa, la cual constituye una de las principales ventajas del cambio de régimen laboral esgrimida por parte de los assembleístas proponentes de la iniciativa.

Por lo dicho, creemos que la iniciativa atenta contra derechos constitucionales y, en esa medida, debía ser tramitada por la vía de Asamblea Constituyente.

A continuación vamos a analizar la iniciativa que pretendía reformar el artículo 114 y el artículo 144 de la Constitución, reforma que, respecto de los dos artículos, tenía como fin el eliminar la prohibición de reelección de los dignatarios de elección popular para el mismo cargo por más de una ocasión. Para el entendimiento de la reforma propuesta en la parte izquierda del cuadro

⁶⁵⁹ Dictamen, pp. 11-12.

⁶⁶⁰ Dictamen, pp. 16-17.

se recoge el texto original, en tanto que en la parte derecha se da cuenta de la iniciativa.

Artículo 114	Artículo 114
Las autoridades de elección popular podrán reelegirse por una sola vez, consecutiva o no, para el mismo cargo. Las autoridades de elección popular que se postulen para un cargo diferente deberán renunciar al que desempeñan.	Las autoridades de elección popular podrán reelegirse. Las autoridades de elección popular que se postulen para un cargo diferente deberán renunciar al que desempeñan.
Artículo 144	Artículo 144
La Presidenta o Presidente de la República permanecerá cuatro años en sus funciones y podrá ser reelecto por una sola vez	La Presidenta o Presidente de la República permanecerá cuatro años en sus funciones y podrá ser reelecto.

Fuente: Corte Constitucional, Dictamen, pp. 51-52.

El procedimiento sugerido por los asambleístas, tanto para el artículo 114, como para el artículo 144 de la Constitución fue la vía de la enmienda, en la medida en que para los parlamentarios la eliminación de la prohibición no asegura *per se* que el postulante sea reelecto, así señalan que:

“La inscripción de la candidatura para participar en una contienda electoral, no asegura por este solo hecho, la reelección en un cargo de elección popular. Lo que se pretende en consecuencia es garantizar, el ejercicio democrático, libre y voluntario del derecho al voto; sin discriminar a aquellos que en ejercicio del derecho a “ser elegidos”, participan por la reelección⁶⁶¹”.

De ahí que la pretensión de la iniciativa parlamentaria fuese, por un lado, garantizar el derecho de los ciudadanos a elegir a sus representantes y, por otro, acabar con la discriminación en contra de las personas que deseen reelegirse para un cargo público⁶⁶². En cuanto a la calificación del procedimiento, la Corte plantea la resolución de un solo problema jurídico que abarque tanto la iniciativa de reforma del artículo 114, como del artículo 144 de la Constitución, debido a la existencia de un mismo objetivo. Así, la Corte persigue determinar a partir de la iniciativa presentada, cuál es la vía para

⁶⁶¹ Dictamen, p. 52.

⁶⁶² Dictamen, p. 53.

eliminar la limitación constitucional que prohíbe el candidatizarse a quienes han ejercido cargos de elección popular y que han sido reelectos por una sola vez⁶⁶³.

Sin embargo, si bien, como ha sido señalado, el objetivo de la iniciativa tanto para el artículo 114 de la Constitución, que habla de la limitación de la reelección por más de una ocasión de las autoridades de elección popular en sentido general, como para el artículo 144 de la Constitución, que dirige dicha limitación en exclusiva al Presidente de la República, la Corte escoge como centro de su reflexión la eliminación de la prohibición dirigida a este último.

En tal sentido, la Corte primero discute la relación entre democracia y la alternancia como elemento constitutivo del Estado, para discutir luego sobre los derechos de participación política. En cuanto al primer tema, la Corte sostuvo que el actual texto constitucional no reconoce la alternancia como uno de los elementos constitutivos del Estado, porque nada se dice de esta en los artículos 1 al 9 que los regulan, a diferencia de lo ocurrido con el texto de 1998, en donde sí señalaba su carácter alternativo, como parte de la forma de gobierno⁶⁶⁴.

Al respecto, daría la impresión que la Corte cuando aduce que la Constitución no contempla la alternancia, olvidó hacer un ejercicio de interpretación constitucional sistemática, en la medida en que el artículo 1, señala, entre otras cosas, que el Estado ecuatoriano se organiza en forma de República. Ciertamente, aunque no aparezca la alternancia de modo explícito en el articulado constitucional que regula los elementos constitutivos del Estado, es una limitación implícita a la forma republicana⁶⁶⁵. Así, en el *Federalista*⁶⁶⁶, Madison definía el gobierno republicano como aquel que procedía directa o indirectamente del pueblo, que se administraba por medio de representantes

⁶⁶³ Dictamen, pp. 53-54

⁶⁶⁴ Dictamen, pp. 59-60.

⁶⁶⁵ Jorge Benavides Ordóñez, "Reforma constitucional, límites y deliberación democrática en Ecuador", p. 11.

⁶⁶⁶ James Madison, "Escrito N. 39", *El Federalista*, p. 159.

que mantenían sus cargos en la medida en que se basen en la voluntad popular, cuyos mandatos tenían como característica el ser limitados⁶⁶⁷.

Llama, particularmente la atención, la distorsionada comprensión de la alternancia que tiene la Corte, en la medida que señala que aquella es el resultado del ejercicio del derecho del sufragio, en consecuencia, si el pueblo se decanta por una nueva propuesta la alternancia se haría presente⁶⁶⁸. Al respecto es necesario recordar que la alternancia como efecto de la idea de mandatos limitados supone un elemento *a priori* de las repúblicas presidenciales, en consecuencia, la alternancia no se encontraría supeditada al resultado de una elección⁶⁶⁹.

Ahora bien, como afirma Richard Ortiz, otra forma de articular la discusión respecto a si la enmienda fue la vía constitucional adecuada para permitir la reelección del Presidente de la República sin límites, pasaba por el lado, de ir más allá de discusión sobre la alternancia, y reflexionar sobre si la decisión de eliminar la prohibición de reelección constituye uno de los elementos de la estructura fundamental en la Constitución⁶⁷⁰. Consideramos que la comprensión del problema dada por Ortiz es acertada, sin embargo, la Corte no ha facilitado una discusión que permita clarificar los límites materiales de la enmienda, como de la reforma constitucional, toda vez que tanto en el Dictamen de 2011 como en el de 2014, no ha precisado que entienda por estructura fundamental de la Constitución⁶⁷¹.

Por el contrario, en ambos dictámenes la Corte confunde el límite denominado estructura fundamental de la Constitución con estructura fundamental del

⁶⁶⁷ Sin embargo, es necesario decir que Hamilton en el Federalista números 71 y 72, hacía una defensa de la reelección del Presidente de la República.

⁶⁶⁸ Dictamen, p. 60.

⁶⁶⁹ César Montúfar, en el *amicus curiae*, que presentó ante la Corte Constitucional sostuvo que: "...en el momento en el que se remueve ese límite y se cambia el artículo y se permite la reelección indefinida, el Ecuador ya no será un país democrático, será un Estado no democrático y autoritario, y por eso en ese momento se habrá cambiado de manera sustantiva un elemento fundamental y un elemento constitutivo del Estado ecuatoriano: el artículo 1 de la Constitución de Ecuador". Véase, Dictamen, p. 14.

⁶⁷⁰ Richard Ortiz, Los procedimientos de reforma constitucional. ¿Garantías de supremacía constitucional? El caso ecuatoriano, Entrevista, en *Cálamo*, Revista de Estudios Jurídicos, p. 96.

⁶⁷¹ Richard Ortiz, ent. cit., p. 94.

Estado, cuando sabemos que no son lo mismo, en la medida en que la estructura del Estado es tan solo uno de los temas que hace parte de la estructura de la Constitución. En el segundo capítulo de este trabajo, sostuvimos que la idea de estructura fundamental de la Constitución hacía alusión a la fórmula política o Constitución material, la cual presupone, entre otras cosas, los principios rectores del Estado de Derecho sobre los cuales el constituyente lleva a cabo su obra. En este sentido, creemos que una modificación que tenga como fin eliminar la alternancia si atentaría contra la fórmula política de la Constitución, en la medida en que afectaría la idea de mandatos limitados defendida por el gobierno republicano.

Respecto del segundo tema relativo a los derechos de participación política la Corte sostiene que:

“(…) la limitación a candidatizarse de las personas que han ocupado un cargo público de elección popular y que han sido reelectas por una ocasión comporta una limitación no justificada a los derechos constitucionales de participación que poseen los candidatos que están aspirando a una reelección y el derecho a elegir de las personas, toda vez que el participar en un proceso electoral, no genera *a priori* una determinación de que aquella persona va a ser reelecta, puesto que será el soberano quien determine a través del sufragio que aquella circunstancia opere⁶⁷²”.

Creemos que la prohibición de que el Presidente sea reelecto por más de una ocasión, no implica discriminación alguna contra aquel, por el contrario, la eliminación de la prohibición le permitiría al actual Presidente volver a candidatizarse para el mismo cargo en el 2107, beneficiándose así de una reforma constitucional realizada a su medida. Además, hay que tomar en cuenta que el primer mandatario por los años de ejercicio presidencial goza de una importante ventaja competitiva frente a otros posibles candidatos menos conocidos y promocionados en relación a él. Tampoco violenta el supuesto derecho de la población a elegirlo cuantas veces quiera, en la medida en que obedece a una limitación establecida por el constituyente con el objetivo de que no existan figuras políticas que graviten por largos períodos de tiempo en el

⁶⁷² Dictamen, p. 63.

ejercicio del poder, ejemplo de ello es que la limitación se dirige a todo funcionario electo por votación popular.

En efecto, si vemos el diseño del resto de instituciones del poder público apuntan en ese mismo sentido, por ejemplo, los miembros la Corte Constitucional, según la Constitución, desempeñarán sus cargos por un período de nueve años sin posibilidad de reelección inmediata, debiendo ser renovados por tercios cada tres años (art. 432). Por otro lado, es importante enfatizar que la prohibición de la reelección aparece como una limitación autoimpuesta por el pueblo ecuatoriano, por medio del referéndum aprobatorio de la Constitución del año 2008, y en esa medida su eliminación precisaría de la intervención del pueblo por medio de sufragio que ratifique o no dicho reforma.

Una visión particularmente crítica de la eliminación de la prohibición de reelección indefinida del Presidente de la República por vía de enmienda es la sostenida por Bernal Pulido, para quien dicha modificación constituye una sustitución de la Constitución, porque "...desnaturaliza la forma en que los principios del Estado de derecho y de democracia deliberativa están configurados en la Constitución del Ecuador"⁶⁷³, en esa medida, para el profesor colombiano, solamente podría ser tramitada por vía de Asamblea Constituyente⁶⁷⁴.

La teoría de la sustitución de la Constitución⁶⁷⁵ se trata de una destacable formulación judicial llevada a cabo por la Corte Constitucional colombiana, por

⁶⁷³ Carlos Bernal Pulido, Aparicio Caicedo y Mario Serrafiero, *Reelección indefinida vs. democracia constitucional. Sobre los límites al poder de reforma constitucional en el Ecuador*. Temas de Derecho Público no. 95, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 50.

⁶⁷⁴ La tesis de que la eliminación de la prohibición de la reelección indefinida fuese tramitada por Asamblea Constituyente, en la medida en que aquella supondría una sustitución de la Constitución de 2008, fue sostenida por Guillermo Lasso en su intervención ante la Corte Constitucional. Véase, Dictamen, p. 20.

⁶⁷⁵ Según Eloy García el origen de la categoría "la sustitución de la Constitución", se encuentra en el constitucionalismo alemán, cuando a partir del procedimiento contemplado en el artículo 76 de la Constitución de Weimar, tácitamente se produjeron reformas que supusieron el cambio de Constitución, en la medida en que se modificaba la esencia de aquel por vía del trámite de reforma constitucional a cargo del Parlamento. Véase Eloy García, "La sustitución de la Constitución en el Derecho Constitucional colombiano", en *Revista de Derecho Político*, No. 95,

medio de la cual buscó establecer de modo claro los límites a los que se enfrenta el poder constituido cuando reforma la Constitución:

“el poder de reforma, o poder constituyente derivado, se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado, en ocasiones con la consulta a la ciudadanía, de modificar una Constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma (...) Se trata por lo tanto de un poder de reforma de la propia Constitución, y en ese sentido es constituyente; pero se encuentra instituido por la Constitución existente, y es por ello derivado y limitado”⁶⁷⁶.

Dicha teoría tuvo su origen en la jurisprudencia constitucional colombiana con la referida sentencia C-551 de 2003, del magistrado ponente Eduardo Montalegre, en la que, entre otras cosas importantes, adoptó la noción de límites materiales a la reforma, a pesar de la inexistencia de cláusulas de intangibilidad del Texto colombiano⁶⁷⁷. Se debe tener presente que, si bien el artículo 241 de la Constitución colombiana prevé el control constitucional de las reformas, este control solamente procede por vicios procedimentales, la novedad por tanto de la Corte Constitucional de Colombia, opera en el hecho de que aquella señaló que dentro de los vicios de procedimiento cabían los “vicios de competencia”, por lo que la competencia del órgano reformador debía comprenderse dentro de los vicios de procedimientos o de forma⁶⁷⁸. En suma, la doctrina de la sustitución de la Constitución supone como novedad que, a pesar de lo que señala la Constitución colombiana respecto del control formal de la reforma, afirma que la Corte Constitucional tiene competencia para controlar el contenido de las reformas constitucionales⁶⁷⁹.

2016, p. 236. Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/16237/13995>

⁶⁷⁶ Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-551 de 2003, Fundamento 30, p. 83. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htm>.

⁶⁷⁷ Gonzalo Ramírez Cleves, ob. cit., p. 488.

⁶⁷⁸ Sabrina Ragone, *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos*, pp. 91.

⁶⁷⁹ Carlos Bernal Pulido, Aparicio Caicedo y Mario Serrafiero, *Reelección indefinida vs. democracia constitucional. Sobre los límites al poder de reforma constitucional en el Ecuador*, p. 38. Una visión crítica de la teoría de la sustitución formulada por la Corte colombiana, es sostenida por García, para quien: “...una cosa es interpretar extensivamente los condicionamientos formales como si se trataran de límites materiales a la acción del poder de revisión, y otra muy distinta sentar el principio de que la jurisdicción constitucional puede inmiscuirse en la determinación y supervisión de los fondos materiales que presiden y condicionan la acción de reforma de la Constitución, entendidos como parte de los dominios propios del Poder Constituyente”. Véase, Eloy García, art. cit., p. 241.

Posteriormente, respecto de la relación entre la teoría de la sustitución de la Constitución y la posibilidad de que un Presidente de la República pueda ser reelecto por segunda ocasión, la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-141 de 2010⁶⁸⁰, da muestra sobre la importancia que la atribuye a la alternancia para el sistema político colombiano, así como al derecho a la igualdad de los candidatos que optasen por correr por la presidencia de la República, y a la libertad de los electores. En esa medida, declaró la inconstitucionalidad de la ley que convocaba a referéndum para reformar la Constitución de 1991, por violar los principios básicos de la democracia y afectar a todo el orden constitucional⁶⁸¹. La iniciativa en cuestión pretendía viabilizar una segunda reelección del presidente Álvaro Uribe⁶⁸².

A partir de lo expuesto, consideramos que la Corte ecuatoriana cuando dictaminó sobre la iniciativa que eliminaba la prohibición de reelección por más de una ocasión, podía haber acogido algunos de los argumentos de su homóloga colombiana, respecto de la importancia de la alternancia para el sistema político ecuatoriano, así como del perjuicio que ocasionaría una reelección ilimitada al derecho a participar de los potenciales candidatos opositores en condiciones de igualdad. Por otra parte, el problema con la reelección indefinida se ve agravada por cuestiones de diseño normativo, debido a que el Presidente ecuatoriano se enmarca dentro de los denominados presidencialismos reforzados, caracterizados por lo amplio de sus poderes⁶⁸³.

⁶⁸⁰ Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-141 de 2010. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm>

⁶⁸¹ Yaniv Roznai, ob. cit., p. 77.

⁶⁸² Se debe señalar que con anterioridad la Corte colombiana en la sentencia C- 1040 de 2005, avaló el acto legislativo n.2 de 2004, a través del cual se eliminó la prohibición de reelección inmediata del Presidente Álvaro Uribe. En aquella ocasión la Corte declaró que la reforma que permitía una única reelección presidencial no atentaba los principios de separación de poderes, ni la alternancia. Véase, Carlos Bernal Pulido, Aparicio Caicedo y Mario Serrafiero, *Reelección indefinida vs. democracia constitucional. Sobre los límites al poder de reforma constitucional en el Ecuador*, pp. 42-43.

⁶⁸³ Jorge Benavides Ordóñez, *La reelección presidencial indefinida en Ecuador. Una lectura crítica del Dictamen de la Corte Constitucional que la permite vía enmienda constitucional*, p. 16. Para un resumen de las principales críticas a los presidencialismos, véase, Marcelo Alegre, "Democracia sin presidentes", en *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, Paper 48, Bogotá, 2006, pp. 6-9.

Al respecto, es necesario advertir que algunos de los presidencialismos fuertes de la región, como el venezolano o el ecuatoriano han abrazado una comprensión abusiva del constitucionalismo, el cual según Landau, apela a la reforma constitucional con el fin de introducir cambios dirigidos al establecimiento de vallas para su potencial desalojo y su desvinculación del poder, imposibilitando además la tarea de las Cortes y otras instituciones de control⁶⁸⁴. Y, precisamente, entre los posibles arreglos institucionales para evitar su desalojo se encuentra la reelección sin límite del Presidente de la República, o la injerencia de este la designación de los jueces de las altas Cortes. En suma, como afirma Osvaldo Hurtado, un sistema político en el que el Presidente de la República pretende “eternizarse” en el poder acudiendo para ello a la creación de obstáculos para que gobiernos de distinto color político puedan alternarse, desde una lectura democrática, debe ser cuestionado⁶⁸⁵.

Por lo dicho, creemos que la eliminación de la prohibición de la reelección por más de una ocasión para el Presidente de la República procedería por vía de reforma parcial, debido a que la eliminación compromete un elemento constitutivo del Estado, la alternancia, característica fundamental de la forma republicana de gobierno.

Finalmente, entre los distintos reparos que se pueden hacer al Dictamen analizado, cuestionamos el déficit democrático que comportó la iniciativa, en la medida en que la Asamblea propuso que aquella sea tramitada por la vía de la enmienda, de ahí que la discusión se centró de modo exclusivo en sede parlamentaria, cuando la mayoría de los temas de la iniciativa debían ser tramitados, ya sea por reforma parcial o por Asamblea Constituyente. Mecanismos de reforma que al suponer un mayor grado de rigidez por las materias que protegen, precisan, necesariamente, de la ratificación popular para poder entrar en vigor.

⁶⁸⁴ David Landau, ob. cit., p.16.

⁶⁸⁵ Osvaldo Hurtado, *Dictaduras del siglo XXI. El caso ecuatoriano*, Paradiso editores, Quito, 2012, p. 174.

Así, podemos decir que si respecto del Dictamen del año 2011, cuestionábamos que aquél al prescindir de la deliberación parlamentaria previa, se prestaba a que se hiciera un manejo plebiscitario de temas de relevancia constitucional, lo que supuso, por un lado, no respetar los límites constitucionales a la enmienda, ya que en dicha ocasión se modificó por esta vía temas que estaban constitucionalmente reservados para otros procedimientos más rígidos; por otro, no fomentó una deliberación pública de calidad. Del mismo modo, respecto al Dictamen de 2014, la Corte dio paso a que por la vía de la enmienda se modifiquen aspectos sustanciales de la Constitución, que solamente debían ser tramitados ya sea por reforma parcial o Asamblea Constituyente, irrespetando en consecuencia los límites constitucionales impuestos a la enmienda. Con el agravante adicional de que en el Dictamen de 2014 tampoco se fomentó la deliberación pública, en la medida en que se trató de una iniciativa que tuvo su origen, se tramitó y aprobó solamente por medio de los asambleístas, sin que se hubiera contado en ninguna de las tres etapas con el concurso de la ciudadanía⁶⁸⁶.

Por último, debemos señalar que en el Dictamen de 2011, al menos existieron tres jueces que salvaron su voto respecto del voto de la mayoría, en la medida en que, como vimos, consideraron que los cambios propuestos no podían ser tramitados por la vía de la enmienda. Por el contrario, en el Dictamen de 2014, el voto fue suscrito por unanimidad de los nueve jueces integrantes de la Corte Constitucional.

6. Análisis del Dictamen 002-16-DRC-Corte Constitucional.

Antes de entrar a analizar el Dictamen de procedimiento respecto de la iniciativa de enmienda presentada por parte del Colectivo “Rafael Contigo Siempre”, debemos decir que a pesar de que la Corte Constitucional autorizara

⁶⁸⁶ Tierney destaca el incremento en el uso que hoy en día se hace de los referéndums constitucionales, en términos de recabar el apoyo de la soberanía popular para reformas de gran calado constitucional, de ahí que para el profesor escocés, la actuación directa del pueblo en los referéndums constitucionales viene a redefinir la comprensión de la representación política, lo que trae como consecuencia, una nueva forma de entender la democracia constitucional de nuestros tiempos. Véase, Stephen Tierney, *Constitutional Referendums: A Theoretical Enquiry*, p. 7. Disponible en: https://www.upf.edu/dcpis/pdf/2009-2010/forum/Tierney_paper.pdf

por medio del Dictamen de 2014, que la iniciativa presentada por parte de la Asamblea Nacional fuese tramitada en su totalidad por la vía de enmienda, exceptuando la modificación a la acción de protección, la Asamblea, posteriormente, por un lado, no tramitó la iniciativa respecto a la Defensoría del Pueblo y, por otro, aumento el texto de la disposición transitoria primera relativa al cambio de régimen de los obreros del sector y público⁶⁸⁷, e incluyó una segunda disposición transitoria respecto a la eliminación de la prohibición de reelección para los cargos de elección popular, incluido el Presidente de la República.

Ahora bien, nos referiremos solamente a la disposición transitoria relativa a la eliminación de la prohibición de reelección para los cargos de elección popular, en la medida en que la iniciativa de enmienda del Colectivo “Rafael Contigo Siempre”, tiene como objetivo, precisamente, que por medio de la vía de la enmienda de iniciativa ciudadana se consulte al pueblo sobre la derogación de dicha disposición transitoria, que imposibilita al Presidente de la República correr nuevamente por la presidencia de la República en febrero de 2017.

La Asamblea Nacional aprobó en sesión de 3 de diciembre de 2015, en segundo y definitivo debate la iniciativa de enmienda a la Constitución por aquella presentada, debate que, como prescribe el artículo 441 del Texto constitucional, se dio dentro de los treinta días posteriores al primer año de se produjera el primero. La particularidad de este segundo debate consiste en que la Asamblea procedió a incorporar una disposición transitoria en el sentido de que las enmiendas a los artículos 114 y 144, segundo inciso de la Constitución, referidas a los derechos de participación política, entrarán en vigor desde el 24 de mayo de 2017⁶⁸⁸.

⁶⁸⁷ El texto definitivo es: “Las y los obreros del sector público que antes de la entrada en vigencia de la presente Enmienda Constitucional se encuentren sujetos al Código de Trabajo, mantendrán los derechos garantizados por este cuerpo legal.

Una vez en vigencia la presente Enmienda Constitucional, las y los obreros que ingresen al sector público se sujetarán a las disposiciones que regulan al mismo.

El órgano legislativo, en el plazo de ciento ochenta días desde la entrada en vigencia de la presente Enmienda Constitucional, aprobará una ley reformativa a las leyes que rigen el sector público, observando las disposiciones constitucionales enmendadas”. Véase, Suplemento del Registro Oficial, Año III, No. 653, Quito, 21 de diciembre de 2015, p. 3.

⁶⁸⁸ Suplemento del Registro Oficial, Año III, No. 653, p. 3.

Si bien, la incorporación de la disposición transitoria segunda, a nuestro criterio, se enmarcó dentro de la facultad de la Asamblea Nacional como órgano reformador de la Constitución, aún cuando aquella no fue incluida en la iniciativa original enviada ante la Corte Constitucional. Sin embargo, lo reprochable es que la disposición transitoria respecto de los artículos 114 y 144, no fue tramitada desde el primer debate, con lo cual no se sujetó al procedimiento establecido para la enmienda, que dispone la necesidad de dos debates para la tramitación de una enmienda constitucional, toda vez que al tratarse de una norma de carácter accesorio debía seguir la misma suerte de la norma principal. En tal sentido, la incorporación a último momento de dicha disposición supuso el quebrantamiento de la rigidez constitucional.

Consideramos que, a pesar de que la naturaleza temporal de las disposiciones transitorias, supone que aquellas son normas que regulan de forma provisional determinadas situaciones jurídicas como, por ejemplo, al modular los efectos en el tiempo al determinar la entrada en vigor de alguna norma establecida en la Constitución, dichas disposiciones forman parte del Texto constitucional al ser creadas por el poder constituyente. En tal sentido, las disposiciones transitorias se encontrarían sujetas al igual que el resto de normas constitucionales a los trámites correspondientes en caso de pretender ser modificadas.

Por otro lado, la disposición transitoria resulta contradictoria con el Dictamen de la Corte, que señaló como uno de sus principales argumentos para que la iniciativa fuese tramitada por la vía de la enmienda, la protección de los derechos de participación política de las autoridades electas por votación popular, en caso de que aquellas quisiesen participar por una segunda reelección, o más, para el mismo cargo. De ahí que resulta incomprensible que la propia Corte en el Auto de verificación de cumplimiento del Dictamen no. 001-14⁶⁸⁹, de 16 de diciembre de 2015, haya sostenido que la introducción de la disposición transitoria en cuestión, en nada modificaba lo decidido por ella

⁶⁸⁹ Publicado en el Suplemento del Registro Oficial, Año III, No. 651, Quito, 17 de diciembre de 2015.

con anterioridad. En consecuencia, luego de un análisis de la naturaleza jurídica de las disposiciones transitorias la Corte afirmó:

“Sobre este análisis de la disposición transitoria segunda tiene como finalidad determinar la vigencia de los cambios constitucionales dispuestos en los artículos 114 y 144, lo cual fue objeto de un riguroso análisis el dictamen 001-14-DRC, con lo cual esta norma se encuentra implícita en dicho razonamiento al ser accesoria y de ninguna manera modifica el contenido primario de las enmiendas.⁶⁹⁰”

En definitiva, la Corte no se pronunció respecto a que la disposición transitoria segunda no había sido contemplada por los asambleístas en el primer debate, ni tampoco reparó en la contradicción que el Auto de verificación suponía con lo que decidió previamente en el Dictamen, en cuanto a la garantía plena e inmediata del goce de los derechos políticos de las autoridades de elección popular, incluido el Presidente de la República, para que puedan presentarse para la reelección para el mismo cargo sin ningún tipo de limitación.

Habiendo hecho esta precisión necesaria, continuaremos con el análisis del Dictamen de la Corte de 2016.

6.1 Exposición de los hechos del caso.

Las ciudadanas Pamela Aguirre y Stephanía Baldeón, en representación del colectivo “Rafael contigo Siempre”, comparecen ante la Corte para que esta emita dictamen constitucional respecto del procedimiento a seguir en la iniciativa de reforma constitucional planteada por el mencionado colectivo. La iniciativa, a decir de sus proponentes, perseguía que en el marco de la democracia participativa se consulte al pueblo ecuatoriano sobre la posibilidad de postulación sin restricciones de cualquier autoridad pública elegida por sufragio libre y directo para el próximo proceso electoral de 2017, sin que el hecho de haber gobernado previamente, constituya una razón de exclusión de un proceso electoral⁶⁹¹. En esa medida, el colectivo considera que la incorporación de la disposición transitoria segunda incluida a última hora por

⁶⁹⁰ Suplemento del Registro Oficial, Año III, No. 651, p. 11.

⁶⁹¹ Dictamen, p. 2.

parte de la Asamblea, respecto de los artículos 114 y 144 inciso segundo de la Constitución, por la cual la posibilidad para postular para un mismo cargo sin límite, entraría en vigor a partir del 24 de mayo de 2017, vuelve insuficiente la enmienda constitucional llevada a cabo por la Asamblea, en el sentido de garantizar el adecuado ejercicio del derecho de opción de los votantes al momento de escoger entre varias propuestas expuestas por parte de los sujetos políticos. Además, señalan que la disposición transitoria no permitiría que el Presidente de la República pueda volver a postularse en febrero de 2017, y, en ese sentido, se le impide que pudiera continuar con el proceso de cambio estructural⁶⁹².

El colectivo, por otra parte, expresa que con la finalidad de garantizar el derecho de la ciudadanía a elegir a sus representantes, y que no exista discriminación en contra de las personas que desean postular para ser reelectos para un mismo cargo público, en virtud de su derecho a ser elegido, plantean ante la Corte la siguiente pregunta para que sea tramitada por la vía de la enmienda:

“Está usted de acuerdo en derogar la disposición transitoria segunda de las enmiendas a la Constitución de la República del Ecuador, aprobadas por la Asamblea Nacional y publicadas en el suplemento del Registro Oficial No. 653 del 21 de diciembre de 2015, a fin de que se permita que las autoridades de elección popular señaladas en dicha enmienda, ejerzan su derecho político de postularse a ser reelegidos en las elecciones generales de 2017, como lo establece el Anexo 1?”⁶⁹³

A partir de lo expuesto, los proponentes solicitan a la Corte que dictamine el procedimiento que corresponde aplicar, así como dictar sentencia respecto de la constitucionalidad de la convocatoria a referéndum.

⁶⁹² Dictamen, pp. 2 y 3.

⁶⁹³ El anexo 1 señala: “Disposición Derogatoria: Deróguese la disposición transitoria segunda de las enmiendas a la Constitución de la República del Ecuador, aprobadas por la Asamblea Nacional, publicadas en el suplemento del Registro Oficial No, 653 de 21 de diciembre de 2015, referentes a los artículos 114 y 144 segundo inciso de la Constitución de la República del Ecuador”. Véase, Dictamen, p. 3.

6.2 Análisis jurídico constitucional del Dictamen de la Corte Constitucional de Ecuador sobre la reforma de 2016.

La Corte señala su competencia para ejercer control previo de la iniciativa presentada por el colectivo a partir del artículo 443 de la Constitución, así como de los artículos 99 y 100 de la LOGJCC⁶⁹⁴. En consecuencia, el objetivo del presente Dictamen es llegar a determinar la vía por medio de la cual se puede tramitar la iniciativa por la cual se persigue el derogar la segunda disposición transitoria, respecto de los artículos 114 y 144 segundo inciso de la Constitución. Para el entendimiento de la iniciativa propuesta, en la parte izquierda del cuadro se recoge el texto original, en tanto que en la parte derecha se da cuenta de la iniciativa.

Constitución	Iniciativa de Reforma Constitucional
Disposición Transitoria Segunda: Las Enmiendas Constitucionales a los artículos 114 y 144 segundo inciso de la Constitución de la República del Ecuador, referidas a los derechos de participación política, entrarán en vigencia desde el 24 de mayo de 2017.	Disposición Derogatoria: Deróguese la disposición transitoria segunda de las enmiendas a la Constitución de la República del Ecuador, aprobadas por la Asamblea Nacional, publicadas en el suplemento del Registro Oficial No. 653 del 21 de diciembre de 2015, referentes a los artículos 114 y 144 segundo inciso de la Constitución de la República del Ecuador.

Fuente: Corte Constitucional, Dictamen, p. 8.

Para la calificación del procedimiento la Corte formula un problema jurídico cuya respuesta le llevará a determinar cuál es el procedimiento de reforma constitucional, por medio del cual se podría derogar la segunda disposición transitoria de la Constitución de la República, respecto de la entrada en vigor

⁶⁹⁴ En perspectiva comparada nos llama la atención el auto no. 9/2012 del Tribunal Constitucional español, en la medida en que aquél da muestra de la facultad que dicho Tribunal posee para llevar a cabo mediante el recurso de amparo un control procedimental de las iniciativas y trámites de reforma constitucional. El auto en cuestión se refiere al recurso de amparo interpuesto por un grupo de parlamentarios españoles que consideraban que la reforma del artículo 135 de su Constitución, al ser sometida, por un lado, a la tramitación directa y de lectura única, conforme lo dispone el artículo 150. 1 del Reglamento del Congreso de los Diputados y, por otro, al tramitarse por el procedimiento de urgencia violentaba el artículo 23. 2 de la Constitución española. Auto disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-2148

de las enmiendas constitucionales a los artículos 114 y 144 segundo inciso de la Constitución.

Así, en primer momento la Corte señala que existen pronunciamientos por ella efectuados (Dictamen de 2014 y el Auto de verificación del cumplimiento de este) sobre el tema de la presente causa, en esa medida la Corte considera necesario contrastar la iniciativa con lo expresado por ella con anterioridad. En efecto, la Corte recuerda que previamente sostuvo que las modificaciones a los artículos 114 y 144 segundo inciso de la Constitución, se podían tramitar por la vía de la enmienda debido a que no violentaba sus límites⁶⁹⁵. En este sentido, la Corte señala que el análisis de la derogatoria de la disposición transitoria segunda de la Constitución guarda relación con la entrada en vigor del actual contenido de los artículos 114 y 144 del Texto constitucional, de ahí que la Corte enfatiza que conforme a sus pronunciamientos previos la disposición transitoria comporta una naturaleza accesoria a las normas sustanciales analizadas⁶⁹⁶. En esa medida, a decir de la Corte, lo que persigue la iniciativa de derogatoria de la segunda disposición transitoria es el permitir que las autoridades de elección popular puedan candidatizarse inmediatamente para los procesos electorales, sin que medie impedimento alguno⁶⁹⁷.

En definitiva, para la Corte la eliminación de la disposición transitoria segunda, que modula en el tiempo la entrada en vigor de los cambios a los artículos 114 y 144 de la Constitución, no supone restricción alguna a los derechos de participación, por el contrario, según la Corte, la iniciativa sugiere garantizar el principio de participación democrática contenido en el artículo 95 de la Constitución, así como los números 1 y 2 del artículo 61 del Texto constitucional, respecto del derecho a elegir y ser elegido y de participar en los asuntos de interés nacional⁶⁹⁸. Si bien, por un lado, compartimos los argumentos expresados por la Corte, por otro, nos llama fuertemente la atención que no los haya expuesto con motivo de la expedición del Auto de verificación de cumplimiento del Dictamen 001-14-DRC. Toda vez que la

⁶⁹⁵ Dictamen, p. 10.

⁶⁹⁶ Dictamen, p. 13.

⁶⁹⁷ Dictamen, p. 13.

⁶⁹⁸ Dictamen, p. 16.

introducción en segundo debate por parte de los assembleístas de la disposición transitoria segunda, respecto de los efectos de la reforma constitucional a los artículos 114 y 144 de la Constitución, los cuales entrarán en vigor a partir del 24 de mayo de 2017, contradice, como ya lo hemos dicho, las consideraciones en relación al derecho a la participación de las autoridades de elección popular, expuestas por la Corte en el Dictamen de 2014. En efecto, en aquella ocasión la Corte sostuvo que:

“... la limitación a las personas que han ejercido un cargo público de elección popular y que han sido reelectas, comporta una medida que no denota razonabilidad, dado que afecta a los derechos de participación, tanto del candidato a reelegirse, cuanto de la ciudadanía para poder pronunciarse sobre esa candidatura⁶⁹⁹”.

A partir de lo expuesto, la Corte señala que la iniciativa al no modificar los elementos constitutivos del Estado, ni la estructura fundamental de la Constitución, ni cambiar el procedimiento de reforma constitucional, ni restringir los derechos y garantías constitucionales, puede ser tramitada por la vía de enmienda constitucional. En este orden de consideraciones, la Corte recuerda que al provenir la iniciativa de enmienda de la ciudadanía, de conformidad al número 1 del artículo 441 de la Constitución, aquella deberá contar con el respaldo de, al menos, el ocho por ciento de los inscritos en el registro electoral⁷⁰⁰.

Por último, destacamos un aspecto favorable del presente Dictamen en cuanto se ajusta a lo prescrito por el artículo 443 de la Constitución y al artículo 99 de la LOGJCC, en el sentido de que la Corte procedió a efectuar un control previo que circunscribió su tarea a delimitar cuál era la vía idónea para tramitar la iniciativa. Situación que no ocurrió cuando la Corte emitió el Dictamen 001-11-DRC, debido a que como ya lo vimos, en aquella ocasión unificó las dos fases de control en una sola. De ahí que la calificación constitucional de la pregunta presentada por el colectivo proponente, se realizaría, posteriormente, una vez que la iniciativa cuente con el respaldo de, al menos, el ocho por ciento de los inscritos en el registro electoral.

⁶⁹⁹ Dictamen 001-14-DRC, p. 63.

⁷⁰⁰ Dictamen, pp. 16-17.

CONCLUSIONES.

En el presente apartado dedicado a las conclusiones desarrollaremos las principales tesis sostenidas a lo largo del trabajo, en esa medida aquellas seguirán, por regla general, el orden secuencial de la investigación, es decir, que se escogerán las ideas centrales discutidas en cada capítulo. Sin embargo, aquello no significa que descuidemos la visión sistemática del trabajo en su conjunto.

1. El poder constituyente como un concepto de origen democrático.

Como fue señalado en el primer capítulo, cuando abordamos el estudio del poder constituyente, solamente se lo puede hacer desde una perspectiva democrática, es decir, entendiendo que su titularidad le corresponde al pueblo. Así, el poder constituyente surge como la facultad soberana del pueblo para autogobernarse por medio de una Constitución. En consecuencia, el poder constituyente se trata de un concepto vinculado a dos de los grandes acontecimientos que dan inicio a la modernidad política: la independencia norteamericana y la Revolución francesa.

Ahora bien, como es conocido el poder constituyente no se presentó de la misma forma en Norteamérica y en Europa, en la medida en que para los primeros surgió de modo práctico, a partir de la tradición de organizarse por medio de los *covenant* religiosos aplicado a la autoorganización de la comunidad política. En tanto que la experiencia de los segundos, nos lleva a una comprensión del poder constituyente de corte teórico, en donde la figura de Sieyés fue capital, con la renombrada tesis de la titularidad del poder que constituye la comunidad política en la nación.

En definitiva, la comprensión del poder constituyente como un concepto edificado sobre la base del principio de soberanía popular supuso importantes consecuencias, en la medida en que, por un lado, significó la abolición de un modelo de Estado de corte absoluto en donde se consideraba soberano al rey,

y, por otro, sirvió de fundamento para una de las señales de identidad del Estado de Derecho, esto es, el imperio de la ley. Ciertamente, como es ampliamente conocido, el imperio de la ley suponía, entre otras cosas, que las personas se sujetaban a lo dispuesto en la ley en la medida en que esta expresaba el autogobierno de la comunidad. Es por ello que ante el caso de que uno de los miembros de la comunidad no cumpliera con la ley, como comunidad se asentía para que el Estado, en palabras de Weber, haga uso del monopolio de la fuerza legítima, con el fin de restaurar la paz social.

2. La reforma constitucional como instrumento que promueve a la vez el cambio y la permanencia del Texto constitucional.

En la reforma constitucional se presenta un hecho que supondría una tensión intrínseca, en la medida en que por un lado, se acude a la reforma con el fin de actualizar la Constitución a la realidad donde aquella rige y, por otro lado, promueve la permanencia de la Constitución, en el sentido de que para su modificación se debe recurrir a unos procedimientos particularmente rigurosos, asegurando así, que los contenidos constitucionales se mantengan protegidos de los ímpetus reformatorios de simples mayorías parlamentarias de turno. En este sentido, los Textos constitucionales rígidos que contemplan, por ejemplo, el concurso de mayorías calificadas para proceder a su reforma resultan adecuados para defender la permanencia de la Constitución.

Sin embargo, no debemos perder de vista que la reforma como sugiere la teoría, es conjuntamente con la justicia constitucional, una garantía de la Constitución, en la medida en que se acude a ella, cuando la actualización del Texto constitucional no puede ser hecha por medio de los tribunales constitucionales. En este sentido la función de actualización y la de permanencia que desempeña la reforma respecto de la Constitución tienen como objetivo compartido la defensa de la supremacía constitucional, tanto desde una perspectiva fáctica al perseguir la adecuación de la Constitución a nuevas realidades, como desde una perspectiva técnica jurídica, que observa en la rigidez constitucional un medio para proteger los contenidos sustanciales de la Constitución.

3. La reforma constitucional al tratarse de un poder constituyente derivado encuentra sus límites en la propia Constitución.

Como se sabe la distinción entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado, supuso desde su formulación en el siglo 18, una de las categorías claves para la comprensión de la naturaleza de la reforma constitucional. Así, mientras que, por un lado, para hablar de la creación o de la sustitución de la Constitución se acude al poder constituyente originario, es decir, a aquella magnitud o fuerza política primigenia del pueblo para autoorganizarse, y en esa medida carente de limitaciones de carácter positivo impuestas por una Constitución anterior. El poder constituyente derivado, por otro lado, encuentra su existencia al estar contemplado y debidamente regulado por el propio Texto constitucional, en esa medida su legitimidad radica en el acatamiento de las prescripciones y límites impuestos por la Constitución.

De ahí que el poder constituyente derivado a diferencia del poder constituyente originario, encuentra como sus límites a aquellos temas sobre los que no puede discutir en caso de llevar a cabo la reforma de la Constitución. Así, los límites vendrían dados por aquellos contenidos esenciales del Texto constitucional, tales como la forma de Estado o la forma de gobierno, o los derechos y garantías constitucionales.

En definitiva, el contenido esencial de la Constitución comprende todo contenido que forma parte de la decisión política fundamental y, en esa medida, como señalaba Schmitt, su modificación no podía ser tramitada por el poder constituyente derivado previsto en la propia Constitución, sino que tendría que ser llevado a cabo, necesariamente, por el poder constituyente originario.

4. La tensión entre la soberanía popular y la supremacía constitucional en la reforma de la Constitución.

Como se dijo en el primer capítulo, la tensión entre la soberanía popular y la supremacía constitucional es un tema que acompaña al Estado constitucional desde su surgimiento y que halla una solución por medio de las Constituciones modernas, las cuales conjugan el principio democrático, la representación política y la limitación material del poder. De ahí que, gracias a esta idea, es posible encontrar un modelo que procura la armonía entre ambos ideales en tensión, al cual se lo denomina democracia constitucional.

Sin embargo, no debemos olvidar que las Constituciones de la democracia constitucional enfrentan una fuerte tensión respecto al cuestionamiento que tempranamente formulara Paine o Jefferson, sobre la legitimidad de que los designios de las mayorías pasadas puedan obligar a las futuras. Esta preocupación engarza con la reforma constitucional, en el sentido de que los compromisos constitucionales adoptados por las generaciones anteriores vinculan a las posteriores, a partir de la exigencia de disposiciones que asumen que las reformas constitucionales solo podrán efectuarse por medio de mayorías calificadas, lo que implica, en definitiva, que deberá existir un alto consenso para la modificación de las normas constitucionales.

El planteamiento arriba señalado supondría, como se dio cuenta en el trabajo, el ir en contra de la regla de la mayoría, que trata en pie de igualdad a todos los votos, tanto pasados como presentes y futuros, y, con ello, no privilegia el inmovilismo, frente al cambio. Ahora bien, como lo hemos sostenido la tensión existente entre la soberanía popular y la supremacía de la Constitución, no supone necesariamente la contradicción entre ambos ideales, en este sentido, asumimos una lectura que coincide con la tesis de Habermas, la cual apunta a la cooriginalidad de la democracia y el constitucionalismo. Así, destacamos las coincidencias entre la soberanía popular y la supremacía constitucional, rescatando la idea de que algunos derechos y libertades individuales operan como prerrequisitos necesarios para una genuina democracia, en esa medida es necesario que aquellos sean protegidos por la rigidez constitucional.

Finalmente, debemos señalar que a mayores límites que se establezcan en las Constituciones para proteger los derechos fundamentales de la actuación de las mayorías reformadoras, menores son los espacios de deliberación en que podría entrar el poder de reforma constitucional.

5. La impronta garantista y participacionista de la Constitución ecuatoriana de 2008 y su influencia sobre el procedimiento de reforma constitucional.

Como señalamos en el segundo capítulo, la Constitución de Ecuador, por un lado, se caracteriza por ser fuertemente garantista del profuso catálogo de derechos que contempla y, por otro, por promover la participación política de los ciudadanos en la construcción de las decisiones públicas. De ahí que, la comprensión de la reforma constitucional solo puede ser entendida inserta en un modelo en el que los derechos y garantías constitucionales son el fin más importante a ser protegido por el poder público, que deberá contar, además, con la activa participación ciudadana, en la medida en que se prevé la iniciativa popular para la reforma constitucional, así como el referéndum constitucional, para reformas constitucionales, y el referéndum constituyente para la adopción de una nueva Constitución.

El carácter garantista de derechos de la Constitución se sintetiza en su artículo 1, el cual define al Estado como constitucional de derechos y justicia, se trata, en consecuencia, de una denominación novedosa, que persigue subrayar la importancia que poseen los derechos para el Estado ecuatoriano, los cuales actúan como finalidades a ser cumplidos, además de constituirse en límites obligatorios que deberá observar en todo momento el poder público.

Se podría decir que los rasgos en cuestión le vienen dados a la Constitución, por el hecho de que fue redactada por una Asamblea Constituyente, creada como consecuencia de una consulta popular, Asamblea que en la medida de lo posible, intentó incorporar los distintos reclamos sociales y económicos de una sociedad diversa y compleja, muestra de ello podemos señalar, por ejemplo, la

adopción de la categoría andina *sumak kawsay* o buen vivir, que reflejaría el anhelo de los constituyentes por garantizar los derechos constitucionales de toda la población, a través de la planificación e intervención del Estado en la economía. Posteriormente, la Constitución redactada por la Asamblea Constituyente fue ratificada por medio de referéndum. En consecuencia, se puede sostener que el Texto constitucional en vigor en Ecuador obedeció a un proceso garantista y participativo, que nació por consulta popular, que luego recogió algunas de las más importantes preocupaciones sociales y económicas de los ecuatorianos, y que, finalmente, se adoptó por referéndum constituyente.

6. La Constitución ecuatoriana como un texto que comporta una rigidez gradual, con el fin de proteger de modo efectivo los derechos y garantías constitucionales.

La Constitución de Ecuador, como se sostuvo a lo largo del trabajo, se caracteriza por un sistema de rigidez gradual, en donde el procedimiento más sencillo de modificación constitucional denominado enmienda (art. 441), tiene como límites el cambiar los elementos constitutivos del Estado, la estructura fundamental de la Constitución, cambiar los procedimientos de reforma constitucional, y el restringir los derechos y garantías constitucionales. Por su parte la reforma (art.442), se muestra como el mecanismo que comporta una rigidez intermedia, en esa medida tiene como límites el cambiar los procedimientos de reforma constitucional, y el restringir los derechos y garantías constitucionales. Finalmente, la Asamblea Constituyente (art. 444), aparece como el mecanismo de modificación constitucional más rígido de todos, en la medida en que supone la intervención del poder constituyente originario cuando el cambio suponga el restringir los derechos y garantías constitucionales.

En efecto, la obligación de que todo cambio a la Constitución ecuatoriana que consista en el modificar los procedimientos de reforma o el restringir los derechos y garantías constitucionales se lo haga por Asamblea Constituyente, supone entre otras cosas, una garantía primaria de los derechos, en la medida en que implica obligaciones sustanciales dirigidas al poder público para evitar

reformas lesivas contra aquellos. En este sentido, por ejemplo el artículo 84 de la Constitución regula una garantía primaria de corte normativo, por medio de la cual se garantiza que todo órgano con potestad normativa deba adecuar las normas que produzca a los derechos constitucionales, enfatizando que ni siquiera la reforma constitucional podrá restringir el contenido de los derechos. Adicionalmente, como lo sostuvimos en el segundo capítulo, el artículo 84 puede ser considerado también como una cláusula de intangibilidad, debido a que establece limitaciones explícitas al poder de reforma constitucional.

De ahí que podemos colegir el carácter garantista y participativo del procedimiento de reforma constitucional, en la medida en que, por un lado, establece un procedimiento particularmente rígido para la modificación de los derechos en sentido restrictivo y, por otro, exige la obligatoria participación de los ciudadanos en los distintos procedimientos y fases del trámite de la reforma.

7. La Constitución de Ecuador como uno de los textos más rígidos en América Latina.

A partir de las consideraciones precedentes es fácil colegir que la Constitución de Ecuador se inscribe dentro de la corriente más actual de Constituciones de la región, con una clara vocación por la rigidez y la instauración de mecanismos de participación popular directa, contando, además, con cláusulas de intangibilidad y mayorías calificadas para su reforma.

Así, señalamos que desde la comprensión de un constitucionalismo fuerte, caracterizado por la existencia de cláusulas de intangibilidad, así como por la exigencia de mayorías calificadas en la tramitación de reformas constitucionales, de los diez países de América Latina analizados en el presente trabajo, se desprendían tres niveles de rigidez.

En consecuencia, entre las Constituciones más rígidas tendríamos a Bolivia, Brasil, Chile, Perú y Venezuela, seguidas por los Textos de Colombia y Costa Rica, y, finalmente, ubicamos como los Textos menos rígidos el de Argentina y

el de México. Ecuador, a estos efectos, se ubicaría en el grupo de los países con Constituciones más rígidas, en la medida en que contempla la activación de una Asamblea Constituyente para modificar regresivamente los derechos, así como por la previsión de dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional para introducir cualquier cambio a la Constitución, y por la existencia de una cláusula de intangibilidad, que impide reformar de modo regresivo los derechos y garantías constitucionales.

En este orden de consideraciones, la adopción de procedimientos rígidos de reforma tiene en el caso ecuatoriano una función defensiva frente a eventuales intentos de reforma procedentes desde el Parlamento, el Ejecutivo o desde los propios ciudadanos, cuando aquellos comporten un sentido regresivo con respecto a los avances, especialmente en lo relativo al reconocimiento de derechos y a la participación política, contemplados en la Constitución.

8. El control constitucional de la reforma de la Constitución a cargo de la Corte Constitucional.

Como sostuvimos en el tercer capítulo, la objeción democrática a la que se enfrentan los tribunales constitucionales cuando deben efectuar el correspondiente control de las reformas constitucionales, es particularmente aguda, en la medida en que, en última cuenta, se controla al poder constituyente del pueblo. De ahí que señaláramos que dicha objeción podía ser matizadas en la medida en que se implemente un control constitucional de la reforma de corte dialógico, es decir, un modelo donde los tribunales constitucionales implementen mecanismos de diálogo con los otros poderes y con los ciudadanos. Sobre todo tomando en consideración que las condiciones con las que cuentan los tribunales constitucionales los convierten en espacios idóneos para fomentar una argumentación de calidad.

El control a cargo de la Corte viene dado por el artículo 443 de la Constitución, que la señala como el ente encargado de calificar cuál de los procedimientos, enmienda, reforma parcial, o Asamblea Constituyente es el que corresponde a la iniciativa presentada, se trata por tanto de un trámite necesario insertado en

el procedimiento de reforma constitucional, cualquiera que sea su modalidad. En este sentido, el artículo 99 de la LOGJCC sostiene que la Corte Constitucional intervendrá por medio de dictamen de procedimiento, sentencia de constitucionalidad de la convocatoria a referéndum y sentencia de constitucionalidad de las enmiendas, reformas y cambios constitucionales.

Ciertamente, a partir de las normas señaladas podemos decir que la intervención de la Corte Constitucional cuando ejerce control constitucional de las modificaciones a la Constitución se produce en tres momentos. Así, los dos primeros tienen un carácter previo, en la medida en que, en el primer caso tiene como objeto determinar qué tipo de procedimiento implica la modificación propuesta, es decir, si la reforma se debe llevar a cabo por enmienda, reforma parcial o cambio o sustitución de la Constitución. En tanto que el segundo operaría una vez que la Corte ya definió el procedimiento y tiene como fin el controlar la constitucionalidad de la convocatoria del referéndum para reformar la Constitución. Finalmente, el tercer tipo de control sobre las enmiendas, reformas y cambios constitucional es posterior, una vez que los aquellos hayan sido publicados en el registro oficial.

Por otro lado, el control constitucional puede ser de tipo formal y de tipo material, así por ejemplo, es formal respecto de la convocatoria a referéndum (art. 103 LOGJCC), en tanto que es material respecto del control de los considerandos (art. 104 LOGJCC), y del cuestionario puestos a consideración del pueblo en referéndum (art. 105 LOGJCC).

9. Evaluación del papel de la Corte Constitucional en el control previo de las iniciativas de modificación constitucional.

El objetivo de este apartado es dar cuenta cómo la Corte, encargada *a priori* de vigilar el trámite de los procedimientos de reforma constitucional, ha llevado a cabo un desarrollo muy discutible de sus funciones. En la medida en que, por un lado, la Corte no ha cumplido con lo dispuesto por la LOGJCC, al confundir en el Dictamen 001-11-DRC el pronunciamiento respecto del procedimiento o vía para tramitar la modificación constitucional con el relativo a la convocatoria

referéndum y, por otro lado, en el mismo Dictamen la Corte se ha arrogado una facultad que ni constitucional ni legalmente le ha sido conferida, esto es, el modificar las preguntas y anexos sometidos a referéndum.

Una crítica que se le puede formular tanto al Dictamen 001-11-DRC, como al 001-14-DRC, es que en ambas ocasiones la Corte ha sido extremadamente deferente con las posiciones del Presidente de la República y de la Asamblea Nacional, órgano en el cual el movimiento político del Presidente cuenta con mayoría. Asimismo, en ambos Dictámenes es criticable el hecho de que no se ha tenido en cuenta la participación ciudadana, que queda convertida en una mera formalidad sin influencia, de tal forma que la Corte no da respuesta a las alegaciones formuladas en calidad de intervinientes y de *amicus curiae* que se sucedieron en la audiencia pública.

Por último, la posición jurídica de la Corte es criticable en la medida en que en el Dictamen 001-11-DRC, suprimió la deliberación política en sede parlamentaria, en tanto que en el Dictamen 001-14-DRC, hizo lo mismo respecto de la ciudadanía, al permitir que la iniciativa fuese tramitada de modo exclusivo por la Asamblea. En definitiva, en ambas ocasiones la Corte no defendió el modelo participativo contemplado en la Constitución, por el contrario, determinó los procedimientos a partir de la conveniencia del Ejecutivo.

Así, cuando señalamos que la Corte no ha cumplido con lo dispuesto por la LOGJCC, al confundir en el Dictamen 001-11-DRC el pronunciamiento respecto del procedimiento o vía para tramitar la modificación constitucional con el relativo a la convocatoria referéndum, criticamos la confusión en que incurre la Corte al concentrar en un solo paso dos procedimientos claramente diferenciados.

En efecto, el artículo 99 de la LOGJCC determina las modalidades de control de la reforma, y señala en consecuencia las dos formas de control constitucional previo encargadas a la Corte, por un lado, el dictamen de procedimiento y, por otro, la sentencia de constitucionalidad de la convocatoria.

En este orden de consideraciones, la Corte en el Dictamen 001-11-DRC, lo único que tuvo que haber llevado a cabo fue la determinación de si la iniciativa debía ser tramitada por la vía de la enmienda, de la reforma parcial o por medio de Asamblea Constituyente, es decir establecer constitucionalmente cuál era la vía idónea para tramitar la iniciativa. En consecuencia, correspondía a la Corte, posteriormente, determinar por medio de sentencia la constitucionalidad de los considerandos y cuestionarios puestos a consideración del pueblo por medio de referéndum. Se debe señalar, por otra parte, que en el Dictamen la Corte no presenta una convincente justificación que avale su actuación de unificar las dos etapas de control en una.

Ahora bien, como se señaló en el tercer capítulo, la Corte con motivo del Dictamen 002-16-DRC rectificó su proceder ajustándose, en consecuencia, a lo establecido por la LOGJCC, es decir, que circunscribió su actividad a establecer, exclusivamente, el camino o vía idónea para tramitar la iniciativa, sin que se haya pronunciado sobre la convocatoria a referéndum, en donde como ha sido dicho, se procede a controlar la constitucionalidad de los considerandos y cuestionarios sometidos al pueblo.

Continuando con el Dictamen 001-11-DRC, nos merece particular atención el hecho de que la Corte se arrogó una facultad que ni constitucional ni legalmente le ha sido conferida, esto es, el modificar las preguntas y anexos sometidos a referéndum. Ciertamente, como se dio cuenta en el correspondiente análisis incluido en el tercer capítulo, la Corte se extralimitó en sus funciones interfiriendo en una atribución propia del Ejecutivo, órgano que a diferencia de la Corte goza de legitimidad democrática directa. Asumiendo, por otro lado, sin una justificación razonable el costo político que supuso el modular las preguntas, término utilizado por la Corte para justificar una supuesta competencia para cambiarlas. Sobre todo tomando en consideración que el contenido de las preguntas fue en unos casos regresivo respecto, principalmente, a derechos relacionados al debido proceso y a la libertad de empresa y, por otro, modificó la estructura de uno de los Poderes del Estado.

En definitiva, consideramos que la actuación de la Corte, tanto por haber unificado las etapas de control en un solo Dictamen, como por la modificación de los considerandos y cuestionarios no cumplió con su rol de guardián de la Constitución. Por el contrario dejó una triste imagen de la justicia constitucional en materia de control de las reformas constitucionales, que desveló la actitud en exceso deferente de la Corte para con la iniciativa de reforma del Presidente de la República.

Lamentablemente, la última consideración no es predicable solamente al Dictamen 001-11-DRC, en la medida en que se la puede formular también al Dictamen 001-14-DRC, toda vez que la iniciativa de reforma presentada por la Asamblea Nacional, órgano, que como señalamos, se encuentra integrado por una mayoría adscrita al movimiento político del Presidente, fue tratada con particular deferencia, denotando así, la inexistencia de la debida independencia que debía guardar la Corte respecto del Presidente, así como del Parlamento.

Por otro lado, en ambos Dictámenes la Corte no actuó como una Corte abierta al diálogo con los ciudadanos, en la medida en que aquella no da respuesta a las alegaciones formuladas en calidad de intervinientes y de *amicus curiae* que se sucedieron en las audiencias públicas.

Debemos señalar que la importancia de la participación de los ciudadanos y colectivos en las audiencias públicas fue notoria. Así, por ejemplo, respecto del Dictamen no. 001-11, existieron 48 intervenciones, diez de las cuales fueron realizadas en calidad de *amicus curiae*⁷⁰¹. Del total de intervenciones tan solo cinco avalaron en términos positivos la iniciativa, y ninguna de ellas tuvo la forma de *amicus curiae*. En tanto que, respecto del Dictamen no. 001-14, existieron 39 intervenciones entre las cuales constan las realizadas por escrito, así como las efectuadas verbalmente y las que tuvieron calidad de *amicus curiae*⁷⁰². Del total de intervenciones se destacan las de cuatro de los peticionarios, a la sazón asambleístas del movimiento oficial, que avalaron,

⁷⁰¹ Dictamen no. 001-11-DRC, pp. 15-28.

⁷⁰² En el Dictamen no se especifica a que grupo corresponde cada una de las intervenciones. Dictamen no. 001-14-DRC, pp. 4-24.

evidentemente, en términos positivos la iniciativa, asimismo dentro de este grupo a favor de la iniciativa se suman ocho participaciones más⁷⁰³.

Ahora bien, más allá de la activa participación comentada en ambos Dictámenes, la calidad de Corte abierta al diálogo ciudadano no se agota en el mero acceso a ser oído por parte de los tribunales, sino que, supone, además, que aquellos tomen cuenta en la decisión final las argumentaciones aportadas por los participantes en la audiencia pública. Se debe destacar que la particularidad de las audiencias públicas dentro de casos de relevancia institucional, como es el control previo de trámite para reformar la Constitución, es de enorme importancia, en la medida en que los posiblemente afectados, sea de modo directo o indirecto es la comunidad en su conjunto.

Por ello, precisamente, creemos necesario que la Corte cuando iba desarrollando sus problemas jurídicos se debía tomar el tiempo de incorporar algunas de las consideraciones presentadas en la audiencia pública, tanto de las que son a favor como de las que son en contra de la iniciativa. Entendemos, no obstante, que no es posible que se pueda dar respuesta a todas las intervenciones, ya sea por motivo de tiempo, o por las diferencias que suponen los tipos de actuaciones. En todo caso la Corte podía haber ensayado el agrupar las intervenciones por temas de mayor relevancia, intercalando los argumentos de los posibles afectados con la iniciativa, con los de los especialistas, que en ambos Dictámenes analizados tuvieron, primordialmente la forma de *amicus curiae*. Así, la Corte daría muestra del interés por generar un diálogo con los ciudadanos participantes en la audiencia pública, los cuales por provenir de distintos sectores de la sociedad se constituyen en una muestra considerable de la pluralidad de intereses que coexisten en la comunidad ecuatoriana.

Finalmente, la posición asumida por la Corte es criticable en términos de haber suprimido la deliberación política, tanto desde una perspectiva del poder

⁷⁰³ Si bien se debe aclarar que tres de las ocho intervenciones fueron realizadas por funcionarios del Consejo Provincial de Pichincha y, en esa medida concentraron su atención en temas propios a dicho nivel de gobierno, que formaron parte de la iniciativa.

público como desde la ciudadanía. En el sentido de que el Dictamen 001-11-DRC, coartó la discusión en sede parlamentaria, en la medida en que al haber autorizado que la iniciativa de reforma del Presidente sea tramitada por la vía de enmienda en la modalidad de referéndum, supuso el prescindir del debate parlamentario, el cual es requerido, necesariamente, cuando se trata de una reforma parcial, así como de un cambio tramitado por vía de Asamblea Constituyente.

Por nuestra parte, destacamos la importancia que implica la discusión en sede parlamentaria, toda vez que en la legislatura, por un lado, se encuentra la representación plural de intereses que coexisten en la sociedad y, por otro, se trata de una institución con particulares características para generar deliberación política. Al establecerse, por ejemplo, la doble ronda de discusión, así como la existencia de comisiones especializadas, contando, además, con la posibilidad de que los posibles afectados por una iniciativa legal puedan acudir ante aquellas y ser escuchados. En este orden de consideraciones, pensamos que las ventajas atribuidas a la deliberación legal podrían ser aplicadas también al caso de la reforma constitucional.

En tanto que en el Dictamen 001-14-DRC, la Corte coartó la deliberación política respecto de la ciudadanía, al permitir que la iniciativa de reforma por parte de la Asamblea fuese tramitada por la vía de enmienda y, en esa medida como lo determina la Constitución y la LOGJCC, sea objeto de discusión, exclusivamente, en sede legislativa. Alejándose en consecuencia, del modelo democrático deliberativo contemplado por la Constitución, ya que los posibles afectados con la iniciativa de reforma, esto es, la comunidad ecuatoriana no tuvo de modo directo la última palabra sobre la adopción o no de importantes cambios constitucionales que afectaron, como vimos, a los derechos constitucionales, así como a los elementos constitutivos del Estado, y al sistema político.

De ahí que dichos cambios debían ser tramitados por vía de la Asamblea Constituyente o de la reforma parcial. Procedimientos que precisan del referéndum ratificatorio, en su variante constituyente y constitucional,

respectivamente. En suma, en ambos Dictámenes la Corte no defendió el modelo participativo contemplado en la Constitución, por el contrario, determinó los procedimientos de reforma a partir de la conveniencia política del Presidente de la República. Cuestión que, por otro lado, nos ubica frente a otro grave problema como es la falta de independencia de la Justicia Constitucional de Ecuador, respecto de los poderes Ejecutivo y Legislativo.

BIBLIOGRAFÍA.

- Ackerman, Bruce. *We the people*, vol. I. *Foundation*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1991.
- Ackerman, Bruce. *We the people*, vol. II. *Transformation*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1998.
- Ackerman, Bruce; Carlos Rosenkratz. “Tres concepciones de la democracia constitucional”, en *Cuadernos y Debates*, no. 29. *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- Acosta Sánchez, José. *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998.
- Aguilera Portales, Rafael. *Teoría política del Estado Constitucional*, Porrúa, México, 2011.
- Aláez Corral, Benito. *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- Aláez Corral, Benito. “La reforma constitucional como motor de las transformaciones actuales del Estado español”, en *Derecho Constitucional para el Siglo XXI*, tomo I, edit. Javier Pérez Royo, Joaquín Urías Martínez, Manuel Carrasco Durán, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006.
- Alegre, Marcelo “Democracia sin presidentes”, en *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, Paper 48, Bogotá, 2006.

- Alexy, Robert. “Los derechos constitucionales y el sistema jurídico”, en *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*, Fontamara, México, 2007.
- Andrade, Pablo. “El reino (de lo) imaginario: los intelectuales políticos ecuatorianos en la construcción de la Constitución 2008”, en *Ecuador Debate*, No. 85, CAAP, Quito.
- Aragón Reyes, Manuel. “Constitución y Derechos Fundamentales”, en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, comp. Miguel Carbonell, Porrúa, México, 2008.
- Aragón Reyes, Manuel. “La reforma constitucional: procedimientos, límites y control”, en *Estudios de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.
- Aragón Reyes, Manuel. *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.
- Aristóteles. *La Política*, Panamericana Editorial, Bogotá, 1999.
- Arrimada, Lucas. “La democracia como precondition del constitucionalismo: prácticas democráticas y reforma constitucional”, en *La Constitución en 2020*, coord. Roberto Gargarella, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2011.
- Ávila, Ramiro. “El estado constitucional de derechos y justicia”, en *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, ed. Ramiro Ávila, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.
- Barberis, Mauro. “Democracia”, en *Ética para juristas*, Trotta, Madrid, 2012.
- Barnés, Javier. “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, en *Cuadernos de Derecho Público*, no. 5. INAP, 1998.
- Basabe, Santiago; Luis Llanos. “La Corte Suprema del Ecuador en el período democrático (1979-2013): entre la inestabilidad institucional y la influencia partidista”, en *América Latina Hoy* 67, 2014, p. 19. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/308/30832160002.pdf>
- Basabe, Santiago. “Ecuador: reforma constitucional, nuevos actores políticos y viejas prácticas partidistas”, en *Revista de Ciencia Política*,

Vol. 29, No. 2, 2009, p. 390-391. Disponible en:
http://www.revistacienciapolitica.cl/rcp/wpcontent/uploads/2013/10/07_vol_29_2.pdf

- Bayón, Juan Carlos “Derechos, Democracia y Constitución”, en *Neoconstitucionalismo* (s), ed. Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2003.
- Bayón, Juan Carlos. *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*. Disponible en <http://www.upf.edu/filosofiadeldret/pdf/bayon-democracia.pdf>
- Benavides Ordóñez, Jorge. “La reelección presidencial indefinida en Ecuador. Una lectura crítica del Dictamen de la Corte Constitucional que la permite vía enmienda constitucional”. *Comunicación presentada al 12 Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Bogotá, 16-18 de septiembre de 2015.
- Benavides Ordóñez, Jorge. “Reforma constitucional, límites y deliberación democrática en Ecuador”, en *Revista General de Derecho Público Comparado*, 17, 2015, pp. 8-15. Disponible en: http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=416311&d=1
- Benavides Ordóñez, Jorge. *Los derechos humanos como norma y decisión*, Centro de Estudios/Corte Constitucional Ecuador, Quito, 2012.
- Bernal Pulido, Carlos; Aparicio Caicedo y Mario Serrafiero. *Reelección indefinida vs. democracia constitucional. Sobre los límites al poder de reforma constitucional en el Ecuador*. Temas de Derecho Público no. 95, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.
- Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- Bickel, Alexander. *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, New Haven, 1962.
- Bidart Campos, German. *Doctrina del Estado Democrático*, Ediciones Jurídicas de Europa y América, Buenos Aires, 1961.
- Biscaretti di Ruffia, Paolo. *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987.

- Blanco Valdés, Roberto. *El valor de la Constitución*, Alianza, Madrid, 2006.
- Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia*, 1ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2003.
- Borja, Rodrigo. *Enciclopedia de la Política*, Tomo I, Fondo de Cultura Económica, México, 2007.
- Borja, Rodrigo. *Enciclopedia de la Política*, tomo II, Fondo de Cultura Económico, México, 2003.
- Bague Camazano, Joaquín. *La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la Segunda Posguerra*, comunicación presentada en la “Jornada sobre Orientación y Método en el Derecho Constitucional”, UNED, Madrid, noviembre 2007. Disponible en: http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/Comunicacion_J_Brage.pdf.
- Bryce, James. *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- Carbonell, Miguel. “Sobre la Reforma constitucional y sus funciones”, en *Teoría de la Constitución: ensayos escogidos*, comp. Miguel Carbonell, Porrúa, México, 2008.
- Carpizo, Jorge. “El Tribunal Constitucional y el Control de la Reforma Constitucional”, en *La Reforma Constitucional. Sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado*, coord. Pedro Torres y Michael Núñez, Porrúa, México, 2009.
- Carrasco Durán, Manuel. “La participación social en el procedimiento legislativo”, en *Revista de Derecho Político*, No. 89, 2014.
- Carré de Malberg, Raymond. *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.
- Cicconetti, Stéfano. *La revisione della costituzione*, CEDAM, Padova, 1972.
- Colombo Murúa, Ignacio. *Límites a las reformas constitucionales. Teoría de las cláusulas pétreas*, Astrea, Buenos Aires, 2011.

- Colón Ríos, Jhoel “Apuntes sobre Legitimidad Democrática y Asambleas Constituyentes”, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Vol. 16, p. 1, 2015. Disponible en: http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=11169&id_item_menu=5858.
- Colón Ríos, Jhoel. “The legitimacy of the juridical: constituent power, democracy, and the limits of constitutional reform”, en *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*, n. 21, 2011.
- Corral, Fabián. “Estado de derechos y justicia”, en el *Comercio*, 6 de octubre de 2011. Disponible en <http://www.elcomercio.com/opinion/derechos-y-justicia.html>.
- Cruz Villalón, Pedro. Introducción, *Escritos de Derecho Constitucional*, Konrad Hesse, selección y traducción, Pedro Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- Cruz Villalón, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad: 1918-1939*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
- Cruz Villalón, Pedro; “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en *La curiosidad del jurista persa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.
- Cruz Villalón, Pedro; Javier Pardo Falcón, “Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 97, enero-abril 2000.
- De Asís Roig, Rafael; Francisco Javier Ansuátegui, Javier Dorado Porras, “Los Textos de las Colonias de Norteamérica y las enmiendas a la Constitución”, en *Historia de los Derechos Fundamentales*, vol. II, t. III, coord. Francisco Javier Ansuátegui, José Manuel Rodríguez, Gregorio Peces Barba, Eusebio Fernández García, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2001.
- De Cabo, Carlos. *La Reforma constitucional. En la perspectiva de las fuentes del Derecho*, Trotta, Madrid, 2003.
- De los Ríos, Fernando. Prólogo, *Teoría General del Estado*, Georg Jellinek, trad. Fernando de los Ríos, Editorial B de f, Buenos Aires, 2005.

- De Otto y Pardo, Ignacio. “Defensa de la Constitución y Partidos Políticos”, en *Obras Completas*, Universidad de Oviedo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Oviedo, 2010.
- De Vega, Pedro. “Apuntes para una historia de las Doctrinas constitucionales del siglo XX”, en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, comp. Miguel Carbonell, Porrúa, México, 2008.
- De Vega, Pedro. *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985.
- Díaz, Elías. “Estado de Derecho”, en *Filosofía Política*. Vol. 2, coord. Alfonso Ruiz Miguel, Elías Díaz, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- Díez-Picazo, Luis María. “Límites internacionales al poder constituyente”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 76, 2006.
- Dippel, Horts. *Constitucionalismo moderno*, trad. Clara Álvarez Alonso y María Salvador Martínez, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- Duverger, Maurice. *Les constitutions de la France*, PUF, París, 1998.
- Dworkin, Ronald. *El imperio de la justicia*, 3ª reimp., Gedisa, Barcelona, 2008.
- Echeverría, Julio. “El Estado en la nueva Constitución”, en *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, eds. Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009.
- Elster, Jon. *Ulises y las sirenas*, trad. Juan José Utrilla, Fondo de Cultura Económica, México, 4ª reimpr., 2014.
- Elster, Jon. *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad precompromiso y restricciones*, Gedisa, Barcelona, 2002.
- Ely, John Hart. *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, trad. Magdalena Holguín, Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997.
- Ernst Wolfgang Böckenförde, “El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del Derecho Constitucional”, en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. Rafael de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000.

- Ferrajoli, Luigi. Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n. 29, 2006.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 1999.
- Ferreres, Víctor. *Justicia Constitucional y Democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- Ferreres Comella, Víctor. “Una defensa de la rigidez constitucional”, en *Revista Doxa* n. 23, 2000.
- Ferreres Comella, Víctor. “El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas”, en *Jurisdicción constitucional y democracia*. Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.
- Ferreyra, Raúl Gustavo. “Patología del proceso de reforma. Sobre la inconstitucionalidad de una enmienda en el sistema constitucional de la Argentina”, en *Anuario de Derecho Constitucional 2008*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2008. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2553/31.pdf>
- Ferreyra, Raúl Gustavo. *Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2007, 253.
- Fioravanti, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, trad. Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2007.
- Gallego Anabitarte, Alfredo. *Constitución y personalidad jurídica del Estado*, Madrid, Tecnos, 1992.
- García Pelayo, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado, Obras Completas I*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- García-Atance, María Victoria. *Reforma y permanencia constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- García, Eloy. “La sustitución de la Constitución en el Derecho Constitucional colombiano”, en *Revista de Derecho Político*, No. 95, 2016. Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/16237/1399>

- Gargarella, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. 5ª impresión. Paidós, Barcelona, 2010.
- Gargarella, Roberto. “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos”, en *Por una justicia dialógica. El poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, comp. Roberto Gargarella, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2014.
- Gargarella, Roberto. “Constitucionalismo versus Democracia”, en *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo I, Democracia, coord. Roberto Gargarella, Abeledo Perrott, Buenos Aires, 2008.
- Gargarella, Roberto. “La dificultosa tarea de la interpretación constitucional”, en *Perspectivas Constitucionales*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2011.
- Gargarella, Roberto. *La justicia frente al gobierno*, Centro de Estudios/Corte Constitucional Ecuador Quito, 2012.
- Grijalva, Agustín. “Derechos humanos y democracia en Habermas”, en *Emancipación y transformación constitucional*, ed., Luis Ávila, Centro de Estudios/Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2011.
- Grijalva, Agustín. “Derechos humanos y democracia: tensiones y complementariedades”, en *Constitucionalismo en Ecuador*, Centro de Estudios/Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2012.
- Grijalva, Agustín. “Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional”, en *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, eds. Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009.
- Grijalva, Agustín. “Las garantías constitucionales en Ecuador: doctrina y evolución en las constituciones”, en *Constitucionalismo en Ecuador*, Centro de Estudios/Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2012.
- Grijalva, Agustín. “Nuevo constitucionalismo, democracia e independencia judicial”, en *Cálamo. Revista de Estudios Jurídicos*, no. 3, julio, 2015.
- Grimm, Dieter. “Constitución”, en *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, trad. Antonio López Pina, Trotta, Madrid, 2006.

- Guastini, Ricardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *Neoconstitucionalismo (s)*, ed. Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2003.
- Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Intro. y trad. Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 6ª edic., 2010.
- Häberle, Peter. *El Estado constitucional*, trad. Héctor Fix Fierro, Lima, UNAM, PUCP, 2003.
- Hamilton, Alexander; James Madison; Jonh Jay, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 2010.
- Heller, Hermann. *Teoría del Estado*, trad. Luis Tobío, Fondo de Cultura Económica, México, 2010.
- Herdegen, Matthias. “La reforma constitucional: criterios de justiciabilidad”, en *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo I, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2006.
- Hernández Valle, Rubén. “El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1993.
- Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. Pedro Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- Hierro Sánchez-Pescador, Liborio. “Derechos, democracia y justicia constitucional”, en *Jurisdicción constitucional y democracia. Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.
- Holmes, Stephen. “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en *Constitucionalismo y democracia*, coord. Jon Elster y Rune Slagstad, Fondo de Cultura Económica, México, 1999.
- Hurtado, Osvaldo. *Dictaduras del siglo XXI. El caso ecuatoriano*, Paradiso editores, Quito, 2012.
- Jellinek, Georg. *Teoría General del Estado*, trad. y Prólogo Fernando de los Ríos, Editorial B de f, Buenos Aires, 2005.
- Julio Estrada, Alexei. *Los derechos fundamentales frente a particulares*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

- Kelsen, Hans. *La Teoría Pura del Derecho*, trad. Moisés Nilve, Eudeba, Buenos Aires, 1999.
- Landau, David. “Constitucionalismo abusivo”, en *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.
- Laurence Morel, “Referéndum”, en *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, eds. Michel Rosenfeld, Andrés Sajó, Oxford, University Press, Oxford, 2012.
- Larrea Holguín, Juan. *Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Vol. I, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2007.
- Linares, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- Llasag, Raúl. “La Jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad”, en *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, eds. Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009.
- Löwenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*, trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1986.
- Lucas Verdú, Pablo. *Curso de Derecho Político*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1986.
- Macdonald, Roderick; Hoi Kong. “Judicial Independence as a Constitutional virtue” en *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional law*, eds. Michel Rosenfeld, Andrés Sajó, Oxford, University Press, Oxford, 2012.
- Manili, Pablo. “La Soberanía, Constitución, y derecho internacional de los derechos humanos”, en *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, IIDC, PUCP, Lima, 2010.
- Marbury, William. “The limitation upon the amending power”, en *Harvard Law Review*, vol. 33, 1919-20, p. 225. Disponible en: <https://archive.org/stream/jstor-1327162/1327162#page/n3/mode/2up>.

- Martí, José Luis. *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- Martínez Dalmáu, Rubén. “Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional”, en *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, eds. Ramiro Ávila, Agustín Grijalva, Rubén Martínez, Ministerio de Justicia/Tribunal Constitucional, Quito, 2008.
- Medina Guerrero, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGrawHill, Madrid, 1996.
- Mendes, Conrado Hübner. “Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra”, en *Por una justicia dialógica. El poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, comp. Roberto Gargarella, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2014.
- Montaña, Juan; Patricio Pazmiño, “Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano”, en *Manual de Justicia Constitucional ecuatoriana*, coord. Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Soliz, Centro de Estudios/Corte Constitucional Ecuador, Quito, 2013.
- Mouffe, Chantal. *El retorno de los político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, Paidós, Barcelona, 1999.
- Navas Alvear, Marco. “La justicia constitucional en el Ecuador, entre la política y el derecho”, en *Jurídicas*, No. 2, Vol. 10, Universidad de Caldas.
- Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, tercera reimp., Astrea, Buenos Aires, 2005.
- Nino, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. Roberto Saba, Gedisa, Barcelona, 1996.
- Nogueira Alcalá, Humberto. “Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile”, en *Revista Estudios Constitucionales*, no. 2, 2006.
- Nogueira Alcalá, Humberto. “Poder Constituyente y Reforma Constitucional: enfoque teórico y concreción práctica al caso chileno”, en

- La Reforma Constitucional. Sus implicaciones jurídicas y políticas en contexto comparado*, coord. Pedro Torres y Michael Núñez, Porrúa, México, 2009.
- Nogueira Alcalá, Humberto. *Regímenes políticos contemporáneos*, Editorial Jurídica Chile, Santiago, 1993.
 - Noguera, Albert. “Participación, Función Electoral, y Función de Transparencia y Control Social”, en *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, eds. Ramiro Ávila, Agustín Grijalva, Rubén Martínez, Ministerio de Justicia/Tribunal Constitucional, Quito, 2008.
 - Ortiz, Richard. Los procedimientos de reforma constitucional. ¿Garantías de supremacía constitucional? El caso ecuatoriano, Entrevista, en *Cálamo*, Revista de Estudios Jurídicos, no. 3, julio, 2015.
 - Oyarte, Rafael. *Derecho Constitucional. Ecuatoriano y Comparado*, Corporación Estudios y Publicaciones, Quito, 2014.
 - Pachano, Simón. “Democracia directa en Ecuador”, en *Temas actuales y tendencias en la ciencia política*, Simón Pachano, comp., FLACSO, Quito, 2008.
 - Paine, Thomas. *Los derechos del hombre*, trad. Roberto Paine, Perrot, Buenos Aires, 1959.
 - Pegoraro, Lucio. “Revisión constitucional: el caso italiano en el contexto de la teoría general y del derecho comparado”, en *La Reforma Constitucional. Sus implicaciones jurídicas y políticas en contexto comparado*, coord. Pedro Torres Estrada y Michael Núñez Torres, México, Porrúa, 2009.
 - Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 9ª edición, Tecnos, Madrid, 2005.
 - Pérez Luño, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*, 11ª edi., Tecnos, Madrid, 2011.
 - Pérez Royo, Javier “La reforma de la Constitución”, en *Revista del Departamento de Derecho Político*, n. 22, 1986.

- Pérez Royo, Javier. “Del derecho político al derecho constitucional: las garantías constitucionales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 12, 1992.
- Pérez Royo, Javier. “El proyecto de Constitución del Derecho Público como ciencia en la doctrina alemana del siglo XIX”, en *Revista de Estudios Políticos*, n. 1, 1978.
- Pérez Royo, Javier. “Por qué en España no se reforma la Constitución” en *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución española*, ed. Diego López, coord. María Luz Martínez, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.
- Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, Undécima Edición. Revisada y puesta al día por Manuel Carrasco Durán, , Marcial Pons, Madrid, 2007.
- Pérez Royo, Javier. *La reforma de la Constitución*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.
- Pérez Triviño, José Luis. “Una revisión de la soberanía del Parlamento británico”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, 54, 1998.
- Pisarello, Gerardo. *El largo Termidor*, Centro de Estudios/Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2012.
- Pisarello, Gerardo. *Procesos Constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, Trotta, Madrid, 2012.
- Porras Nadales, Antonio. “Notas sobre la teoría del poder constituyente y la experiencia española” en *Revista de Estudios Políticos*, n. 24, 1981.
- Ragone, Sabrina. “El control material de las reformas constitucionales en perspectiva comparada”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, no. 31, 2013.
- Ragone, Sabrina. “Il controllo delle revisioni costituzionali nel dititto comparatto: questione metodologiche”, en *Giustizia Costituzionale Comparata. Proposte classificatorie a confronto*, ed. Silvia Bagni , Bologna University Press, Bologna, 2013.
- Ragone, Sabrina. *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos*, Porrúa, México, 2012.

- Ramírez Cleves, Gonzalo. *Límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de Constitución como fundamento de la restricción*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- Ramírez, Franklin. coord., Mathieu Le Quang, Cristina Bastidas, *Nuda Política. Democracia, participación y conflictos. Ecuador 2009-2012*, FES-ILDIS, FLACSO, Quito, 2013.
- Rawls, Jonh. *Liberalismo político*, trad. Sergio Madero Báez, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.
- Requejo Pagés, Juan Luis. *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- Restrepo Ramos, Jorge. “La teología política de Carl Schmitt. Una lectura desde su debate con Hans Kelsen”, en *Revista Derecho del Estado*, n. 31, 2013.
- Rodríguez Ruiz, Blanca. “Entre la soberanía parlamentaria y los derechos humanos: Seguridad y política antiterrorista en el Reino Unido”, en *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, dir. Javier Pérez Royo, coord. Manuel Carrasco Durán, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- Roznai, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*. Tesis doctoral defendida en la London School Economics and Political Science, Londres, febrero, 2014, pp. 54-58. Disponible en: http://etheses.lse.ac.uk/915/1/Roznai_Unconstitutional-constitutional-amendments.pdf
- Rubio Llorente, Francisco. “La Constitución como fuente del derecho”, en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.
- Rubio Llorente, Franciso. “Rigidez y apertura en la Constitución”, en *La reforma constitucional: ¿hacia un nuevo pacto constituyente?*, Actas de las XIV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

- Sagüés, Néstor Pedro. *Teoría de la Constitución*, Astrea, Buenos Aires, 2001.
- Salazar Ugarte, Pedro. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, coord. Luis González Pérez, Diego Valadés, UNAM, México, 2013. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/22.pdf>.
- Salgado Pesántez, Hernán. “El proceso constituyente de Ecuador. Algunas reflexiones”, en *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectiva*, coord. José María Serna de la Garza, UNAM, México, 2009. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2728/11.pdf>.
- Sartori, Giovanni. *Ingeniería Constitucional Comparada*, trad. Roberto Reyes Mazzoni, 2ª reimpresión, México, 2005.
- Schmitt, Carl. *Teología Política*, trad. Francisco Javier Conde, Trotta, Madrid, 2009.
- Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*, versión española Francisco Ayala, Alianza, Madrid, 2011.
- Schneider, Hans Peter. “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en *Democracia y Constitución*, trad. Joaquín Abellán, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- Sieyés, Emmanuel. *¿Qué es el Estado llano?*, trad. José Rico Godoy, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- Smend, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*, trad. José María Beneyto Pérez, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- Stern, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, trad. del tomo I, Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
- Storini, Claudia; Jhoel Escudero Soliz. “El control de constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Revista General de Derecho Público Comparado* 9, 2011.
- Storini, Claudia. “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en *La Nueva*

- Constitución del Ecuador. Estado, derechos, instituciones*, eds. Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Storini, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009.
- Tierney, Stephen. *Constitutional Referendums: A Theoretical Enquiry*, p. 7. Disponible en: https://www.upf.edu/dcpis/_pdf/2009-2010/forum/Tierney_paper.pdf
 - Tomás y Valiente, Francisco. “Constitución”, en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Filosofía política II. Teoría del Estado*, ed. de Elías Díaz y Alfonso Ruíz Miguel, Trotta, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1996.
 - Torres del Moral, Antonio. “El instituto de la rigidez como garantía de la Constitución”, en *Defensa de la Constitución. Garantismo y Controles*, coord. Víctor Bazán, Ediar, Buenos Aires, 2003.
 - Torres, Luis Fernando. “El presidencialismo constituyente y el Estado constitucional de Montecristi”, en *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, eds. Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Storini, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009.
 - Trujillo, Julio César. “Sociedad civil, Estado y participación”, en *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, eds. Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Storini, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009.
 - Uprimny, Rodrigo. “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico en el siglo XXI*, coord. César Rodríguez Garavito, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.
 - Valadés, Diego. Estudio introductorio a *El Estado constitucional*, Peter Häberle, trad. Héctor Fix Fierro, Lima, UNAM, PUCP, 2003.
 - Velasco, Gustavo R. Prólogo al *Federalista* (Hamilton, Madison y Jay), 3ª reimp., Fondo de Cultura Económica, México, 2010
 - Viciano Pastor, Roberto; Rubén Martínez Dalmáu, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *El Nuevo constitucionalismo en América Latina. Memorias del encuentro*

internacional El nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI, Corte Constitucional Ecuador, Quito, 2010.

- Waldron, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- Weber, Max. *Sociología del poder*, Editorial Andrés Bello, Santiago, 1960.
- Wilhelmi, Marco Aparicio. “Derechos: enunciación y principios de aplicación”, en *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, eds. Ramiro Ávila, Agustín Grijalva, Rubén Martínez, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, Quito, 2008.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón, Trotta, Madrid, 2008.
- Zuluaga Gil, Ricardo. “Reforma o supremacía, Una aproximación a la Constitución con especial referencia a Colombia”, en *La Reforma Constitucional. Sus implicaciones jurídicas y políticas en contexto comparado*, coord. Pedro Torres Estrada y Michael Núñez Torres, México, Porrúa, 2009.
- Zúñiga Urbina, Francisco. “Control de Constitucionalidad de la Reforma Constitucional”, en *Revista Estudios Constitucionales*, no. 2, 2006.

Normativa:

- Constitución de Ecuador 1998.
- Constitución de Ecuador 2008.
- Constitución de Argentina.
- Constitución de Brasil.
- Constitución de Bolivia.
- Constitución de Costa Rica.
- Constitución de Colombia.
- Constitución de Chile.
- Constitución de México.
- Constitución de Perú.
- Constitución de Venezuela.

- Constitución de Alemania.
- Constitución de España.
- Constitución de Francia.
- Constitución de Italia.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador.

Jurisprudencia:

- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-141 de 2010.
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-551 de 2003.
- Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 002-08-SI-CC.
- Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 001-10 SIN-CC.
- Corte Constitucional de Ecuador, Dictamen 001-11-DRC.
- Corte Constitucional de Ecuador, Dictamen 001-14-DRC.
- Corte Constitucional de Ecuador, Dictamen 002-16-DRC.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Suárez Rosero vs. Ecuador.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi vs. Ecuador.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Acosta Calderón vs. Ecuador.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Sarayacu vs. Ecuador.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Gelman vs. Uruguay
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala de lo Constitucional, Sentencia 02771/2003.
- Corte Constitucional de Italia, Sentencia 1146/1988.