

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR**

COMITÉ DE INVESTIGACIONES

INFORME DE INVESTIGACIÓN

**HACIA UNA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN DE
MONTECRISTI**

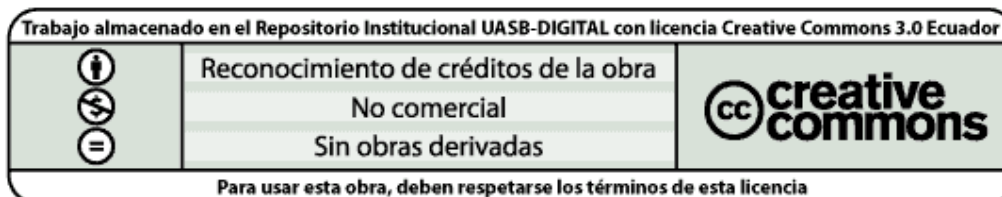
**La batalla conceptual sobre la reforma constitucional y su efecto en el
Estado constitucional y el régimen político ecuatoriano**

Propuesta teórico metodológica de investigación

César Montúfar

Quito – Ecuador

2017



Resumen: Este informe presenta una propuesta teórico metodológica para el desarrollo de una teoría constitutiva de la Constitución de la República del Ecuador, en adelante CRE. El punto de entrada de esta teoría es un estudio de la batalla conceptual entre reforma parcial y enmienda que se produjo a propósito de los dos procesos de reforma constitucional que han tenido lugar desde que la CRE entró en vigencia en 2008. La decisión de la Corte Constitucional, CC, de calificar como enmiendas constitucionales ambas reformas significó una interpretación de la Constitución, con enormes consecuencias sobre la definición del concepto central del texto constitucional, a saber, el Estado constitucional de derechos y justicia, ECDJ, en particular en lo referente a su carácter y elementos constitutivos. Se propone que, más allá de contenido mismo de las reformas ejecutadas, la definición hecha por la CC sobre el procedimiento de reforma tuvo un conjunto de consecuencias determinantes, no solo sobre la identidad de la Constitución en sí misma, sino también sobre el régimen político instaurado en el Ecuador por la llamada revolución ciudadana.

La presente propuesta teórico metodológica se expone en dos partes. En una primera, se realiza una descripción del proceso de reforma constitucional previsto en la CRE, en el que se destaca en el articulado de la misma una *ventana de fuga* del ECDJ. Este ejercicio descriptivo deriva en la especificación analítica del objeto, tema, problema, preguntas e hipótesis de investigación. Al respecto, se propone un ejercicio de investigación interdisciplinario entre el derecho constitucional y la ciencia política, a partir de la determinación de la CRE como un objeto de estudio de carácter axiológico político. En la segunda parte, se presenta el estatuto ontológico del objeto y tema de investigación, tomando de la literatura sus elementos principales: Constitución, Estado constitucional, régimen político y reforma constitucional. Luego de ello, a nivel epistemológico, se afronta el problema de cómo estudiar la CRE desde el prisma de la reforma constitucional en los niveles axiológico, político y conceptual. Finalmente, se desarrolla un diseño metodológico de investigación basado en el análisis de la estructura conceptual del ECDJ, núcleo constitutivo de la CRE. Así, este informe deja planteada de forma detallada y amplia una ruta de investigación a emprenderse en lo posterior que y que culminará con el desarrollo de una teoría axiológico política de la Constitución de Montecristi, a partir de su concepto nuclear, el Estado constitucional de derechos y justicia.

Palabras clave: Constitución de la República del Ecuador, Constitución, reforma constitucional Estado, Estado constitucional, Estado legislativo de derecho, Estado jurisdiccional, Estado gubernativo, Estado administrativo, régimen político, interpretación constitucional, análisis conceptual.

Tabla de contenido

HACIA UNA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN DE MONTECRISTI	5
INTRODUCCIÓN	5
LA CONSTITUCIÓN DE MONTECRISTI DESDE EL PRISMA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL.....	14
1.1 APROXIMACIÓN DESCRIPTIVA A LA CONSTITUCIÓN DESDE EL PRISMA DE SU REFORMA	14
1.2 APROXIMACIÓN ANALÍTICA A LA CONSTITUCIÓN DESDE EL PRISMA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL.....	29
1.2.1 <i>Delimitación del objeto, tema y campo interdisciplinario de investigación</i>	29
1.2.2 <i>Problema, revisión de la literatura, preguntas e hipótesis de</i> <i>investigación</i>	34
PROPUESTA TEÓRICA Y METODOLÓGICA DE INVESTIGACIÓN	45
2.1 NIVEL ONTOLÓGICO: EL CARÁCTER DEL OBJETO Y TEMA DE INVESTIGACIÓN.....	46
2.2 NIVEL EPISTEMOLÓGICO: EL ESTUDIO DE LA CONSTITUCIÓN DESDE EL PRISMA DE SU REFORMA COMO UN OBJETO AXIOLÓGICO-POLÍTICO.....	76
2.3 NIVEL METODOLÓGICO: EXPLICACIÓN CONSTITUTIVA DE LA CRE DESDE EL ANÁLISIS DE LA BATALLA CONCEPTUAL ENTRE ENMIENDA Y REFORMA PARCIAL DE LA CONSTITUCIÓN Y SU EFECTO SOBRE EL ECDJ Y EL RÉGIMEN POLÍTICO	99
2.3.1 <i>El concepto de ECDJ, núcleo constitutivo de la CRE, desde el prima de</i> <i>la reforma constitucional</i>	99
2.3.2 <i>Diseño de investigación: Método realista de análisis conceptual</i>	101
2.3.3 <i>El objeto constitucional: Las fuentes de la investigación</i>	113
BIBLIOGRAFÍA.....	115

Hacia una teoría de la constitución de Montecristi

La batalla conceptual sobre la reforma constitucional y su efecto en el Estado constitucional y el régimen político ecuatoriano

Propuesta teórico metodológica de investigación¹

Al igual que las personas y las escuelas críticas, las ideas y las teorías también viajan; de una persona a otra, de una situación a otra y de una época a otra... Said (2004, 303)

Se ha dicho muchas veces que el derecho es esencialmente un lenguaje: un mundo de signos y de significados... Ferrajoli (2011a, 801)

Todos los conceptos políticos, las expresiones y los términos políticos tienen un sentido polémico; tienen presente una conflictualidad concreta... Schmitt (2001b, 181)

Introducción

En principio me propuse analizar el impacto del contenido de las enmiendas constitucionales aprobadas el 3 de diciembre de 2015 sobre el modelo de Estado y el carácter del régimen político de la revolución ciudadana. La idea original se movía al interior del debate y subsecuente cuestionamiento a la decisión de la Corte Constitucional, en adelante, CC, de calificar como enmiendas el paquete de reformas constitucionales presentadas por el bloque legislativo de Alianza País en junio de 2014.² Empero, una vez iniciada la investigación, empero, advertí que el momento en que la CC emitió el correspondiente dictamen de procedibilidad, el 31 de octubre de ese año, la discusión sobre si su decisión fue acertada o equivocada se tornaba secundaria frente a la “realidad constitucional” que creó o reprodujo tal calificación y que, entonces, lo genuinamente interesante y productivo desde la perspectiva académica y política, sería desentrañar el

¹ Agradezco a Byron Real por su aporte y trabajo de análisis sobre la propuesta y el proceso de aprobación de las reformas constitucionales de 2014-15.

² Excepción hecha del primer artículo de la propuesta de reforma constitucional presentada por un grupo de asambleístas de Alianza País que pretendía dejar para que la ley defina los casos de abuso del recurso de acción de protección. Frente a ello, la CC resolvió que esta propuesta pretendía “una reestructuración del objeto directo y eficaz de protección de la garantía jurisdiccional” y que merecía tramitarse por la vía de una Asamblea Constituyente (*Gaceta Constitucional* no.009, Dictamen no. 001-14-DRC-CC; caso no. 0001-14-RC, lunes 10 de noviembre de 2014, 59).

estatuto constitucional, implícito o explícito, que había sido generado por la calificación de enmiendas del mencionado paquete de reformas.

Aquello me condujo a modificar el proyecto de investigación inicialmente propuesto.³ En primer lugar, el interés académico del mismo se amplió hacia el tema general de la reforma constitucional, más allá de uno de sus eventos específicos, por lo cual nuestra investigación debía incluir también, junto a la que tuvo lugar entre 2014 y 2015, el proceso de reforma constitucional que se produjo en 2011. Ello, además, debido a que la sustanciación de la CC para calificar de enmiendas al paquete propuesto en 2014 se basó en el dictamen de 2011. En otras palabras, ambos procesos de reforma fueron calificados de enmiendas sobre el mismo argumento. Con ello, era necesario en esta investigación cubrir los dos procesos de reforma constitucional de la Constitución de la República del Ecuador, en adelante CRE, experimentados desde su expedición en octubre de 2008.

En segundo lugar, nuestro proyecto de investigación mutó al estudio de la relación causal o constitutiva entre reforma constitucional y Constitución o, más precisamente, giró hacia una indagación sobre el carácter de la propia Constitución de Montecristi, a partir del estudio de la reforma constitucional. La investigación se enfocó en el desarrollo de una teoría de la Constitución de Montecristi. Esta perspectiva se justifica en virtud de que la influencia de la reforma constitucional sobre la Constitución no se agota únicamente en el contenido de las propuestas de modificación, sino que, sobre todo, se hace efectiva mediante la calificación de dichas propuestas sea como enmiendas o reformas parciales, de acuerdo a lo que señalan los artículos 441 y 442 de la CRE. Por ello, tan importante como el estudio del contenido de las reformas, resulta el análisis de la interpretación y la calificación de la CC sobre el procedimiento, artículo 443. Aún más, podríamos afirmar que el alcance de lo segundo, es consecuencia directa de la calificación primera. Ello, gracias a que el acto interpretativo mediante que la CC fija el procedimiento de reforma se define a partir de cuatro criterios: la estructura constitucional, la línea base de intangibilidad de los derechos y garantías, el carácter y los elementos constitutivos del Estado y el procedimiento de reforma de la Constitución. Por ello, estudiar la reforma constitucional constituye una puerta de entrada privilegiada para descifrar el carácter

³ Dicho proyecto fue aprobado por el Comité de Investigaciones de la UASB bajo el título “Análisis de las enmiendas constitucionales de 2015”.

general de la Constitución ecuatoriana. De hecho, una vez concluido el momento constituyente, este último aspecto es el que limita o posibilita la continuidad, modificación e, incluso, supervivencia no solo de la Constitución, sino del tipo de Estado que esta consagra y del régimen político instaurado.

Este giro nos colocó ante un problema epistemológico y metodológico mucho más complejo y poco tratado en la reciente bibliografía constitucional ecuatoriana. Este vacío es un problema de orden académico que creemos imperativo subsanar máxime cuando la Constitución de Montecristi, al inscribirse en la corriente neoconstitucionalista y, además, al proclamar un Estado constitucional, habría cambiado los parámetros doctrinarios, epistemológicos y metodológicos para entender los procesos y hechos constitucionales. Lo dicho, al menos en teoría, exigiría un nuevo enfoque epistemológico y metodológico para interpretar el carácter del nuevo ordenamiento constitucional ecuatoriano. Sin embargo, gran parte de las opiniones académicas y políticas sobre la Constitución de Montecristi responden al posicionamiento ideológico del observador que en la mayoría de casos corresponden a paradigmas cognoscitivos distintos a los del canon neoconstitucional. Incluso, se debaten propuestas de reforma que resaltan la necesidad de intervenir su parte orgánica para destacar su supuesto potencial transformador, hasta iniciativas de una nueva asamblea constituyente dirigidas a rehacer o modificar profundamente lo que apenas en el año 2008 fue aprobado por el pueblo ecuatoriano, sin desentrañar, peor comprender, el carácter y lógica de la Constitución que se pretende reformar o sustituir.

Nos propusimos, por tanto, primero llenar este evidente vacío epistemológico y metodológico, antes de adentrarnos en el estudio mismo del contenido de las reformas constitucionales. Esta necesidad aumentó en la medida en que las pocas referencias metodológicas sobre la CRE resultaban insuficientes para su adecuada interpretación. Por ejemplo, Ramiro Ávila (2016, 35), que es uno de los pocos autores que aborda el tema metodológico, nos advierte sobre la confusión que generalmente se produce al evaluar el texto constitucional de Montecristi entre los planos de análisis descriptivo y prescriptivo. Según Ávila, el análisis descriptivo aborda la realidad y el ser constitucionales, siendo aprehensible gracias al aporte de las ciencias sociales; mientras que el prescriptivo se refiere a la norma en abstracto, al deber ser, y sería apreciado por medio de la exegesis jurídica. El problema, para este autor, es que es muy común confundir la teoría con la

práctica y caer en lo que denomina la “falacia realista” de afirmar que el texto constitucional no sirve porque los jueces no garantizan los derechos o, por el contrario, incurrir en lo que llama la “falacia normativa” y considerar que porque la “Constitución es buena”, se declara garantista y contiene un amplio catálogo de derechos, entonces, la realidad habría cambiado. El resultado de ambas falacias sería la producción de teorías inadecuadas e indeseables, que el autor pretendería escapar asumiendo una perspectiva crítica (2016, 36). Por ello, Ávila propone construir teorías desde la mirada de quienes sufren condiciones de vulnerabilidad y “están peor situadas” y son a quienes más favorecen los derechos constitucionales, para lo cual resulta indispensable denunciar las brechas que existen entre el enunciado normativo y la realidad (2016, 37).

Sobre este tema volveremos abajo con mayor profundidad. Por ahora, me limito a afirmar que la perspectiva crítica que reclama Ávila, si bien éticamente es adecuada, no resuelve los problemas lógicos de interpretación y construcción teórica del fenómeno constitucional. La posición política e ideológica del observador no puede asumirse, de forma automática, como criterio de validez. Pero más que eso, la advertencia de Ávila reproduce una visión dualista entre norma constitucional y realidad, como si la Constitución fuera externa a la realidad, y la realidad no estuviera también atravesada por las normas constitucionales. Este dualismo pasa por una limitada concepción sobre qué es una Constitución; cuál es el estatuto ontológico de las normas constitucionales, asunto que responderemos adelante, el mismo que no se expresa únicamente en su dimensión formal, es decir, en el conjunto de normas de jerarquía supra legal que se presentan de manera escrita, sino en las relaciones sociales, culturales, económicas y, sobre todo políticas sobre las que la Constitución influye. Dicho dualismo desconoce la dimensión normativa de lo real y, asimismo, que lo normativo existe concretamente en las relaciones de los actores, siendo que, desde esa concreción, debe ser comprendido y, por supuesto, también transformado.

Otra de las excepciones en la literatura reciente sobre la Constitución ecuatoriana que se ocupa de lo metodológico es el libro de Carlos Pulido, Aparicio Caicedo y Mario Serrafiero (2015) que, incluso, aborda de manera específica la propuesta de reforma constitucional de 2014-15, refiriéndose exclusivamente a la reelección indefinida. Este análisis propone “un ejercicio de interpretación sistemática, de la mano del marco teórico que nos brinda el derecho constitucional comparado sobre el tema” (Bernal Pulido *et al.*,

2015, 34). El marco teórico corresponde a la doctrina de la sustitución de la Constitución desarrollado por la Corte Constitucional colombiana en su sentencia sobre una propuesta similar de reelección presidencial. El análisis sistemático tiene que ver con la aplicación del llamado *test* de sustitución para verificar cómo la reforma propuesta modificaría o no los elementos identitarios de la Constitución y del Estado constitucional (Bernal Pulido *et al.*, 2015, 40).

Este enfoque, sin caer en el dualismo que detectamos en Ávila, da por sentado los preceptos normativos que expone formalmente la CRE sin reparar en si estos se reproducen en todo el texto constitucional si es que lo tomamos como una unidad. En efecto, no sería válido asumir, sin un examen integral de toda la Constitución, que el Estado constitucional que proclama su artículo 1 es el referente concreto que debe ser tomado como base de su análisis; lo propio para el concepto de democracia deliberativa que estos autores mencionan como el modelo político de la CRE. Así, el texto citado cae en una suerte de ahistoricidad y nominalismo que deriva en una inadecuada conceptualización de la categoría principal del orden constitucional de Montecristi, el Estado constitucional. Frente a este, la enmienda concerniente a la reelección indefinida, sin demostración, pasa a ser un cambio incongruente que conduce a una verdadera sustitución constitucional. Por ello, antes de llegar a esta conclusión, más apropiado resultaría reconstruir el concepto de Estado constitucional sobre la base de una interpretación integral de la Constitución. Hecho esto, recién se podría evaluar si la reforma bajo análisis reprueba o no el *test* de sustitución que los autores toman prestado de la jurisprudencia constitucional colombiana y dan por sentado, para el caso ecuatoriano, desde una posición estrictamente nominalista.

No obstante el mérito de topar y explicitar aspectos metodológicos, los ejemplos anteriores comparten el problema de eludir la explicitación respecto de las premisas ontológicas y epistemológicas de las que parten. Aquello se expresa tanto en el dualismo de Ávila como en la ahistoricidad y nominalismo de Bernal Pulido *et al.*, los mismos que sesgan la interpretación de la Constitución a presupuestos que sucumben a un análisis más prolijo de la misma. Por ello, aunque tedioso y largo, es indispensable desarrollar una extensa y pormenorizada propuesta teórico metodológica, que explicita las premisas ontológicas y epistemológicas del objeto bajo estudio. Esta explicitación de los supuestos ontológicos y epistemológicos se hace además necesaria por cuanto el carácter del orden

constitucional ecuatoriano vigente se edifica sobre premisas conceptuales aún no suficientemente bien entendidas en el medio ecuatoriano. Por ello, se requiere de una perspectiva inmanente que permita el análisis y crítica de su configuración interna y, por tanto, supere la tendencia a idealizarlo o descartarlo sobre premisas externas. Solo así será posible aproximarse a la Constitución ecuatoriana, destacar sus fisuras y proyectar, con mayor rigurosidad, su necesidad de reforma o transformación, más allá de fáciles consignas políticas o artificios retóricos.

Hechas estas aclaraciones, reformulamos los objetivos, general y específicos, del presente informe de investigación:

General:

Desarrollar una propuesta teórica y metodológica para el desarrollo de una teoría constitutiva de la CRE, a partir del análisis del procedimiento de reforma constitucional y su impacto sobre el concepto de Estado Constitucional de Derechos y Justicia, ECDJ⁴, y el régimen político ecuatoriano.

Específicos:

1. A nivel descriptivo y analítico, desarrollar una detallada exposición del caso de estudio y a partir de ello fijar el tema, problema, preguntas e hipótesis de investigación;
2. A nivel ontológico, determinar el carácter de la CRE, en su relación con los conceptos de reforma constitucional, ECDJ y régimen político;
3. A nivel epistemológico, desarrollar una propuesta para estudiar la CRE, en su relación con los conceptos de reforma constitucional, ECDJ y régimen político;
4. A nivel metodológico, presentar un diseño de investigación, basado en método de análisis conceptual, para explicar el carácter de la CRE, en su relación con los conceptos de reforma constitucional, ECDJ y régimen político.

En suma, el presente informe de investigación realiza una propuesta teórico metodológica de investigación en los niveles descriptivo, analítico, ontológico,

⁴ Aclaro que el presente estudio no tiene como objeto analizar el concepto de Estado constitucional, concepto incorporado por la corriente neoconstitucionalista como crítica a los límites del constitucionalismo liberal, sino el concepto concreto de ECDJ que plasma la Constitución de Montecristi.

epistemológico y metodológico sobre la relación constitutiva entre reforma constitucional y Constitución en el caso ecuatoriano. Para cumplir los objetivos citados, el presente informe de investigación se divide en dos partes. En la primera, a un nivel meramente descriptivo dejamos sentado lo que denominamos el núcleo intangible e identidad constitucional y nos asomamos a la *ventana de fuga* del ECDJ. Este ejercicio nos conduce, a nivel analítico, a fijar el objeto y tema de investigación, así como el problema, las preguntas y la hipótesis de la misma. De esta forma se establece el campo interdisciplinario del presente estudio y se pone en debate los cuerpos de literatura involucrados.

En la segunda parte, desarrollamos la propuesta teórica y metodológica de la investigación. Esta parte se divide en tres capítulos. El primero, que explicita las premisas ontológicas del objeto axiológico-político de esta investigación desde la definición de cuatro conceptos principales: Constitución, reforma constitucional, Estado constitucional y régimen político. El segundo capítulo se enfoca en la dimensión epistemológica en tres niveles: un primer nivel axiológico sobre que se inscribe en la doctrina del neoconstitucionalismo y en la teoría jurídica del derecho y la democracia constitucional de Luigi Ferrajoli. Un segundo nivel político, referido al problema de los actores en capacidad de tomar las decisiones cruciales sobre la reforma se basa en la teoría de los órdenes concretos y el *decisionismo* de Carl Schmitt. Y un tercer nivel que aborda la necesidad de analizar el tema de nuestra investigación a partir de la conflictividad y contextualidad de los conceptos constitucionales, siguiendo el enfoque epistemológico de Carl Schmitt y Reinhart Koselleck. El tercer capítulo expone en específico la metodología de análisis y construcción conceptual, a partir de la propuesta realista de Collier y Mahon y Gary Goertz, con el fin de dejar sentada la hoja de ruta del proceso de investigación sobre el concepto de ECDJ, como núcleo de identidad de la CRE, que se desarrolla en la tercera parte, aun no incorporada a este informe.

El orden expositivo de este trabajo reproduce la trayectoria de esta investigación que se expone a continuación. La presentamos en forma de embudo, de manera transparente para que los lectores puedan juzgar la lógica y coherencia interna de los diferentes momentos del presente proceso investigativo. Como en toda investigación social, comenzamos con un mundo exterior sobre el tema que nos interesa indagar, el mismo que se presenta con ilimitados mensajes, percepciones e información. Ello nos

obliga a filtrar esa cantidad infinita de datos desordenados y para ello emprendemos en un ejercicio de descripción de nuestro tema, el mismo que toma forma como el proceso de reforma constitucional previsto en la CRE; descripción desde la que destacamos la existencia, en el propio articulado constitucional, de una *ventana de fuga* del ECDJ. Este ejercicio descriptivo deriva en un esfuerzo más analítico de especificación del objeto, tema, problema, preguntas e hipótesis de investigación. En este punto, proponemos un ejercicio de investigación interdisciplinario entre el derecho constitucional y la ciencia política, a partir de la determinación de la CRE como un objeto de estudio de carácter axiológico político. Del nivel descriptivo y analítico, pasamos a exponer el estatuto ontológico del objeto y tema de investigación, a partir de sus cuatro elementos principales: Constitución, Estado constitucional, régimen político y reforma constitucional. Luego de ello, descendemos un nivel más, al epistemológico, para afrontar el desafío de cómo estudiar nuestro tema en sus dimensiones axiológica, política y conceptual. Finalmente, culminamos en el diseño metodológico de investigación basado en el análisis de la estructura conceptual del ECDJ, núcleo constitutivo de la CRE.

Este informe deja planteada la ruta de investigación que se emprenderá posteriormente y que espera construir de una teoría axiológico-política de la Constitución de Montecristi, a partir de su concepto nuclear, el Estado constitucional de derechos y justicia. Esta teoría no tiene la pretensión de establecer leyes universales, sino, en un nivel bajo de abstracción, dar cuenta de los elementos constitutivos del texto constitucional vigente en el Ecuador. De acuerdo a Sartori (1970, 1044), quien distingue entre teorías de nivel alto, medio y bajo de abstracción, las últimas son las que se concentran en casos específicos y logran la mayor profundidad en la explicación y comprensión de cada contexto.

Miremos el embudo o trayectoria de investigación:

TRAYECTORIA DE INVESTIGACIÓN

MUNDO EXTERIOR: CAMPO ILIMITADO DE MENSAJES E INFORMACIÓN SOBRE LA CONSTITUCIÓN Y LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES; DEBATE SOBRE LAS MISMAS EN LOS ÁMBITOS POLÍTICO, ACADÉMICO Y MEDIÁTICO

APROXIMACIÓN DESCRIPTIVA: VENTANA DE FUGA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA

APROXIMACIÓN ANALÍTICA:
DELIMITACIÓN DEL OBJETO, TEMA Y CAMPO DISCIPLINARIO
REVISIÓN LITETATURA SOBRE EL TEMA/ PROBLEMA / PREGUNTA / HIPÓTESIS

NIVEL ONTOLÓGICO: DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER DEL OBJETO Y
TEMA DE INVESTIGACIÓN

NIVEL EPISTEMOLÓGICO: ESTUDIO DE LA CONSTITUCIÓN Y SU
REFORMA COMO OBJETOS AXIOLÓGICOS POLÍTICOS

NIVEL METODOLÓGICO:
EXPLICACIÓN CONSTITUTIVA DE LA CRE DESDE LA
BATALLA CONCEPTUAL SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE
REFORMA

DESARROLLO DE LA INVESTIGACION:
- ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA DEL CONCEPTO DE ECDJ
- ANÁLISIS DE LA BATALLA CONCEPTUAL POR EL
PROCEDIMIENTO EN LAS DOS REFORMAS
CONSTITUCIONALES
- LAS ENMIENDAS CONSTITUCIONALES Y EL RÉGIMEN
POLÍTICO DE LA REVOLUCIÓN CIUDADANA

TEORÍA CONSTITUTIVA DE LA CRE

PRIMERA PARTE

La constitución de Montecristi desde el prisma de la reforma constitucional

En esta primera parte fijamos el objeto y tema de nuestra investigación, para desde allí delimitar su problema, las preguntas que la guiarán y la hipótesis que buscaremos demostrar. Llegaremos a ello a través de un ejercicio descriptivo y analítico sobre el fenómeno de la reforma, tal como es expuesto en el texto constitucional y en la literatura sobre el tema. Este procedimiento surge de la necesidad de circunscribir, de alguna manera, el ilimitado mundo de posturas, ideas, opiniones, intereses, percepciones en que el fenómeno se manifiesta en mundo social. En ese sentido, recurrimos a la descripción y a un análisis preliminar de la reforma constitucional como un primer paso para construir nuestra propuesta de investigación.

1.1 Aproximación descriptiva a la Constitución desde el prisma de su reforma

En un trabajo anterior propuse el ardid metodológico de leer el texto constitucional desde el final, de atrás hacia adelante. Argumenté que de esa manera, como en una novela policial que empezaría a leerse desde el crimen a descubrir y no desde sus antecedentes, podría interpretarse la complejidad del texto constitucional sin quedar atrapados en las promesas y utopías de su parte dogmática. En esa ocasión, analicé las “Disposiciones transitorias” y el “Régimen de transición” con el afán de trazar la ruta de toma del poder que siguió a la promulgación de la Constitución de Montecristi (Montúfar 2012). En el presente trabajo, repito el ardid y propongo continuar con el estudio del texto constitucional empezando desde sus artículos finales. Advierto que la mirada que lee y describe es la de un politólogo y político activo, no de la de un jurista o constitucionalista.

Empiezo, por tanto, desde los artículos 444, 443, 442 y 441 de la Constitución de la República del Ecuador, que corresponden al capítulo tercero y final de su Título IX (previo a las “Disposiciones transitorias” y al “Régimen de transición”), y que se publican bajo el título “Reforma de la Constitución”. Estos artículos pueden describirse así:

El artículo 444 fija el procedimiento para el cambio de Constitución, vía Asamblea Constituyente. Esta únicamente podría ser convocada a través de una consulta popular, la

misma que se tramitaría por solicitud del presidente de la República, las dos terceras partes de las Asamblea Nacional o la ciudadanía (con respaldo del 12% de firmas del registro electoral). Para aprobarse, la nueva Constitución requerirá consentimiento favorable de los ciudadanos en un referéndum con más de la mitad más uno de los votos válidos.

El artículo 443 establece que la Corte Constitucional calificará el procedimiento que corresponda en cada caso. Este organismo definirá el procedimiento de reforma constitucional lo que significa un muy importante ejercicio interpretativo sobre los criterios que la misma Constitución establece para diferenciar entre las distintas vías de reforma.

Por su parte, el artículo 442, que estipula el procedimiento de reforma parcial de la Constitución, expresa que esta comprendería modificaciones a artículos constitucionales que afecten la estructura constitucional y el carácter y elementos constitutivos del Estado, excluyendo la restricción de derechos y garantías y cambios al procedimiento de reforma constitucional. Por su parte, la reforma parcial se llevará a cabo por iniciativa presidencial, solicitud de la ciudadanía (con respaldo del 1% de firmas del registro electoral) o resolución legislativa, aprobada por mayoría. La Asamblea Nacional conocerá el proyecto de reforma parcial en dos debates, que se realizarán con noventa días de separación y, luego de aprobarlo lo someterá a referéndum, en el que se exigirá la mayoría de los votos emitidos.

Y el artículo 441, que establece el procedimiento de enmienda constitucional, dice que esta excluirá la modificación de artículos de la Constitución que alteren su estructura fundamental, carácter y elementos constitutivos del Estado, restrinjan derechos y garantías o modifiquen el procedimiento de reforma. Es decir, cualquier otra modificación al texto de la Constitución comprendería una enmienda constitucional, la misma que podría ejecutarse mediante referéndum, convocado por el presidente de la República o por la ciudadanía (con el respaldo de 8% de firmas del registro electoral), o mediante aprobación de las dos terceras partes de la Asamblea Nacional, luego de dos debates realizados con un año de separación, y por iniciativa de al menos un tercio de los asambleístas.

A un nivel meramente descriptivo, de la lectura de los artículos que cierran la CRE llama la atención algunos aspectos:

1. Se establece un mecanismo de sustitución de la Constitución y dos procedimientos de reforma. La CRE cierra con el artículo 444 con un mecanismo para su abolición y la expedición de un nuevo texto constitucional. Se distingue entre dos procedimientos de reforma: la enmienda y la reforma parcial.
2. El artículo 443 otorga a la CC la atribución de interpretar la vía de la reforma constitucional, lo cual básicamente reside en dirimir la diferencia entre una enmienda o una reforma parcial, además de las propuestas que pudieran requerir la convocatoria a Asamblea Constituyente.
3. Al ejercer esta facultad, este órgano asume la capacidad de realizar definiciones fundamentales sobre el carácter del sistema constitucional y la Constitución misma, además de determinar la definición del “carácter” y “elementos constitutivos del Estado” así como lo que debería entenderse por restricciones a los derechos y garantías y por la estructura y el procedimiento de la reforma constitucional.

Además, al revisar lo que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en adelante LOGJCC, dice al respecto, el artículo 101 de la misma deja intacta tan amplia prerrogativa, mientras que sus artículos 104 y 105, se limitan al control constitucional de las preguntas y cuestionarios de los referendos, en el sentido de verificar que estos garanticen la libertad de los electores. Se deja abierta una puerta para que el poder constituido pueda reformar la Constitución, por la vía de la enmienda. Todo ello dependería de la definición y significado que la CC dé sobre los cuatro criterios mencionados.

4. En todos los procedimientos se contempla la iniciativa ciudadana para proponerlos: para la enmienda se solicita firmas de al menos el 8% del registro electoral; para la reforma parcial del 1%; y para la convocatoria a asamblea constituyente firmas del 12% del mismo.
5. En todos los procedimientos de reforma se apela al constituyente primario para que ratifique las reformas mediante referéndum con al menos la mitad más uno de los votos válidos emitidos. Existe, sin embargo, una excepción: la vía de enmienda por iniciativa legislativa, en la cual la reforma se realizaría mediante un trámite que se diferencia muy poco de la reforma a una ley en la Asamblea Nacional.

Sobre el tema, el artículo 106 de la LOGJCC menciona que las enmiendas que se tramiten a través de la Asamblea Nacional podrían ser demandadas por vicios de forma en su procedimiento, lo cual incluiría el análisis de la competencia del legislativo para reformar la Constitución. Esta vía de enmienda constitucional vulnera la rigidez que debería caracterizar a una constitución que proclama un Estado constitucional.

6. Se determinan cuatro criterios para que la CC distinga entre los distintos procedimientos de reforma, a saber:
 - a. Estructura fundamental de la Constitución;
 - b. Carácter y elementos constitutivos del Estado;
 - c. Restricciones de derechos y garantías, y;
 - d. Modificación de los procedimientos de reforma constitucional.
7. La estructura fundamental de la Constitución se expresa en la organización del texto constitucional por títulos, capítulos y secciones, además de las “Disposiciones transitorias”, “Disposición transitoria”, “Régimen de transición” y “Disposición final”. Aquello podría ser modificado mediante una reforma parcial.
8. El Título I de la estructura fundamental de la Constitución lleva la denominación de “Elementos constitutivos del Estado”. Así se define parcialmente el segundo criterio de diferenciación entre enmienda y reforma. Sin embargo, si se describe el contenido de este articulado podemos concluir que con ello de ninguna manera se agotan los elementos que debería incorporar un Estado constitucional, no se diga un ECDJ. Este título deja de lado otros elementos principales del Estado constitucional, los mismos que están presentes en otros títulos del texto constitucional.
9. El significado del llamado “carácter” del Estado no está definido en ninguna parte del texto constitucional, quedando este en la ambigüedad. El artículo 1 de la CRE, extremadamente complejo y amplio, no se explica a sí mismo pues cada uno de sus atributos es debatible y sujeto a múltiples interpretaciones.
10. Los derechos y garantías están claramente establecidos en los Títulos II y III de la CRE. Estos no podrían restringirse ni por la vía de enmienda o de reforma parcial. Queda implícito que reformas progresivas a los mismos sí podrían ejecutarse, según lo sugieren los artículos 3, num. 8, y 427 del texto constitucional.

11. Igual tratamiento de intangibilidad recibe el criterio de los procedimientos de reforma constitucional. Este elemento no admite modificación alguna por enmienda o reforma parcial.
12. La línea base de derechos y garantías y los procedimientos de reforma constitucional son los dos únicos elementos de la Constitución que tienen un estatus de intangibilidad absoluta. Lo primero comprendería todo lo que establece la CRE en su Título III sobre “Derechos” y Título IV que se titula “Garantías constitucionales”, mientras que la reforma constitucional comprendería lo señalado en el capítulo III, del Título IX, llamado precisamente “Reformas constitucionales”.
13. En cambio, la estructura constitucional y el carácter y los elementos constitutivos del Estado sí son criterios reformables. En la determinación de los mismos recae la distinción entre enmienda y reforma parcial, siendo que la primera correspondería a reformas que no los incluyan y la segunda las que sí.
14. Es significativo haber dejado sin especificar en el texto constitucional el carácter del ECDJ junto al haber restringido al máximo los elementos constitutivos del mismo. Esta situación abre un marco de enorme indefinición para el concepto de Estado que consagra la CRE, más allá de la definición expresa de Estado constitucional del artículo 1. Con ello se amplía aún más la facultad interpretativa de la CC para definirlos.
15. Llama la atención que el carácter y elementos constitutivos del Estado puedan modificarse por vía de una reforma parcial. Así, de acuerdo al artículo 442 de la CRE, cabría la posibilidad de modificar el carácter y elementos constitutivos del Estado constitucional de derechos y justicia y hasta sustituir nominalmente el tipo de Estado con una reforma parcial, sin que se requiera de una Asamblea Constituyente.
16. Descriptivamente, la línea base de derechos y garantías y los procedimientos de reforma constitucional podrían considerarse como el núcleo intangible de la CRE; la estructura constitucional y el carácter y los elementos constitutivos del Estado no serían parte de este núcleo intangible.

De esta primera aproximación a la relación entre Constitución y reforma constitucional en el caso ecuatoriano aparecen interrogantes en dos aspectos cruciales: Uno, el núcleo intangible, a saber, no reformable, de la Constitución; y dos, la identidad

constitucional, es decir, el aspecto que le da su sello y marca específica que entenderíamos se encuentra en el concepto de ECDJ. Téngase, por ello, presente que desde la descripción y análisis precedentes, el núcleo intangible y la identidad constitucional se encuentran dislocados en la Constitución de Montecristi, cuando se entendería que deberían ser lo mismo. Los derechos y garantías son reconocidos como parte de dicho núcleo intangible, pero no así el “carácter y elementos constitutivos del Estado”. En consecuencia, derechos y garantías junto al “carácter y elementos constitutivos del Estados” deberían figurar como los criterios definitorios de la identidad constitucional, pero aquello no aparece del todo claro. En ese sentido, lo que es menester explicar, no solo describir, es el hecho de que el “carácter y los elementos constitutivos” del Estado constitucional no sean parte de ese núcleo intangible de la CRE y puedan ser reformados por la vía de una reforma parcial o, incluso, como ocurrió en las reformas que se ejecutaron a la CRE en 2014-15, sean objeto de alteraciones por medio del procedimiento de enmienda.

Esto nos lleva a ahondar en la descripción anterior valiéndonos el aporte de algunos autores que han reflexionado sobre el tema. Anotamos cuatro aspectos que merecen mayor reflexión: Primero, el papel de la CC en la reforma constitucional; segundo, la existencia de la enmienda legislativa como vía de reforma; tercero, el alcance de la declaratoria constitucional del Ecuador como Estado constitucional de derechos y justicia y; cuarto, la consecuencia de lo anterior sobre la determinación de la identidad de la Constitución.

Con relación a lo primero, el papel de la CC en la reforma constitucional, vale decir que el referido artículo 443 entrega a este organismo la facultad de un control previo de las reformas constitucionales que no atañe al contenido de las mismas (Oyarte 2016, 1068-9). Sin embargo, este control solo formal bien se podría ampliar a un ámbito mayor en el caso de que el mecanismo incluya la realización de referéndum, dado que el artículo constitucional 104, da a la CC la facultad de emitir un dictamen previo de constitucionalidad sobre las preguntas propuestas en las consultas populares. Recordemos que en la reforma de 2011, la CC observó la redacción de las preguntas presentadas por el Ejecutivo y procedió a modificarlas antes de dar paso al referéndum. Además de ello, y eso ocurrió en el caso de la enmienda de 2015, una vez que la Asamblea Nacional la aprobó en segundo debate, la CC emitió un Auto de verificación de cumplimiento del dictamen mediante el cual se calificó la enmienda.

Pero el papel asignado a la CC en el proceso de reforma nos remite al lugar que este órgano tiene en la nueva realidad constitucional ecuatoriana. Como lo señala en artículo 429 de la CRE, la CC se ubica en la posición de máximo órgano de control, interpretación constitucional y administración de justicia en esta materia. Esta atribución, según lo declara el artículo 436, numeral 1, se realiza a través de dictámenes y sentencias que serán vinculantes, o, de acuerdo lo complementa el numeral 6 del mismo artículo, por medio de “sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales”. Subrayo la frase “demás procesos constitucionales” para en ellos incluir la atribución de calificar el procedimiento de reforma constitucional u otras resoluciones que la CC expida durante el proceso. Con todo ello, la CC consolida un papel muy importante en el andamiaje constitucional vigente que consiste en, a través de su interpretación, contribuir al desarrollo jurisprudencial del contenido de los derechos (Grijalva 2009, 279) y, agregaría, del contenido general de todas las normas constitucionales.

Ahora bien, con relación al tema de la interpretación constitucional la CRE estipula en su artículo 427 que se procederá “por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad” y solo en caso de duda por “el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos”. Esta norma sorprende pues se queda corta respecto del nuevo carácter e importancia que se asigna a la interpretación en los Estados constitucionales, la misma que debería abandonar una postura pasiva del juez con relación a la norma interpretada. Agustín Grijalva señala que esta norma no correspondería al desarrollo actual de la hermenéutica constitucional y al carácter garantista de la Constitución pues relega “relativamente” métodos objetivos y modernos de interpretación constitucional como la ponderación, el *test* de razonabilidad y proporcionalidad o la exigencia de que las normas de la Constitución se interpreten en función de las realidades sociales a las que se aplican (2009, 271, 279).

Segundo, respecto a la enmienda como vía de reforma cuando esta se realiza por iniciativa legislativa, llama la atención el hecho de que en la Constitución se haya dejado un resquicio para que la función legislativa aplique este procedimiento de reforma constitucional. Ello contrasta con que hecho de que en todos los demás procedimientos, para enmienda y reforma parcial, se exija convocar a la ciudadanía para ratificar la

reforma en referéndum. Con ello se impediría que el poder constituido pueda actuar por sí solo en tan delicado asunto, a lo que Rubén Martínez denomina “rigidez material” de la Constitución (2008, 287). Pero esta rigidez material queda en entredicho si se advierte que, de acuerdo a lo que dice el artículo 441, numeral 2, esta vía de enmienda permitiría una reforma constitucional cuyo trámite se diferenciaría muy poco de la reforma a una ley al interior de la Asamblea Nacional.

Como lo mencionamos arriba, este procedimiento fue usado en la enmienda de 2014-2015. En este caso, y luego de serios cuestionamientos procedimentales, el Consejo de Administración Legislativa, como ocurre en cualquier proyecto de ley, calificó la solicitud de reforma firmada por el grupo de asambleístas correspondiente y la remitió a la CC. Luego de que este órgano ratificó su carácter de enmienda, de regreso a la Asamblea Nacional el trámite siguió casi de manera idéntica al de un proyecto de ley: se nombró una comisión especializada ocasional que la procesó y preparó los informes para el pleno y el proyecto fue discutido en dos debates, realizándose un proceso de socialización como sucede, de manera facultativa, en los casos de leyes importantes.

Este proceso se diferenciaría del trámite legislativo normal en algunos aspectos más formales que sustantivos: la iniciativa debería provenir de al menos una tercera parte de los asambleístas (en el caso de una ley se requiere el apoyo de 5% de los miembros de la Asamblea Nacional); requeriría de un control de constitucionalidad previo de la CC (Oyarte 2016, 1068-9); el segundo debate debería realizarse en el décimo tercer mes luego al primero; necesitaría de una mayoría de dos terceras partes de los miembros del legislativo para su aprobación; y no precisaría de sanción del Ejecutivo. Si bien estos aspectos son importantes, especialmente el segundo y último, lo fundamental es que el proceso dependería de una condición política, a saber, la existencia en el Asamblea Nacional de un bloque legislativo con los suficientes votos para reformar el texto constitucional por sí mismo y de una CC que abra la puerta de tal procedimiento. Es decir, que todo pasaría a depender de la conformación política de estos dos espacios del poder constituido. Esta posibilidad permitiría que una mayoría política adquiriera enorme poder y autonomía para cambiar el texto constitucional a espaldas del poder constituyente, poniendo además en entredicho la rigidez material de la CRE (Martínez 2008, 287), circunstancia que choca con una de las premisas del Estado constitucional.

Para el tercer tema corresponde que nos concentremos en el artículo 1 de la CRE, el mismo que define al Ecuador como un “Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”. Dice, además, que dicho Estado “se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”. El segundo párrafo de ese primer artículo postula que la soberanía radica en el pueblo, la misma que se ejerce a través de los órganos de poder público y de los mecanismos constitucionales de participación directa. El párrafo tercero y final señala que “los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible”.

Desde el concepto de Estado que refiere el primer y segundo párrafos del artículo 1 hay varios contenidos específicos que incorporar a su definición de constitucional, siendo que cada adjetivo implica un conjunto bastante amplio de atributos. Aquello hace del Estado ecuatoriano, según la CRE, un concepto complejo con múltiples elementos constitutivos. De todas maneras, su carácter central, es decir, lo que lo diferencia de los demás tipos de Estado en la tradición constitucional ecuatoriana, radica en la determinación de Estado constitucional de derechos y justicia, ECDJ; definición inseparable del reconocimiento contenido en el párrafo segundo referido a la soberanía popular. Esta definición, además, contiene una novedad: Incorpora el plural al término “derechos” con lo cual, desde una perspectiva de pluralismo jurídico, asume como fuentes de derecho distintos instrumentos normativos tanto internacionales de derechos humanos y de política pública, como provenientes de mecanismos comunitarios de resolución de conflictos de los pueblos y nacionalidades del Ecuador. Además, otorga a la “justicia” un valor ético central de legitimación sustantiva del ordenamiento constitucional ecuatoriano.

Desde este marco, la definición de Estado constitucional de derechos y justicia subsumiría dentro de sí otros calificativos presentes en el texto, como los de “social”, “democrático”, “soberano”, “independiente” y “laico”, pues sería contradictorio que un Estado constitucional sea definido como un “estado de derecho” a secas, excluyendo su carácter de “social” o, igualmente, que fuera declarado autoritario, colonial, asociado a otro Estado, dependiente o confesional. Todos estos atributos se incluyen de la definición de Estado constitucional. Lo mismo podría decirse de la anotación por la cual se fija que la organización del Estado será republicana y descentralizada. Sería ilógico un Estado

constitucional que renuncie a una organización republicana o se configure de norma centralista, sin admitir la descentralización y desconcentración del poder y de su administración.

En cambio, se agregarían a la definición de Estado constitucional los atributos de unitario, intercultural y plurinacional. Estos atributos serían característicos del Estado constitucional ecuatoriano que no es federal ni autonómico, incorporándose a ello el reconocimiento de una matriz social y cultural diversa y plural, en el sentido de lo que Ramiro Ávila denomina el neoconstitucionalismo andino (2016, 26-32). De igual modo, el párrafo tercero que señala como parte del patrimonio del Estado los recursos naturales no renovables de su territorio añade un atributo adicional. En conjunto, todo esto señala que la definición de Estado en la CRE articula atributos que proyectan una forma específica de sociedad, economía y política. Es decir, el texto constitucional nos presenta una definición de Estado que configura un orden social específico que no es solamente político, sino que incorpora lo económico, cultural, natural, etc.

En este punto resulta fundamental profundizar en uno de los temas más problemáticos anotados arriba: Cómo entender el “carácter” y “elementos constitutivos” del ECDJ. Sobre el tema, para Julio César Trujillo el asunto no es muy claro, aunque por “forma y elementos de Estado” el texto constitucional pareciera referirse a las materias del Título I, junto al Título IV y al Título V (2013, 83). Por su parte, Rafael Oyarte menciona, desde una interpretación literal del texto constitucional, que “los elementos constitutivos del Estado” se encuentran claramente precisados en el Título I de la CRE, en sus artículos del 1 al 9 (2016, 379). Trujillo habla de “forma y elementos”, mientras que Oyarte solo menciona los “elementos” sin referirse al “carácter”.

Pero profundicemos la reflexión en el aspecto que la Constitución abandona en el reino de la ambigüedad: el “carácter” del ECDJ. Para ello apelamos a dos de las acepciones que da a este término la RAE, a saber, “conjunto de cualidades o circunstancias propias de una cosa, de una persona o de una colectividad, que las distingue, por su modo de ser u obrar, de las demás” o “condición dada a una persona o a una cosa por la dignidad que sustenta o la función que desempeña” (1992, 406). Desde ello, podemos afirmar que las acepciones transcritas del término “carácter” trascienden el contenido de los elementos que conformarían el ECDJ expresados en el Título I y organizados en dos subtítulos: “Principios fundamentales” y “Ciudadanos y ciudadanas”.

Es claro que “su condición o conjunto de cualidades o circunstancias propias”, en otras palabras, el significado del referido artículo 1, no se agota en lo que los artículos del 2 al 9, que versan sobre los símbolos patrios; los deberes primordiales del Estado: el territorio y capitalidad del Estado; la declaratoria del Ecuador como territorio de paz; las definiciones de ciudadanía y nacionalidad ecuatoriana; las especificaciones de los ecuatorianos por nacimiento o naturalización; y la igualdad de derechos y deberes entre ecuatorianos y extranjeros habitantes en el territorio.

De entre los artículos que van del 2 al 9 vale resaltar el artículo 3 que se refiere a los deberes primordiales del Estado y, en particular, su numeral 1, que menciona los derechos a la educación, salud, alimentación, seguridad social y agua para todos los habitantes; y su numeral 5, que aborda la planificación del desarrollo nacional. Pero de todas formas, ni el artículo 3, comprendido con la mayor amplitud posible, agota el contenido o los atributos que merecería el ECDJ.

De todas formas, la lectura propuesta por Trujillo (2013) como parte de la “forma y elementos” del ECDJ el Título IV, sobre “Participación y organización del poder” y el Título V, que trata de la “Organización territorial del Estado” resulta más exacta que la postura literal de Oyarte (2016). Sin embargo, su delimitación también es incompleta y, sobre todo, únicamente comprende al Estado desde la perspectiva de la participación política y la institucionalidad estatal nacional y descentralizada. Por ello, a los límites de Trujillo (2013) habría que incluir, al menos, los artículos referentes a los recursos naturales no renovables, principalmente el 313 y el 317, que son parte del capítulo V del Título VI, del “Régimen de desarrollo” y el 408, del Título VII, sobre el “Régimen de buen vivir”.

Pero el tema tampoco se resolvería aquí a menos que insistamos en una lectura de los “elementos constitutivos de la Constitución” desde una visión exclusivamente político institucionalista como la de Trujillo (2013) o estrechamente literal como la de Oyarte (2016). ¿Pensaríamos como ajenos al carácter y elementos constitutivos del ECDJ los derechos y las garantías constitucionales y, como derivación, los llamados regímenes de desarrollo y del buen vivir desarrollados en los títulos señalados? ¿Y qué del Título VIII sobre “Relaciones internacionales” y de los aspectos relacionados con la “Supremacía de la Constitución”, que desarrolla el Título IX?

En esta primera aproximación al tema no vamos a fijar aún una tesis definitiva, la misma que constará en la sección posterior que desarrolla el concepto del ECDJ, pero sí dejaremos planteada la pregunta de si la definición de ECDJ y de su “carácter” y “elementos constitutivos” incluiría lo referente a los “Derechos” del Título II, y “Las garantías constitucionales” del Título III.

En primer lugar, partiría que los derechos no son ni pueden ser parte del Estado, siempre tomando en cuenta que una posible restricción de ambos estaría por fuera del procedimiento de enmienda o reforma parcial a la Constitución.⁵ En cambio, las garantías sí son un elemento constitutivo fundamental del Estado constitucional, las mismas que, de acuerdo a los artículos 84, 85 y 86 de la Constitución, serían de tres tipos: normativas, de políticas públicas y jurisdiccionales. Para Claudia Storini, la CRE establece un modelo ejemplar de garantías para proteger los derechos, los cuales podrían ser genéricos, abstractos y normativos; jurisdiccionales e institucionales (2009, 288-9) y, por tanto, no podrían excluirse de los “elementos constitutivos” del ECDJ.

Sobre esta noción de garantías que precisamente incorpora a las políticas públicas para hacer efectivos los derechos, igual postura cabría respecto del Título VI sobre el Régimen de desarrollo. No resultaría lógico excluir de los “elementos constitutivos” del ECDJ la planificación del desarrollo, la soberanía alimentaria, la soberanía económica, los sectores estratégicos, los servicios y empresas públicas, el trabajo y la producción, que constituyen, como lo señala el artículo constitucional 275, un “conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*”.

Y, con mayor razón, el llamado “Régimen del buen vivir”, que lo constituye todo el Título VII en sus dos capítulos “Inclusión y equidad” y “Biodiversidad y recursos naturales” del que se deriva un amplio catálogo de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que aseguran el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos. Si artículos del 2 al 9 de la CRE, como la declaratoria del Ecuador como

⁵ En este punto coincido con Oyarte (2016, 381) en el sentido de que la Constitución cierra la posibilidad de que una propuesta que restrinja los derechos y garantías requiera del procedimiento de una Asamblea Constituyente, como curiosamente lo resolvió la CC en su dictamen del No. 001-14-DRC-CC del lunes 10 de noviembre de 2014, 59.

territorio de paz, artículo 5; o la igualdad de derechos entre extranjeros y nacionales, artículo 9; son considerados literalmente como los “elementos constitutivos del Estado”, por qué no otorgar el mismo estatus de elementos no solo constitutivos sino definitorios del carácter del Estado constitucional, a pesar de no estar consignados entre los primeros 9 artículos del texto constitucional.

Pero similar condición merecería esgrimirse para el Título VIII dedicado a “Relaciones internacionales”. La misma denominación de Estado constitucional de derechos, con el término derechos en plural, implica que los instrumentos internacionales de derechos humanos pueden, incluso, prevalecer por sobre cualquier norma jurídica y acto del poder público en el caso de que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, según dice el artículo 424. Igualmente, la CRE en su artículo 425 incorpora a los tratados y convenios internacionales como parte del orden jerárquico de aplicación de las normas jurídicas, asunto que según César Montaña, representa una innovación con respecto a la Constitución de 1998 (2009, 378).

Y, finalmente, desde similares parámetros debería considerarse el Título IX, denominado “Supremacía de la Constitución”, y, en especial, sus capítulos primero y segundo, que desarrollan los “Principios”, y el carácter, conformación y atribuciones de la “Corte Constitucional”, respectivamente, que no podrían dejar de considerarse como parte fundamental del “carácter y elementos constitutivos” del Estado.

En suma, solo podría excluirse del alcance de los “elementos constitutivos” del ECDJ el Título II sobre los “Derechos” y el capítulo tercero del Título IX de la Constitución referido a la reforma constitucional y sus procedimientos. Aquello haría inocuo el procedimiento de enmienda constitucional posibilitado por el artículo constitucional 441, pues ningún cambio a la Constitución exceptuaría los artículos restantes de la estructura constitucional. Como hemos visto, solo desde una interpretación literal y reducida de los llamados “elementos constitutivos del Estado” se justificaría la diferenciación entre los dos procedimientos, a saber, la enmienda y la reforma parcial, y la propia inclusión de un artículo como el 441. Por el contrario, desde una comprensión abierta e integral de la trascendencia que tuvo la declaración del artículo 1 de la CRE de ECDJ y aquilatando lo que ello significa, solo ameritaría pensar en reformas constitucionales.

Lo anterior nos devuelve a una reflexión más incisiva acerca del significado del “carácter” del Estado, el mismo que si bien permanece ambiguo y no es está explicitado en ninguna parte del texto constitucional, debería ser conceptualizado a partir de la amplia definición que consigna el artículo 1.⁶ Siendo así, y retornando a la acepción del término como el conjunto de cualidades propias o condición dada de una cosa, es difícil hallar qué aspecto de los otros títulos y capítulos de la estructura constitucional podría excluirse del mismo, sin topar o afectar sustantivamente el “carácter” del Estado constitucional, lo cual incluiría sobre todo a los derechos y garantías. En ese sentido, el carácter del Estado constitucional vendría a significar el rasgo identitario, la identidad de la CRE. Por ello, el punto inquietante es por qué el constituyente al fijar en la estructura de la Constitución un Título I, denominándolo “Elementos constitutivos del Estado” empobreció al mínimo no solo los “elementos constitutivos”, sino también el “carácter” de su concepto de Estado, reduciendo el alcance de su principal contribución a la historia constitucional y política ecuatoriana y abriendo, en definitiva, una vía expedita, la enmienda, para su reforma o, incluso, mutación.

Entonces, si atamos lógicamente los artículos que cierran e inician el texto constitucional, es decir, si describimos en conjunto las normas que regulan la reforma constitucional con los artículos que definen la estructura de la Constitución y el carácter y elementos constitutivos del Estado, se observa la dislocación existente entre núcleo intangible e identidad constitucional, lo cual abre una *ventana de fuga* del Estado constitucional de derechos y justicia. En otras palabras, dentro del mismo articulado de la propia Constitución encontramos un camino para diluir su principal el rasgo de identidad. Esta ventana estaría conformada por tres vértices:

1. La definición restrictiva de los “elementos constitutivos del Estado” expresado en la denominación del Título 1 del texto constitucional, lo cual implica un severo

⁶ Cabe anotar que la misma ambigüedad y falta de explicitación se entiende sorprendentemente también a la abundante literatura sobre la Constitución de Montecristi, la misma que discurre sobre distintos aspectos del Estado constitucional de derechos y justicia, pero que en ningún caso se detiene a reflexionar sobre qué significado dar a su carácter. Recordemos que Trujillo (2013) menciona el asunto de la “forma y elementos” del Estado, evitando usar la palabra carácter y que Oyarte (2016) habla de los “elementos” pero omite el “carácter”. Lo mismo ocurre con Ávila (2016, 2011, 2008), Torres (2009), Sousa (2010), Martínez Dalmau (2008), Bernal Pulido *et al.* (2015), entre otros, que analizan en extenso el Estado en el CRE topando aspectos específico, pero olvidan el punto crucial de cómo entender su “carácter” y “elementos constitutivos”, a pesar de estos ser definitorios en la determinación del ECDJ, aspecto principal de la CRE.

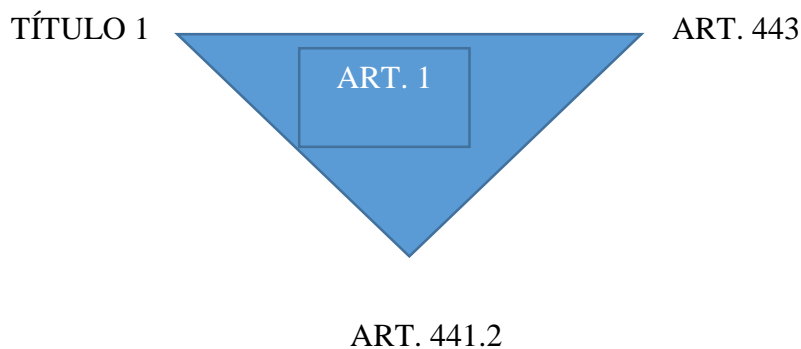
empobrecimiento del “carácter” del Estado, cuya determinación, en cambio, es ambigua. La exclusión del “carácter y elementos constitutivos del Estado” del estatus de intangibilidad absoluta de la Constitución, lo cual, por tanto, abre la posibilidad de modificar este aspecto por vía de una reforma parcial;

2. La enorme discrecionalidad que el artículo 443 de la Constitución otorga al CC para calificar el procedimiento de reforma constitucional; y

La apertura de un procedimiento de reforma constitucional vía enmienda por iniciativa legislativa, artículo 441 numeral 2, que permite cambiar el texto constitucional mediante el ejercicio de una mayoría legislativa en un trámite muy parecido al de aprobación de una ley.

En ese sentido, la denominación del Título 1, el artículo 443 y el artículo 441.2 cercan el alcance y contenido el artículo 1 y, de ese modo, configuran una verdadera *ventana de fuga* del Estado constitucional de derechos y justicia que este proclama. Esta *ventana*, detectada a nivel meramente descriptivo, plantea un conjunto de interrogantes respecto de la propia Constitución, precisamente por su indeterminación respecto del aspecto que define su identidad, a saber, el carácter del ECDJ. Esta situación ciertamente rara y desconcertante tiene implicancias no solo académicas, sino políticas.

Ventana de fuga del Estado constitucional de derechos y justicia



En tal virtud, culminamos esta descripción con una precisión a nivel analítico: El concepto de ECDJ es el aspecto que determina la identidad de la CRE; este concepto, de acuerdo al Título IX de la misma, lo constituyen dos elementos: el carácter y sus elementos constitutivos; el primero, que no está claramente definido y el segundo que

aparece de manera en exceso restrictiva. Ello sugiere que la CRE, vista en su integralidad, presenta una identidad oscilante, indefinida y ambigua, como oscilante, indefinido y ambiguo aparece el concepto de Estado que es la marca de esa identidad.

1.2 Aproximación analítica a la Constitución desde el prisma de la reforma constitucional

A partir de este primer acercamiento descriptivo a la CRE desde el prisma de la reforma constitucional podemos derivar en un nivel analítico para fijar los hitos principales de esta propuesta de investigación, estos son: el objeto, tema, campo disciplinario, en un primer lugar; y el problema, preguntas e hipótesis de investigación, en un segundo momento.

1.2.1 Delimitación del objeto, tema y campo interdisciplinario de investigación.-

Tomando en cuenta la restrictiva delimitación de los “elementos constitutivos” y la ambigüedad respecto del “carácter” del ECDJ presentes en la CRE, no es de extrañarse que el aspecto central del debate constitucional y político, alrededor de los dos episodios de reforma constitucional producidos en el Ecuador desde que la CRE entró en vigencia el 20 de octubre de 2008, haya girado alrededor de la decisión de la CC, primero la de transición y luego la definitiva, sobre el procedimiento de reforma. Huelga recordar que en ambos casos, la CC dio la razón a los proponentes en el sentido de que las propuestas debían tramitarse como enmiendas, cuya iniciativa en las dos situaciones provino del grupo político en el poder.

Así, en mayo de 2011, el pueblo ecuatoriano aprobó, mediante referéndum, una enmienda constitucional de 5 puntos presentada por el presidente de la República, aplicando el artículo 441, numeral 1 de la CRE; y en diciembre de 2015, la Asamblea Nacional aprobó en segundo debate otra enmienda constitucional, propuesta por el bloque legislativo oficialista de Alianza País, precisamente aplicando el artículo 441 numeral 2. Los temas de cada reforma fueron variados, pero ambos casos la decisión de la CC fue declarar de enmiendas ambas reformas constitucionales, utilizando de manera expedita, la *ventana de fuga* que hemos descrito.

Ambas experiencias de reforma constitucional nos colocan ante una disyuntiva compleja de investigar. Si las reformas constitucionales de 2011 y 2014-15, una de ellas

o ambas, modificaron el “carácter y elementos constitutivos” del Estado, el Ecuador se encontraría ante una situación que podríamos denominar de tergiversación, desvío, regresión del proyecto constituyente de Montecristi o, incluso, de deconstitucionalización del sistema político (Ferrajoli 2011c, 21), o de sustitución de la Constitución como lo afirman Bernal Pulido *et al.* (2015). Si este fuera el caso, aquello querría decir, además, que el ECDJ habría sido modificado o alterado, habiéndose producido en cada caso reformas parciales de la CRE y en ningún caso enmiendas. Es más, la ejecución de tales reformas parciales habrían implicado la violación o reversión de algunos derechos, situación expresamente prohibida por el texto constitucional. De este modo, los dictámenes de constitucionalidad habrían traicionado la voluntad del poder constituyente por obra de una inadecuada interpretación constitucional o la presión del poder constituido.

Los dictámenes de la CC concluyeron que ninguna de las dos propuestas de reforma modificaba el carácter y elementos constitutivos del ECDJ, ni tampoco alteraba la estructura de la Constitución. Si así fuera, entonces, nos no encontraríamos ante ningún proceso deconstitucionalización; ni tampoco ante ninguna denaturalización o sustitución constitucional del proyecto de Montecristi. Por ende, las reformas constitucionales de 2011 y 2014-15 habrían continuado el proyecto constituyente inicial que, además fue aprobado en el referéndum de septiembre de 2008.

Esta posibilidad es la que precisamente nos interesa explorar pues implicaría que el sentido de los cambios constitucionales ejecutados no se salió del marco original de la Constitución de Montecristi, el mismo que, tal como lo describimos arriba, se fundó sobre una identidad ambigua, reducida y oscilante. Para ello, resulta necesario ir más allá de la simple pregunta o crítica respecto de si la CC equivocó o acertó sus dictámenes y preguntarnos sobre el proceso y la decisión misma, a través de la cual se interpretaron y definieron de una manera y no de otra los elementos que según el texto constitucional determinan la diferencia entre enmienda y reforma parcial. Así podremos establecer si el Ecuador atraviesa por un proceso de desconstitucionalización o sustitución del proyecto constituyente, o si, por el contrario, las reformas ejecutadas afianzaron y desarrollaron el modelo constitucional de Montecristi. Todo ello podremos interpretarlo en la batalla conceptual alrededor de la calificación de enmienda versus reforma parcial que dictaminó la CC.

Por ello, este trabajo explora la batalla política y constitucional sobre la distinción entre enmienda y reforma parcial a la CRE en los dictámenes de constitucionalidad de la CC de 2011 y 2014. Sostengo que desde esta entrada será posible proponer una explicación constitutiva de la Constitución de Montecristi, la teoría constitutiva de la CRE que hemos planteado. Como primer avance de este proyecto investigativo, en este informe nos concentramos en el desarrollo de una propuesta teórica y metodológica que nos permita encauzar dicho trabajo. En ese sentido, siendo la CRE nuestro **objeto de investigación**, a nivel metodológico enfocamos nuestro estudio en el análisis de ambas reformas constitucionales y, en particular, en su calificación como enmiendas, y no como reformas parciales, por parte de la CC. Y es que desde la distinción conceptual entre los dos procedimientos de reforma, de dictámenes vinculantes con consecuencias jurisprudenciales futuras, se definió aspectos clave del orden constitucional ecuatoriano como son la estructura fundamental de la Constitución, los elementos constitutivos y, sobre todo, el carácter del Estado.

Desde nuestra perspectiva epistemológica, misma que delinearemos en la segunda parte de este informe, esta distinción representa una verdadera batalla conceptual, en el sentido anotado por Carl Schmitt (2001b) y Rienhart Kossellek (2012a, 2012b), de ahí que su análisis sea tan importante como el contenido mismo de los cambios constitucionales aprobados. En ese sentido, bien cabría evaluar si con dicha distinción y definición conceptuales se produjo un cambio o sustitución de la Constitución o, incluso, si se produjo una alteración en el carácter y elementos constitutivos del Estado constitucional de derechos y justicia, con implicancias directas sobre el régimen político ecuatoriano o si, por el contrario, se profundizó y consolidó el proyecto constitucional definido originalmente en Montecristi, lo cual no significa necesariamente la institucionalización de un Estado constitucional.

Tengamos presente que los dictámenes de la CC sobre el procedimiento de reforma constitucional bajo análisis supusieron que esta adopte definiciones y realice distinciones conceptuales cruciales, siendo que, con tales decisiones, se definió de forma conclusiva qué es una enmienda o una reforma parcial a la Constitución y cómo debía definirse el “carácter” y “elementos constitutivos”, es decir, el concepto del ECDJ, así como también la estructura constitucional. En definitiva, con los dictámenes de constitucionalidad la CC interpretó, de manera vinculante, los artículos 441, 442, 443 y

444 de la CRE y, al limitarse a enmendar lo ya establecido en el texto constitucional, determinó que lo que se buscaba con ambas reformas era sencillamente consolidar el contenido en la CRE y el concepto de ECDJ consagrado en la misma. En su defecto, si los dictámenes de la CC hubieran calificado las propuestas de reformas parciales a la Constitución, en uno o en ambos casos, aquello hubiera implicado una redefinición de estos aspectos centrales del ordenamiento constitucional y, por tanto, hubiéramos atestiguado un importante desarrollo o modificación del texto constitucional. Sin embargo, como aquello no fue lo que ocurrió debemos concentrarnos en las implicancias de la primera opción y explicar a fondo las consecuencias de la misma, aunque sin descartar del todo la posibilidad de que las reformas pudieran haber alterado la identidad constitucional y significado un proceso de desconstitucionalización o sustitución de la Constitución.

En suma, las reformas constitucionales ejecutadas en 2011 y 2015 se sustentaron en una calificación de procedimiento por parte de la CC que dejó sentado elementos centrales, constitutivos, de la constitución ecuatoriana. Vale la pena, por tanto, indagar las implicancias de tales definiciones y el proceso político desde el que tuvieron lugar. En tal virtud, nuestro análisis se centrará en el acto de interpretación de la CC del procedimiento de las propuestas de reforma constitucional de 2011 y 2014-2015. Dicho acto se inició, en el primer caso, el momento en que el Ejecutivo envió a la CC su propuesta de reformas, y, en el segundo caso, el momento en que la Asamblea Nacional ingresó en la CC lo propios. A partir de este objeto, definimos el **tema de la presente investigación** en los siguientes términos: *Explicación constitutiva de la CRE desde la batalla conceptual sobre el procedimiento de reforma constitucional, en los eventos de 2011 y 2014-15, y su efecto sobre el Estado constitucional y el régimen político.*

Fijado de esta manera nuestro tema de investigación, delimitamos el **campo disciplinario** de este estudio de la manera siguiente: La presente es una investigación interdisciplinaria en el que se encuentran el derecho constitucional y la ciencia política. El estudio de una reforma constitucional no puede abstraerse de al menos estos dos campos disciplinarios dado que este evento es al mismo tiempo un fenómeno jurídico-normativo y un hecho político. Por ello, su estudio debe articular ambas disciplinas, diferenciándose de los ejercicios de interpretación constitucional en sí mismos o de los estudios que sencillamente realizan lecturas o interpretaciones políticas de la Constitución

o sus reformas. Esta apuesta por la interdisciplinariedad, implica que, epistemológicamente, distingamos entre nuestro estudio axiológico-político de la Constitución de la interpretación constitucional propiamente dicha o el estudio de la Constitución desde el análisis de sus normas en el campo del derecho constitucional. Situamos así el presente desafío interdisciplinario, a dos aguas entre el derecho constitucional y la ciencia política, aunque advertimos que su metodología, centrada en el análisis y la historia conceptual, provendrá de la segunda.

Precisamente, una de las limitaciones de la abundante literatura que ha aparecido sobre la CRE⁷ es que la estudia solo desde una perspectiva constitucional o neoconstitucional (Trujillo 2013; Ávila 2011, 2016; Oyarte 2016, solo por mencionar los libros más representativos de la amplia literatura) incurriendo en graves omisiones sobre su carácter político; o la analiza solo desde el proceso político del que surgió (Echeverría, 2015; Freidenberg y Pachano 2016; Verdesoto 2014, Granda 2012), olvidando el complejo entramado axiológico que le da personalidad y configura en lo normativo.⁸ Es así, entonces, que nuestra propuesta pretende estudiar la Constitución desde el espacio de intersección de los dos campos disciplinarios y analizar la constitución como un objeto, por un lado, normativo y axiológico y, por otro, político.

⁷ La producción académica sobre la CRE es muy variada. Además de los textos mencionados en el texto, la literatura sobre tópicos o secciones de la CRE o libros que reúnen análisis integradores de sus diferentes capítulos son abundantes. Para ello, ver Salim Zaidán, editor (2012); Santiago Andrade, *et al.*, (2009); ILDIS-Revista La Tendencia (2008); Juan Pablo Aguilar, *et al.* (2009); y Luis Fernando Torres, editor (2010). Constituyen referencia obligada los 18 tomos que publicó el Ministerio de Justicia del Ecuador, en su serie Justicia y Derechos Humanos, entre 2008 y 2010, sobre distintos aspectos conceptuales de la CRE y del nuevo constitucionalismo ecuatoriano. Del mismo modo, vale revisar la serie de libros publicados por Abya-Yala en la colección denominada “Serie sobre el debate constituyente” dirigida por Alberto Acosta y Esperanza Martínez. Desde una perspectiva histórica son recomendables los textos de Hernán Ibarra (2010a y 2010b). Resulta muy interesante leer el testimonio de dos asambleístas constituyentes que, desde orillas ideológicas distintas, reconstruyen lo que sucedió en Montecristi. Es el caso de Pablo Lucio Paredes (2008); y Alberto Acosta (2008). Una fuente valiosa de documentos de la Asamblea Constituyente, especialmente, las actas de sus sesiones, es el portal web del colectivo *Montecristi Vive*.

⁸ Exceptúo dos trabajos que sí articulan el análisis consitucional y político, aunque desde enfoques epistemológicos muy distintos al presente. Se trata del libro *Presidencialismo constituyente* de Luis Fernando Torres (2008) que articula las dimensiones del derecho constitucional y la ciencia política para explicar la deriva autoritaria del régimen político de la revolución ciudadana, aunque este texto parte desde una perspectiva teórica y epistemológica muy distinta a la del presente estudio; y de las páginas que Boaventura de Sousa Santos (2010) dedica al proceso constituyente ecuatoriano en su trabajo titulado *la Refundación del Estado en América Latina*.

1.2.2 Problema, revisión de la literatura, preguntas e hipótesis de investigación.-

En perspectiva de especificar el **problema de esta investigación**, proponemos que la calificación de la CC de enmiendas a los dos procesos de reforma constitucional ejecutados en Ecuador luego de 2008, podría implicar, como lo hemos expuesto arriba, dos posibilidades:

1. Que el carácter y elementos constitutivos, es decir, el concepto del ECDJ fue reinterpretado por la CC, al punto que con ello se produjo un proceso de desconstitucionalización (Ferrajoli 2011c) o de sustitución de la Constitución (Bernal Pulido *et al.*, 2015); o
2. Que dicha interpretación no cambió el concepto ECDJ, lo cual, a su vez, significaría:
 - 2.1. Que dichas reformas constitucionales no era extrañas sino que correspondían al concepto de ECDJ; o
 - 2.2. Que dichas reformas, haciendo uso de la *ventana de fuga* del ECDJ, completaron el diseño constitucional de Montecristi consolidando un concepto de ECDJ, oscilante, ambiguo e indeterminado, no obstante su declaratoria formal del artículo 1.

Nuestra posición preliminar ante este problema de investigación es que ambas reformas constitucionales, la de 2011 y la de 2014-15, al ser calificadas por la CC de enmiendas no cambiaron o, acaso, consolidaron el concepto de Estado presente en la CRE. En las dos ocasiones, los dictámenes de la CC perfeccionaron el diseño de un modelo de Estado cuyo carácter y elementos constitutivos no corresponden de forma total al de un Estado constitucional. Opto, en consecuencia, por la segunda opción. Y dentro de ella, mi posición también es la segunda.

Esta tesis nos lleva a tomar una postura distinta dentro de la **literatura revisada** respecto de las posibles implicancias de la reforma o cambio constitucional sobre la identidad de la Constitución y carácter del Estado constitucional. En realidad, mi posición descarta la posibilidad de que los procesos de reforma constitucional ejecutados en el Ecuador luego de la promulgación de la CRE en 2008, hayan implicado la desconstitucionalización del sistema político, según lo propuesto por Luigi Ferrajoli (2011c); la sustitución de la Constitución, de acuerdo a Bernal Pulido *et al.* (2015); o,

mucho menos, la distorsión o, incluso, traición al proyecto constituyente originario de Montecristi.⁹

Sobre lo primero, sostenemos que no nos encontramos frente a un proceso de desconstitucionalización que amenazaría al Estado constitucional, en el sentido denunciado por Luigi Ferrajoli (2001; 2011c), porque obviamente para llegar a ese punto, nuestro país debió haber ya constitucionalizado un Estado constitucional, hecho que no ocurrió. Y ello, a pesar de que, como lo anota Trujillo, el modelo de Estado constitucional ya estuvo implícito en la Constitución de 1998 y su declaratoria de Estado social de derecho (Trujillo 2003, 86). Pero vale la pena explicar con mayor detalle el argumento de Ferrajoli (2001, 2011c) sobre la desconstitucionalización del sistema político para ubicar y contextualizar de mejor manera nuestro problema de investigación.

Luigo Ferrajoli, tomando como caso de análisis la *Tangentopoli* (ciudad de la coimas) italiana que abrió el camino de ascenso al poder de Silvio Berlusconi, sostiene que los poderes políticos y económicos, sin controles y reglas, se concentran y acumulan de forma absoluta convirtiéndose en poderes salvajes (2011c. 24). Este fenómeno, que es el supuesto fáctico de la llamada desconstitucionalización, habría provocado una profunda crisis de la representación y de la democracia política desde arriba y desde abajo. Por arriba, la crisis se manifiesta por la tiranía de la mayoría, expresada en el resurgimiento de un populismo con rasgos fascistas, y por un proceso constante y sostenido de confusión y erosión de poderes públicos y privados. Por abajo, en cambio, la crisis de la democracia política toma cuatro formas: la homologación de los que consienten y la denigración de los discrepantes; la despolitización masiva de la sociedad y la disolución de la opinión pública; la crisis de la participación política; y la manipulación de la información y la decadencia de la moral pública (65-82).

Todo ello traería como resultado la desconstitucionalización del sistema político, entendida como el rechazo al paradigma de Estado constitucional y la consolidación de

⁹ La presente revisión de la literatura es bastante escueta. Salvo el trabajo de Bernal Pulido *et al.* (2015) no existe otro trabajo académico que estudie las reformas constitucionales en el Ecuador posteriores a 2008. Existen alegatos constitucionales, a favor o en contra de los dictámenes de la CRE de 2011 y 2014, pero estos serán materia de nuestro análisis sobre la batalla conceptual entre enmienda y reforma constitucional. Aparte de ello, han circulado innumerables documentos políticos y hasta de orden didáctico que presentan y explican las propuestas de reforma, pero el análisis de los mismos escapa el ámbito de este trabajo, que no aborda el discurso político sobre las enmiendas.

regímenes plebiscitarios sustentados en la pretensión de que el consenso popular es la única fuente de legitimación del poder político. Este proceso minaría profundamente la democracia constitucional pues erosiona el pluralismo político y constitucional, desvaloriza las reglas y los límites legales para quienes detentan el poder, ataca la separación de poderes, las instituciones de garantías, la crítica y la prensa libre. Detrás de todo ello se produce un vaciamiento de la dimensión constitucional de la democracia, exagerando la representación y haciéndola primar por sobre todos los demás elementos de la democracia constitucional (Ferrajoli 2011c, 21-4).

Dicha involución populista de la representación expresada en la “idea de la omnipotencia del jefe como voz y expresión orgánica de la voluntad popular”, sería profundamente anticonstitucional y antirrepresentativa (Ferrajoli 2011c, 48). Aún más, para Ferrajoli el populismo habría tenido un impacto directo sobre el sistema político, sobre el régimen político para ser más exactos. Cuando la identificación entre jefe y pueblo, más que una tesis propagandística, se transforma en fuente de legitimación de los poderes públicos, estamos frente a un nuevo y específico modelo de sistema político. Este correspondería a lo que Aristóteles llamó demagogia, forma degenerada de la democracia; régimen político en que el soberano es el pueblo y no la ley (Ferrajoli 2011c, 50).

Otra manifestación de la llamada desconstitucionalización (desde arriba) sería la erosión de la separación de poderes, la misma que va más allá de la crisis de la clásica tripartición, en que la independencia del poder judicial es fundamental, para afectar la separación entre los poderes económico y político, entre la esfera privada y la esfera pública, que para Ferrajoli (2011c) es una separación todavía más importante y que forma parte del “constitucionalismo profundo del Estado moderno” (52-3). Todo esto derivaría en formas de corrupción ya no basadas en colusiones ocultas de intereses públicos y privados, sino en formas explícitas e institucionalizadas, en que cada vez es más fuerte la relación entre dinero, información y política (2011c, 53-4).

A través de la noción desconstitucionalización del sistema político, Ferrajoli describe un proceso de disolución de la representación en los dos significados del término: la representación jurídica o legal de la institución estatal, y la representación política de los electores. Este proceso se expresaría en la consolidación de un sistema, régimen político lo llamaríamos mejor, populista patrimonialista (58) en que cada vez de forma

más evidente se debilita el papel de mediación representativa de los partidos políticos y el control político y propietario de la información (55-64).

En la perspectiva de Ferrajoli, la crisis del Estado constitucional italiano, ya plenamente consolidado a partir de la posguerra, resultaría una consecuencia del populismo, entre otros factores. En su visión, el proceso político desató poderes salvajes que afectaron profundamente el modelo constitucional y sus instituciones representativas. En el caso ecuatoriano, podríamos decir, tal relación de causalidad no se produjo. Por el contrario, el proceso de exacerbación de la representación política al que en el Ecuador inadecuadamente la literatura denomina populismo (Montúfar 2017, 203-4) fue una de las fuerzas determinantes en la consolidación del llamado modelo neoconstitucional ecuatoriano. En otras palabras, si en la Italia que analiza Ferrajoli el Estado constitucional entró en crisis por obra, entre otros factores, de aquella exacerbación de la representación a la que conlleva el populismo, en el Ecuador de la revolución ciudadana el Estado constitucional de derechos y justicia que consagra la Constitución de Montecristi fue promovido por el liderazgo ¿populista? de Rafael Correa.

Esto, evidentemente, nos plantea la interrogante inversa a la planteada por Ferrajoli, a saber, no de la deconstitucionalización del Estado constitucional, sino más bien de conformación del mismo por una vía que precisamente señalaría aquella de exacerbación de la representación política. Esta precisión contextual e histórica es fundamental para comprender adecuadamente el proceso constituyente y posconstituyente ecuatoriano. No es posible entender cabalmente la Constitución de Montecristi y, por supuesto, sus reformas sin atender a los rasgos principales del contexto político del que surgió y contribuyó a consolidar, el mismo que provino de un proceso similar de exacerbación de la representación, fruto del colapso del régimen político que nació en el país con el retorno democrático de 1979, el mismo que se condensó en el liderazgo *massmediático*, no populista, de Rafael Correa (Montúfar 2017, 2003).

En una línea similar, en el estudio mencionado en la introducción, que analiza la propuesta de reelección indefinida de 2014 en el Ecuador, Carlos Bernal Pulido, Aparicio Caicedo y Mario Serrafiero desarrollan la tesis de que la misma constituyó un abuso del

constitucionalismo¹⁰ o utilización arbitraria del poder de reforma constitucional, que implicaría una sustitución de la Constitución (2015, 12-3). El estudio se sustenta en la doctrina de la sustitución de la Constitución, según la cual, son ilegítimas las reformas que desnaturalizan la identidad constitucional o cambian su esencia, para lo cual sería indispensable una asamblea constituyente que active el poder constituyente originario (Bernal Pulido *et al.*, 2015, 12-4).

Con el fin de verificar que una reforma no sustituya la Constitución, los autores adoptan el llamado *test* de sustitución desarrollado por la Corte Constitucional colombiana, cuya premisa es que una reforma sustituye la Constitución cuando reemplaza un elemento definitorio de su identidad (2015, 40). Sobre esa base, la CC colombiana determinó que la propuesta de 2010 tendente a permitir la reelección presidencial por un segundo período en Colombia constituía una sustitución de la Constitución al pretender la modificación de un elemento esencial del diseño constitucional como es el principio de pesos y contrapesos (2015, 43). Además de ello, la consumación de esta reforma habría implicado la sustitución de otros principios como la alternancia, la igualdad de los candidatos presidenciales y la generalidad de la ley (2015, 44).

Para Bernal Pulido *et al.*, la doctrina de la sustitución de la Constitución es pertinente para analizar el caso ecuatoriano por dos razones: Primero, por la similitud de las ambas constituciones, en tanto que institucionalizan un Estado constitucional y democrático de derecho; debido a que ambas constituciones no establecen cláusulas pétreas que impidan la reforma de ciertos contenidos ni facultan a sus cortes constitucionales realizar el control sustantivo de las reformas.¹¹ Segundo, debido a la semejanza de las propuestas permisivas de la reelección presidencial, la de Colombia en 2010, en favor de Álvaro Uribe, y la del Ecuador en 2014-15, en favor de Rafael Correa (2015, 37-8).

¹⁰ Los autores adoptan de David Landau (2013) el concepto de abuso de constitucionalismo, el mismo que refiere a la situación de que la Constitución y lo que esta protege se desnaturalicen mediante un uso no legítimo de los procedimientos formales de reforma constitucional (Bernal Pulido *et al.*, 2013, 35-6).

¹¹ El punto es que, a pesar de constar en ambos casos la prohibición a la CC de realizar un control de contenido de la reforma, la verificación de que una reforma no implique una sustitución constitucional comprende la competencia de controlar sus contenidos. La competencia de la CC es hacer control de la reforma y, por tanto, este órgano debe asegurar que las propuestas de cambio constitucional impliquen efectivamente aquello y de ninguna manera se desborden a una supresión, derogatoria o sustitución de la Constitución (Bernal Pulido *et al.*, 2015, 39).

Según estos autores, la declaratoria de Estado constitucional implicaría dos señas de identidad: la sujeción de todos los poderes a la Constitución y a su ordenamiento jurídico; y el principio de separación de poderes (2015, 51). En el caso de la Constitución ecuatoriana dicha declaratoria conviviría con un desequilibrio de poderes en favor del Ejecutivo, el llamado hiperpresidencialismo, el mismo que ocurre, de todos modos, en un marco que establece los elementos genéricos de un orden constitucional, a saber, derechos fundamentales y garantías, el principio del Estado de derecho, y el principio de separación de poderes, junto a ciertos procedimientos democráticos de toma de decisiones políticas (2015, 48-9). Siguiendo el argumento de los autores, el artículo 1 de la Constitución califica al Estado ecuatoriano de democrático, con lo cual, se institucionalizaría una forma de democracia deliberativa, inclusiva y favorable a la participación y el pluralismo político. Igualmente, los elementos esenciales del modelo de democracia deliberativa presentes en la Constitución ecuatoriana se basarían en la rendición de cuentas, la alternancia democrática y la deliberación pública plural (2015, 56).

En definitiva, la propuesta de reelección indefinida, de acuerdo a Bernal Pulido *et al.*, atentaría en contra del Estado constitucional pues desestructuraría el principio de separación de poderes y conllevaría a una desmesurada acumulación de poder derivada de la ingente capacidad e influencia nominadora de la que goza el presidente de la República en el derecho público del Ecuador (2015, 54). De mismo modo, los autores sostienen que la reelección presidencial desnaturalizaría los tres elementos esenciales de la democracia deliberativa, reemplazándola por la hegemonía política (2015, 57). Por ello, esta reforma constituiría un caso evidente de abuso del constitucionalismo, que “desnaturaliza la forma en que la Constitución ha institucionalizado la separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos entre los poderes públicos” (2015, 54). De mismo modo, esta reforma vulneraría los derechos a la participación política en igualdad (2015, 61). En fin, la propuesta de reelección indefinida alteraría la estructura fundamental de la Constitución y los elementos constitutivos del Estado, por lo cual, no podría tramitarse por el procedimiento de enmienda (2015-55).

Tampoco es convincente la tesis de que las reformas constitucionales, en específico, la que se refiere a la reelección indefinida que se aprobó en diciembre de 2015, implique una sustitución de la Constitución ecuatoriana. Para que aquello pueda comprobarse tendría que haberse materializado en el Ecuador un Estado constitucional,

no solo en el artículo 1, sino en toda la Constitución, más allá de la declaratoria formal del artículo 1. En realidad, esta tesis parte de un concepto ideal de constitución, y de la enumeración de las características nominales del Estado constitucional y de la democracia deliberativa, que supuestamente serían los pilares del orden constitucional de Montecristi. Se concluye que es posible aplicar la doctrina de la sustitución de la Constitución desarrollada por la CC colombiana, sin previamente haber demostrado que los dos elementos son sustantiva y materialmente aspectos cruciales de la identidad de la Constitución ecuatoriana.

Por el contrario, mi posición es que el modelo de Estado establecido en la CRE, lejos de ser totalmente fiel a una inspiración garantista propia de un Estado constitucional, ha tenido derivas diversas, las mismas que constan desde su origen en el mismo texto constitucional o se han concretado en los procesos de reforma constitucional. Por ello, antes de a priori otorgar al Estado que consta en el texto constitucional ciertas características es necesario investigar concretamente de qué modelo estatal estamos hablando. En otras palabras, más allá de la personalidad de los gobernantes, más allá de su carácter o inspiración autoritaria o democrática del grupo dominante, el llamado ECDJ debe ser analizado a partir de una teoría específica de la CRE. Así lo sugiere la *ventana de fuga* del ECDJ que se explicó arriba. Por ello, lo que se debe investigar es hasta qué punto las vicisitudes del proceso de materialización de la Constitución, posterior a su aprobación en 2008, han constituido o no anomalías o desvíos del camino inicial o, por el contrario, han sido resultado palpable de la concreción y desarrollo de un modelo constitucional coherente y unitario.

Esta tesis la sustentaré por medio de un análisis conceptual de reforma del concepto de la constitución ecuatoriana, expresado de forma concreta en el concepto de ECDJ que instituye. Huelga decir, que este concepto no es un concepto constitucional relativo o ideal, en la acepción de Schmitt (1982), sino un concepto político concreto, que debe ser estudiado en su conflictualidad y contexto. Superaremos de esa manera la perspectiva paranoica con que generalmente se analiza el texto constitucional, en el sentido de que su sección dogmática, es decir, la que desarrolla y amplía derechos, tiene características emancipatorias, igualitarias y democráticas; mientras que su sección orgánica, que organiza el Estado, contradice a la primera, conteniendo riesgos autoritarios y neoabsolutistas.

Esta visión paranoica del texto constitucional obscurece el hecho fundamental de que los textos constitucionales son entes políticos y normativos y que, aun cuando puedan adolecer de vacíos y contradicciones, rigen de manera incompleta y parcial. De esta forma estabilizan, junto a otros factores, un marco de relaciones entre el poder y los ciudadanos, entre el Estado y la sociedad. Aquello me lleva a afirmar que las secciones dogmática y orgánica de la CRE están íntimamente relacionadas, que expresan un solo concepto de Constitución. En ese sentido, es un error analizarlas desde enfoques paranoicos o paradójicos, siendo, más bien, que debemos esforzarnos por desentrañar las conexiones, implícitas o explícitas, entre los aspectos contradictorios y en tensión a nivel de ambas. Para este análisis no resulta relevante destacar las discrepancias posibles entre el “ser” y el “deber ser” constitucionales, sino comprender ambas dimensiones como parte un mismo movimiento; movimiento en que los dos existen y conviven. En tal virtud, insistiré en las correspondencias y compatibilidades entre lo dogmático y orgánico que, en definitiva, dan cuenta en su integralidad de una Constitución vigente y legitimada.

Lo anterior es posible estudiar en los momentos de reforma constitucional. Estos momentos son espacios privilegiados para comprender, sobre el espejo de lo que se busca modificar y, sobre todo, del procedimiento que se escoge para ello, el modelo constitucional construido. Como surgió de la descripción que realizamos arriba del Título IX que fija la reforma, en este se decantan dos aspectos que aparecen como núcleos intangibles de la CRE, a saber, la línea base de derechos y garantías y el propio procedimiento de reforma, y una identidad constitucional ambigua y oscilante, referida al concepto de ECDJ. Así mismo, los momentos de reforma son momentos excepcionales, en el sentido schmittianos de término (Schmitt 2001b, 184).¹² En ellos es posible interpretar con mayor claridad el carácter y sustancia del objeto bajo análisis y en ellos interactúa lo estrictamente normativo con lo político y extra jurídico.

¹² Para Schmitt, la realidad política se presenta mejor al observador no en sus momentos de normalidad, no en la rutina, sino en las situaciones emergentes, en los casos de excepción. Esta es una característica constitutiva de lo político, el expresarse en las decisiones políticas extremas, en las situaciones de conflictividad límite, en el caso crítico, en la situación decisiva, en la oposición última amigo-enemigo. A nivel epistemológico, para Schmitt, interpretar lo político desde la normalidad nos vacía de su contenido esencial y obscurece nuestra perspectiva de análisis y comprensión. Como lo expresa en su célebre texto sobre “El concepto de lo político”: “Se puede decir que en éste (el caso crítico), como también en otros casos, precisamente el caso de excepción tiene una importancia particularmente decisiva, hasta el punto de revelar la esencia de las cosas... Es desde esta posibilidad extrema que la vida de hombre adquiere su tensión específicamente política” (Schmitt 2001b, 184).

En esa línea surgen las siguientes **preguntas de investigación**:

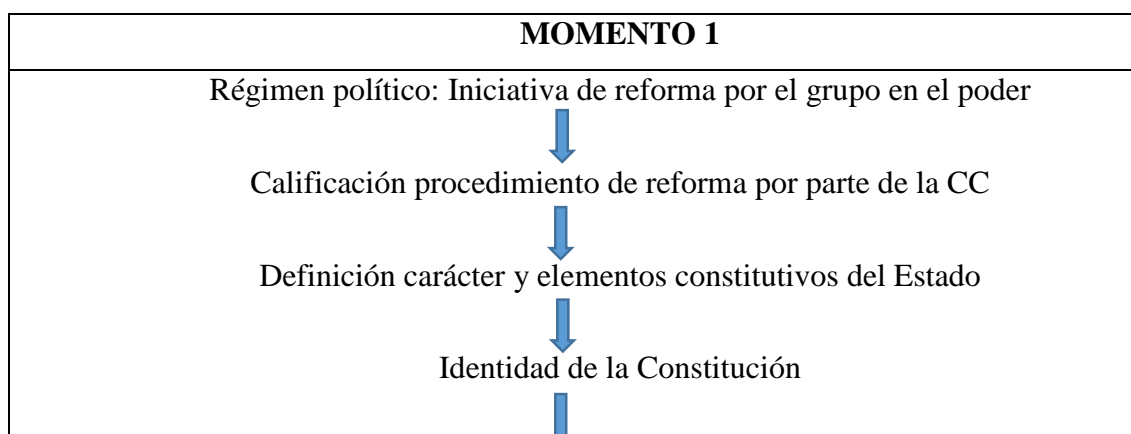
- i. ¿Cómo CC interpretó los cuatro criterios de diferenciación entre el procedimiento de enmienda y reforma constitucional en las propuestas de 2011 y 2014; cómo se dio la batalla conceptual entre enmienda y reforma parcial de la CRE en los dictámenes de la CC que calificaron de enmiendas ambas propuestas de reforma?
- ii. ¿Qué concepto de ECDJ fue definido por la CC para justificar que las reformas constitucionales de 2011 y 2015 debían tramitarse mediante el procedimiento de enmiendas y no de reformas parciales a la Constitución?
- iii. ¿Hasta qué punto las reformas constitucionales de 2011 y 2015 mantuvieron o modificaron el carácter y elementos constitutivos del ECDJ; de qué forma se aplicó la llamada *ventana de fuga* del ECDJ descrita arriba? En consecuencia: ¿Qué es el ECDJ, qué definición podríamos dar a este objeto político y axiológico, de qué manera este concepto determina el concepto o teoría de la CRE?
- iv. ¿Qué implicancias tiene para el modelo constitucional ecuatoriano el que reformas analizadas puedan tramitarse como enmiendas, ni siquiera como reformas parciales a la Constitución? ¿Por qué las reformas bajo estudio no representarían procesos de desconstitucionalización, sustitución de la Constitución o supresión constitucional?
- v. ¿Qué consecuencias tendrían las definiciones y alcances de los procedimientos de enmienda y reforma de la CRE, tal como fueron calificados por la CC en las dos reformas estudiadas, sobre el régimen político?

Nuestro tema de investigación se compone de los siguientes elementos: Constitución, reforma constitucional, el concepto de Estado y régimen político, los mismos que se encadenan en una relación constitutiva que, a nivel ontológico, podríamos graficar en dos momentos de ida y vuelta. Sin duda, la iniciativa de la reforma tiene un origen político, que en los dos eventos estudiados tuvo que ver con las motivaciones e intereses del grupo del poder. Este origen político tuvo una incidencia directa sobre la calificación del procedimiento por la CC, lo cual tuvo efectos sobre la determinación del carácter y elementos constitutivos del Estado, fijando así el concepto de Estado. Esta determinación marca la identidad de la Constitución, lo cual, a su vez, incide en el régimen político y sistema de partidos ecuatorianos. La misma relación constitutiva ocurre a la inversa: El régimen político y sistema de partidos influyen sobre la identidad

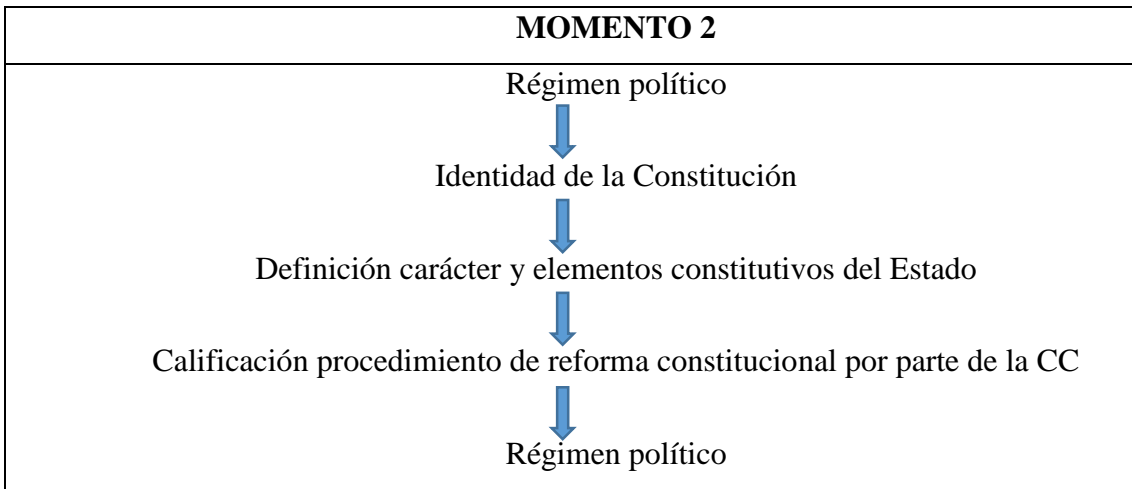
constitucional, que a su vez define el carácter y elementos constitutivos del Estado incidiendo todo ello en la decisión crucial sobre la vía de reforma constitucional, la misma que fue resultado de una decisión política del grupo en el poder.

Queda claro que para estudiar la Constitución, y como parte de ella la reforma constitucional y el ECDJ, debemos tener presente siempre su doble dimensión política y normativa, lo cual nos plantea el desafío epistemológico y metodológico de explicar ambas dimensiones como un complejo entramado relacional. Aquello nos conducirá a interrogar sobre si el contenido de la Constitución determinó el procedimiento de reforma, enmendando el concepto de Estado e impactando sobre el régimen político; o si, en su defecto, fue que el procedimiento de la reforma constitucional el que cambió el concepto de Estado, reformando o, incluso, sustituyendo, la Constitución, y modificando el régimen político. O si, quizá, ambos procesos se retroalimentaron mutuamente, es decir, se fundaron y se fundan en una relación constitutiva. Por ello, nuestro desafío investigativo, tal como lo desarrollaremos en la sección metodológica de este trabajo, se mueve en lo que Alexander Wendt denomina explicación constitutiva de nuestro objeto, la CRE, a partir del impacto sufrido por su concepto de Estado por las reformas constitucionales aprobadas en 2011 y 2015.

Veamos, en los siguientes cuadros, la relación constitutiva a la que hacemos referencia:



Régimen político



Sobre esta base proponemos la siguiente **hipótesis**: En uno o en los dos eventos de reforma constitucional, asistimos a procesos de enmienda constitucional debido a que las reformas constitucionales ejecutadas desarrollaron, no cambiaron, el concepto de ECDJ. La definición de ECDJ se mantuvo igual, a pesar de que efectivamente hubo modificaciones al texto constitucional y cambiaron varios de sus atributos. En ese sentido, no hubo modificación en el núcleo constitutivo de la CRE, lo cual fue resultado e incidió sobre el carácter del régimen político ecuatoriano.

La demostración de esta hipótesis descartará la posibilidad de una desconstitucionalización del sistema político, así como de una sustitución constitucional, como consecuencia de las reformas ejecutadas. Más que aquello, con esta hipótesis nuestra pretensión será construir de forma concreta el concepto de ECDJ, marca de la identidad constitucional, y desde allí proponer una teoría política y axiológica de la CRE.

Una vez formulados en estos términos, el problema, las preguntas y la hipótesis de esta investigación, pasamos del nivel descriptivo a desarrollar el carácter ontológico y epistemológico de nuestro objeto de investigación y de ahí expondremos nuestra estrategia metodológica de investigación.

SEGUNDA PARTE

Propuesta teórica y metodológica de investigación

Edward Said en un iluminador ensayo advertía que los conceptos y las teorías, como las personas, viajan por el tiempo y el espacio y que en ese trajinar se refuerzan o cambian completamente según el período o la situación (2004, 303). Esto, para Said, exigía no tomar a las teorías y conceptos como objetos temporal y espacialmente inmutables, sino a indagar sobre qué sucede cuando una teoría que aparece en unas condiciones y en un tiempo específico se utiliza una y otra vez en otras circunstancias y en otro momento (Said, 2004, 308). En lo que respecta al tema de esta investigación, la advertencia de Said nos conduce directamente a indagar sobre qué sucede cuando doctrinas como el neoconstitucionalismo, en cuya corriente se inscribiría la CRE, o conceptos como el de Estado constitucional se materializan en una situación histórica concreta como la latinoamericana, andina o ecuatoriana (2004, 304), a pesar de haber nacido en otras latitudes y en respuesta a otras situaciones o necesidades.

La advertencia de Said nos invita a pensar en los conceptos y las teorías *situadamente*, lo cual requiere reconocer, sin pretensión de ningún sesgo esencialista, que la producción de conocimiento, que generalmente parte de conceptos y teorías viajeras, debe proyectar la forma histórica y concreta en que ellas se enraízan en cada realidad.¹³ Por ello, una vez agotada en la primera parte de este texto una aproximación descriptiva preliminar de la reforma constitucional de la CRE y fijado el objeto, tema, problema, preguntas e hipótesis de investigación, en esta segunda parte pasamos desarrollaremos la propuesta teórica y metodológica de la misma. Con ese fin, se expone un detallado recorrido por los niveles ontológico, para definir el carácter de nuestro objeto y tema de investigación; epistemológico, para determinar cómo conocerlo; y metodológico, con el fin de precisar el diseño investigativo. Específicamente, en el nivel ontológico,

¹³ Said establece cuatro fases comunes o elementos a considerar en el modo en que una idea o teoría viaja y se enraíza en otro tiempo y lugar. Primero, todo concepto o teoría tiene un punto de origen o el conjunto de circunstancias en que nació e ingresó al discurso; segundo, existe una distancia atravesada en tiempo y espacio por una idea o una teoría hasta alcanzar nueva relevancia; tercero, es necesario tener presente el conjunto de condiciones de aceptación o resistencia que confronta esa idea o teoría que hace posible su introducción o tolerancia en un nuevo contexto; y cuarto, se debe enfocar a la idea o teoría ya adaptada o incorporada por completo o parcialmente hasta el punto de transformarse en su nuevo tiempo y lugar (2004, 304).

definiremos el carácter de los conceptos principales que definen nuestro objeto, lo cual, nos conducirá a explicitar qué estudiaremos (Jackson 2011, 26); a nivel epistemológico, desarrollaremos cómo y desde qué bases teóricas vamos a investigar aquello que quedará establecido a nivel ontológico (Jackson 2011, 26); y, finalmente, en lo metodológico, expondremos la estructura lógica y procedimiento de la investigación (Sartori 1970, 1033), a partir del análisis de la estructura del concepto de ECDJ, desde el prisma de la reforma constitucional.

2.1 Nivel ontológico: el carácter del objeto y tema de investigación

Para determinar el carácter ontológico de nuestro objeto, la CRE, recordemos que nuestro tema de investigación está compuesto por cuatro elementos: Constitución, reforma constitucional, Estado y régimen político. Con este propósito relacionaremos cuatro cuerpos de literatura en que dialogan el derecho constitucional y las ciencias políticas, a saber: *I. Constitución; II. Estado constitucional versus otros tipos estatales; III. Régimen político; y IV. Reforma constitucional y el cambio de Constitución.*

I. El concepto de Constitución

Para aproximarnos al carácter de nuestro objeto de investigación, partimos de la conceptualización que hace Ricardo Guastini (2007) sobre qué es la Constitución desde una reconstrucción de los usos del término en el lenguaje jurídico y político. Este autor identifica cuatro significados principales: 1) En la acepción liberal, entendida como límite al poder político; como un ordenamiento político o estatal de tipo garantista que satisface dos condiciones: garantiza los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado y establece que los poderes del Estado estén divididos y separados; 2) En la acepción que generalmente le otorga el positivismo, comprendida como el conjunto de normas jurídicas fundamentales que determinan la forma del Estado, definen la forma de gobierno y disciplinan la producción normativa. En esta acepción la Constitución es entendida en su sentido sustancial o material; 3) Como un código de la materia constitucional; documento normativo que lleva ese nombre y que normalmente contiene: las normas que confieren los derechos de libertad a los ciudadanos; y las normas que confieren poderes a los órganos del Estado; y 4) Como fuente de derecho, que a diferencia de otros documentos normativos, está dotada de ciertas características formales como su procedimiento de formación; su fuerza especial por encima de las leyes; su rigidez en el sentido de que no

puede ser abrogada, derogada o reformada por las leyes, sino que requiere para ello un procedimiento diverso y especial (2007, 16-21).¹⁴

En ese sentido, consideramos que la acepción más apropiada para interpretar la CRE sería precisamente la cuarta, pues, la de Montecristi, es una constitución que expresamente buscaría superar los límites del constitucionalismo liberal y positivista, y al mismo tiempo, se asume con una fuerza normativa que trasciende al texto que componen sus 444 artículos más las disposiciones transitorias y Régimen de Transición, Igualmente, la misma se proyectaría como fuente normativa y axiológica que debería regir todo el andamiaje legal, así como también las políticas públicas y, en general, las relaciones sociales, culturales, políticas y económicas de la sociedad. Afirmamos, entonces, que partiremos de una conceptualización de la Constitución como fuente de derecho, frente a las otras acepciones, a la hora de analizar la CRE.

Ello concuerda con los expresado con Miguel Carbonell, quien considera a la Constitución de Montecristi como un “ejemplo representativo” de la corriente neoconstitucionalista que emergió en Europa, a partir de la segunda posguerra pero, en especial, los años 60 del siglo pasado, a la par de constituciones como la portuguesa de 1976, la española de 1978, la brasileña de 1988, la colombiana de 1991 o la venezolana de 1999 (2010, 154). Al respecto, Ramiro Ávila sostiene que la constitución ecuatoriana incorpora instituciones propias, ausentes en otras latitudes, configurándose lo que denomina neoconstitucionalismo andino. Estas instituciones son la plurinacionalidad, la multiculturalidad, la pachamama, la democracia comunitaria, la justicia andina y el *sumak kawsay*. La incorporación de estos elementos profundizaría y desarrollaría su pertenencia a esta corriente constitucional (2016, 26-32).

Desde esta premisa, profundizamos sobre la caracterización ontológica de nuestro objeto de estudio. Para ello, recurrimos a Luigi Ferrajoli, y a su teoría jurídica del derecho

¹⁴Guastini distingue así mismo algunas expresiones respecto a la comprensión de la Constitución material. Una primera en que sus normas determinan la forma de Estado y de gobierno; una segunda que se refiere al conjunto de normas sobre la legislación o sobre las fuentes; la tercera que la comprende como la decisión política fundamental del poder constituyente, relativa a la forma de Estado o los principios supremos de cualquier ordenamiento; la cuarta que la identifica como el régimen político vigente en cualquier Estado, la quinta como constitución viva, es decir, correctamente actuada e interpretada en la realidad política (2007, 26-7).

y la democracia constitucional, desde la que define a la constitución (democrática) en estos términos:

Lo que llamamos constitución es este conjunto de principios formales y sustanciales: por un lado, el conjunto de normas de competencia, expresadas en normas hipotéticas formales, que tienen por destinatarios a los titulares de aquellos poderes-deberes que son las funciones de gobierno y las funciones de garantía; por otro lado, el conjunto de derechos fundamentales, expresados en cambio por normas téticas sustanciales, que tienen por destinatarios y todavía antes por titulares a todas las personas y/o ciudadanos, es decir, al pueblo entero (Ferrajoli 2011b, 47).

Para este autor, las constituciones son pactos de convivencia basados en normas téticas o principios fundamentales; contratos sociales escritos, imprescindibles en sociedades marcadas por la pluralidad y conflictividad entre distintas subjetividades. Todo esto transforma a la Constitución, no solo en la norma más elevada a nivel jerárquico, sino en la norma axiológica suprema, estableciendo un punto de contacto, ineludible, entre la esfera jurídica y la esfera moral e imponiendo al legislador, más allá del respeto formal a la norma, la obligación de desarrollarla con su subsecuente declinación positiva (Pozzolo 2010, 170). Esta perspectiva contradice visiones organicistas de la constitución que consideran a pueblo como macro sujeto, dotado de una voluntad unitaria, tal como lo contraponemos con la perspectiva schmittiana (Ferrajoli 2011b, 54).

Congruente con la definición ferrajoliana, desde una perspectiva neoconstitucionalista una Constitución sería tal por los valores que expresa. Se deriva de ello una concepción de constitución preceptivo-sustantiva a diferencia del carácter descriptivo de las constituciones liberales; hecho que distinguiría las constituciones “verdaderas” de las “aparentes” (Pozzolo 2010, 169). Las constituciones que pertenecen a esta corriente no solo establecen competencias estatales o dividen las funciones del Estado, sino que estipulan amplios catálogos de derechos fundamentales obligando al Estado a conseguir ciertos fines y objetivos. Son, en ese sentido, constituciones invasivas, entrometidas (Carbonell 2010, 154).

Así, las constituciones democráticas manifiestan una dirección vinculante, son un ordenamiento de valores estructurados, que dominan todo el desarrollo normativo e institucional; son, en ese sentido, *fuerza de derecho última y fundamental*. Por ello, los principios de justicia, antes relegados a un papel de proclamaciones políticas, en este modelo constitucional encuentran una directa fuerza obligatoria y se convierten en tareas

vinculantes de los poderes públicos. La legitimidad de la acción de los mismos se asienta, por tanto, en su compatibilidad con los valores y principios constitucionales. Mientras el constitucionalismo liberal se concentraba en los derechos en función de la libertad; el neoconstitucionalismo piensa los derechos en función de la justicia y concibe la moral como uno de los criterios de validez del derecho. El juicio externo sobre la validez del derecho positivo del paradigma liberal, se transforma en juicio interno sobre su validez en donde la justicia o una cierta una concepción del bien, pasa a formar parte de los criterios de validez y legitimidad (Pozzolo 2010, 173).

Es en ese sentido, entonces, que la Constitución puede comprenderse como fuente de derecho, lo cual, según Ricardo Guastini, implica la idoneidad de las normas constitucionales no solo para disciplinar al Estado y sus relaciones con los ciudadanos, sino también para regular las relaciones entre particulares. Siendo que esta noción de Constitución difiere de la concepción clásica como límite al poder político, la misma se conecta a un cierto modo de interpretar los textos constitucionales (Guastini 2007, 22-3) y se materializa en lo que el mismo Guastini denomina la “constitucionalización de orden jurídico” (2003, 49).

La noción de “constitucionalización del orden jurídico” merece una explicación más detallada, advirtiendo que Guastini la desarrolló para el caso italiano. Guastini la comprende como el proceso impregnación progresiva de las normas constitucionales no solo sobre todo el sistema legal y de legislación, sino sobre la acción de los actores políticos, las políticas públicas y, en general, las relaciones sociales en su conjunto. La profundidad de dicho proceso depende de algunas condiciones: rigidez constitucional, garantía jurisdiccional de la constitución, fuerza vinculante de la constitución, sobre interpretación de la constitución, aplicación directa de las normas constitucionales, interpretación conforme de las leyes e influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas (Guastini 2003, 53-8). Las dos primeras condiciones, a saber, la de rigidez constitucional y la de garantía jurisdiccional de la Constitución, son condiciones necesarias de la “constitucionalización”, sin las cuales este proceso sería inconcebible (Guastini 2003, 50). La primera, la rigidez constitucional implica proteger a la Constitución de la legislación ordinaria y, presuponiendo que las normas constitucionales no podrían ser modificadas, derogadas o abrogadas sino mediante un procedimiento especial, requiere además el reconocer la existencia de una “Constitución material”

conformada por “principios constitucionales (expresamente formulados o meramente explícitos) que no pueden ser modificados de modo alguno: ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional” (Guastini 2003, 51). Sobre la segunda condición indispensable, la garantía jurisdiccional de la Constitución, Guastini refiere el que se asegure la conformidad de las leyes con respecto a la Constitución a través de un órgano jurisdiccional que ejerza tal control (2003, 51).

Es importante destacar que en la perspectiva de constitucionalización de Guastini las demás condiciones implican grados distintos de este proceso, siendo la rigidez constitucional y la garantía jurisdiccional de la Constitución, el sustento de las demás. En el caso, por ejemplo, de la condición denominada “fuerza vinculante de la Constitución”, generalmente mencionada en el Ecuador como una de las características principales del constitucionalismo de Montecristi, Guastini aclara que esta no guarda relación con la estructura del ordenamiento constitucional, sino que tiene más bien con la ideología de la cultura jurídica. Según este autor, las constituciones contemporáneas son textos que contienen normas que incluyen principios generales, declaraciones de derechos, disposiciones programáticas, etc. que no son susceptibles de aplicación inmediata y que requieren de interpretación y “concretización” del legislador, los jueces u otros órganos del Estado (Guastini 2003, 52). En ese sentido, “no siempre los principios generales y las disposiciones programáticas son considerados como normas jurídicas genuinas, vinculantes para todos sus destinatarios y, sobre todo, jurídicamente eficaces, es decir, capaces de producir efectos jurídicos” (Guastini 2003, 53). En tal virtud, el cambio ideológico tiene que ver con la difusión de la idea de que toda norma constitucional es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de generar efectos jurídicos, a diferencia de la idea de que las constituciones son manifiestos políticos que requieren concretizarse (Guastini 2003, 53). En fin, la “constitucionalización del orden jurídico” implica la penetración de los valores y principios constitucionales en el orden político y social; es decir, la conformación de un cierto orden político particular, no solo en lo formal sino en lo sustantivo, articulado desde la Constitución, indisociable del concepto de democracia constitucional.

Si bien para la consolidación de una concepción neoconstitucionalista de constitución se requeriría de la institucionalización de las condiciones anotadas por Guastini (2003), especialmente contar con una constitución rígida y garantizada, el

problema para Suzana Pozzolo no sería tanto la presencia de tales condiciones o la implantación de un cierto modelo institucional, sino el cumplimiento de determinadas exigencias interpretativas que dependerían de la doctrina con que se concibe la Constitución y no de su objeto mismo (2010, 166). La forma en que se interpreta la constitución tiene que ver con su concepción, con la aplicación de una metodología interpretativa por parte de sus intérpretes que en el caso del neoconstitucionalismo debe adoptar un modelo preceptivo de la Constitución como norma y la aplicación de técnicas de como la ponderación de principios constitucionales. Aquello debería ser “una práctica constante y compartida entre los operadores”; contribuyendo así “a rediseñar o reconfigurar el objeto interpretado”, es decir, la Constitución escrita (Pozzolo 2010, 166).

Lo dicho por Pozzolo resulta crucial para nuestro estudio. El poner el énfasis en los operadores o, en general, en los intérpretes deja en claro la trascendencia de los actores que tienen a su cargo tomar la decisión sobre el sentido y significado de la Constitución y, por tanto, del régimen político. Y es que, de acuerdo a la misma autora, el neoconstitucionalismo no solo se caracteriza por la supremacía de la Constitución, sino por la subordinación de toda voluntad política al contenido de las normas constitucionales. Por ello es que hablamos de la Constitución como fuente de derecho. En ese sentido, el neoconstitucionalismo podría caracterizarse como una doctrina de interpretación constitucional, tanto como una crítica al positivismo jurídico. Esta doctrina reclama del juez constitucional trascender una postura pasiva y de simple control, para asumir un papel más activo y político, Aún más, la “la función judicial ya no se configura y autorrepresenta como un mero garante, sino como un instrumento del balance del (contra el) poder legislativo” (Pozzolo 2010, 177-8). En todo ello, el punto clave se encuentra en la impregnación de los valores y principios constitucionales, el llamado proceso de constitucionalización, de todo el ordenamiento social, incluidas las relaciones interpersonales. De este modo, la Constitución se impregnaría en la propia convivencia civil y política de los ciudadanos, recreando un vínculo sustancial que podría tener diferentes desarrollos normativos e institucionales, y no solo un modelo institucional o envoltura política (Pozzolo 2010, 167-8).

El punto crítico, por tanto, se encuentra en la vigencia de un modelo preceptivo de constitución como norma, en el cual este no solo actúa como norma jerárquicamente superior en lo formal, sino que se constituye como la norma axiológicamente suprema en

las prácticas interpretativas de sus operadores. De esa manera, la Constitución efectivamente puede ser “el punto de contacto entre la esfera jurídica y la esfera moral”, distinguiéndose por ello de la concepción descriptiva y formal del constitucionalismo liberal (Pozzolo 2010, 169-170). Pozzolo lo anota en los siguientes términos:

Al confrontar concepción descriptiva con la concepción preceptivo-sustantiva neoconstitucionalista, se delinean, de forma más clara, los dos modelos constitucionales: uno propio del liberalismo garantista, donde la Constitución representa un marco abierto dentro del cual, en el respecto de algunos límites, se desarrolla libremente el juego de las fuerzas políticas (por ejemplo, la concepción kelseniana); el otro, propio del neoconstitucionalismo, donde la Constitución es una dirección vinculante, es un ordenamiento de valores estructurados que dominan el desarrollo de la legislación (Pozzolo 2010, 172).

Consecuencia de lo anterior, topamos el problema de la legitimidad y validez de la Constitución, el mismo que apelaría a nociones de legitimidad y validez que trascienden el modelo formalista y positivista. Nos referimos, entonces, a un cambio profundo en el sistema de las fuentes, “comenzando por una subordinación de la ley a criterios no solo formales de validez” (Pozzolo 2010, 169). Según Ferrajoli (2001) debe distinguirse entre dos fuentes de legitimación de la jurisdicción: una formal y otra sustancial. La primera se asegura por la aplicación del principio de legalidad y sujeción del juez a la ley; la segunda se garantiza por la capacidad que recibe la función judicial de tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos. Ninguna de estas dos fuentes puede ser sacrificada sin graves desequilibrios institucionales. La segunda fuente jamás puede ser satisfecha si falta completamente la primera, ni viceversa (Ferrajoli 2001, 918).

Ahora bien, sin dejar de reconocer que una Constitución es un conjunto de valores, y tiene una dimensión axiológica, una limitación del neoconstitucionalismo y de la concepción ferrajoliana es obviar la dimensión política del objeto constitucional. Una constitución puede ser considerada fuente de derechos, sin embargo, aquello no se da en un vacío político. Sus valores y principios no resultan de una mera deducción lógica ni de la imposición extra política de ciertos absolutos; sus valores, su contenido tético es una cuestión política que emana de la lucha política y de sentido de cada sociedad. Por ello, con el fin de desarrollar una comprensión más adecuada sobre nuestro objeto de estudio consideramos necesario incorporar la teoría de la constitución y de la legalidad del Estado de Carl Schmitt (1982) y su teoría de los órdenes concretos, lo cual no significa caer en el sesgo organicista mencionado arriba, sino rescatar el presupuesto ontológico de que lo

constitucional y político no pueden abstraerse del conflicto y polémica concretos de la situación histórica de cada sociedad.

El tema es trabajado por Carl Schmitt en su *Teoría de la constitución* (1982) al desarrollar el carácter político del concepto absoluto de la misma. Si bien en este texto el concepto absoluto de Constitución equivale a la constitución del Estado y, por tanto, se refiere a la unidad política del pueblo, es decir la concepción organicista criticada por Ferrajoli, de manera concreta aquello también implica la unidad política existente, la concreta situación del conjunto de la unidad política y ordenación social de un Estado (Schmitt 1982, 29). La definición absoluta de Constitución de Schmitt, por tanto, va más allá de la tradicional designación de esta como un sistema o una serie de preceptos jurídicos específicos, para aludir un Estado particular y concreto, en su existencia política, en su situación de conflicto y lucha específicos. Aquello no quiere decir, empero, que en su definición absoluta, la Constitución no pueda también ser entendida también como una regulación legal fundamental, una norma de normas, un sistema de normas supremas y últimas, pero aquello sin extrañarse de su carácter de devenir y deber ser de una situación u orden político concretos (Schmitt 1982, 29-30).

Ambas definiciones absolutas comparten la validez de haber emanado de la voluntad del titular del poder constituyente (Schmitt 1982, 33), expresar su decisión política (Schmitt 1982, 47) que no es otra que la “voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre el modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo” (Schmitt 1982, 93-4). La definición absoluta de Constitución de Carl Schmitt (1982) contrasta con sus acepciones formales: conceptos relativos (1982, 37-44), positivos (1982, 45-47) e ideales (1982, 58-62) de Constitución desde los que, según este autor, no se capta el carácter trascendente de la decisión constitucional de un pueblo, que es donde se sitúa el centro de gravedad de la voluntad decisiva (2001c, 261). Por ello, si bien no cabe desconocer las dimensiones formales anotadas, Schmitt defiende el concepto absoluto de Constitución y llama a conservarlo. Aquello porque su teoría decisionista se enfoca en las opciones fundamentales del titular del poder constituyente, la decisión existencial del pueblo, en favor de un determinado Estado y ordenación social (1982, 48-49).

Para clarificar el carácter ontológico de la Constitución requerimos, por tanto, diseccionar el poder constituyente pero no desde el concepto organicista de pueblo de Schmitt, sino desde su propia noción de soberanía schmittiana, la misma que implica la capacidad de tomar la decisión sobre la excepción política. Se trata de rescatar la función política del soberano y, desde esta perspectiva, entenderlo en la dimensión conflictiva que es consustancial a la política, identificando la función de disputa y lucha política que lo hizo posible. Esto, llevado al análisis de la CRE, implica identificar el grupo político que promovió el texto constitucional que, dicho sea de paso fue el mismo que llevó adelante las iniciativas de reforma constitucional bajo estudio. Así, el contenido axiológico de la CRE, no desaparece, pero queda claramente enmarcado y determinado por la lucha política de la que emergió, destacándose su doble condición, política y tética.¹⁵

En suma, la dimensión axiológica y política no son incompatibles; valores y conflicto político no son excluyentes. Por el contrario, ambas dimensiones se realizan mediante la legitimación de un conjunto de valores que expresa la norma constitucional que es, al mismo tiempo, decisión y voluntad del grupo político que constituyó la voluntad del poder constituyente. Desde esta perspectiva, podemos definir la Constitución desde los atributos axiológicos (sentido preceptivo sustantiva) que expresa, pero no en vacío, no desde una pura identidad tética, sino desde su configuración política concreta, de lucha y conflictividad, en que distintos grupos disputan el control del poder estatal y el predominio cultural sobre los valores que han de organizar tanto la sociedad como el Estado. De hecho, las mismas instituciones propias del mundo andino, a saber, la plurinacionalidad, la multiculturalidad, la pachamama, la democracia comunitaria, la justicia andina y el *sumak kawsay* que destaca Ávila (2016, 26-32), no podría entenderse por fuera de la lucha política y axiológica concreta, de ahí que sería parcial y sesgado solo concebirlas solo desde su dimensión axiológica. Se trata, por tanto, de instituciones axiológico políticas.

¹⁵ Todo ello nos sitúa en una diferente perspectiva del problema de la legitimidad respecto a cómo lo plantean los autores neoconstitucionalistas o el mismo Ferrajoli. Schmitt destaca que una constitución es legítima cuando la fuerza y la autoridad del poder constituyente son reconocidas y aceptadas. “La decisión política adoptada sobre el modo y forma de la existencia estatal, que integra la sustancia de la Constitución, es válida, porque la unidad política de cuya Constitución se trata, existe, y el sujeto del Poder constituyente puede fijar el modo y la forma de esa existencia” (1982, 104).

Todo ello da lugar a una concepción de Constitución como un objeto axiológico-político concreto, el mismo que en el caso de la CRE, al ser parte de la corriente neoconstitucional, debería expresarse a través de un ordenamiento de valores estructurados, en el desarrollo normativo e institucional, así como también en las relaciones entre los actores sociales. En ese sentido, la CRE, dada su inscripción en la corriente neoconstitucional y las correspondientes exigencias interpretativas de su sentido preceptivo sustantivo (Pozzolo 2010, 173), se materializaría, de modo concreto y político, en perspectiva de lo que Guastini (2003, 49) denomina “constitucionalización del ordenamiento jurídico”. Todo ello, como lo explicamos arriba, implicaría la conformación de un orden social y político penetrado por los valores y principios constitucionales; de un cierto orden político particular basado en las normas téticas y morales de la Constitución, el mismo que, en tanto régimen político, se identificaría con la democracia constitucional. Lo dicho, como lo consignaremos en el punto IV de esta sección, tiene implicancias concretas en la conceptualización del régimen político, proyectándose más allá de una concepción clásica y liberal de Constitución como límite al poder político, para conectarse a un cierto modo de interpretar los textos constitucionales (Guastini 2007, 22-3)

Desde esta definición preliminar de la CRE esperamos superar las llamadas “falacia realista” y “falacia normativa” (Ávila 2016, 36-7) en nuestra comprensión de la Constitución. Los valores constitucionales son también la realidad, no son externos a ella. Estos hacen parte de la lucha política, y vertebran y dan sentido a dicha politicidad, también constitutiva del orden social y político en cuestión. Del mismo modo, la disputa por el poder no es un hecho divorciado de esos valores y principios constitucionales. El punto es determinar cómo se conjugan ambas dimensiones cada situación histórica. De esta forma podremos comprender a la Constitución en su concreción e historicidad e ir más allá de nociones restringidas que la conciben como un texto escrito que lleva ese nombre, o un conjunto de principios que limitan el poder del Estado y determinan las funciones de los órganos del poder público, o un catálogo idealista los derechos y garantías ciudadanas (no susceptibles de enmienda o reforma constitucional), para considerarla como fuente de derecho con todas las consecuencias sobre la institucionalidad, la legalidad y el orden social y político que aquello implica.

La CRE, por tanto, es un objeto axiológico político. El no entenderla en su doble dimensión produce innumerables mal entendidos y no permite estudiar adecuadamente su reforma.

II. *El Estado constitucional versus otros tipos estatales*

Si en su artículo 1 la CRE declara al Ecuador como un Estado constitucional corresponde partir de su doctrina, contrastándola con otros tipos de Estado. Esta definición es indispensable si uno de los aspectos principales que topa las posibilidades de su reforma es del “carácter y elementos constitutivos” de este tipo estatal. Para Gustavo Zagrebelsky (1995, 34) la “novedad capital” del Estado constitucional tiene que ver con la posición de adecuación y, por tanto, de subordinación de la ley frente a un derecho superior establecido por la Constitución. En el mismo sentido, para Luigi Ferrajoli (2011b, 199), el “rasgo distintivo” del Estado constitucional resulta de la sujeción de todos los poderes a límites y vínculos no solo formales sino también sustanciales. En esa misma línea, profundizando sobre las diferencias entre el concepto de Estado democrático o constitucional y otros modelos estatales, Ferrajoli sostiene que bajo el membrete de “estado de derecho” se entienden dos tipos de estado diferentes: El estado de derecho débil o formal en que los poderes públicos son conferidos por ley y el estado de derecho fuerte o sustancial que designa a los ordenamientos en que los poderes públicos están sujetos a la ley, no solo por las formas sino por sus contenidos (2003 13-14).¹⁶

Ahora bien, en relación a los modelos normativos en que se sustentan estos diferentes tipos de Estado, Ferrajoli subraya dos: el del estado legislativo de derecho o estado legal y el del estado constitucional de derecho o estado constitucional. En el primero, el criterio exclusivo de validez es el principio de legalidad, independiente de cualquier valoración de justicia. En el derecho positivo, la validez depende de la competencia de la autoridad que pone la ley (Ferrajoli 2003, 16). En el segundo, el criterio de validez sufre tres alteraciones con relación al estado legislativo. Primero, la validez de las leyes ya no dependen solo de su forma de producción, sino de la coherencia de sus contenidos respecto de los principios constitucionales; segundo, se produce una

¹⁶Anterior al derecho positivo y al estado legislativo de derecho, Ferrajoli destaca el predominio del paradigma del derecho natural cuya validez estaba determinada por la autoridad de quienes generaban las normas.

convergencia obligatoria entre la Constitución y la legislación y, finalmente, resultado de las dos condiciones anteriores, se introduce una dimensión sustancial no solo en las condiciones de validez, sino en la naturaleza de la democracia (Ferrajoli 2003, 18-19). Así, el Estado constitucional es más que una simple continuación del Estado de derecho; implica una profunda transformación del derecho mismo, lo que solo podría realizarse junto a una democracia constitucional (Ferrajoli 2011a, 813), en tanto régimen político concreto.

Dicho esto desarrollemos lo que el mismo Ferrajoli nos propone respecto de las fuentes de legitimidad del Estado constitucional. En ese sentido, un primer nivel de legitimación formal se referiría a los sujetos y procedimientos de la producción jurídica; al problema de quién está legitimado para actuar y generar actos jurídicos con efectos prescriptivos. Esta legitimidad se garantiza por la vigencia de los derechos secundarios, identificados con los derechos privados en la esfera privada y los derechos políticos en la esfera pública (2011b, 27). En cambio, la legitimación sustancial se asegura por los vínculos impuestos y los contenidos de la producción jurídica. A este nivel, el problema no es quién puede decidir en términos de lo formal, sino qué no puede decidirse y qué no puede dejar de ser decidido. Este nivel se vincula a los derechos sociales y los derechos de libertad, llamados derechos primarios (2011b, 27-8).

En el primer caso, Ferrajoli se refiere a la legitimación sustancial negativa, entendida como las prohibiciones exigidas para la garantía de los derechos de libertad y de autonomía. En el segundo, el autor habla de la legitimación sustancial positiva, la misma que se extendería a las obligaciones exigidas para la garantía de los derechos sociales. Estos, por su parte, exigirían prestaciones positivas por parte de las instituciones encargadas para satisfacer las necesidades vitales y los niveles mínimos de igualdad, a su vez esenciales para los derechos de libertad y autonomía (2011b, 27-8).

Hasta el momento encontramos una plena correspondencia entre una comprensión de la Constitución como fuente de derecho y la consideración del Estado constitucional en términos de su modelo normativo y de legitimación sustantivas. Sin embargo, esta determinación inicial no puede desentendernos del carácter político que esta implica, situación claramente definida al momento de identificar al Estado constitucional con un cierto régimen político, la democracia constitucional. Por ello, recurrimos nuevamente al pensamiento de Carl Schmitt en perspectiva de resaltar la dimensión política del tema, lo

cual este autor lo aborda desde su modelo de análisis decisionista, es decir, priorizando el papel de los decisores últimos en cada tipo de Estado.

Así, Carl Schmitt diferencia el Estado de derecho o Estado legislativo de otros modelos estatales, con los que éste, históricamente, se encontraría en competencia y yuxtaposición. Estos son: el Estado jurisdiccional, administrativo y gubernativo. Profundicemos este punto a partir de lo que este autor desarrolló en “Legalidad y legitimidad” (2001c), texto publicado en 1932 que enfila su crítica al sistema de legalidad del Estado de derecho.

Según Schmitt (2001c), el Estado legislativo o de derecho es aquel en que el lugar preeminente y central lo ocupa el Parlamento, el mismo que tiene a su cargo la elaboración de leyes, que serán aplicadas por otro poder, el Ejecutivo. Este modelo de Estado tiene la peculiaridad de estar dominado por normas impersonales y generales, siendo, por tanto, que en este modelo gobiernan las leyes y no las autoridades. La columna vertebral de este Estado es, por tanto, la separación entre Ejecutivo y Legislativo. A diferencia de este modelo, el Estado jurisdiccional, se basa en que la que las decisiones últimas están en manos del juez y no del legislador. En este modelo, el derecho justo, la razón, la justicia debe primar a la hora de cada decisión concreta. Por último, en otras formaciones estatales, como las de los estados administrativos y gubernativos, la decisión final se encuentra, según los casos concretos, en la autoridad que debe aplicar la norma. Estos Estados son los que más se diferencian del legislativo en vista de que la expresión más característica de los mismos se encuentra en la voluntad soberana y personal del jefe del Estado que ejerce el gobierno, su Estado gubernativo; o las ordenanzas de carácter objetivo de los órganos administrativos del Estado, en el Estado administrativo (2001c, 259-61).¹⁷

Schmitt menciona que cada uno de estos modelos es ideal y que, en la realidad, rasgos de cada uno se mezclan con los de otro en cada configuración histórica concreta. En todo caso, prevalece un sistema de legalidad dominante, lo cual a su vez depende del

¹⁷ Al respecto, Schmitt previene sobre el giro del Estado administrativo hacia lo que él denomina Estado totalitario, con su tendencia irreversible hacia la planificación. El autor alemán anota: “El Estado totalitario es, por su propia naturaleza, un Estado administrativo, aun cuando se sirva de la justicia –penal, civil, disciplinaria o constitucional---, ya sea como instrumento, ya sea como correctivo.” Para ubicarnos mejor, el tipo de Estado al que Schmitt hace referencia como Estado totalitario correspondería al Estado de bienestar o Estado social (2001c, 262).

contexto y de la lucha política. Por ejemplo, en épocas de estabilidad jurídica, se tenderá al Estado jurisdiccional y se consolidará una justicia separada y por encima del Estado. En épocas de grandes cambios, en momentos revolucionarios o reaccionarios, prevalecerá el predominio de Estados gubernativos o administrativos, los mismos que buscan la adaptación de los medios a los fines. Los Estados legislativos, en cambio, florecerán preferentemente en contextos que favorecen la armonía entre progreso y seguridad jurídica. Los Estados legislativos son lo más apropiados para épocas reformistas, revisionistas, evolucionistas, en los que se busca el cambio a través de leyes, surgidas de programas partidarios o de la iniciativa del legislador. Así mismo, a cada tipo de Estado corresponde el predominio de un grupo al interior del mismo: al jurisdiccional, los jueces justos; al gubernativo y administrativo, los gobernantes y burócratas eficientes; al legislativo, los legisladores virtuosos e incorruptibles. En este último, y en ello Schmitt sigue a Max Weber, la legalidad se equipara a legitimidad; la forma dominante de legitimación se basa en la fe en la legalidad; mientras que en los Estados jurisdiccional y administrativo desarrollan un sistema de legitimación más cercano de las situaciones concretas y como respuesta a las mismas (2001c, 265-6).

En perspectiva de aterrizar este debate en una caracterización del modelo de Estado de la CRE, vale preguntarnos si el modelo de Estado jurisdiccional de Schmitt correspondería o sería una versión moderna del Estado constitucional arriba expuesta. La respuesta es parcialmente positiva, con una salvedad crucial. Es positiva en tanto ambos tipos de Estado mantendrían diferencias marcadas con el Estado legal, legislativo o legal, y tendrían en el ámbito normativo su espacio central de desarrollo y expresión a través de las decisiones judiciales de los jueces. La salvedad, en cambio, se refiere al carácter de dicho ámbito normativo que en el Estado constitucional tiene a la Constitución, material y rígida, como el espacio superior al que debe subordinarse el sistema legal, mientras que en el Estado jurisdiccional de Schmitt lo normativo se refiere al sistema legal sin una jerarquización tan específica que señale la superioridad de la Constitución, no obstante expresar la voluntad y unidad política del pueblo, frente a las demás normas. Podemos afirmar, entonces, que el Estado constitucional sería en efecto una variante del Estado jurisdiccional, pero en que la Constitución y, por ende, los jueces constitucionales, tendrían primacía sobre todo el sistema legal e, incluso, más allá del mismo.

Como ya se mencionó, para Schmitt el tipo de Estado dominante en cada época se encuentra siempre en competencia y yuxtaposición con otros. Por ello, dada la configuración de la CRE, tanto en su parte dogmática como orgánica, bien podríamos decir que en ella se sobreponen al Estado constitucional o jurisdiccional los tipos gubernativo y administrativo, dada la preponderancia que asume el aparato administrativo del Estado y, sobre todo, el poder decisorio del Ejecutivo. Al parecer el tipo estatal ecuatoriano se desmarcaría importantemente del modelo legislativo o legal, aunque la práctica legal de sus operadores sobrevive aún con enorme fuerza modos de interpretación positivista. La determinación precisa de esta yuxtaposición la desarrollaremos en esta investigación cuando analicemos la estructura del concepto del ECDJ en la Constitución de Montecristi. Por ahora, sin embargo, adelantamos que su estatuto ontológico presenta una marca de identidad en que tendríamos que poner en duda el dominio del modelo de Estado constitucional, por la importancia de los elementos del Estado gubernamental y administrativo, siendo, además, que sobrevive la lógica de interpretación constitucional del Estado legislativo.

Además, si seguimos la perspectiva decisorio de Schmitt en el sentido de que el aspecto crucial a determinar es dónde radica el centro de gravedad de las decisiones políticas: los jueces constitucionales, en el caso en que domine el modelo de Estado constitucional; el Ejecutivo, en caso de que prime el gubernativo; la burocracia, si domina la administración, en el caso ecuatoriano, hay buenas razones para afirmar que ha sido el Ejecutivo el centro de gravedad de todo el sistema, por lo cual el tipo estatal vigente sería más gubernativo que constitucional, siempre en un marco de tensión y contradicciones internas entre las lógicas y operadores de cada uno. La *ventana de fuga* del ECDJ, que describimos en la parte anterior, nos indicaría una pista para aquello. De todos modos, dejamos aún pendiente la definición definitiva del tipo de Estado de la CRE, concepto decisivo para interpretar el alcance de las reformas constitucionales bajo estudio.

III. El régimen político

Este esfuerzo investigativo pretende interpretar de qué manera y cómo las reformas constitucionales antedichas afectaron la identidad constitucional expresada el concepto de ECDJ en el Ecuador. Aquello, como lo hemos visto, tratándose de un Estado constitucional, basado en nociones de normatividad y legitimidad sustanciales, tendrá un impacto directo sobre las relaciones Estado-sociedad y, por supuesto, sobre las reglas de

acceso al poder; o, en otras palabras, sobre el régimen político. De hecho, un concepto de Constitución que vaya más allá de lo exclusivamente formal, como lo expusimos arriba, nos obliga a concebir el régimen político más allá del Estado, relacionándolo con una ordenación social completa, definida como democracia constitucional. Eso implica superar las definiciones que reducen el régimen político al entramado institucional que regula el acceso al poder del Estado o como lo define Lucio Levi: “el conjunto de las instituciones que regulan la lucha por el poder y el ejercicio del poder y de los valores que animan la vida de tales instituciones” (1983, 1362), para exponer una noción más amplia de régimen político en perspectiva de la llamada “constitucionalización de orden jurídico”. Como lo vimos arriba, este proceso implicaría la impregnación progresiva de las normas constitucionales sobre todo el sistema legal y legislación, junto a la acción de los actores políticos, las políticas públicas y las relaciones sociales (Guastini 2003, 49). Por tanto, la “constitucionalización del orden jurídico” configura un cierto orden político particular, surgido de la disputa política, sobre la base de las normas y principios constitucionales, lo cual, insistimos, sería indisociable de la democracia constitucional como régimen político.

Pero existe un dato histórico que es parte innegable del proceso político mediante el cual la CRE entró en vigencia. Este es la aplicación del llamado “Régimen de transición” y de las “Disposiciones transitorias”. En un trabajo anterior, analicé en detalle la forma en el que grupo en el poder, Alianza País, por fuera del mandato popular de convocatoria a la Asamblea Constituyente, entendió por nueve meses adicionales el funcionamiento de la misma a través de la Comisión de Legislación y Fiscalización, mejor conocida como “Congresillo”, y logró la aprobación de las leyes que constituyeron las funciones del Estado, así como procedió a copar con allegados al grupo en el poder a todos los organismos denominados de transición, entre ellos, la Corte Constitucional, la función Judicial, la función Electoral y a los principales de las instituciones de la función de Transparencia y Control Social. En ese sentido, se produjo una toma total del poder del Estado, programada desde el propio texto constitucional, en que la influencia del Ejecutivo resultaba un hecho insoslayable (Montúfar 2012). En ese sentido, la actuación del Asamblea Constituyente y luego la ejecución del “Régimen de transición” y las “Disposiciones transitorias”, por fuera del mandato constituyente, consumaron la demolición del anterior régimen político y pusieron las bases del que empezó a constituirse una vez que la CRE entró en vigencia en octubre de 2008 (Montúfar 2016).

Se plantea, entonces, el problema entre idea de Constitución y Estado constitucional y sus posibilidades de materialización; la distancia o cercanía entre ideal y realidad; la vigencia de un Estado constitucional propiamente dicho o de estados de otro tipo, sea el legislativo, el administrativo, el gubernativo. Todo ello en perspectiva de situar históricamente el proceso de aprobación y puesta en vigencia del texto constitucional; proceso que no puede obviar lo que significó el “Régimen de transición” en términos de una toma muy concreta del poder

Esta diferenciación, además, pasa por evaluar la práctica de los operadores e intérpretes constitucionales respecto de los valores y principios sobre los que interpretan la Constitución; si estos actúan a partir de la concepción descriptiva del liberalismo o desde la preceptivo-sustantiva del neoconstitucionalismo. Por ello, un régimen político neoconstitucional, si se puede hablar así, vendría a ser aquel en que se ha realizado una democracia constitucional como lo plantea Ferrajoli (2011b); en que se ha constitucionalizado extendidamente el orden jurídico a decir de Guastini (2013); o en que la Constitución actúa como dirección vinculante de todo el ordenamiento social, como lo pondría Pozzolo (2010), lo cual solo podría analizarse, constatándose la congruencia entre la idea de Estado constitucional y su realidad en cada contexto específico. O como lo dice la misma Pozzolo: “La unión de tales prácticas termina por conformar el Estado de derecho constitucional, adecuando la realidad a la idea” (2010, 166).

En este primer nivel de análisis, queda claro es que la simple positivación de un texto constitucional, que señale ciertos o muchos atributos neoconstitucionalistas, como un amplio catálogo de derechos y garantías, no asegura de por sí la presencia o ausencia de un “modelo preceptivo de constitución concebida como norma” (Pozzolo 2010, 171). Queda claro también que una evaluación más precisa del carácter del orden constitucional creado es el valor axiológico supremo que adquiere la Constitución frente a los poderes que interactúan y se enfrentan en todos los espacios de la vida social, sean estos políticos, económicos, culturales, etc.; en otras palabras, hablaríamos de la vigencia de una Constitución como fuente de derecho. Este valor estaría dado por las prácticas interpretativas de los operadores, las mismas que responderían a una concepción preceptiva de la Constitución como norma y, según la misma autora, no al juego de las fuerzas políticas y fácticas, como en realidad también se dio al momento de ejecutar la transición y las transitorias. De esta manera, sería posible distinguir entre la vigencia de

un Estado de derecho constitucional del funcionamiento de un Estado de derecho legislativo o de otros tipos estatales, mismos que responderían a otras lógicas.

En este punto recuperamos la perspectiva de Guastini sobre la “constitucionalización del orden jurídico”, otorgando la importancia a las condiciones de rigidez constitucional y de garantía jurisdiccional de la Constitución. Esto es importante para el caso el análisis del régimen político por varias razones. En primer lugar, porque la CRE manifiesta una rigidez relativa tal como lo indica la *ventana de fuga* del ECDJ que describimos en la primera parte. En ese sentido, resulta importante destacar que el texto constitucional no solo abre la posibilidad de reformar el Estado constitucional y hasta de modificarlo mediante el procedimiento de enmiendas (como ocurrió en los dos eventos de reforma constitucional que la CRE ha experimentado desde que entró en vigencia), sino que el “carácter y elementos constitutivos” del mismo se encuentran excluidos de las normas pétreas de la Constitución. Es decir, el ECDJ no es parte de lo que podríamos definir como la Constitución material; hecho que resulta del todo problemático la declarada forma de Estado constitucional, lo hemos repetido varias veces, constituye el rasgo de identidad más importante de la CRE.

En segundo lugar, y refiriéndonos a la garantía jurisdiccional de la Constitucional, vale recalcar que dos de las más importantes enmiendas constitucionales de 2014-15, a saber, la declaratoria de la comunicación como servicio públicos y la incorporación de las FF AA en tareas de la seguridad integral, fueron previamente incorporadas al marco legal respectivo, antes de que entrarán a formar parte del texto constitucional. En otras palabras, la enmienda constitucionalizó *a posteriori* lo que previamente ya era parte del ordenamiento legal, sin que ro órgano de control constitucional, la CC, hiciera nada al respecto. Estos son dos ejemplos de la fragilidad de las garantías jurisdiccionales, una vez que el texto constitucional fue aprobado. No obstante aquello, la negativa de la misma CC a calificar como enmienda la petición realizada dentro en el paquete de reformas del 2014-15 para que la ley defina los casos de abuso del recurso de acción de protección deja constancia de que la CC también pudo interpretar la Constitución en función de fortalecer las garantías jurisdiccionales de la misma.

Por todo lo mencionado, nos vemos abocados a enfatizar la politicidad de toda Constitución y, más aún, de los actos políticos que hicieron que entre en vigencia, así como también de los actos de interpretación constitucional que han seguido desde su

expedición. Y ello, porque una concepción preceptiva de la Constitución, sin despojarse de su contenido y dimensión axiológica, no puede tampoco negar su carácter político puesto que las prácticas interpretativas de los operadores en ningún caso podrían surgir y ocurrir por fuera de lo político, sino por el contrario, enmarcarse, enraizarse siempre en un territorio concreto de conflictividad y lucha de poder, estando así inmersas en lo que arriba denominamos régimen político.

Por ello, para recuperar dicha politicidad y completar nuestra caracterización del régimen político debemos recuperar nuevamente la perspectiva de Carl Schmitt, para quien su enfoque basado en la determinación del principio de legitimación de cada tipo de Estado, resulta muy útil para el conocimiento de la “realidad estatal” que las perspectivas que distinguen entre Estado de derecho o dictadura; poder soberano o sociedad igualitaria; autoridad y libertad o, más aún, los que proponen la tradicional división tripartita entre monarquía, aristocracia o democracia (2001c, 162). Así lo expresa en uno de los pasajes más punzantes de su polémico ensayo “Legitimidad y legalidad” donde escribe: “Pero, en nuestros días, la ficción normativista de un sistema cerrado de legalidad choca de modo claro e inequívoco con la legitimidad de una voluntad dotada de existencia real e inspirada en el derecho; hoy día es la oposición esencial, no la oposición entre monarquía, aristocracia, oligarquía o democracia, que, casi siempre, no hace más que confundir y embrollar” (2001c, 262). Es decir, el autor alemán descarta el enfoque del régimen político como punto de entrada para el análisis del Estado, poniendo su énfasis en su principio de legitimación. Aquello es comprensible en la medida que para Schmitt la discusión sobre la democracia no tiene mayor importancia, a diferencia de los neoconstitucionalistas para quienes es fundamental, además con el apellido de constitucional o sustantiva.

Sin embargo, a pesar de la prescripción schmittiana en contrario, esta discusión nos permite vincular el llamado principio de legitimación al estudio del régimen político en tanto que el acceso al ejercicio del poder y el funcionamiento de las instituciones constituyen el modo y la forma de la existencia estatal, misma que surge de la decisión política del poder constituyente en tanto se materializa en una voluntad fundante respecto de su unidad política. El carácter del régimen político emana, entonces, del modo de legitimación constitucional. Esto lo corrobora el mismo Schmitt cuando distingue históricamente dos clases de legitimidad: la dinástica, donde prima la voluntad de la

autoridad del monarca; y la democrática donde, en cambio, domina la voluntad popular, siendo la unidad política el pueblo (1982, 104-6). Este modo de legitimación, empero, no necesita justificarse en una norma ética o jurídica, sino que emana de la existencia política del sujeto constituyente (1982, 104).

En suma, reconocemos un concepto de régimen político que rebasa el ámbito de lo institucional y estatal, y se despliega en los modos de legitimación del orden social en su conjunto. Esta concepción, de nuevo, nos exige integrar lo normativo y axiológico con lo estrictamente político, en tanto expresión de la voluntad fundante del poder constituyente, materializados en la Constitución (sea en la concepción preceptiva de Pozzollo o el concepto absoluto de Schmitt) y su modelo de Estado, que para el caso ecuatoriano, sería un Estado constitucional. Si este fuera eso, es decir, si tendríamos un Estado constitucional el régimen político solo podría ser una democracia sustantiva o una democracia constitucional, la misma que, de nuevo, además de sustentarse en ciertos valores y principios distintivos, no escaparía de ser un hecho político. Sin embargo, dicho régimen político no se resolvería únicamente en el plano declarativo, sino en la realización concreta de la voluntad política del poder constituyente, lo cual podría comprenderse desde varias perspectivas: siguiendo un enfoque neoconstitucionalista, por lo que Guastini denomina constitucionalización del sistema jurídico o por lo que Pozzollo identifica como la aplicación de un cierto modelo de interpretación constitucional preceptiva; o, en un plano mucho más político, siguiendo el decisionismo de Schmitt, por el principio de legitimación democrático, cuya especificación estaría en ubicar el centro de gravedad de las decisiones para así determinar el modelo estatal dominante, sea el este legislativo, jurisdiccional, gubernativo o administrativo, o la combinación concreta de todos o varios de ellos.

Nuestro concepto de régimen político trasciende lo estatal y las reglas de acceso al poder para comprenderse en términos de un ordenamiento político y social concreto, determinado axiológica y políticamente por la Constitución. El régimen político se definiría, entonces, sobre la base de dos grupos de criterios: El primero, neoconstitucionalista, a partir de la constitucionalización del orden jurídico, dentro de lo cual, la realización de un modelo de interpretación preceptiva por parte de los operadores sería uno de los elementos principales; y el segundo, decisionista, pensado desde el centro de gravedad de las decisiones políticas, en función del principio de legitimidad del tipo

estatal vigente. Por el momento, mantendremos los dos criterios, decantándolos con mayor precisión en la sección epistemológica que exponemos abajo.

IV. La reforma constitucional y el cambio de Constitución

Finalmente, nos aproximamos a la definición de la reforma constitucional teniendo presente también el concepto de cambio de Constitución. Para ello, partimos de la clarificación sobre el significado de poder constituyente que, para Guastini, tiene que ver con el poder de instaurar una primera Constitución, es decir, la Constitución cuyo fundamento de legitimidad no es una Constitución precedente.¹⁸ Esta determinación nos lleva a definir igualmente qué es el poder de reforma, el mismo que, según el mismo autor, está presente en el texto constitucional vigente, siendo, por tanto, un poder constituido (2007, 23-4).

Desde esta diferenciación, el punto clave es distinguir entre la instauración constitucional y la reforma constitucional. Guastini da dos aproximaciones al tema de la reforma constitucional: La primera que podría denominarse sustancial, es decir, parte de la idea de que toda Constitución posee una *identidad material axiológica*; por lo que es una totalidad coherente de valores ético-políticos o principios supremos. En este caso, la reforma constitucional podría alterar algunas de sus normas pero no su identidad material axiológica, la misma que sería un límite infranqueable de cualquier reforma. En ese sentido, modificar tal identidad implicaría una instauración constitucional y no una reforma (2007, 24-5). La segunda, en cambio, que podría denominarse formal, implicaría que todo cambio constitucional, incluso uno marginal que no altere su identidad material, produciría una nueva Constitución, por lo cual, instauración y reforma constitucional serían indistinguibles. Esta segunda aproximación derivaría en pensar que la diferencia

¹⁸ En esta formulación coinciden otros autores. Carlos Cabo de Martín distingue entre poder constituyente, que es el que sanciona la constitución, y el poder de revisión, el mismo que, a diferencia del primero que tiene un carácter incondicional y soberano, no es originario sino que procede de la misma constitución y, por tanto, es juridizado y limitado (Cabo de Martín 2003, 32). Sergio Díaz Ricci habla de poder constituyente originario y de poder constituyente reformador, siendo que los mismos presupuestos deben válidos y aplicables para ambos (2004, 198-9). Aún más, en el concepto genérico de poder constituyente se incluye al reformador pues participa de la misma naturaleza pues puede modificar la constitución formal de acuerdo a las reglas determinadas (2004, 244); en ese sentido, en el acto de reforma habría siempre el ejercicio del poder constituyente (2004, 316). Una postura similar sostiene Julio César Trujillo en su *Teoría del Estado en el Ecuador*. Para Trujillo una reforma constitucional supone un acto del poder constituyente (1994, 44), por ello se hace necesario diferenciar entre poder constituyente originario y poder constituyente constituido (1994, 126) o reformador (2013, 77-8).

entre las dos solo sería formal, en el sentido de que cualquier cambio que siga el trámite legal sería reforma y todo cambio que no lo siga, que sea ilegal, constituiría la instauración de una nueva Constitución (2007, 25-6).

Nos ubicamos en la primera posición y afirmamos que para definir el concepto de reforma constitucional de la CRE debemos partir de que la misma posee una identidad material axiológica intangible. En una postura similar hablando de los límites materiales a la reforma (a los que habría que agregar los formales), Carlos Cabo de Martín menciona que en toda constitución existe un *núcleo*, que es inmodificable, porque de él depende la continuidad del Estado (2003, 41). Los elementos que lo componen incluirían: a) Los principios que legitiman el orden constitucional y que se establecen alrededor de la soberanía popular y los instrumentos orgánicos y procedimentales que garantizan los derechos y libertades; b) La constitución material para que pueda subsistir el orden unitario, lo que implica que el procedimiento de reforma debe quedar al margen en cuanto función superior constituyente; y c) Los derechos fundamentales (Cabo de Martín 2003, 41-2).

En similar perspectiva teórica, en su *Teoría del Estado en el Ecuador*, Julio César Trujillo advierte que la línea que divide una reforma constitucional del nacimiento de una nueva constitución es el cambio o no de los *elementos esenciales* de la norma. Trujillo menciona la categoría de normas pétreas como aquellas sustraídas de la competencia del poder constituyente reformador debido a su origen meta jurídico al haber sido escogidas por el titular de la soberanía en un plebiscito o referéndum (1994, 46). En ese sentido, “solamente puede llamarse nueva una constitución si es que se sustituyeran los principios esenciales de la anterior” (1994, 146); de lo contrario nos seguiríamos moviendo en el campo de la reforma. Sin embargo, Trujillo lo anota con claridad, las transformaciones constitucionales no se agotan en la reforma formal de la norma y del texto que la expresa. Además de la reforma constitucional, que sería el caso extraordinario, este autor menciona el caso de actualizaciones o acoplamientos de la Constitución a nuevas realidades sociales, políticas, culturales, como serían los recursos ordinarios de la jurisprudencia o la mutación constitucional (Trujillo 1994, 144-5).

Además de definir el campo de intervención o reforma, otro aspecto crucial es el del procedimiento de reforma. De acuerdo a Díaz Ricci, una constitución escrita y rígida podría modificarse solo “valiéndose del particular procedimiento predeterminado por

ella”, distinto al requerido para reformar una ley (2004, 301-2). Recordemos también que una de las condiciones del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico es el de la llamada rigidez constitucional, lo cual implica que las normas constitucionales, fuente de derecho que contienen los elementos sustantivos de su identidad material axiológica, no pueden modificarse mediante un procedimiento sencillo, similar al que se utiliza para el resto del desarrollo normativo. Es más, dicha identidad material axiológica, lo que el mismo Guastini denomina la “Constitución material” no podría ser materia de revisión o reforma constitucional.

Sobre este aspecto, Rubén Martínez Dalmau destaca la rigidez material de la CRE en el sentido de que los artículos constitucionales requieren del poder constituyente para ser modificados, marginando de esa manera al poder constituido. Existe, empero, una importante excepción. Es el caso de la enmienda por vía legislativa, la misma que permite evadir la decisión ratificatoria del constituyente originario; hecho que, para este autor, representa un retroceso respecto del constitucionalismo latinoamericano (2008, 287-8).

Esta discusión nos coloca en el debate de la diferencia entre reforma total y parcial de la Constitución (Díaz Ricci 2004, 699). Entenderemos a la reforma total como la posibilidad de que emerja una nueva Constitución, lo cual iría mucho más allá de la noción de reforma, siendo esta posibilidad contemplada en el artículo final, el 444, de la Constitución ecuatoriana. Al respecto, Julio César Trujillo menciona que una reforma total de la Constitución, lo cual significaría la entrada en vigencia de una nueva, entrañaría una reestructuración del Estado, sea porque se le atribuye nuevas funciones, creando instituciones u organismos inexistentes en el orden anterior; porque se cambia el sistema político como en los casos de sustitución del presidencialismo por el parlamentarismo, o se modifica el concepto de estado unitario adoptándose el federalismo, se adopta la república en vez de la monarquía; o se cambia de sistema económico transitándose del capitalismo al socialismo (2013, 82).

Para Trujillo, en cambio, la reforma parcial implicaría la modificación, sustitución o agregación de normas sin alterar sustancialmente la organización del Estado y de sus instituciones. Refiriéndose específicamente a la CRE, Trujillo puntualiza que el procedimiento sencillo de enmienda excluye cualquier reforma a la estructura constitucional y al llamado “carácter y elementos constitutivos” del Estado, junto a restricciones a los derechos y garantías o al procedimiento de reforma constitucional.

Como ya lo anotamos, según el mismo autor, el texto constitucional no deja claro que ha de entenderse por estructura de la Constitución, mientras que por “forma y elementos de Estado” pareciera referirse a las materias del Título I, al Título IV en lo concerniente al poder y al Título V en lo referido al espacio físico. Trujillo menciona los otros procedimientos de reforma y, al referirse a la facultad de la CC de calificar cuál de los procedimientos corresponde en cada caso, repara en que el silencio de dicho artículo no haya sido corregido por la ley, siendo que esta disposición funcionaría en la práctica como una suerte de control previo de la constitucionalidad de la reforma (2013, 83-5).

Sobre este punto, Trujillo realiza un comentario muy interesante. Para él, las constituciones realmente nuevas en el Ecuador no serían las 20 promulgadas como generalmente se menciona, sino solo cuatro o cinco dada su trascendencia u originalidad axiológica. Estas son: “además de la primera de 1830, las de 1906, por la que el Estado laico reemplaza al confesional; la de 1929, que da inicio al Estado social de derecho en lugar del Estado liberal de derecho; la de 1998, que define al Ecuador como Estado pluricultural y multiétnico en reemplazo de la creencia general de que en Ecuador había una sociedad monocultural... La Constitución vigente, la de 2008, puede ser a quinta si es que se logra instaurar, más allá de las palabras, el Estado plurinacional, la democracia participativa y los derechos de la naturaleza, amén de una economía solidaria” (2003, 86).

Sobre el tema, Rafael Oyarte establece que la diferencia entre reforma y cambio constitucional no es un problema de grado, ni de profundidad o extensión de las modificaciones, sino un tema sustantivo, o como el mismo autor lo denomina, “un asunto eminentemente cualitativo” que implicaría toda una “modificación de la institucionalidad política”, Es así que, siguiendo al mismo autor, la facultad de reformar la Constitución sería del constituyente derivado, mientras que la de cambiarla sería una prerrogativa exclusiva del constituyente originario, el mismo que para ello no tendría limitación ni regulación alguna. Es así que la CRE diferencia claramente entre referendos constitucionales, los mismos que permitirían reformar el texto constitucional, y los referendos constituyentes, que tendrían por objeto cambiar la Constitución y no solo reformarla (2016, 380-5).

Resumiendo, la diferencia entre reforma y cambio de Constitución radica en su las modificaciones al texto rebasan lo que conforma su identidad material axiológica

(Guastini 2007), núcleo (Cabo de Martín 2003), elementos esenciales o normas pétreas (Trujillo 1884) de la Constitución. Para Guastini (2007), aquello tendría que ver con la totalidad coherente de valores ético-políticos o principios supremos; mientras que para los segundos, el asunto versaría sobre la continuidad del Estado (Cabo de Martín 2003; Trujillo 1993) o la institucionalidad política (Oyarte 2016). En todos los casos, está claro que la reforma o cambio constitucional, al tratarse de constituciones rígidas y escritas, requeriría para su ejecución de la ratificación del constituyente originario, lo cual significa que la reforma constitucional, no se diga el cambio de Constitución, solo podrían ejecutarse mediante procedimientos distintos a los requeridos para las reformas o cambios legales.

En ese sentido, llama la atención la distinción que prevé la CRE entre enmiendas y reformas parciales, y dentro de las primeras, la posibilidad de enmiendas por vía legislativa, sin ratificación del constituyente originario, lo que en la primera sección de este texto, describimos como uno de los vértices de la *ventana de fuga* del ECDJ. Pero no solo esto. En dicha primera sección, a nivel meramente descriptivo, adelantamos que los elementos intangibles de la CRE, aquellos que trazan la línea de reparación entre reforma y cambio de Constitución correspondían tan solo a dos elementos: la línea base de derechos y garantías, de la cual se prohibía retroceder; y los procedimientos de reforma constitucional. Dejamos sentado, así mismo, que el “carácter” del Estado resultaba ambiguo y que los “elementos constitutivos” se reducían a los aspectos contenidos en los artículos del 1 al 9. Con ello se abre una vía expedita para que se puedan reformar aspectos sustanciales del Estado, que bien podrían concebirse como un cambio de Constitución, ni siquiera mediante el procedimiento de reforma parcial, como la propia CRE lo estipula, sino por la vía de la enmienda, sea esta por iniciativa popular o del Ejecutivo, con ratificación en referéndum, o por iniciativa legislativa, que excluye la ratificación del constituyente originario.

Así, de lo que nos dicen los artículos de la CRE referentes a la reforma constitucional podemos concluir que su identidad material axiológica, en el sentido de Guastini (2007) e, igualmente, los aspectos principales del Estado y la institucionalidad política (Cabo de Martín 2003, Trujillo 1993, Oyarte 2016) podrían ser objeto de enmiendas y reformas parciales y ser modificadas por fuera del procedimiento de cambio de Constitución. Y más que eso, como ya lo enunciamos arriba, que el “carácter y

elementos constitutivos” del Estado no hacen parte de la identidad material axiológica de la Constitución, lo que equivale a decir que se encuentran excluidos de lo que el mismo Guastini denomina “Constitución material” (2003, 50). Sí serían parte de la misma, dado que no podrían enmendarse o reformarse de ninguna manera los derechos y garantías constitucionales y los procedimientos de reforma constitucional, según lo establecen los artículos 441 y 442 de la CRE. Esta constatación es muy importante, porque el catálogo de derechos y garantías, ubicados dentro de lo que el mismo autor denomina “fuerza vinculante de la Constitución”, constituía elementos ideológicos de la misma mas no una de las condiciones indispensables e insustituibles del proceso de “constitucionalización del orden jurídico” (Guastini 2003, 50-2).

Este aspecto central lo dilucidaremos a profundidad en esta investigación. Por el momento, vale recalcar que todo lo anotado hasta el momento sobre la reforma constitucional, rebasa el ámbito de lo normativo y atañe directamente al espacio de la política. Por ello, según Miguel Carbonell, el tema de la reforma constitucional toca el “límite equívoco en que el Derecho y el Estado enlazan con su supuesta historia preconstituyente”. Aquello nos coloca en un territorio supra jurídico, de ahí que, el estudio de la reforma constitucional no puede desatenderse del problema de la soberanía y del núcleo primario, en cuanto ideología y estructura social, de una comunidad organizada (2000, 371). Tanto es así que en cualquier discusión sobre este tema el problema del procedimiento adquiere una máxima relevancia no solo normativa, sino, por supuesto, política. Por ejemplo, otorgar iniciativa de reforma a ciertos actores y negárselos a otros; establecer obligatoriedad de que exista una ratificación popular a través de referéndum o no hacerlo; el que una Constitución tienda a la rigidez o a la flexibilidad, etc., hacen que el vínculo entre reforma constitucional y lucha por el poder un hecho insoslayable (2000, 372). Por ello, Cabo de Martín afirma que cuando se trata de una reforma constitucional “se rebasa el mundo del derecho y se entra en el de lo político”, lo cual tampoco invalidaría el “estatuto jurídico de la Reforma” dejando que todo se resuelva “en el orden de los hechos y de la realidad políticos” (2003, 13).

En conjunto, y tomando como referencia las definiciones conceptuales que conforman nuestro tema de investigación y que han sido desarrolladas arriba, a saber, Constitución, Estado constitucional, régimen político y reforma constitucional, desagregamos en cuatro los elementos ontológicos que harían parte de la reforma

constitucional: 1) La identidad axiológica política de la Constitución dada por el poder constituyente, que en el caso de la CRE excluye al ECDJ; 2) El tipo de Estado que se materializa de manera ambigua oscilante en dicha identidad; 3) El régimen político, entendido más ampliamente como un orden político y social; y 4) Los procedimientos establecidos en la Constitución de nacimiento y reforma constitucional así como los cambios normativos propuestos por el poder de reforma. En estos ambos cuatro niveles, tenemos dos sujetos plurales y heterogéneos a pesar de que en el caso ecuatoriano fueron hegemonizados por el movimiento político en el poder: poder constituyente y poder de reforma; una forma de institucionalidad política constitucionalmente declarada, el ECDJ; un proyecto de sociedad y orden político, un régimen político que no necesariamente corresponde al de una democracia constitucional; y una Constitución cuya identidad material axiológica, de acuerdo a su procedimiento de reforma, recae la línea base de derechos y garantías y una rigidez constitucional relativa.

Esto nos lleva a coincidir con la perspectiva sobre la reforma constitucional que desarrolla Ernst Wolfgang Bockenforde (2000) en su *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Este autor dedica un capítulo de su libro al concepto de cambio constitucional y menciona que este concepto puede analizarse desde tres perspectivas. Una primera acepción sería entender el cambio constitucional como la modificación de la situación en que se encuentra una determinada comunidad política (2000, 181). Esta perspectiva estaría asociada al concepto de constitución de Carl Schmitt, referido arriba, en que se lo define como la situación global de un orden o una unidad política. Una segunda perspectiva comprendería el cambio constitucional en términos de cambios en la relación entre norma y realidad y en que la primera asume una función diferente respecto a la segunda. Finalmente, la tercera implicaría una comprensión de las modificaciones de la norma pero sin que necesariamente se produzca una transformación del texto constitucional (2000, 182). De estas tres comprensiones, Bockenforde adopta una versión cercana a la tercera, la misma que, a su vez, difiere de la interpretación constitucional, por cuanto esta se mantiene en el marco fijado por la norma (2000, 195). Así, la reforma constitucional tendría más que ver con el desarrollo jurídico de la norma constitucional (2000, 190). Resumiendo, Bockenforde define al cambio constitucional como la modificación del contenido de normas constitucionales sin que ello necesariamente implique cambios del texto constitucional (2000, 185). De alguna manera nuestra teoría coincide con la perspectiva de Bockenforde en el sentido de que no importaría tanto si se

producen o no cambios formales al texto constitucional, si se modifican los principios y las normas que sostienen la Constitución, es decir, su carácter como fuente de derecho. Sin variar la letra de definición de Estado, podría modificarse su carácter y estructura si hay un cambio a su base normativa y viceversa.

Sin embargo, el que se afecte el carácter de la Constitución como fuente de derecho no podría aislarse de su realidad política, sin dejar de ser axiológica. Aquello involucraría actores específicos y una redistribución del poder en la sociedad que terminaría alterando profundamente el régimen político, como claramente ocurrió en el país cuando la puesta en vigencia de la CRE trajo consigo la ejecución del llamado Régimen de transición. En tal virtud, y con el fin de diferenciar diversos estadios de cambio constitucional en función de su politicidad específica y concreta apelamos de nuevo la perspectiva schmittiana del tema, cuya propuesta se define en función de la determinación de si un cambio constitucional afecta o no la decisión política fundamental, expresada en la Constitución, por parte del mismo sujeto que la promulgó: el poder constituyente (Schmitt 1982, 94-5) y sus diferencias con el poder constituido.¹⁹ Ojo que aquello recupera también la primera acepción de cambio constitucional mencionado por Bockenforde en el sentido de entenderlo también como una modificación de la situación global del orden político. No vemos, por tanto, contradicción entre ambas conceptualizaciones del cambio constitucional.

Visto desde su decisionismo político Schmitt (1982) distingue tres estadios con que se clarifican las diferencias entre reforma y cambio de constitución; entre identidad constitucional y sujeto político que la promueve. Esas son: destrucción, supresión y reforma o revisión constitucional (1982, 115-126). Veamos con más detalle lo que implica cada una:

- Destrucción de la Constitución: Ocurre cuando se produce la supresión de la Constitución existente acompañada de la supresión del poder constituyente cuya voluntad la decidió.
- Supresión de la Constitución: Se da cuando se suprime la Constitución, conservándose el poder constituyente que la creó. Es el caso típico de un cambio

¹⁹ Según Schmitt, aquello pasa por la determinación del tipo de legitimidad de la Constitución. Se señala un tipo de legitimidad democrática, referida a la decisión política del pueblo, y otro tipo de legitimidad dinástica, que emana de la autoridad del monarca (1982, 104-107).

de Constitución, el mismo que puede darse por vías constitucionales e inconstitucionales.

- Reforma o revisión constitucional. Se produce cuando se modifica, suprime o se agregan prescripciones al texto constitucional pero manteniendo la identidad y la continuidad de la Constitución. Las reformas pueden ocurrir de manera constitucional o resultar de quebrantamientos a la misma Constitución. En el caso de las reformas constitucionales, es decir, que siguen el procedimiento previsto en la Constitución, es necesario que se especifique el órgano que tiene la competencia de revisión, lo cual, además debe fijar sus límites. Este órgano no puede convertirse en titular o sujeto del poder constituyente. La reforma constitucional no significa un acto puro de soberanía y, de esa manera, se distingue de la destrucción, supresión o suspensión de la constitución.

Sobre esta diferenciación retornemos al análisis de la CRE. Desde Carl Schmitt (1982) podríamos decir, en primer lugar, que la CRE sí contempla la posibilidad de una destrucción de la Constitución, vía una asamblea constituyente prevista en el artículo 444, si es que se contempla no solo un pronunciamiento, sino una transformación del poder constituyente y la conformación de un nuevo cuerpo representativo para la redacción de otro texto constitucional. El aspecto clave de la noción schmittiana de destrucción constitucional tiene que ver con la supresión del poder constituyente existente y conformación de un nuevo, lo cual derivaría en la decisión sobre una nueva Constitución. En segundo lugar, la CRE igualmente contemplaría un camino de supresión de la Constitución si se convoca al poder constituyente para modificar el “carácter y elementos constitutivos” del Estado mediante consulta popular, sin perjuicio de que por ese mismo medio se pueda también cambiar la estructura de la Constitución, según establece el artículo 442 de la CRE para el caso de una reforma parcial. Ciertamente, el cambiar el Estado constitucional a otro o consolidarlo significaría sin lugar a dudas un proceso de supresión constitucional. Aquello precisamente debido a que su “carácter y elementos constitutivos” no constan como parte de la “Constitución material”, peor los elementos no constitutivos del mismo, es decir los elementos por fuera del Título I, artículos de 1 al 9, y del Título III de las “Garantías constitucionales”.

Tendríamos, finalmente, la posibilidad de una revisión constitucional, enmienda según el artículo 441 de la CRE, si se modifica o se agregan prescripciones al texto de la

misma. Vale mencionar que la CRE prevé en todos los casos convocar al poder constituyente, salvo para la enmienda tramitada por iniciativa legislativa, párrafo segundo del mencionado artículo 441.

Los dos procesos de reforma constitucional ensayados desde que la CRE entró en vigencia fueron calificados por la CC como enmiendas constitucionales y, por tanto, representarían revisiones en el sentido schmittiano. En el primero se recurrió al poder constituyente. En el segundo se evitó su pronunciamiento por la vía de la iniciativa legislativa. Empero, en ambos casos se usó la *ventana de fuga* del ECDJ y se apeló a una mayoría política, popular y legislativa, como fuerza de legitimación dirimente de las reformas.²⁰ De manera evidente, la decisión de la CC no implicó un proceso de destrucción constitucional debido a que no surgió otra constitución ni se reconstituyó otro poder constituyente. El punto a dilucidar, por ello, es si las reformas ejecutadas en las dos ocasiones significaron un proceso de supresión o de revisión constitucional lo cual, si somos fieles al enfoque neoconstitucional, no pasaría por el hecho de si se produjo o no un cambio en el carácter o elementos constitutivos del Estado o se modificó la estructura constitucional, sino si se transformó el carácter de la CRE como fuente de derecho, lo cual implicaría una transformación de su modelo de constitucionalización del sistema jurídico o del modelo de interpretación que la CC practicó para llegar a la conclusión de que ambos procesos se trataban de enmiendas.

Aún más, recordando la premisa de que el neoconstitucionalismo debe entenderse como un doctrina de interpretación constitucional (Pozzolo 2010, 167), lo que debemos averiguar es el contenido y el conflicto detrás de los respectivos dictámenes de la CC; en otras palabras, la batalla conceptual entre enmienda y reforma parcial, el mismo que se dirimió en favor de la primera opción. En ello, nos interesa específicamente una de las condiciones del proceso de constitucionalización del sistema jurídico según Guastini, el referido a la llamada rigidez constitucional (2003, 53-8), el mismo que, como lo

²⁰ Dejo planteado este tema, el de la legitimación mayoritaria de las reformas, para dilucidarlo en el curso de la investigación. En el caso de la enmienda legislativa la operación de una mayoría política es muy claro. No así en el caso de la enmienda por iniciativa del Ejecutivo, la misma que se refrenda en un referéndum, que, en sentido estricto, significaría la convocatoria al poder constituyente. Planteo este problema porque bien se podría alegar que siendo el proponente de la el presidente de la República, en realidad, lo que tenemos no es una activación del constituyente originario, sino un acto plebiscitario sobre su popularidad. Este podría ser el caso de la reforma constitucional por iniciativa presidencial de 2011, calificada de enmienda por la CC, y que fue aprobada en un referéndum liderado y promovido por el presidente Rafael Correa.

describimos al graficar la *ventana de fuga* del ECDJ, definiría de modo relativo la intangibilidad de la identidad axiológico política de la CRE, de la cual, el “carácter y elementos constitutivos del ECDJ”, reducidos al contenido de los artículos constitucionales del 1 al 9, quedarían parcialmente excluidos por las consideraciones anotadas arriba. Una rigidez constitucional relativa como la que manifiesta la CRE abre muy interesantes interrogantes para la investigación no solo de la misma, como fenómeno político y jurídico, sino respecto del tipo de Estado, sus principios de legitimación y el carácter del régimen político instaurado en el país desde su expedición en 2008.

Dilucidar este aspecto nos permitirá interpretar adecuadamente y poner en cuestión lo que se suele dar por sentado luego de la CRE entró en vigencia: que el Ecuador, ontológicamente hablando vive un orden neoconstitucional en algún grado (Carbonell 2010); que, por tanto, se encontraría en proceso la impregnación progresiva de las normas constitucionales en todo el sistema legal y social (Guastini 2003); que se ha instaurado de algún modo un modelo sustantivo preceptivo de Constitución (Pozzolo 2010). En definitiva, a través del desafío de ubicar el centro de gravedad del modelo de legitimidad estatal a partir del prisma de la reforma constitucional, podremos aproximarnos al carácter ontológico de la CRE y reflexionar sobre el régimen político en construcción. Todo ello, más allá de la retórica política y neoconstitucional; más allá del concepto ideal de ECDJ y con miras a avanzar hacia una teoría concreta de la CRE.

2.2 Nivel epistemológico: el estudio de la constitución desde el prisma de su reforma como un objeto axiológico-político

Luego de haber caracterizado ontológicamente nuestro objeto y tema de investigación y definido los elementos principales que lo conforman, pasamos al nivel epistemológico, lo cual coloca nuestra atención en cómo conocerlo, como un objeto axiológico y político, al cual agregamos otra dimensión, la conceptual. Esta dimensión conceptual, como lo consignamos en los epígrafes que abren este texto, parte de la comprensión que tanto Ferrajoli como Schmitt manifiestan respecto al derecho: “como un lenguaje, un mundo de signos y significados” el primero (Ferrajoli 2011, 801); y como una realidad constituida por conceptos políticamente situados que expresan la conflictualidad de la vida social y política, el segundo (Schmitt 2001b, 181).

En ese sentido, nuestra perspectiva epistemológica se construirá sobre tres niveles: I. El nivel axiológico, que lo inscribiremos en la metateoría semántica del derecho de Luigi Ferrajoli; II. El nivel político, en torno al pensamiento del orden concreto y del derecho situado de Carl Schmitt; y III. El nivel conceptual, a partir del análisis e historia conceptual de Carl Schmitt y Reinhart Koselleck.

I. *El nivel axiológico: la metateoría del derecho de Ferrajoli*

Partiendo de que la CRE ha sido catalogada como una Constitución de la corriente del neoconstitucionalismo, resulta ineludible estudiarla desde un enfoque axiológico. Escogemos para ello la llamada metateoría del derecho expuesta por Luigi Ferrajoli. De acuerdo a este autor, el estudio de las constituciones democráticas y del estado constitucional demanda no solo una transformación de la ciencia jurídica hacia una saber crítico y proyectivo respecto de sí misma, dejando la función exclusivamente descriptiva que primó durante el predominio del Estado legislativo de derecho, sino una la teoría democrática del derecho, la misma que consecuentemente no podría enfocarse solo en una perspectiva política, sino incorporar también su dimensión jurídica (Ferrajoli 2011b, 34-5). La incorporación del “deber ser” del derecho en normas constitucionales sustantivas, cambiaría la doctrina de los límites de los poderes del Estado, afectando las relaciones entre la ciencia jurídica, la filosofía política y el estatuto epistemológico de la teoría de la democracia. Lo dicho nos exige avanzar hacia una teoría jurídica del derecho y de la democracia constitucional (Ferrajoli 2001b, 36-7), lo cual, desde la perspectiva de este estudio, nos coloca en el estudio de los regímenes políticos y el problema de la crisis o posibilidades de materialización de lo que Ferrajoli denomina democracia constitucional.

En términos epistemológicos, Ferrajoli desarrolla su teoría del derecho a partir de lo que denomina el método axiomático; método que lo expone en la introducción del primer tomo de su monumental *Principia iuris*, titulado “La metateoría del derecho” (2011a). Este método propone la reelaboración del lenguaje jurídico teórico a través de la definición de todos sus términos y la fundamentación de todos sus enunciados. Deriva de aquello una teoría que no admite ningún concepto o tesis que no haya sido elaborada a partir de reglas de formación y transformación previamente establecidas, siendo por ello una teoría formal, artificial o convencional, a diferencia de las teorías dogmáticas que

corresponden a disciplinas jurídicas particulares de las que este autor pretende distanciarse (2011a, vii-viii).

Con este propósito, el punto de análisis ferrajoliano se centra en la relación, conexión y divergencias entre el derecho como “deber ser” y su “ser”; es decir, la clásica diferenciación entre normatividad y facticidad, que, según el autor, podría analizarse tanto desde una perspectiva interna como externa al derecho. Visto desde la dimensión interna, Ferrajoli encara este problema distinguiendo dos dimensiones de la teoría del derecho, la de la norma y la de los hechos; lo que, según el propio Ferrajoli, siguiendo a Max Weber, podría conceptualizarse en términos de la diferenciación entre derecho vigente o derecho de los libros y derecho vivo o derecho en acción (Ferrajoli 2011a, 9). Esta diferenciación permitiría analizar la ciencia jurídica como un universo lingüístico normativo; o como un universo puramente fáctico. De ahí, derivarían dos enfoques distintos: el normativista y el realista; el de la dogmática jurídica y el correspondiente a la sociología del derecho. El primero enfocado en interpretar el lenguaje legal y el segundo interesado en la observación sociológica (Ferrajoli 2011a, 11).

Para Kelsen, anota el mismo Ferrajoli, esta diferencia se resolvería manteniendo separados los dos enfoques y discursos; identificándolos como disciplinas distintas, correspondientes a universos y modelos semánticos alternativos (2011a, 11). Sin embargo, según el autor italiano tal separación sería inconveniente en el caso del estudio de los Estados constitucionales y sus constituciones rígidas pues su modelo de legalidad, expresado en dos niveles, el constitucional y el legal, deferiría de nivel único, únicamente legal, en el que funcionan los Estados legislativos de derecho (Ferrajoli 2011a, 12-3). De ahí que en los ordenamientos correspondientes a los Estados constitucionales todos los fenómenos normativos deban considerarse igualmente como hechos y como normas, siendo que la separación de ambos enfoques nos conduciría a representaciones falaces del derecho: unas enfatizando el “debe ser” constitucional, según el enfoque normativista; y otras el “ser” legislativo, de acuerdo al enfoque realista. Resultarían, así, imágenes parciales del derecho en que, por un lado, se pasaría por alto la ineffectividad de las normas y, por el otro, se evadiría el problema de su legitimidad ((Ferrajoli 2011a, 11-4). Así, para que la teoría del derecho pueda superar las falacias que genera el divorcio entre el “deber ser” constitucional y su “ser” infra constitucional, Ferrajoli propone su *metateoría semántica del derecho*, la misma que partiría de reconocer en todo fenómeno jurídico una

doble naturaleza: de norma vigente y de hecho normativo válido o inválido (Ferrajoli 2011a, 14).

Desde la perspectiva externa, la misma que incorpora el problema de la democracia, Ferrajoli anuncia igualmente divergencias en dos niveles: a nivel empírico, entre el “deber ser” del derecho y el “ser” de hecho; y a nivel axiológico, entre su “deber ser ético-político” y el “ser jurídico” (Ferrajoli 2011a, 36). La divergencia empírica o fáctica, teóricamente expresada en la distinción entre vigencia y efectividad, se pone de manifiesto en la efectividad del derecho en cuanto al funcionamiento de los poderes públicos y al comportamiento de los ciudadanos. Aquello se plasmaría, básicamente, en un funcionamiento ilegal o extralegal de las instituciones (Ferrajoli 2011a, 36-7). Respecto a la divergencia axiológica, Ferrajoli sostiene la necesidad de articular en la teoría del derecho tres perspectivas: el jurídico interno de las disciplinas dogmáticas positivistas, el empírico de la sociología del derecho, y el axiológico de la filosofía de la justicia (Ferrajoli 2011a, 39). Esta articulación constituiría una tarea imprescindible en el caso de las democracias constitucionales en vista de que principios y valores tales como justicia, igualdad, persona, derechos humanos, separación de poderes, representación, etc. al haber sido constitucionalizados, dejaron de ser solo principios axiológicos de la filosofía jurídica para convertirse en principios jurídicos internos de la teoría jurídica de la democracia constitucional (Ferrajoli 2011a, 38).

En términos epistemológicos, la discusión anterior nos conduce en Ferrajoli (2011a, 41) a relacionar en la ciencia del derecho dos niveles de discurso y elaboración científica: por un lado la observación, que se refiere a la descripción directa de los datos empíricos, que expresa en discursos y lenguajes observacionales y; por otro, la teorización, que posibilita la formulación de leyes científicas que se expresan en entidades abstractas e hipotéticas y que se manifiesta en discursos y lenguajes teóricos (2011a, 41-2). Los primeros designan objetos, procesos, propiedades y relaciones observables; mientras que los segundos caracterizan signos lógicos y términos no definibles sobre la base de observaciones (2011a, 40). A nivel del lenguaje observacional, el autor ubica dos ámbitos: el discurso normativista y el realista. El primer ámbito corresponde al de la interpretación de normas desde las disciplinas jurídicas positivas, normas que en sí mismas son un universo lingüístico. El segundo se vale de la sociología del derecho para formular observaciones a hechos de carácter legal. En cambio, en la dimensión teórica

nos encontramos con el lenguaje valorativo, ya no observacional, de la filosofía de la justicia desde el que se formulan tesis de carácter axiológico (2011a, 44).

La distinción metateórica entre el lenguaje observacional de la dogmática jurídica, el mismo que por medio del análisis del lenguaje legal se ocupa de normas, cosas o eventos; y el de la teoría del derecho que se lo estudia a través del método axiomático y se formula en hipótesis, abstracciones y convenciones, da como resultado dos diferentes métodos de formación de conceptos y enunciados: el exegético y cognoscitivo, y el lógico deductivo y constructivo. En el primer caso, Ferrajoli se refiere al lenguaje observacional de la dogmática dirigido al análisis del significado de las proposiciones normativas contenidas en las leyes. Este es el lenguaje común y natural del legislador y los intérpretes legales. Y en el segundo, el autor menciona el lenguaje teórico del derecho, que no guarda referencia directa al discurso normativo o al de las normas, y es artificial y convencional, formal en tanto que axiomatizado y axiomatizable (2011a, 44.5).

Ferrajoli reconoce que este esquema binario refleja un “realismo tosco de la filosofía del lenguaje protopositivista”, Sin embargo, para él la distinción metateórica propuesta “si bien en términos generales es discutible y no siempre válida, resulta en cambio bastante más nítida en la ciencia jurídica, al menos en lo que respecta a la relación entre teoría y dogmática” (2011a, 42). En ese sentido, la dogmática jurídica y la teoría del derecho exhibirían distintos métodos de formación de conceptos y enunciados. En el caso de la teoría del derecho, a través del método axiomático, este podría llevarse en cuatro tipos de operaciones: 1) La determinación de las reglas de formación y transformación del lenguaje; 2) La estipulación de los conceptos no definidos; 3) La definición de los conceptos que hacen parte de la teoría, y 4) La derivación del resto de postulados de la teoría a partir de los postulados y definiciones ya establecidas (Ferrajoli 2011a, 48). De todos modos, hablamos de una teoría del derecho cuya validez dependería únicamente de la coherencia interna. Se trata pues de un sistema convencional y formal, cuyo nexo con la dogmática jurídica, sea a nivel normativista o realista, se realizaría por medio de la interpretación normativista o la sociología del derecho (Ferrajoli 2011a, 49). En suma, Ferrajoli sostiene que el método axiomático es un potente instrumento de análisis aplicable a todo el sistema de conceptos de los que se sirve la teoría, al universo de su discurso en su totalidad, sintetizado de manera formal en lo que el autor denomina la *sintaxis lógica del discurso teórico* (Ferrajoli 2011a, 53).

Aquello, por supuesto, acarrea dificultades a la hora de argumentar respecto a su justificación y legitimación; tema desarrollado por Ferrajoli en *Derecho y razón* (2001) en el contexto de proponer un modelo de legitimación del derecho penal, que supere lo que denomina ideologías de justificación. Ferrajoli llama ideologías a las doctrinas y teorías que confunden los modelos de justificación y de explicación. De ese modo, las ideologías tergiversarían el “deber ser” y el “ser” del derecho, contraviniendo el principio meta-lógico conocido como la “ley de Hume” según el cual no se podría derivar lógicamente conclusiones prescriptivas o morales de premisas descriptivas o fácticas y viceversa (Ferrajoli 2001, 323). De esta forma, el autor llama ideologías naturalistas o realistas a las que asumen las explicaciones empíricas como justificaciones axiológicas incurriendo en la falacia naturalista de derivar el “deber ser” a partir del “ser”. En sentido contrario, el autor identifica como ideologías normativistas o idealistas las que asumen justificaciones axiológicas como explicaciones empíricas, incurriendo en la falacia normativista de derivar el “ser” a partir del “deber ser” (Ferrajoli 2001, 323). De esto se desprendería que, de acuerdo a la “ley de Hume”, sería ilógico corroborar o desmentir teorías explicativas a partir de argumentos normativos que surgen de juicios de valor, siendo en este caso solo válidas la observación o descripción de los hechos; y asimismo, sería erróneo aceptar que las doctrinas normativas podrían ser avaladas o refutadas con argumentos que surjan desde la observación, siendo por el contrario que estas solo podrían evaluarse por su conformidad o disconformidad con sus valores (Ferrajoli 2001, 324).

Ferrajoli perfecciona su crítica a las falacias ideológicas en *Principia iuris*, identificando cuatro falacias: la falacia iusnaturalista, que confunde la validez de las normas con su justicia, con lo cual dejan de verse las normas que siendo válidas son injustas; la falacia ético-legalista, que confunde justicia con validez y así esconde las normas injustas a pesar de ser válidas; la falacia normativista, que no distingue entre la vigencia de normas con su validez, siendo que oculta la existencia de normas inválidas a pesar de estar vigentes; y la falacia realista, que confunde validez y vigencia con efectividad, con lo cual dejan de reconocerse normas que siendo válidas y vigentes son ineficaces (Ferrajoli 2011a, 40).

Si bien válida para construir una teoría axiológica del Estado constitucional y la democracia, el método axiológico de Ferrajoli resulta parcial e insuficiente para estudiar

llamados Estados constitucionales concretos y su reforma. Epistemológicamente, como el mismo autor lo reconoce, aunque luego retroceda en el asunto, la distinción entre normas y hechos, entre dogmática jurídica y teoría del derecho, parte de una visión dualista de la realidad jurídica en que esta y la norma serían dos dimensiones distintas e irreconciliables. De esta forma, el enfoque ferrajoliano no contempla la historicidad o materialización concreta de los conceptos constitucionales y jurídicos, situación que va más allá y es mucho más compleja que la simple diferenciación del “deber ser” y el ser del derecho, o de cualquier impecable ejercicio de sintaxis lógica del discurso teórico. Y es que el “deber ser” y el “ser” del derecho no pueden tomarse como dimensiones distintas de una así comprendida y dualista realidad constitucional pues todo orden, en su existencia concreta, es al mismo tiempo axiológico como fáctico. La realidad social no se constituye por fuera de valores, toda acción o hecho humano puede carecer de intencionalidad, aunque no se agote en ellos.

Lo mismo pasa con las constituciones y ordenamientos jurídicos. Estos son constituidos por valores y principios, tienen una existencia en que lo axiológico no puede jamás de estar presente, aunque la realidad no se agote en su dimensión puramente axiológica. Por ello, la separación entre norma y hechos, si bien puede permitir una crítica en dos vías, y en el caso de Ferrajoli, desarrollar en el plano formal una teoría axiológica del Estado constitucional y de la democracia sustantiva, no nos permite comprender el devenir concreto de órdenes constitucionales históricamente situados, mismos que, en el caso de los Estados constitucionales, tampoco podrían interpretarse por fuera de su realidad axiológica con la cual aporta el método ferrajoliano.

En ese sentido, bien podríamos afirmar que son objetos distintos el estado constitucional definido en la teoría del derecho de Ferrajoli o del neoconstitucionalismo y el ECDJ consagrado en la CRE, pero que lo que nos interesa conocer no es la distancia o divergencias del segundo respecto del primero, sino cómo el segundo tiene una existencia en que lo axiológico y lo política se imbrican, no en el nivel formal y sintáctico de la teoría, sino en el despliegue y materialización de lo real en que lo político es al mismo tiempo lucha por el poder y lucha de intencionalidad, sentido y valores. Nuestro interés epistemológico escapa así a la importancia que el pensamiento ferrajoliano otorga a sus llamadas falacias ideológicas, puesto que los abismos o divergencias que estas expresan, desde distintas posibilidades, entre el “deber ser ético político” y el “ser

jurídico” del derecho, deberían mirarse más bien en situaciones concretas en que la norma y los hechos se materializan en un orden históricamente dado y cambiante.

En ese sentido, podemos dejar de lado lo que Ferrajoli denomina las falacias iusnaturalista y ético legalista puesto que estas se concentran, exclusivamente, en el ámbito de la crítica a la relación entre validez normativa y justicia, ámbito desde donde Ferrajoli asienta su crítica axiológica a lo real y basa las posibilidades lógicas y formales de desarrollo de su teoría del derecho. Realizado este movimiento epistemológico, proponemos enfocarnos en las falacias normativista y realista. En el caso de la primera, que no distingue entre la vigencia de normas con su validez, y de la segunda, que confunde validez y vigencia con efectividad, podemos afirmar que resulta fundamental interpretar cómo se imbrican históricamente en un orden concreto vigencia con validez y, a su vez, validez y vigencia con eficacia de las normas, puesto que en ese terreno podremos descifrar la realización concreta del orden constitucional en perspectiva de su vigencia y/o transformación. En suma, más allá de debatir sobre las discrepancias entre el derecho en los libros y el derecho en acción, materia principal de la metateoría del derecho ferrajoliana, lo que nos proponemos conocer es el derecho, o la Constitución, en su realización y materialización histórica y, por ello, nos proponemos complementar la dimensión axiológica ferrajoliana, con la perspectiva del derecho como orden concreto de Schmitt.

II. *El nivel del orden concreto: el derecho situado de Schmitt*

La perspectiva epistemológica de Carl Schmitt o su pensamiento del orden concreto fue desarrollada en varios de sus textos: *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica* (1996) publicado en 1934; *Teología política I* (2001a) aparecido en 1922; y su obra tardía *El nomos de la tierra* (2001d) de 1945.²¹ Esta perspectiva nos permitirá transitar del nivel axiológico a una perspectiva que concibe el derecho como un orden social y político concreto, abriendo así el camino para superar la separación presente tanto

²¹ Al asumir esta perspectiva, no podemos pasar por alto el riesgo y polémica existente alrededor del pensamiento schmittiano del orden concreto o la llamada ciencia nazi del derecho (Jouanjan 2010, 56). Al respecto, Oliver Jouanjan ha advertido que el “pensamiento concreto del orden” debe verse en Schmitt como “un arma para el combate antisemita” y de legitimación del nacional socialismo (2010, 73). Y ello, partiendo de la misma premisa metodológica, que desarrollaremos después, de que todos los conceptos jurídicos no son neutrales, sino que expresan combates semánticos y tienen, implícito o explícito, un enemigo concreto.

en el pensamiento jurídico positivista como en la metateoría del derecho ferrajoliana entre “deber ser” y “ser” jurídicos, entre norma y facticidad, entre derecho y política.

Comencemos reconociendo que para Schmitt, pensar en lo concreto fue parte de su proyecto de demolición del positivismo y el formalismo legal de Hans Kelsen y la base de una concepción política del derecho crítica a la neutralidad y la despolitización del Estado de derecho burgués. Según la perspectiva schmittiana, el pensamiento jurídico positivista era incapaz de aprehender la esencia verdadera de los conceptos político-jurídicos. La igualdad formal que este enunciaba era vacía, impersonal y abstracta (Jouanjan 2010, 61). Así, el punto principal de discrepancia de Schmitt con la “teoría pura” de Kelsen se refería a qué habría de comprenderse por derecho, a saber, cuál era la perspectiva epistemológica más adecuada para estudiar el derecho “tal como es”; diferente del derecho sin valoraciones, abstracto y construido desde un principio de pureza del objeto jurídico, superior a la realidad (Jouanjan 2010, 59, 62). Precisamente, la teoría kelseniana concebía al derecho como un sistema de normas, cuyo análisis debía depurarse de toda ideología e influencia de la política. En ese marco, comprender la norma como una relación social introducía un punto de vista ideológico, muy distinto a una idea del derecho solo dependiente de las reglas y métodos de su producción (Herrero 1996, xix-xx).

Como respuesta, Schmitt plantea pensar el fenómeno jurídico desde lo concreto, lo cual implica distinguir tres niveles y modos de pensarlo: como regla, como decisión y como orden (1996, 9). Concreto, para Schmitt, es lo sustancial, pura inmanencia; concreto es lo que crece junto, es decir, la comunidad y no una sociedad de individuos aislados (Jouanjan 2010, 69). A partir de ello, Schmitt propone una ruptura categórica con la neutralidad abstracta y el formalismo del positivismo, y reconceptualiza la relación de exterioridad que en este las normas asumían respecto de la realidad concreta y desde la cual se dejaba de lado la sustancia de las cosas (Jouanjan 2010, 61).

En su perspectiva, el derecho no resultaría de un conjunto de reglas válidas respecto de su propia producción, sino que derivaría de un concepto de orden previo; un *nomos* entendido como una comunidad humana en el espacio y tiempo concretos con sus costumbres, tradiciones, condiciones naturales y físicas. Se trataría de un derecho vinculado al espacio y a la tierra como una unidad de ordenamiento y asentamiento sobre

el cual se generaría la convivencia comunitaria (Schmitt 2001d, 463, 496).²² Schmitt, en tal virtud, propone un “derecho de situación” (Jouanjan 2010, 63) o “derecho situado” (Herrero 1996, xix-xx) que se realiza para y en un orden concreto u órdenes institucionales concretos que, por supuesto, incluyen mucho que más que las normas y reglas (Schmitt 1996, 14).

Este orden concreto del derecho se manifestaría en dos prefiguraciones: una objetiva que es el *nomos*, el mismo que debe ser pensado como un orden concreto de vida y de comunidad (Schmitt 1996, 14);²³ y otra subjetiva que es la decisión sobre el derecho, sea esta legislativa o judicial (Herrero 2012, xxvi). En este punto la importancia de la decisión es definitiva. Ninguna norma puede aplicarse, modificarse o crearse por sí misma; se requiere de la intervención de la voluntad o de la decisión, sea esta soberana, legislativa o judicial. Para Agnes Heller, la decisión en Schmitt, es el principal acontecimiento político (1989, 151), al punto de que el orden es fundamento y consecuencia de la decisión política. Dice Monserrat Herrero: “La decisión política como decisión fundadora de un orden, trasciende ese mismo orden y, sin embargo, ha de incardinarse a él” (2012, xxxii). Aquí, la decisión asume una función generadora pero, igualmente, de integración a aquello que ha fundado. El divorcio y las separaciones entre “deber ser” y “ser” jurídicos se disuelve en vista de que la norma no existe aislada de una decisión concreta, que es la que define su realización.

Schmitt aclara este problema en *Teología política I* (2001a) cuando afirma que el precepto legal solo determina cómo ha de decidirse no quién toma la decisión. En ese sentido, el contenido correcto de la norma, a saber, su “deber ser”, podría determinarse por sí mismo si no existiera la última instancia, es decir, quién toma de decisión de crearla o aplicarla, espacio en que finalmente se determina su “ser” (2001a, 40-2). Schmitt escribe:

²² La definición que Schmitt da a *nomos* es dividir y apacentar; la forma inmediata en que se hace visible en el espacio la ordenación política y social de un pueblo; medida, ordenación y forma que constituyen una unidad espacial concreta. Esto da como resultado un concepto que implica una fuerza jurídica no atribuida por leyes y, por consiguiente, que connota un acontecimiento histórico constitutivo; legitimidad que otorga sentido a la legalidad de la mera ley (Schmitt 2001d, 488, 491).

²³ Cada comunidad, cada pueblo, históricamente situado estaría ligado a un determinado pensamiento de orden concreto; sin embargo, habría también pueblos sin Estado, sin tierra, sin religión que existirían tan solo en la ley y que, por tanto, tendrían al positivismo jurídico como único pensamiento posible y razonable (Jouanjan 2010, 71).

Lo importante para la realidad de la vida jurídica es *quien* (cursiva en el texto) toma la decisión. El problema de la competencia se suma al de asegurar un contenido correcto. El problema de la forma jurídica radica en la contraposición entre el sujeto y el contenido de la decisión, así como en la significación propia del primero. La forma jurídica no comparte el vacío apriorístico de la forma trascendental porque se produce a partir de una sustancia jurídica concreta (Schmitt 2001a, 42).

Este párrafo permite entender la relación que Schmitt establece entre norma y decisión; entre forma jurídica y sujeto, y lo que define como *sustancia jurídica concreta*. Esta última no vendría de la norma, sino de la significación que otorgaría el sujeto con su decisión, desde donde derivaría la “realidad de la vida jurídica”. Más adelante, en el mismo texto, en el contexto de su clásica discusión sobre la soberanía, Schmitt desarrolla el carácter teológico secularizado de la decisión política, la sustancia jurídica concreta, desde la que desarrolla su visión apologética de la dictadura, en contraposición a la vocación deliberativa de la democracia parlamentaria liberal. Sin embargo, el punto central de la postura de Schmitt es la determinación de la relación indisoluble entre derecho y poder, norma y decisión política, las mismas que tratándose de campos distintos se resuelven en lo que este autor denomina el núcleo de la idea política, a saber, la decisión moral rigurosa (Schmitt 2001a, 62).

El punto, que no deja de ser problemático, atañe al concepto de soberanía; concepto en que, según Agnes Heller, descansa en el poder definitivo de la decisión (1989, 153). El poder de la decisión acerca de y durante el estado de emergencia es la manifestación definitiva de la soberanía. Según Schmitt, la excepción confirma la regla (Heller 1989, 155). Esta situación nos coloca en la tensión insalvable entre poder y derecho que atraviesa todo el sistema schmittiano. En su *Teoría de la constitución* (1982) la distinción entre poder y derecho se localiza en la diferenciación entre poder constituyente y poder constituido (Herrero 2012, xxii-xxiii). Ahí, la posición de Schmitt es muy clara en el sentido de que la Constitución es resultado de una decisión política; consecuencia primigenia del ejercicio político de la soberanía. No obstante aquello, vale también el punto de vista de que este dualismo no tiene en Schmitt la imagen de una causalidad definitiva, sino la de un movimiento pendular entre ambos extremos, el poder y el derecho que, finalmente, se resuelve en la noción de orden concreto, en tanto sustrato unitario en que coexiste esta tensión (Herrero 2012, xxxiii-xxxiv).

En ese sentido, para Herrero la decisión, el decisionismo schmittiano, no es una apología a la arbitrariedad (2012, xxxiv), pues las decisiones, tanto en situaciones de

normalidad como en el estado de excepción, otro concepto clave del sistema schmittiano, responden al orden concreto. La norma y la decisión quedan enmarcadas en un orden. La decisión también es dependiente del orden pues nace de él, bien de la necesidad de restablecerlo, subvertirlo o instaurarlo (Herrero 1996, xxxi). La incardinación²⁴ entre decisión y norma se aplica incluso en el estado de excepción, pues ni siquiera la decisión soberana puede prescindir del orden concreto, a pesar de que trascienda al orden jurídico. Por ello, la decisión del soberano en el estado de excepción no debe entenderse como pura voluntad de poder, por fuera totalmente del orden concreto cuya sustancia también abarca lo moral, las costumbres, las creencias (Herrero 1996, xxxii).

Olivier Jouanjan sostiene que siendo fiel al propio método schmittiano, la soberanía en Schmitt no podría ser pensada como una noción abstracta, sino como “la capacidad concreta de un individuo concreto (¡polémicamente el *Fuhrer!*) para decidir sobre y en caso de necesidad” y que actúa como juez supremo (Jouanjan 2010, 84). El pensamiento del orden concreto es, por tanto, inmanentista; busca eliminar todo límite formal exterior para la interpretación jurídica, estableciendo un espacio sustancial sobre el cual solo el soberano efectivo puede y debe decidir (2010, 86). Schmitt justifica, así, un principio de interpretación inmanente del hecho jurídico o constitucional que proviene de la comunidad; visión organicista del sujeto que podría modificar completamente un orden jurídico: “En la lógica de los órdenes concretos, no es el arbitrario de un juez el que puede determinar lo que son la buena fe, las buenas costumbres, etc., sino solamente la verdad objetiva del orden, de la comunidad popular alemana, verdad declarada por el partido y su *Fuhrer*” (2010, 66). El problema de esta visión, de la que el pensamiento schmittiano del orden concreto no puede depurarse, es que se funde en una suerte de organicismo comunitario en manifiesta oposición a la noción de sociedad o sociedad civil. En concreto, desde su apreciación de la ciencia jurídica alemana de la década de los treinta del siglo pasado en pleno ascenso del nazismo, aquello significó reificación del líder, (el *Fuhrer*), como encarnación del pueblo; como expresión concreta de una unidad política que se materializaba en tres órdenes concretos, a saber, el Estado, el movimiento y el pueblo (Schmitt 1996, 73).

²⁴El verbo incardinar, según una de las acepciones de la RAE, se aplica “figuradamente a conceptos abstractos que se incorporan a algo” (1992, 1151).

De todas formas, desde el pensamiento del orden concreto schmittiano la norma y la realidad, el “deber ser” y el “ser”, son parte de un solo universo que debe ser comprendido en una totalidad indisoluble. Aún más, una norma pura, sin referencia a una situación, una norma no institucionalizada, sería un absurdo jurídico por cuanto el derecho en esta concepción, no es solo un conjunto de reglas, sino que se expresa en la compleja y plural organización del Estado, además de un fenómeno social y cultural, el llamado *nomos*, que se expresa en un orden concreto (Schmitt 1996, 25). En este punto es clave la noción schmittiana de institución, asimilable plenamente al concepto de orden concreto.²⁵ El ordenamiento jurídico es una unidad esencial, “un orden comunitario concreto” (Jouanjan 2010, 69) en que las reglas representan el objeto o el medio del orden jurídico y no un elemento de su estructura, siendo, por tanto, que un cambio en la normas más la consecuencia que la causa de un cambio en el orden (1996, 25-6). La norma no sería un fantasma ideal, sino expresión de un orden concreto, el mismo que no está conformado solo de normas, sino también de decisiones e instituciones, a saber, la “total y plena temática de la ciencia jurídica” (1996, 12), la “esfera total del derecho” (Herrero 1996, xxiii, xxiv) o la “definición global del derecho” (Sanz Moreno 2002, 364).

En suma, el pensamiento del orden concreto de Schmitt se desmarca del normativismo de Kelsen y del decisionismo de Hobbes. De mismo modo, podríamos decir, abre una vía muy distinta a la de la *metateoría* de Ferrajoli para entender el fenómeno jurídico. Para Schmitt, toda decisión se incardina a un orden que se reproduce en un sustrato espacial y social. En ese sentido, como argumenta Sanz Moreno, espacio y orden, decisión y norma, desarrollan una concepción integral (y total) de lo jurídico en que, igualmente, se integran las separaciones entre derecho y poder y ser “deber ser” y “ser”, con lo cual Schmitt logra un modo de pensar el derecho en que se articulan la normatividad positiva y su realización (2002, 363). Para Jouanjan, el pensamiento schmittiano vislumbra así un orden en que se derrumban los dualismos del pensamiento clásico entre el “deber ser” y el “ser”, entre forma y contenido, y las diferencias que separan la ética del derecho, la política del derecho. Sobre el tema, Schmitt se centra en la forma concreta y sustancial, la forma encarnada que une forma y contenido (2010, 61,

²⁵ Sobre la relación directa entre el pensamiento del orden concreto y la noción de institución, Schmitt se declara tributario de la teoría institucional del Maurice Hauriou (1996, 61-4).

76) o, en las mismas palabras de Schmitt, en la decisión político jurídica como “la fuerza ordenadora de lo fáctico” (1996, 41).

En consecuencia, desde la perspectiva epistemológica schmittiana se debe entender al derecho fundido con política (Sanz Moreno 2002, 363). El derecho no solo es su normatividad formal, sino esa ordenación de origen que da sentido a su plena realización, tanto en las situaciones de normalidad, como en aquellas de excepción en que, incluso, trascendiendo el derecho positivo se manifiesta la decisión soberana. Este autor lo pone con estas palabras: “La formalidad normativa no sirve para descubrir el derecho, es el orden concreto el que determina lo que será la forma jurídica... Si tienen cohesión con ese orden concreto, las normas serán obligatorias y efectivas; si pierden su relación, dejarán de ser tales, más pronto que tarde. Las normas aparecen como instrumento técnico que vincula la positividad jurídica con el orden concreto que realizan” (Sanz Moreno 2002, 363). Lo mismo aplica para la decisión en estado de excepción y, por tanto, tal limitación de la decisión al orden concreto, supera el ámbito estatal y se enmarca en una pluralidad de instituciones y órdenes (Sanz Moreno 2002, 364), o “un concreto orden de órdenes, una institución de instituciones (Schmitt 1996, 53).

Dicho todo lo anterior, y sin obviar lo problemático del contexto político en que surgió el pensamiento schmittiano nos preguntamos: ¿Qué puede aportar su teoría del orden concreto, del derecho situado y de la soberanía para el estudio de la reforma constitucional en un orden declarado de neoconstitucional como el ecuatoriano? Habría varias razones.

Como lo propuse en otro trabajo (Montufar 2012), el pensamiento de Carl Schmitt se sitúa en una reflexión constitucional y jurídica acerca del derrumbe de un régimen político y la emergencia de otro. Su teoría de la soberanía, el llamado *decisionismo* de Schmitt, hace referencia a situaciones en que la normalidad se altera, cuando el orden constitucional se suspende y se vive coyunturas en que la voluntad de un grupo o, incluso, de una persona define el curso de la historia. Por una situación como esta transitó el Ecuador, primero en 2007-8 cuando tuvo lugar el proceso constituyente, luego entre 2008-9 cuando tuvo lugar la entrada en vigencia de la CRE y la ejecución del “Régimen de transición; y finalmente, luego en 2011 y 2014-15 cuando se produjeron las primeras reformas constitucionales. Entre período, entre 2007 y 2015 ha sido una etapa en la historia ecuatoriana de demolición e instauración concreta de un régimen político en que

un grupo se apropió totalmente de la institucionalidad del Estado, desplazado radicalmente al anterior, mediante un proceso constituyente sustentado en un amplio apoyo social que implicó la reinención casi completa de dicha institucionalidad (Montufar 2012, 2016). En ese sentido, las nociones de orden concreto y derecho situación de Schmitt resultan muy apropiadas para comprender la dinámica política y jurídica del proceso constituyente y posconstituyente de la revolución ciudadana. Allí, en términos de definición de ese nuevo orden, concepto que equipararemos a régimen político, la ejecución del Régimen de transición, resulta fundamental por las consecuencias políticas directas que este tuvo en la distribución del poder del Estado y la conformación de las principales institucionales, en especial, la CC y todo el sistema de justicia y la función electoral (Montúfar 2012).

Igualmente, la reflexión schmittiana se sitúa en la crisis del Estado de derecho, del Estado parlamentario y la existencia de otros modelos como el jurisdiccional, el gubernativo o el administrativo. Como hemos visto, Schmitt fue un cuestionador implacable del Estado liberal de derecho; del Estado centrado en la legalidad producida desde el Parlamento, lo cual lo llevó a desarrollar una crítica acérrima a la democracia representativa. Si consideramos que el proyecto constitucional de Montecristi buscó precisamente sustituir el considerado caduco Estado liberal y su correspondiente modelo de democracia representativa, por un Estado constitucional de derechos y justicia y una democracia participativa, entonces, la perspectiva de Schmitt comparte un mismo proyecto anti liberal.

Pero lo que a nivel epistemológico más nos interesa destacar en Schmitt es su enfoque articulador de las dimensiones hasta ahora separadas entre “deber ser” y “ser” jurídicos, norma y facticidad, derecho y poder. En el positivismo, al igual que en la *metateoría* ferrajoliana, la discrepancia entre norma y realidad está siempre latente y, hasta cierto punto, resulta insuperable. Para el primero, la solución se la encuentra vaciando de cualquier contenido político, social, cultural o ético a la norma; mientras que para el segundo, la solución viene del desarrollo de un sistema tético formalizado, el mismo que se impone sobre lo político, lo social y lo cultural. En el primer caso, tendríamos un imperio de lo formal sobre lo real; y en el segundo, una imposición de lo ético sobre lo real; pero en ninguno de los dos casos podemos conocer lo real desde su

significación concreta, en las dimensiones normativas, técnicas, políticas, sociales y culturales expresadas en los conceptos constitucionales y jurídicos existentes.

Por ello, si el interés principal de este trabajo es explicar los procesos de reforma constitucional que ha sufrido el ECDJ ecuatoriano en los últimos años y nos preguntamos si dichas reformas han modificado sustancialmente a la CRE, no nos basta un enfoque axiológico que se concentre en la materialización de los valores y principios constitucionales frente a los posibles cambios sintácticos del mismo. Complementariamente, siguiendo la propuesta del orden concreto de Schmitt, resulta válido estudiar conceptualmente el ECDJ ecuatoriano en su concreción histórica y política y desde allí evaluar, en el contexto del conflicto político en que se produjeron, cómo las reformas constitucionales buscaron modificar o, sencillamente, consolidar lo existente. Todo esto nos conduce a abordar el problema de la legitimación del orden político concreto, su estatuto constitucional y tipo de Estado en proceso de materialización.

Además, la perspectiva epistemológica del derecho situado y de los órdenes concretos de Carl Schmitt contribuye a nuestro enfoque de dos maneras. Por un lado, nos permite superar el divorcio entre “ser” y “deber ser” del derecho, entre poder y derecho. Con ello, consolidamos un enfoque epistemológico en que la Constitución y sus reformas pueden ser estudiadas desde su concreción, desde su realidad, y no desde su ideología o intencionalidad axiológica. No es que esto segundo deba ser eliminado, pero sí incorporado a la conflictividad política específica. Por otro lado, el enfoque schmittiano nos posibilita articular en el plano epistemológico el fenómeno constitucional con el orden social y político del que surge y al cual constituye. El derecho situado de Schmitt nos permite concebir al derecho, la Constitución, no como un dato jurídico puro, sino un proceso político y axiológico, construido en y desde el conflicto político. En ese sentido, nos obliga a estudiar nuestro objeto de investigación en cuanto totalidad jurídico política, en cuanto “esfera total del derecho” (Herrero 1996, xxiii, xxiv) o “definición global del derecho” (Sanz Moreno 2002, 364). Es desde esa perspectiva que debemos analizar la relación entre reforma constitucional y Constitución, lo cual, por supuesto, nos remite a la noción de régimen político.

Me explico: Cuando, por ejemplo, describimos la *ventana de fuga* del ECDJ en el tejido normativo del propio texto constitucional podríamos conformarnos con un ejercicio

interpretativo y axiológico que destaque cómo tal fenómeno resulta incongruente con las condiciones de rigidez constitucional que demandan las constituciones fuente de derecho. Si ese fuera el caso, seguiríamos atrapados en la dicotomía entre “deber ser” y “ser” jurídicos. Pero ese no es nuestro enfoque epistemológico. Lo que a este nivel nos interesa, y por ello recurrimos a la epistemología del derecho situado y de los órdenes concretos de Carl Schmitt, es ir más allá y comprender dicho fenómeno constitucional como parte de una esfera jurídica, social y política mayor y, por lo mismo, articulado a un proceso de conflictividad y lucha concreta por el poder, que en el caso de la CRE se inscribe en un por lo demás conflictivo proceso constituyente y posconstituyente, en el fenómeno constitucional está inscrito y lo constituye.

Epistemológicamente, por tanto, la *metateoría* de Ferrajoli y el pensamiento del orden concreto de Schmitt requieren aterrizar en un estudio específico de los conceptos constitucionales y políticos concretos en juego, tanto la propia CRE como sus reformas. Para ello recurriremos a un tercer enfoque, presente en la propia sociología e historia conceptual de Carl Schmitt (2011c) y Reinhart Koselleck (2011a, 2011b), los mismos que poseen un enorme poder explicativo, complementario al método axiomático y al del derecho situado, a la hora de interpretar la concreción e historicidad de las formas estatales y de regímenes políticos, presentes en las constituciones que los consagran.

III. *El nivel del análisis conceptual de Carl Schmitt y Reinhart Koselleck*

Partiendo de la premisa ontológica de que las constituciones son objetos axiológico- políticos, y de que estas y sus reformas deberían abordarse desde la imbricación de ambas dimensiones, un tercer nivel epistemológico de este trabajo sigue la línea de análisis conceptual abierta por Carl Schmitt (2001a, 2001b) en su sociología conceptual y por Reinhart Koselleck (1989, 2012a, 2012b) en su propuesta su historia conceptual, *Begriffsgeschichte*. Tomar a la CRE como un objeto político y axiológico tiene implicancias que debemos explicitar especialmente por la importancia que adquieren los valores y principios en constituciones, como la ecuatoriana, que alegan ser parte del llamado “canon neoconstitucional”.

No propongo olvidar que las constituciones encarnan un conjunto de valores y principios que para el neoconstitucionalismo son el punto de referencia principal de la aplicación e interpretación constitucionales. Lo que propongo es partir de la premisa

ontológica de que las constituciones, incluso las neoconstitucionalistas, son objetos políticos y axiológicos, y que como tales requieren también ser analizadas en función de las relaciones de poder que generan, estabilizan o subvierten, pero de las que son parte, como lo establecimos al desarrollar la perspectiva schmittiana de los órdenes concretos. En ese sentido, el análisis de las mismas debe ser a ambos niveles, político y axiológico, dejando el segundo (que incorpora también una dimensión política pero que es distinto) al campo de la interpretación constitucional. Por tanto, epistemológicamente diferenciamos entre el estudio axiológico-político de la Constitución, en que aterrizará nuestra metodología del análisis conceptual, y la interpretación constitucional propiamente dicha, asumiendo los elementos políticos y normativos que en ambos enfoques interactúan, pero sin confundir su diferente estatuto y objetivos de producción de conocimiento. Huelga decir que esta distinción es extremadamente importante para situar el carácter del presente esfuerzo investigativo, siendo que así podemos diferenciar entre la tarea del juez constitucional o del académico constitucionalista, y el presente desafío interdisciplinario a dos aguas entre el derecho constitucional y la ciencia política, que epistemológicamente apunta a desarrollar una explicación político axiológica de los ejercicios de reforma constitucional posteriores a la promulgación de la CRE en que la batalla conceptual entre enmienda y reforma parcial fue crucial en la determinación de la CRE y de su concepto de ECDJ. De ahí nuestro énfasis en el análisis y la historia conceptual.

Una vez realizada esta distinción, expliquemos con mayor detalle la perspectiva epistemológica del análisis conceptual. Para Schmitt y Kosselleck no existen conceptos jurídicos, sociales o históricos de forma natural o dada, sino conceptos politizados; conceptos políticos que emergen en respuesta a movimientos o procesos tematizados como temas controversiales. Siendo así, todos los conceptos constitucionales y jurídicos deben ser abordados como conceptos políticos y, por tanto, el análisis conceptual es inherente al estudio de la política; el mismo que no podría llevarse a cabo sin desentrañar también su historia conceptual (Palomen 2005, 44-6).

La propuesta central de Carl Schmitt (2001a), desarrollada en su *Teología política* de 1922, es interpretar los conceptos jurídicos en relación a la imagen metafísica dominante de cada época particular; retomando pues la idea de *nomos* y orden concreto. Como quedó explicado en el acápite anterior, desde allí Schmitt abogó por un nuevo tipo

de pensamiento legal, el derecho situado, desde la cual derivó la idea de orden concreto (Pankakoski 2010, 753-754), pero además, desde esa perspectiva atacó la independencia de las normas jurídicas postulada por el positivismo legal de Kelsen y, en contra, mantuvo que cualquier decisión legal concreta la realiza una persona concreta en una situación concreta (Schmitt 2001a, 48-51).

Para Schmitt, cada concepto emerge de la polaridad concreta en que se estructura la política doméstica o internacional. Un concepto sin oposición (por ejemplo, Estado constitucional de derechos y justicia, reforma o enmienda constitucional), comprendido por fuera de dicha polaridad sería una abstracción insignificante, una construcción vacía y fantasmagórica, incompresible si no se conoce, en concreto, a quien se van a enfrentar, negar, luchar, refutar. Conceptos como Estado, república, sociedad, clase, soberanía, Estado de derecho, absolutismo, dictadura, etc. “son incompresibles si no se sabe quién en concreto será atacado, negado, enfrentado a través de los mismos términos” (Schmitt 2001b, 181). De este modo, las cuestiones terminológicas son “problemas de alta política; un término o una expresión pueden ser simultáneamente reflejo, señal, signo de reconocimiento y arma de una contraposición hostil” (2001, 181).

Para estudiarlo, simplemente, no es posible retirar a los conceptos de su concreitud, de su polaridad situacional. Todo concepto político tiene un enemigo político en mente; tiene un significado polémico; se refiere a una oposición concreta que está atada a una situación de lucha. En ese sentido, el rango intelectual, la fuerza y significación histórica de un concepto jurídico político está determinada por el agrupamiento humano decisivo y esencialmente político, que es el agrupamiento amigo-enemigo (Schmitt 2001b, 187-8). Así, la posibilidad real de lucha no puede abstraerse del estudio y tratamiento de los conceptos políticos, lo cual no es una precisión simbólica ni espiritual, sino que se refiere también a la posibilidad real de eliminación física del enemigo (Schmitt 2001b, 182-3). De esa manera, Schmitt recupera el valor y politicidad de la polémica conceptual (2001b, 178) en que todo concepto se constituye desde dos dimensiones necesarias y complementarias: Conflictualidad y contextualidad (Pankakoski 2010, 750-3).

En su perspectiva de historia conceptual, Reinhart Koselleck adoptó de Schmitt la idea de leer los conceptos desde sus “contextos concretos”. Koselleck sostiene con Schmitt su crítica a las perspectivas de análisis conceptual ahistóricas, abstractas y

descontextualizadas (Pankakoski 2010, 763). A partir de la Europa de mediados del siglo 18, el debate político dejó de ser prerrogativa de la nobleza, los juristas, los académicos, incorporándose la burguesía educada. Entonces, los conceptos se transformaron en instrumentos de la dirección del movimiento histórico y el historiador conceptual, dedicado a analizar las luchas semánticas, los campos semánticos en conflicto, pasó a cumplir el papel del historiador militar o el corresponsal de guerra. La agudización de batallas conceptuales son expresión de la democratización del lenguaje político y la posibilidad de disputar el sentido del cambio histórico (Kosselleck 2012b, 46-8). Es en ese sentido que incluimos en término batallas conceptuales en el subtítulo de esta investigación. En realidad, nuestro enfoque será en el valor y sentido que se dé a los conceptos en juego en la reforma y no precisamente en la disputa de interpretación constitucional o política alrededor del proceso.

Para Kosselleck, las palabras y los conceptos reflejan cambios históricos que en que se traslucen los conflictos específicos de cada momento histórico. Así, la historia conceptual que nos propone pretende analizar los conceptos de manera sincrónica en su contexto social, político y conceptual, y de forma diacrónica en función de sus cambios de mediano y largo plazos (Pankakoski 2010, 751). La historia conceptual no es materialista o idealista, se pregunta por las experiencias y estados de cosas que se plasman en un concepto, y por cómo se comprenden esas experiencias y estados de cosas; vincula la historia del lenguaje y la historia factual (Kosselleck 2012b, 45).

Ahora bien, si todo concepto está relacionado con su contexto, este se remite a unidades textuales mayores. Los conceptos están integrados a *redes conceptuales* (Kosselleck 2012b, 47). El contexto no es solo un trasfondo a partir del cual un concepto debe ser evaluado, sino un elemento que afecta el carácter del concepto mismo. Aquello implica estudiar el uso concreto y contextualizado del lenguaje en la vida legal, política y social de una sociedad. Todo concepto tiene una historia temporal, en función de los contenidos de experiencias que ha acumulado o de las expectativas innovadoras que proyecta (Kosselleck 2012a, 29, 37-8).²⁶

²⁶ Kosselleck distingue dos tipos de conceptos: conceptos que registran experiencias y conceptos que proyectan expectativas. Así, los conceptos contienen valoraciones temporales cambiantes. La historia siempre es lo que conceptualmente puede decirse sobre ella. Dicha historicidad otorga a cada concepto una estructura temporal interna; un horizonte (contexto) particular de experiencias potenciales y teóricas. Los conceptos acumulan experiencias que, de lo contrario, se diluirían. De esa manera, integran experiencias

Al igual que Schmitt, Koselleck retoma al conflicto como un elemento central de la historial conceptual, la misma que buscaría mapear, sincrónica y diacrónicamente, las oposiciones conceptuales entre oponentes políticos concretos. Dicha oposición, la confrontación política entre actores, aterriza en luchas conceptuales y polémicas específicas. Conceptos versus contra conceptos. Tenemos, así, conceptos entendidos como armas en guerras civiles intelectuales; palabras como objetos de la batalla. En ese sentido, para Koselleck, los conceptos son ambivalentes: son armas de sobre politización e instrumentos de reforma social y cambio histórico. Por ello, la conceptualización es siempre un ejercicio conflictivo, particularmente, en momentos de crisis (Pankakiski 2010, 755, 766-8). De ahí, la importancia de contextualizar el conflicto. Sin el contexto no puede captarse el significado político concreto de ninguna palabra. La interacción entre conceptos y contextos, no solo que genera un universo conceptual dentro de un periodo particular, sino que es clave para la comprensión del cambio histórico (Pankakiski 2010, 765).

En fin, para Koselleck el lenguaje conserva dos facetas: por un lado, registra receptivamente lo que es exterior a él, manifiesta lo que se le impone; y por otro, hace suyos activamente los estados de las cosas. Por tanto, el lenguaje es receptivo y productivo. Ninguna realidad se agota en su significado y estructuración lingüística; pero sin esa actividad lingüística tampoco hay realidad (Koselleck 2012a, 31-2). Todo esto nos exige profundizar la relación entre lenguaje y realidad, lo cual aterriza en una pregunta clave de ejercicio de historia conceptual es *¿cómo se articula la relación temporal entre conceptos y el estado de las cosas?* Hay cuatro formas en que un concepto puede articularse al estado de las cosas (Koselleck 2012a, 31-2):

- i. El significado de una palabra y el estado de cosas captado permanecen iguales en lo sincrónico y diacrónico.
- ii. El significado de la palabra permanece igual pero el estado de cosas se modifica; así la realidad debe captarse y comprenderse lingüísticamente de nuevo.
- iii. El significado de la palabra cambia sin que la realidad cambie.

pasadas en el lenguaje y en comportamiento de los actores; preservan el pasado en nuestro lenguaje y hacen posible que proyectemos y verbalicemos las posibilidades del futuro (Koselleck 2012a, 29, 37-8).

- iv. El significado y de la palabra y el estado de cosas cambian pero no en dirección similar.

En suma, un evento no se puede desarrollar sin el lenguaje, pero evento y concepto no son lo mismo. Existen elementos pre lingüísticos y pos lingüísticos en todas las acciones y una relación de interpenetración entre la historia social y la historia lingüística, una interpenetración entre el hablar y el hacer en el tiempo. La conexión empírica entre el hacer y el hablar permite que solo a través del hablar y el escribir podamos aprender más allá de nuestra experiencia. La prioridad antropológica del lenguaje para la representación de la historia adquiere un estatus epistemológico. Lo que ocurre *in eventu* solo puede ser comunicado *post eventu* a través de evidencia lingüística (Kosseleck 1989, 312-4).

Como vemos, tanto para Schmitt como para Kosselleck, conceptos jurídico-políticos como Estado, Estado de derecho, Estado nacional, Estado de bienestar, son más que significados dados en un tratado de derecho constitucional. Kosselleck los denomina *conceptos fundamentales* porque aglutinan en compuestos superiores y se refieren a sistemas filosóficos o formaciones políticas particulares. La importancia de los conceptos fundamentales es que son insustituibles y no pueden ser intercambiables. Encierran un potencial de transformación social. Sin ellos, no sería posible ninguna comunidad política o lingüística. De modo simultáneo, estos conceptos son esencialmente polémicos porque los actores buscan monopolizar su significado, lo que hace que se añadan a ellos determinaciones parcialmente excluyentes. Ser insustituibles y polémicos es lo que diferencia a los conceptos fundamentales del resto de conceptos (Kosselleck 2012b, 45-6).

Adoptando la idea de Kosselleck de que cada concepto fundamental está articulado a *redes conceptuales*, este estudio de la Constitución articulará tres conceptos complementarios al de ECDJ. Estos son: reforma constitucional, enmienda constitucional y reforma parcial de la constitución. Suplementariamente, incorporaremos también el concepto de cambio de Constitución, implícito en el artículo 444 de la CRE. Adicionalmente, se vincularé el concepto de ECDJ a la red conceptual que tiene que ver con las secciones finales de la CRE: el “Régimen de transición” y las “Disposiciones transitorias”.

Estas redes conceptuales serán estudiadas en los dos procesos de reforma constitucional ejecutados desde la que CRE entró en vigencia, lo que implica comprenderlos en su contexto histórico relacionando las dos dimensiones anotadas por Schmitt y Kosselleck: conflictividad y contextualidad.

- a. **Conflictividad:** Se referirá a las luchas de sentido y significación en que estos conceptos fueron definidos, la polémica y conflicto político en torno a cada definición conceptual, desde el que se fue marcando una vía específica, la enmienda, para la reforma del ECDJ. En el caso que nos ocupa, el aspecto a estudiar será la decisión de la CC sobre la vía de reforma constitucional, a saber, la batalla conceptual de enmienda versus reforma parcial, como elemento decisorio fundamental para la definición concreta de ECDJ como elemento identitario central de la CRE.
- b. **Contextualidad:** Se referirá al estudio del régimen político como contexto que definió la posición de los diversos actores que participaron e influyeron con sus argumentos, intereses y tensiones en la decisión de la CC. En especial, analizaremos en proceso constituyente y posconstituyente, dentro del cual una cabal reconstrucción de la ejecución del “Régimen de transición” será fundamental para establecer el contexto de distribución y captación de la institucionalidad del Estado una vez que fue aprobada la CRE. Ya en el caso de las reformas constitucionales, tomaremos como puntos de referencia la postura de los proponentes de cada uno de los proyectos de reforma, la posición y conformación de la CC, el Ejecutivo y de la Asamblea Nacional como actores políticos principales que intervinieron y lideraron el proceso.

Resumiendo, fijamos nuestra perspectiva epistemológica en el estudio de la red conceptual que hace parte del núcleo constitucional y que tiene como centro al concepto de ECDD, concepto fundamental en la acepción de Kosselleck. Mirado desde el prisma de la reforma constitucional, en el contexto de una Constitución que manifiesta una rigidez relativa tal como lo advertimos arriba, el concepto de ECDJ se expresa ambiguo en su “carácter”, limitado en sus “elementos constitutivos” y solo parcialmente blindado por la vía de una enmienda o reforma parcial. Como lo señalamos arriba, el concepto de ECDJ aparece así como una identidad reducida, ambigua y oscilante de la CRE.

Comprenderemos este concepto y la red conceptual de la que hace parte como una construcción política y axiológica concreta, no como una formulación teórica abstracta y ahistórica. Lo analizaremos en su concreción política, no como un objeto escindido entre un “deber ser” doctrinario y “ser” político irreconciliables, sino como parte de un orden concreto o régimen político, determinado por la lucha política y de sentido, históricamente situado en el período 2007-2015, el mismo que abarca el reciente proceso constituyente y posconstituyente del Ecuador contemporáneo.

2.3 Nivel metodológico: explicación constitutiva de la CRE desde el análisis de la batalla conceptual entre enmienda y reforma parcial de la constitución y su efecto sobre el ECDJ y el régimen político

Una vez que hemos definido en los niveles ontológico y epistemológico de nuestra investigación, estamos en condiciones de definir, a nivel metodológico, nuestra estrategia de investigación. Para ello, en esta sección abordaremos tres aspectos de la misma: El concepto de ECDJ como núcleo constitutivo de la CRE; el diseño de investigación basado en el método realista de análisis conceptual; y el objeto constitucional como el terreno de las fuentes que serán estudiadas en este estudio.

Para comenzar vale tener presente cómo quedó determinado nuestro tema de investigación: *Explicación constitutiva de la CRE desde la batalla conceptual sobre el procedimiento de reforma constitucional, en los eventos de 2011 y 2014-15, y su efecto sobre el Estado constitucional y el régimen político.*

2.3.1 El concepto de ECDJ, núcleo constitutivo de la CRE, desde el prima de la reforma constitucional.-

Proponemos estudiar nuestro objeto y tema de investigación a través de la metodología de análisis conceptual. Sin desdeñar otras aproximaciones, nuestra ruta de indagación parte de la premisa de que en los conceptos, sobre todo en los que Kosselleck denomina fundamentales, se condensa el núcleo constitutivo del objeto estudiado, en este caso la CRE. Aquí la noción de núcleo constitutivo de la Constitución difiere de la identidad material o identidad material axiológica de la misma en tanto que, como lo hemos analizado arriba, el “carácter y elementos constitutivos” del Estado no es parte de las normas pétreas o intangibles de la Constitución. Aunque parezca extraño, el concepto

de ECDJ no hace parte de la llamada “Constitución material”, sin embargo, lo consideramos núcleo constitutivo de la CRE dado que, a partir del mismo, nos será permitido desarrollar su teoría constitutiva a lo largo de esta investigación.

El concepto fundamental de este trabajo es Estado constitucional de derechos y justicia, ECDJ; concepto reducido, ambiguo y oscilante. Por ello, siendo coherentes con nuestro enfoque epistemológico, el concepto de ECDJ más allá de analizarse literalmente, normativamente, como un concepto exclusivo del derecho constitucional, debe ser estudiado como un concepto político-axiológico, generado en medio de la lucha política y de sentido central, producto de la decisión política de la Constitución, desde el que el soberano decidió construir una forma de sociedad y un régimen político.

En un trabajo anterior, ensayé una definición política preliminar del ECDJ (Montúfar 2012). En ese texto, trascendiendo el debate neo constitucionalista, definí políticamente el concepto de ECDJ de la CRE como un *Estado presidencial plebiscitario*. Esta definición partió de un análisis enfocado en determinar la base de legitimación presente en el modelo constitucional de Montecristi, lo cual me llevó a concluir que la CRE se sostenía sobre una base de legitimidad plebiscitaria antes que garantista. Mi argumento era si bien en la Constitución está presente una dimensión garantista de legitimación, esta se encuentra subyugada por una lógica plebiscitaria que atraviesa toda la Constitución. En este trabajo me desmarco de esta definición preliminar regresando al concepto inicial de ECDJ y, desde una metodología distinta que renuncia a definiciones dicotómicas, lo estudiaremos en su existencia concreta en todo el objeto constitucional.

A nivel metodológico, estudiar la relación entre conflicto y contexto en el análisis conceptual nos lleva a averiguar sobre la relación temporal entre conceptos y el estado de las cosas (Kosselleck 2012a, 31-2). En este punto, nuestro enfoque se concentrará en la red conceptual alrededor del concepto de ECDJ, que incluye los conceptos de reforma constitucional, enmienda y reforma parcial y, subsidiariamente, el de cambio de Constitución. Adicionalmente, se articulará el concepto de ECDJ a la red conceptual constituida desde las las secciones finales de la CRE, como son el “Régimen de transición” y las “Disposiciones transitorias”.

En ese sentido, reiteramos las preguntas de investigación consignadas en la primera parte y que se operacionalizarán de la siguiente manera:

- i. ¿Cómo CC interpretó los cuatro criterios de diferenciación entre el procedimiento de enmienda y reforma constitucional en las propuestas de 2011 y 2014; cómo se dio la batalla conceptual entre enmienda y reforma parcial de la CRE en los dictámenes de la CC que calificaron de enmiendas ambas propuestas de reforma?
- ii. ¿Qué concepto de ECDJ fue definido por la CC para justificar que las reformas constitucionales de 2011 y 2015 debían tramitarse mediante el procedimiento de enmiendas y no de reformas parciales a la Constitución?
- iii. ¿Hasta qué punto las reformas constitucionales de 2011 y 2015 mantuvieron o modificaron el carácter y elementos constitutivos del ECDJ; de qué forma se aplicó la llamada *ventana de fuga* del ECDJ descrita arriba? En consecuencia: ¿Qué es el ECDJ, qué definición podríamos dar a este objeto político y axiológico, de qué manera este concepto determina el concepto o teoría de la CRE?
- iv. ¿Qué implicancias tiene para el modelo constitucional ecuatoriano el que reformas analizadas puedan tramitarse como enmiendas, ni siquiera como reformas parciales a la Constitución? ¿Por qué las reformas bajo estudio no representarían procesos de desconstitucionalización, sustitución de la Constitución o supresión constitucional?
- v. ¿Qué consecuencias tendrían las definiciones y alcances de los procedimientos de enmienda y reforma de la CRE, tal como fueron calificados por la CC en las dos reformas estudiadas, sobre el régimen político?

Ante estas preguntas, reiteramos nuestra **hipótesis**: En uno o en los dos eventos de reforma constitucional, asistimos a procesos de enmienda constitucional debido a que las reformas constitucionales ejecutadas desarrollaron, no cambiaron, el concepto de ECDJ. La definición de ECDJ se mantuvo igual, a pesar de que efectivamente hubo modificaciones al texto constitucional y cambiaron varios de sus atributos. En ese sentido, no hubo modificación en el núcleo constitutivo de la CRE, lo cual fue resultado e incidió sobre el carácter del régimen político ecuatoriano.

2.3.2 Diseño de investigación: Método realista de análisis conceptual

Resta resolver el problema del método, es decir, cómo emprender un ejercicio de análisis conceptual que se enfoque en la red de la que hace parte el concepto de ECDJ.

Esto implica, en primer lugar, determinar qué es un concepto, cómo estudiarlo; y, en segundo lugar, cómo este puede dar cuenta de un fenómeno y explicarlo.

Advertimos en la primera parte de este informe que, no obstante el campo interdisciplinario de este estudio, la metodología provendría de las ciencias políticas. Así comenzamos precisando que en los estudios de política comparada se consideran generalmente dos métodos de análisis conceptual: el nominalista y el realista (Goertz 2006a, 3-5). Por el lado del nominalismo, cuyo exponente principal es Giovanni Sartori (1970), se propone un enfoque semántico en el que la definición de concepto y el análisis del concepto son lo mismo; es decir, indagar o analizar un concepto equivale a dar su definición. Por el lado del realismo, corriente desarrollada por Collier y Mahon (1993) y Goertz (2006) como una revisión crítica al enfoque sartoriano, analizar un concepto significa estudiar el carácter del fenómeno conceptualizado. Aquello significa trascender su dimensión nominal para abordar su ontología (Goertz 2006a, 16).

El problema del enfoque nominalista es que no resuelve la distancia inseparable entre definición y fenómeno (Goertz 2006a, 5) y, de esa manera, tiende a reproducir la separación entre el “deber ser” y el “ser” de los conceptos políticos y, por supuesto, jurídicos y constitucionales. En contraste, el enfoque realista, más consistente con la perspectiva epistemológica asumida en este estudio, se dirige a desentrañar la relación entre el concepto y la realidad que enuncia. El realismo, en ese sentido, se plantea un análisis teórico y empírico del objeto o fenómeno referido por el término bajo estudio, partiendo de la premisa de que un concepto cambia en la medida en que se transforma la comprensión del fenómeno. Por tanto, el objeto del análisis conceptual no es tanto los cambios en las definiciones, sino las modificaciones en los objetos; qué son, qué los constituyen, cómo se transforman (Goertz 2006a, 3-4) en medio de un contexto de conflictividad política y de sentido.

Otra diferencia entre los enfoques nominalista y realista de análisis conceptual radica en los principios estructurales de construcción conceptual. El nominalista estudia cada concepto desde sus llamadas condiciones necesarias y suficientes sobre una escalera de abstracción de tres niveles: alto, medio y bajo (Sartori 1970, 1044). A la hora de conceptualizar su preocupación principal es evitar el denominado estiramiento conceptual (Sartori 1970, 1034). En contraste, el enfoque realista rompe con el esencialismo y nominalismo y propone un enfoque anclado en la determinación de las condiciones

suficientes: lo que estos autores denominan “semejanzas familiares” (Collier y Mahon 1993, 846-9). En ese sentido, para que dos fenómenos puedan ser catalogados como parte de un mismo concepto, no requerirían compartir iguales condiciones necesarias, sino solamente semejanzas suficientes en la dimensión secundaria para considerarse miembros de la misma familia (Goertz 2006a, 7).

De esta manera, mientras el enfoque nominalista privilegia un criterio de necesidad y es minimalista, el enfoque realista se concentra en un criterio de suficiencia y pretende reducir los márgenes de error a los que conducen el minimalismo y la excesiva dicotomización conceptual. Así, mientras en el enfoque nominalista la ausencia de una condición necesaria implica que un fenómeno dejaría de corresponder a una cierta definición; desde la perspectiva del continuo conceptual del enfoque de las semejanzas familiares, la ausencia de un atributo puede ser sustituido por otro (Goertz 2006a, 12). Lo importante de trascender las definiciones dicotómicas, o usarlas de modo excepcional cuando es indispensable, es superar el sesgo que representa invisibilizar la zona gris ineludible entre los polos positivo y negativo de un concepto, con lo que se introduce un amplio margen de error.

En este trabajo seguiremos el método de análisis conceptual de Collier y Mahon y Goertz, el mismo que este segundo autor califica de causal, ontológico y realista. Causal porque busca desentrañar los elementos que constituyen un fenómeno; ontológico porque se refiere a sus elementos fundamentales y constitutivos; realista porque, más allá de las definiciones, se enfoca en la existencia empírica del fenómeno (Goertz 2006a, 5, 54). En ese sentido, aplicaremos el criterio de suficiencia y no de necesidad o de atributos mínimos. Ello, a su vez, nos llevará a trascender la visión dicotómica de los conceptos que mantiene el enfoque nominalista, siempre preocupado del riesgo de estiramiento conceptual, para proponer una perspectiva de continuidad en que las semejanzas en las condiciones suficientes entre un fenómeno y otro pueden dar como resultado su membresía a una misma familia conceptual. Esta visión, aplicada al concepto de ECDJ, nos permitiría comprender que lo real existe en un continuo de atributos que unen o separan al Estado constitucional respecto de otros modelos estatales, como el liberal o legislativo de derecho, el administrativo, o el gubernativo.

Según el método de Goertz (2006a, 2006b) y Goertz y Mahoney (2006), la estructura de cada concepto puede ser estudiada en tres niveles: básico, secundario y

operacional. El primer nivel, el nivel básico, tiene que ver con el concepto entendido como una proposición teórica, a saber, como un sustantivo básico al que se le agregan adjetivos. El siguiente nivel es el secundario, el mismo que nos informa sobre las dimensiones constitutivas del nivel básico en términos ontológicos, causales o sustitutivos (2006, 6). El tercer nivel es el operacional, el mismo que permite recoger información y categorizar de manera dicotómica o continua los fenómenos que pertenecen a un concepto. Para este autor, no todos los conceptos presentan una estructura a tres niveles, siendo que los dos primeros constituirían la teoría del concepto (Goertz y Mahoney 2006, 240-5). Así, el primer paso del análisis de la estructura conceptual pasa por determinar cuántos niveles tiene un concepto, cuántas dimensiones tiene cada nivel y cuál es el contenido sustantivo de cada dimensión a cada nivel (Goertz 2006a, 6).

En nuestro estudio, analizaremos la estructura del concepto de ECDJ en dos niveles, el básico y el secundario. Descartamos el nivel operacional. Nuestro análisis se enfocará en ambos niveles enfocándonos en determinar qué lo constituye, qué elementos centrales lo determinan; cómo su definición y realidad se expresan en lo que posteriormente definiremos objeto constitucional. Todo ello sin olvidar el conflicto y contexto en que surge el concepto de ECDJ, siendo parte de la red conceptual que señalamos arriba.

Si seguimos la declaración del artículo 1 de la CRE, la dimensión básica del concepto de ECDJ se articula alrededor del atributo de “constitucional”, el mismo que incluye los atributos “social”, “democrático”, “soberano”, “independiente” y “laico”, y a los que se agregan los de su organización “republicana” y “descentralizada”.²⁷ En este nivel básico de la estructura se suman tres atributos nuevos: “unitario”, “intercultural” y “plurinacional”. Además de ello, al nivel básico del ECDJ debemos también incluir los “elementos constitutivos” del Estado que la CRE sitúa en el Título I, desde el 1 hasta el artículo 9. Estos artículos agregan los símbolos patrios; los deberes primordiales del Estado: el territorio y capitalidad del Estado; la declaratoria del Ecuador como territorio de paz; las definiciones de ciudadanía y nacionalidad ecuatoriana; las especificaciones de

²⁷ Como quedó anotado arriba, la definición de Estado constitucional subsume los atributos de “social”, “democrático”, “soberano”, “independiente” y “laico”, pues estos serían parte sustantiva del concepto de Estado constitucional. No sería concebible un Estado constitucional que excluya estos atributos. También formarían parte de su núcleo la determinación de que su organización será “republicana” y “descentralizada” pues, igualmente, todo estado de este tipo incorporaría estos atributos.

los ecuatorianos por nacimiento o naturalización; y la igualdad de derechos y deberes entre ecuatorianos y extranjeros habitantes en el territorio. Entre ellos es importante el artículo 3, sobre los deberes primordiales del Estado y que vincula los derechos a la educación, salud, alimentación, seguridad social y agua para todos los habitantes; junto a la planificación del desarrollo nacional. No podemos excluir como parte del nivel básico del concepto de ECDJ a las garantías constitucionales, Título III de la CRE. Es importante que estas estén blindadas de cualquier procedimiento de reforma, siendo parte de las normas pétreas de la Constitución. Así queda, en el nivel básico, fijada la estructura del concepto de ECDJ, el mismo que refiere a la identidad o núcleo de nuestro objeto de nuestra investigación, la CRE.

En el nivel secundario definiremos los atributos del concepto de ECDJ, excluidos del “carácter y los elementos constitutivos del Estado” y de las “Garantías constitucionales”. Esta determinación se realizará a dos niveles, correspondientes a las dos redes conceptuales de las que hace parte el concepto de ECDJ. En un primer nivel, estableceremos se establecerá un nivel secundario I de este concepto a partir de las definiciones sobre reforma parcial, reforma constitucional y cambio de Constitución, que se establecen en el capítulo III, del Título IX, la “Reforma constitucional”. Aunque la estructura de la Constitución no las considere “elementos constitutivos del Estado”, indiscutiblemente son elementos del mismo las garantías de políticas públicas, necesarias para hacer efectivos los derechos, y que se detallan en el Título VI sobre el “Régimen de desarrollo”. Del mismo modo, cabe también en esta categoría el “Régimen del buen vivir”, que lo constituye todo el Título VII en sus dos capítulos “Inclusión y equidad” y “Biodiversidad y recursos naturales”, el Título VIII dedicado a “Relaciones internacionales”, pues la denominación de Estado constitucional de derechos, con el término derechos en plural, incorpora como parte del bloque de constitucionalidad los instrumentos internacionales de derechos humanos. Y, finalmente, desde similares parámetros debería considerarse elementos del Estado el Título IX, denominado “Supremacía de la Constitución”, y, en especial, sus capítulos primero y segundo, que desarrollan los “Principios”, y el carácter, conformación y atribuciones de la “Corte Constitucional”. De los títulos nombrados, faltarían solamente dos que indudablemente no podrían ser excluidos de esta categoría de elementos del Estado, a saber, el Título IV, sobre “Participación y organización del poder”, y el Título V, relativo a “Organización territorial del Estado”.

En un segundo nivel, fijaremos un nivel secundario II a partir de las normas contempladas para “Elecciones” y la “Transición institucional” que establece el “Régimen de transición”, y el desarrollo normativo e institucional que establece las “Disposiciones transitorias” de la CRE. Debemos recalcar el hecho político de que mediante la ejecución de estos dos capítulos finales de la CRE, una vez que esta entró vigencia, el grupo en el poder llevó a cabo una toma de toda la institucionalidad estatal, así como el desarrollo de los cuerpos legales principales organizaron todas las funciones del Estado. En ese sentido, sería una grave omisión excluir del concepto concreto de ECDJ, en un nivel secundario, la aplicación de estos dos cuerpos constitucionales que sin lugar a dudas fue decisivo en su definición.

Queda, entonces, determinada en dos niveles la estructura del concepto de ECDJ de la siguiente manera:

Estructura conceptual del ECDJ

Según la reforma constitucional y el régimen de transición/disposiciones transitorias

BÁSICA, correspondiente al “carácter y elementos constitutivos” del Estado, junto con las “Garantías constitucionales”	SECUNDARIA I, correspondiente al carácter y los elementos no constitutivos del Estado; sujetos a enmienda, artículo 441, o reforma parcial de la CRE. Artículo 442.	SECUNDARIA II, correspondiente a la ejecución del “Régimen de transición” y a las “Disposiciones transitorias”
TÍTULO I DE LA CRE: Estado constitucional (social, democrático, soberano, independiente, laico, y organizado de forma republicana y descentralizada),	TITULOS IV, V, VI, VII, VIII y IX, salvo el capítulo III, DE LA CRE: Participación y organización del poder; Organización territorial del Estado; Régimen de desarrollo; Régimen del buen vivir; Relaciones internacionales; y Supremacía de la Constitución,	“RÉGIMEN DE TRANSICIÓN” de las “Elecciones” y el “Desarrollo institucional”. “DISPOSICIONES TRANSITORIAS” de la primera a la trigésima.

<p>además de derechos y justicia, unitario, intercultural y plurinacional. Además de ello, se incluyen los símbolos patrios, los deberes primordiales del Estado; el territorio y capitalidad del Estado, la declaratoria del Ecuador como territorio de paz, las definiciones de ciudadanía y nacionalidad ecuatoriana, las especificaciones de los ecuatorianos por nacimiento o naturalización, y la igualdad de derechos y deberes entre ecuatorianos y extranjeros habitantes en el territorio.</p> <p>TÍTULO III DE LA CRE: Garantías constitucionales</p>	<p>salvo el capítulo III, “Reforma de la Constitución”.</p>	
<p>ONTOLOGÍA CONSTITUCIONAL:</p> <p>La CRE como fuente de derecho</p> <p>Adecuación y subordinación de la ley frente a un derecho superior establecido por la Constitución Zagrebelsky (1995, 34).</p> <p>Sujeción de todos los poderes a límites y vínculos no solo formales sino también sustanciales (Luigi Ferrajoli 2011b, 199).</p>	<p>ONTOLOGÍA CONSTITUCIONAL:</p> <p>La CRE como una versión modificada y parcial de fuente de derecho</p> <p>Rigidez constitucional relativa, reforma vía enmienda; artículo 441 de la CRE. Núcleo constitucional intangible recae en el Título II, “Derechos”, Título III, “Garantías” y el procedimiento de reforma constitucional.</p>	<p>RÉGIMEN POLÍTICO:</p> <p>La democracia constitucional frente a otros regímenes políticos.</p>

Constitucionalización del ordenamiento jurídico (Guastini 2003).		
--	--	--

Siempre usando el ardid de leer el texto constitucional de atrás hacia adelante, el análisis de la estructura del concepto de ECDJ, nos permitirá determinar cómo los niveles secundarios I y II, el mismo que se manifiesta desde la organización de los procedimientos de reforma constitucional y las normas de transición y transitorias, influye y determina constitutivamente la dimensión básica. Del mismo modo, aquello determinará el carácter ontológico de nuestro objeto, el mismo que se configura a partir de su carácter de rigidez relativa, lo cual afecta de manera directa la concepción de una Constitución como fuente de derechos.

Sobre estas premisas, nuestro diseño metodológico contempla dos fases: El análisis del nivel básico del concepto de ECDJ y el de las relaciones posibles entre el nivel básico y secundario. Sobre la primera fase, nuestro análisis del nivel básico del concepto de ECDJ se centrará en tres asuntos interrelacionados: 1. La investigación sobre el polo negativo; 2. El contenido sustantivo del continuo entre el polo positivo y su polo negativo; y 3. La continuidad existente entre los dos polos (Goertz 2006b, 30). Mecánicamente y numéricamente, el polo negativo puede ser operacionalizado con valor cero en todas las características de la dimensión secundaria del extremo positivo (Goertz 2006b, 32). Estas características o atributos, nombrados desde el polo positivo, nos permitirán una teorización de la zona gris o intermedia entre ambos polos conceptuales a partir de los atributos principales del nivel secundario.

Siendo el concepto de ECDJ en la CRE el polo positivo de nuestro estudio, la exploración del polo negativo nos abre tres posibilidades, a saber, el Estado legislativo de derecho, el Estado administrativo y el Estado gubernativo. Como podemos anticipar que en el texto constitucional encontraremos trayectorias de continuidad hacia los tres tipos de Estado, nuestro trabajo será determinar el contenido sustantivo predominante del continuo entre el ECDJ y su polo negativo. El cuadro siguiente nos permite visualizar la trayectoria de continuidad entre nuestro polo positivo hacia los otros tipos estatales, contrastando el Estado constitucional, según Ferrajoli (2011b), Zagrebelski (1995) y

Guastini (2003) y los estados denominados legislativo de derecho, jurisdiccional, administrativo y gubernativo, según Schmitt (2001b):

El Estado constitucional frente otros tipos de estado

Constitucional	Jurisdiccional	Gubernativo	Administrativo	Legislativo de derecho
<p>Adecuación y subordinación de la ley frente a un derecho superior establecido por la Constitución Zagrebelsky (1995, 34). Sujeción de todos los poderes a límites y vínculos no solo formales sino también sustanciales (Luigi Ferrajoli 2011b, 199). Constitucionalización del ordenamiento jurídico (Guastini 2003).</p>	<p>Premiencia concreta de los jueces, cuyas decisiones últimas son las definitivas. En este modelo, el derecho justo, la razón, la justicia debe primar a la hora de cada decisión concreta (Schmitt 2001c, 259-61).</p>	<p>Premiencia concreta de la voluntad soberana y personal del jefe del Estado que ejerce el gobierno (Schmitt 2001c, 259-61).</p>	<p>Premiencia concreta de las ordenanzas de carácter objetivo de los órganos administrativos (Schmitt 2001c, 259-61).</p>	<p>Premiencia concreta del parlamento. Está dominado por normas impersonales y generales, siendo, por tanto, que en este modelo gobiernan las leyes y no las autoridades (Schmitt 2001c, 259-61).</p> <p>Validez por el principio de legalidad, independiente de cualquier valoración de justicia (Ferrajoli 2003, 16).</p>
<p>Contexto de transformación social en que prevalecerá las decisiones justas de jueces en función de los principios presentes en la Constitución.</p>	<p>Contexto de estabilidad jurídica en que se consolidará una justicia separada y por encima de todos los demás poderes del Estado (Schmitt 2001c, 265-6).</p>	<p>Contextos de grandes cambios, en que prevalecerá el predominio de gobernantes revolucionarios que buscan la adaptación de los medios a los fines (Schmitt 2001c, 265-6).</p>	<p>Contextos de grandes cambios, en que prevalecerá el predominio de burocracias transformadoras que buscan la adaptación de los medios a los fines (Schmitt 2001c, 265-6).</p>	<p>Contextos de armonía entre progreso y seguridad jurídica; apropiados para épocas reformistas, revisionistas, evolucionistas, en los que se busca el cambio a través de leyes, surgidas de programas partidarios o iniciativas legislativas</p>

				(Schmitt 2001c, 265-6).
Legitimación sustancial positiva que se asegura por los vínculos impuestos y los contenidos de la producción jurídica. A este nivel, el problema es qué no puede decidirse y qué no puede dejar de ser decidido. Este nivel se vincula a los derechos sociales y los derechos de libertad, llamados derechos primarios (Ferrajoli 2011b, 27-8).	Legitimación sustancial positiva dada en función de alcanzar decisiones justas.	Legitimación sustancial positiva dada en función de cambios sustantivos desde el gobierno sobre la sociedad.	Legitimación sustancial positiva determinada por decisiones burocráticas racionales.	Legitimación sustancial negativa establecida por la legalidad procedimental de los decisores.

Schmitt decía que el tipo de Estado dominante en cada época se encuentra siempre en competencia y yuxtaposición con otros. No hay una forma estatal y de legalidad estatal pura. A una primera vista, en la CRE parecieran sobreponerse al Estado constitucional o jurisdiccional los tipos gubernativo y administrativo, dada la preponderancia que asume el aparato administrativo del Estado y, sobre todo, el hiper presidencialismo ecuatoriano. Es posible que el tipo estatal de Montecristi se desmarque del modelo legislativo o legal, aunque aún predominan en sus operadores modos de interpretación positivista. En fin, hay razones suficientes para que en el estatuto ontológico de la CRE pongamos en duda el dominio del modelo Estado constitucional, por la importancia de los elementos del Estado gubernamental y administrativo y la sobrevivencia de lógicas de interpretación constitucional del Estado legislativo.

Sin embargo, si seguimos la perspectiva decisional de Schmitt el aspecto crucial a determinar es dónde radica el centro de gravedad de las decisiones políticas: los jueces constitucionales, en el caso en que domine el modelo de Estado constitucional; el Ejecutivo, en caso de que prime el gubernativo; la burocracia, si domina la administración. En el Ecuador, hay buenas razones para afirmar que ha sido el Ejecutivo

el centro de gravedad de todo el sistema, por lo cual el tipo estatal vigente sería más gubernativo que constitucional, siempre en un marco de tensión y contradicciones internas entre las lógicas y operadores de cada uno.

Concluida esta primera fase, en la segunda indagaremos tres tipos de relación posibles entre el nivel secundario y básico del concepto de ECDJ: causalidad, ontología y sustitución (Goertz y Mahoney 2006, 242). En la relación de causalidad, a nivel secundario indagaremos las causas que definen el carácter del nivel básico. En la relación ontológica, las variables del nivel secundario representan los elementos constitutivos del nivel básico, su carácter esencial, la estructura del fenómeno, siendo que dicha relación podría ser igualmente explicada en términos de necesidad (coyuntura de causas necesarias) o suficiencia (equifinalidad). En la relación ontológica, no es que los elementos del nivel secundario causan los del básico, sino que explican la configuración esencial del mismo, lo que Alexander Wendt (1999) ha definido como “explicación constitutiva”. En la relación de sustitución, no hablamos de causalidad o constitución, sino de distintos elementos que podrían explicar los elementos del nivel básico, puesto que un determinado fenómeno podría ser el resultado de diversas posibilidades (Goertz y Mahoney 2006, 244).

En fin, con miras a construir una teoría en dos niveles de la CRE optaremos por explicar la relación entre el nivel básico y secundario del concepto de ECDJ desde la perspectiva ontológica. En ese sentido, ensayaremos una “explicación constitutiva” dentro de la corriente metodológica del realismo crítico expuesto por Alexander Wendt (1999, 83-8). Esto nos conducirá a desarrollar una teoría constitutiva de la Constitución de Montecristi a partir de una determinación conceptual de qué es el ECDJ, es decir, a partir de un análisis lógico de su concepto (Wendt 1998, 106).²⁸

Según Alexander Wendt, la metodología de explicación constitutiva se desarrolla a partir de lo que este autor denomina “explicaciones sobre qué es” un fenómeno. Sin caer en un sesgo esencialista, aquello se diferenciaría de otros modelos de explicación como

²⁸ En este punto recuperamos la noción de teorización constitutiva/ontológica sobre conceptos centrales fundamentales como Estado, anarquía, poder, soberanía, propuesta por Stefano Guzzini. Este modo de teorización se diferencia de otras formas teóricas como la normativa, la empírica y metateórica que serían junto a ella las tradiciones de teorización predominantes en las ciencias sociales contemporáneas (2013, 534).

son los causales de la tradición positivista y neopositivista, y que se dirigen a establecer leyes científicas generales y predictivas (Wendt 1998, 110, 112).²⁹

De todas formas, las explicaciones constitutivas indagan sobre las condiciones de existencia de un cierto fenómeno, constituido por unas determinadas características, más que por las causas unidireccionales que lo produjeron. Vale decir que la indagación sobre estas condiciones requiere de un profundo ejercicio de descripción como paso previo a la explicación constitutiva. La complementariedad entre descripción y explicación es así fundamental en todo ejercicio de teorización constitutiva (Wendt 1998, 375).

La tercera y cuarta parte de este estudio se organizará de la siguiente manera:

3. Explicación constitutiva de la estructura del concepto de ECDJ
 - 3.1 Descripción y análisis de la estructura del concepto de ECDJ, a nivel básico y secundario, con el fin de determinar el ambiguo, reducido y oscilante núcleo constitutivo e identidad de la CRE;³⁰
 - 3.2 Descripción y análisis de los mandatos constituyentes expedidos por la Asamblea Nacional Constituyente desde su inicio hasta su culminación, en función de su efecto sobre la estructura del concepto de ECDJ y la demolición y construcción de un nuevo régimen político;
 - 3.3 Descripción y análisis de la producción normativa de la Comisión de Legislación y Fiscalización (Congresillo), la Asamblea Nacional y el Ejecutivo, en función de su efecto sobre la estructura del concepto de ECDJ y la demolición y construcción de un nuevo régimen político;
 - 3.4 Descripción y análisis de la decisión de la CC de calificar como enmiendas los proyectos de reforma constitucional en 2011, 2014-15 y 2017.
 - a. Enmienda constitucional de 2011, sobre la sustitución de la composición del pleno del Consejo de la Judicatura y las reformas al sistema de justicia;

²⁹ Vale tener presente que, para Goertz y Mahoney, la explicación constitutiva de Wendt no deja de expresar finalmente una relación de causalidad (2006, 242).

³⁰ Esta sección reproducirá corregida la Segunda parte, titulada “La Constitución de Montecristi. El Estado presidencial y su base de legitimación plebiscitaria” del informe del proyecto de investigación a cargo de César Montúfar, aprobado por el Comité de investigación de la Universidad Andina Simón Bolívar, con el título “La dictadura plebiscitaria. Neoconstitucionalismo y construcción de un nuevo régimen político en el Ecuador de inicios del siglo XXI”. Quito, 2012.

- b. Enmienda constitucional de 2014-15, sobre las FF.AA., las funciones de la Contraloría General del Estado, comunicación, reelección indefinida y negativa a calificar la enmienda sobre las garantías constitucionales y posposición del plazo para la vigencia de la reelección indefinida.

4. Conclusiones: Teoría constitutiva de la Constitución de Montecristi

- 4.1. Constitución y el ECDJ;
- 4.2. Constitución y el régimen político ecuatoriano;
- 4.3. Teoría de la Constitución de Montecristi.

2.3.3. El objeto constitucional: Las fuentes de la investigación.-

En cuanto a las fuentes de investigación trabajaremos sobre el objeto constitucional, entendido como el conjunto de normas en las que se expresa y desarrolla el concepto de ECDJ, núcleo de la CRE. El objeto constitucional, por tanto, no se agota en el texto de la Constitución, que incluye por supuesto las “Disposiciones transitorias” y el “Régimen de transición”, sino que incorpora las actas de la Asamblea Constituyente de Montecristi, las leyes expedidas dentro del Disposiciones transitorias, en especial, las que organizaron las funciones del Estado y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, la Ley de Seguridad Pública y del Estado y sus reformas. Además de ello, el mismo fue desarrollado en leyes posteriores como la Ley Orgánica de Comunicación, la Ley Orgánica de Servicio Público y la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, entre otras; los dictámenes y otras resoluciones de la CC, además de otros instrumentos legales. En el ámbito reglamentario se incorporan al mismo los reglamentos generales a estas leyes. Adicionalmente, en un esquema constitucional tan marcadamente presidencialista como el ecuatoriano, parte importante del objeto constitucional es el Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y sus reformas. Siendo parte del objeto constitucional, excluiré del presente estudio los instrumentos internacionales en su referencia implícita o explícita al concepto y forma del Estado.

Como apoyo a este análisis del objeto constitucional trabajaremos sobre textos relativos al debate y polémica jurídico-constitucional sobre la definición del ECDJ y a la disputa respecto al procedimiento de reforma constitucional. Se dejará de lado el abundante material que existe en el campo estrictamente político y mediático, vinculado pero no necesariamente parte del cuerpo de argumentación y justificación constitucional.

En ese sentido, nuestro interés es concentrar el enfoque y fuentes de esta investigación en los espacios de debate y la polémica constitucional, lo cual se dio al interior de los órganos competentes donde se definió el texto de la Constitución y el concepto de ECDJ, así como de su reforma. Dichos espacios, para hablar en términos topográficos, fueron la Asamblea Nacional Constituyente, la Corte Constitucional para el período de transición, la Corte Constitucional, la Asamblea Nacional y la Presidencia de la República.

Bibliografía

Acosta, Alberto. 2008. *Bitácora constituyente. Noviembre 2007-julio 2008*. Montecristi: Edición electrónica en CD.

Andrade, Santiago, et. al., 2009. *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derecho e instituciones*. Quito, UASB-CEN.

Aguilar, Juan Pablo, et al., 2009. *Nuevas instituciones del derecho constitucional ecuatoriano*. Quito: INREDH.

Asamblea Nacional del Ecuador. 2008. *Constitución de la República del Ecuador*. Quito

Asamblea Nacional del Ecuador. 2016. *Constitución de la República del Ecuador*. Quito

Ávila, Ramiro. 2016. *El neoconstitucionalismo andino*. Quito: Huaponi ediciones y Universidad Andina Simón Bolívar.

Ávila, Ramiro. 2011. *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar – ABYA YALA.

Bernal Pulido, Carlos, Aparicio Caicedo y Mario Serrafiero. 2013. *Reelección indefinida vs. democracia constitucional. Sobre los límites al poder de reforma constitucional en el Ecuador*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.

Bockenforde, Ernst Wolfgang. 2000. *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Madrid: Editorial Trotta.

Cabo de Martín, Carlos de. 2003. *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*. Madrid: Editorial Trotta.

Carbonell, Miguel. 2010. “El neoconstitucionalismo: Significado y niveles de análisis”. Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, editores. *El canon neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 253-164.

Carbonell, Miguel. 2000. "Miguel Carbonell, compilador. *Teoría de la constitución. Ensayos escogidos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 371-395.

Collier, David y James Mahon. 1993. "Conceptual Stretching Revisited": Adapting Categories in Comparative Analysis" in *The American Political Science Review*, Vol. 87. No. 4, pp. 845-855.

Corte Constitucional, para el período de transición. 2011 "Dictamen de constitucionalidad de Referéndum", No. 001-11-DRC-CC.

Corte Constitucional del Ecuador. 2014. *Gaceta Constitucional* No.009, Dictamen No. 001-14-DRC-CC; caso No. 0001-14-RC, lunes 10 de noviembre de 2014.

Corte Constitucional del Ecuador. 2015. "Auto de verificación de cumplimiento relación dictamen No. 001-14-DRC-CC".

Díaz Ricci, Sergio. 2004. *Teoría de la reforma constitucional*. Buenos Aires. Ediar.

Ferrajoli, Luigi. 2011a. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*. Madrid: Editorial Trotta.

Ferrajoli, Luigi. 2011b. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría de la democracia*. Madrid: Editorial Trotta.

Ferrajoli, Luigi. 2011c. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. . Madrid: Editorial Trotta.

Ferrajoli, Luigi. 2003. "Pasado y futuro del Estado de derecho". Miguel Carbonell, editor. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 13-29.

Ferrajoli, Luigi. 2001. *Derecho y razón*. Madrid: Editorial Trotta.

Granda, Daniel. 2012, *El hiperpresidencialismo en el Ecuador*. Quito: Editorial FACSO.

Goertz, Gary. 2006a. "Introduction" en *Social Science Concepts. A User's Guide*. Princeton: Princeton University Press.

Goertz, Gary. 2006b. "Structuring and Theorizing Concepts" en *Social Science Concepts. A User's Guide*. Princeton: Princeton University Press.

Goertz, Gary y James Mahoney. 2006. "Concepts in Theories: Two Level Theories" en *Social Science Concepts. A User's Guide*. Princeton: Princeton University Press.

Grijalva, Agustín. 2009. "Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional". Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, editores. *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derecho e instituciones*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional.

Guastini, Ricardo. 2007. "Sobre el concepto de Constitución". Miguel Carbonell. Editor. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 15-27.

Guastini, Ricardo. 2003. "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano". Miguel Carbonell, editor. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 49-73.

Guzzini, Stefano. 2013. "The Ends of International Relations Theory: Stages of Reflexivity and Modes of Theorizing" en *European Journal of International Relations*, Vol. 19, No. 3, 521-541.

Heller, Agnes. 1989. "La decisión, cuestión de voluntad o elección" en *Zona Abierta*, 53, octubre-diciembre, 149-161.

Herrero, Monserrat. 2012. "Estudio preliminar" Carl Schmitt. *Posiciones ante el derecho*. Madrid: Editorial Tecnos.

Herrero, Monserrat. 1996, "Estudio preliminar" en Carl Schmitt. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Madrid: Editorial Tecnos.

Ibarra, Hernán. 2010a. *Refundar al Estado. Procesos constituyentes en América Latina*. Quito: CAAP.

Ibarra, Hernán. 2010b. *Visión histórico política de la Constitución 2008*. Quito: CAAP.

ILDIS-Revista La Tendencia. 2008. *Nueva Constitución*. Quito: ILDIS.

Jouanjan, Olivier. 2010. "Pensamiento del orden concreto y orden del discurso jurídico nazi: sobre Carl Schmitt" en Yves Chales Zarka, coordinador. *Carl Schmitt o el mito de lo político*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 55-91.

Kosselleck, Reinhart. 1989. "Social History and Conceptual History", *International Journal of Politics, Culture and Society*, Vol. 2. No. 3, primavera, 308-325.

Kosselleck, Reinhart. 2012a. "Historia de los conceptos y conceptos de historia", en *Historias de conceptos. Estudios sobre la semántica y pragmática del lenguaje político y social*. Madrid: Editorial Trotta.

Kosselleck, Reinhart. 2012b., "Historia conceptual", en *Historias de conceptos. Estudios sobre la semántica y pragmática del lenguaje político y social*. Madrid: Editorial Trotta.

Landau, David. 2013. "Abusive Constitutionalism", *University of California Davis Law Review*, vol. 47, 189-260.

Levi, Lucio. 1991. "Régimen político" en Norberto Bobbio y Nicola Matteucci, editores, *Diccionario de política*. México: Siglo XXI Editores, pp. 1362-1366.

Lucio Paredes, Pablo. 2008. *En busca de la constitución perdida*. Quito: Trama Ediciones.

Martínez Dalmau, Rubén. 2008. "Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional", Ávila, Ramiro Agustín Grijalva y Rubén Martínez Dalmau. *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humano y Tribunal Constitucional.

Montufar, César. 2017. *El argumento correísta*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Paradiso Editores.

Montúfar, César. 2016. *Vivimos en democracia. Análisis conceptual de régimen político de la revolución ciudadana*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional.

Montúfar, César. 2012. "La dictadura plebiscitaria. Neoconstitucionalismo y construcción de un nuevo régimen político en el Ecuador de inicios del siglo XXI". Quito, Comité de investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar.

Oyarte, Rafael. 2016. *Derecho constitucional*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Palonen, Kari. 2005. "The politics of conceptual history", *Contributions to the History of Concepts*, Vol. 1, No. 1, 37-50.

Pankakoski, Timo. 2010. "Conflict, Context, Concreteness: Koselleck and Schmitt on Concepts", *Political Theory*, Vol. 38, No. 6, 749-779.

Pozzolo, Susanna. 2010. "Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución. Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, *El canon neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 165-207.

RAE. 1992. *Diccionario de la lengua española*. Madrid: Editorial Espasa Calpe, Vigésima primera edición.

Said, Edward. 2004. "Teorías viajeras" en *El mundo, el texto, el crítico*. Barcelona: Debate.

Sartori, Giovanni. 1970. "Concept Misformation in Comparative Analysis" en *The American Political Science Review*, Vol. 64, No. 4, 1033-53.

Sanz Moreno, José Antonio. 2002. *Ordenación jurídica y Estado postliberal: Hans Kelsen y Carl Schmitt*. Granada: Editorial Comares.

Schmitt, Carl. 2012. *Posiciones ante el derecho*. Madrid: Editorial Tecnos.

Schmitt, Carl. 2001a. "Teología política. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía" en Héctor Orestes Aguilar, editor. *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica.

Schmitt, Carl. 2001b. "El concepto de lo político" en Héctor Orestes Aguilar, editor. *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica.

Schmitt, Carl. 2001c. "Legalidad y legitimidad" en Héctor Orestes Aguilar, editor. *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica.

Schmitt, Carl. 2001d. "El nomos de la tierra" en Héctor Orestes Aguilar, editor. *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica.

Schmitt, Carl. 1996. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Madrid: Editorial Tecnos.

Schmitt, Carl. 1982. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial.

Sousa Santos, Boaventura de. 2010. *Refundación de Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Quito: Abya-Yala.

Storini, Claudia. 2009. “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008” en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, editores. *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derecho e instituciones*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional.

Torres, Luis Fernando. 2009. *Presidencialismo constituyente. La ruta del autoritarismo en el Ecuador*. Quito: Cevallos Librería Jurídica.

Torres, Luis Fernando, editor. 2010. *Debate constitucional*. Quito, Fundación Hanns Siedel.

Trujillo, Julio César. 2013. *Constitucionalismo contemporáneo. Teoría, procesos. Procedimientos y retos*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar-Corporación Editora Nacional.

Trujillo, Julio César. 1994. *Teoría del Estado en el Ecuador. Estudio de derecho constitucional*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar-Corporación Editora Nacional.

Weber, Max. 1996. *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.

Wendt, Alexander. 1999. *Social Theory in International Relations*. Cambridge: Cambridge University Press.

Wendt, Alexander. 1998. “On Constitution and Causation in International Relations”, en *Review of International Studies*, Vol. 24, 101.117.

Zagrebelsky, Gustavo. 1995. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta.

Zaidán, Salim, editor. 2012. *Neoconstitucionalismo, libertad de expresión y derecho a la honra*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador y Fundación Hans Seidel.