

## La Asamblea Constituyente

Rafael Oyarte Martínez\*

Mucho se ha escrito, por lo menos en el Ecuador, sobre reformas constitucionales concretas, pero muy poco sobre la institución misma de la reforma constitucional, al punto que no se la ha distinguido del cambio de Constitución. Al respecto, se revisará entonces lo que han sido las asambleas constituyentes en el Ecuador y en el Derecho comparado, y su relación con la Asamblea Nacional que estuvo en funciones desde el 20 de diciembre de 1997 hasta el 8 de mayo de 1998, con la finalidad de determinar su naturaleza jurídica y las competencias que, en estricto Derecho, pudo ejercer.

FORO

### LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE

Se revisará, en esta sección, el órgano extraordinario a cuyo cargo puede quedar la tarea de reformar la Constitución.

Humberto Nogueira y Francisco Cumplido recuerdan que la asamblea constituyente se cuenta entre los procedimientos democráticos de elaboración o de reforma de la Constitución –además del plebiscito o referéndum–, pues como el poder constituyente radica en el pueblo solo éste puede darse, legítimamente, una Constitución.<sup>1</sup> Mediante esta técnica se “propone la función constituyente a una Asamblea o Convención integrada por representantes elegidos por la ciudadanía especialmente para tal efecto”.<sup>2</sup>

---

\* Profesor de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de la Universidad Regional Autónoma de los Andes, y de la Universidad de Cuenca.

1. Cfr. Francisco Cumplido y Humberto Nogueira, *Teoría de la Constitución*, Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello, 1990, 2a. ed., p. 136.
2. Mario Verdugo y Ana María García Bazelatto, *Manual de Derecho Político*, vol. I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, 3a. ed., p. 270.

## ENTIDAD DIFERENTE AL ÓRGANO LEGISLATIVO

A diferencia del órgano legislativo, la asamblea constituyente es un órgano extraordinario, elegido por el pueblo para que elabore una Constitución o para que la reforme. Este carácter extraordinario lo resuelve Ignacio de Otto al decir que “lo más frecuente en el constitucionalismo del siglo XX es que la Constitución sea aprobada por una asamblea constituida *ad hoc*, esto es, con esa específica finalidad –asamblea constituyente– que se disuelve tras la entrada en vigor de la Constitución”.<sup>3</sup>

De hecho, salvo la Constitución de 1978-79 que fue aprobada mediante referéndum, las restantes Cartas Políticas del Ecuador fueron elaboradas y aprobadas por asambleas constituyentes. Pero en cambio, hasta 1997, todas las reformas constitucionales ha sido aprobadas por el Legislativo –en ejercicio del poder constituyente derivado– o mediante consulta popular.<sup>4</sup>

Se debe insistir en que el poder constituyente no es el poder soberano –cosa distinta es que, en un sentido originario, su titular sea el soberano–, idea que es sostenida por Sieyès al afirmar que, si bien el poder constituyente “no puede ejercerse por la Nación misma, porque tal cosa, entendida literalmente, resulta imposible; por ello, ha de ejercerse por medio de representantes”, pero que estos representantes, “como forman un poder especial, superior y diferente a los poderes constituidos ordinarios, son unos representantes extraordinarios, los cuales están vinculados por un compromiso, [...] la comunidad no se despoja del derecho de imponer su voluntad, [...] de manera que los delegados o representantes carecen de la plenitud de poderes”, y por ello “no pueden dedicarse a funciones que corresponden a los poderes ordinarios”.<sup>5</sup>

Esta última afirmación se encuentra expresamente establecida en la Constitución Nacional del Paraguay, la que prevé a la Convención Nacional Constituyente como órgano encargado de la reforma de la Carta Fundamental –que en el sistema paraguayo equivale a su cambio– y a la enmienda de determinadas materias constitucionales. Dicha Convención solo puede realizar sus labores de reforma por lo que se le

---

3. Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional: sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1988, 2a. ed., p. 52.

4. En diciembre de 1998 se integró una asamblea reformadora, denominada Asamblea Nacional, convocada como resultado de la consulta popular efectuada en junio de 1997.

5. Antonio Carlos Pereira Menaut, *Lecciones de Teoría Constitucional*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1987, 2a. ed., pp. 50-51. Del mismo modo, *vid.*, Sieyès, “Preliminar de la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y el ciudadano”, en David Pantoja Morán [compilador], *Escritos Políticos de Sieyès*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 183. A pesar de esto, la doctrina constitucional ecuatoriana se ha mostrado partidaria de considerar al poder constituyente como un poder ilimitado, soberano, problema que se revisa más adelante.

prohíbe el arrogarse las atribuciones de los poderes del Estado, no puede sustituir a las personas que los ejerzan, ni acortar o ampliar su mandato.<sup>6</sup>

Ahora bien, tenemos un problema: las atribuciones de la asamblea constituyente, las cuales difieren de la asamblea reformadora, lo cual se revisará más adelante.

## ¿DEBE ESTAR PREVISTA POR LA CONSTITUCIÓN?

Se debe recordar que no se pueden ejercer atribuciones no previstas en la Constitución, ni por órganos no previstos por ella (art. 119 CE). Jaime Urcullo Reyes sostiene que en caso de no estar prevista por la Constitución no se puede convocar a este órgano, pues ello es válido “solamente para los Estados a formarse o constituirse; pero no para los Estados ya constituidos, en los cuales el pueblo delega sus facultades soberanas, por haber adoptado la forma de República, o sea de democracia representativa”.<sup>7</sup>

Si bien estimo que, en cierta medida, existe la mencionada delegación de facultades, no por ello el pueblo ha renunciado a su soberanía. De esta forma, la asamblea constituyente es un órgano que ejerce poder constituyente originario, en la que el pueblo soberano elige representantes para poner en práctica dicho poder por éste conferido –de este modo el poder constituyente originario puede ser ejercido por el pueblo directamente, a través de los mecanismos de democracia directa, o a través de representantes elegidos para ello–, tanto así que su labor consiste en elaborar y dictar una Constitución, con lo cual nos encontramos ante un poder fáctico, ni establecido ni limitado por normas positivas.

Si es necesario que la asamblea constituyente se encuentre prevista por la Constitución sería un órgano que ejerce poder constituyente derivado,<sup>8</sup> aunque lo dicho no excluye en lo absoluto que una Constitución pueda prever la existencia de este tipo de órganos –como lo hacen las Constituciones de Paraguay, Nicaragua y Costa Rica–, pues en este caso solo se estarían determinando las normas preconstituyentes en el código político.<sup>9</sup>

La asamblea constituyente, al ejercer poder constituyente originario, puede cambiar la Constitución, conformando un poder superior dentro del ordenamiento jurídico

---

6. Constitución Política del Paraguay, art. 291.

7. Jaime Urcullo Reyes, *Proceso Democrático, Situación Jurídica y Reforma Constitucional en Bolivia*, La Paz, Editora Urquizo, 1993, p. 102.

8. *Vid.* la sección relativa a la asamblea reformadora.

9. *Vid. infra*, las diferencias entre las asambleas constituyentes y las que son únicamente reformadoras, a pesar de la denominación que les determine el Código Fundamental, como sucede en los casos argentino y colombiano.

co, y, por tanto, podrá también reformarla, con la diferencia que no puede ser objeto de limitaciones formales –de procedimiento– o materiales explícitas –cláusulas pétreas–.<sup>10</sup>

## INICIATIVA PARA CONVOCAR

Al ser la asamblea constituyente un órgano no regulado por el Derecho positivo ¿quién puede convocarla? Este es un problema bastante serio, si se tiene en cuenta que ningún órgano del poder público puede ejercer atribuciones que la Constitución y las leyes no le han conferido, como es el caso de la facultad de convocatoria. De ese modo, en 1876, el entonces presidente de la República, Antonio Borrero Cortázar se niega la competencia de convocar una asamblea constituyente para reformar la Constitución de 1869, por no estar facultado para ello según la Constitución y las leyes.<sup>11</sup> Como se verá más adelante, en el Ecuador ha sido, generalmente, el Presidente de la República –o quien ejerciera el cargo a cualquier título: constitucional o de facto– o el Parlamento quienes han asumido la facultad de convocar a asamblea constituyente.

Como se ha señalado, la asamblea constituyente es un órgano que ejerce poder constituyente originario, y la convocatoria que hacen los poderes públicos para su conformación va dirigida a que los electores –el pueblo soberano– designen a sus representantes ante dicho órgano.

Pero ¿ello es correcto dentro de la juridicidad?, pues si bien, como se observó en un principio, la convocatoria que hacen los poderes públicos va encaminada a que el pueblo elija sus representantes, la decisión de quien ha ejercido la facultad de convocarla va dirigida a que se produzcan modificaciones constitucionales, vía reforma de la Constitución o cambio de la Carta Suprema, determinándose un poder preconstituyente ejercido de hecho.

En todo caso, la asamblea constituyente no es un órgano que deba estar previsto en la Constitución –no es, ni ejerce, un poder constituido– ni sus atribuciones emanan del Texto Fundamental, escapando del ámbito del Derecho positivo. Pero ello no

---

10. Hugo Ordóñez Espinoza, “17 apuntes para la reforma constitucional”, en *Revista Jurídica Ruptura*, No. 37, tomo II, Quito, PUCE, 1994, p. 64, se muestra partidario de la institucionalización de la asamblea constituyente en la Constitución del Ecuador, pero del mismo modo que en la Carta colombiana, por lo que este autor se refiere propiamente a una asamblea reformadora y no a una constituyente.

11. Cfr. Simón Espinosa, *Presidentes del Ecuador*, Quito, Editora Nacional, 1995, pp. 63-67. En realidad lo que se pretendía era cambiar la Constitución no reformarla por la vía constitucional del Congreso (art. 115 de la Constitución de 1869), como proponía Borrero, lo que le costó el cargo de Presidente de la República al ser derrocado por el general Veintemilla, quien llamó a una asamblea constituyente adicta en el año de 1878 la cual además de dictar la nueva Constitución, le eligió Presidente Constitucional.

responde a la interrogante relativa a la arrogación de la facultad preconstituyente por parte de quien la convoca.

Una respuesta al dilema de la iniciativa es que, quien tenga la facultad, convoque a consulta popular en el sentido de que sea el pueblo, el titular de la soberanía y del poder constituyente, el que decida si se convoca a una asamblea constituyente y a la posterior elección de representantes a la misma, lo cual puede realizarse en el mismo acto electoral.<sup>12</sup> Otra solución es que el propio texto constitucional determine la iniciativa para convocar la asamblea constituyente para ejercer el poder constituyente originario, la que puede tener el propio Congreso con un determinado *quórum*, tal como se ha establecido en las Constituciones de Paraguay, Costa Rica y Nicaragua.<sup>13</sup> En Venezuela, por su parte, la iniciativa para convocar la asamblea constituyente corresponde al Presidente de la República, al órgano legislativo por decisión de las dos terceras partes de sus integrantes, las dos terceras partes de los concejos municipales y al quince por ciento de electores.<sup>14</sup>

En la práctica, de modo general, la convocatoria a asamblea constituyente ha sido realizada por quien detenta el poder, y lo ha realizado de hecho, sin fundamentar dicha atribución en normas jurídicas.<sup>15</sup>

Ahora bien, el problema cambia cuando se trata de una asamblea reformadora –como la argentina o la colombiana, a pesar de su denominación–, como se verá a continuación. En estos casos, la iniciativa de convocatoria la tienen quienes la propia Constitución establece.

---

12. Por ello estimo positiva, en un sentido jurídico, la acción del presidente Fabián Alarcón de decidir la convocatoria de la Asamblea Nacional vía consulta popular en mayo de 1997.

13. En este tipo de asambleas, quien tiene iniciativa solo la tiene para la convocatoria, mas no para determinar la labor de tal asamblea, pues no se trata de un órgano constituido como lo son las asambleas reformadoras. Las diferencias entre ambas asambleas las trataremos en el parágrafo siguiente.

14. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, art. 348.

15. De este modo, a manera de ejemplo, en Bolivia el general Barrientos y el general Bánzer Suárez convocaron a asambleas constituyentes, el primero para aprobar la Constitución de 1967 y el segundo, en 1978, para que se la reforme o se la cambie. La diferencia radica en que Barrientos, a pesar de haber llegado al poder derrocando a Víctor Paz Estensoro, del cual era vicepresidente, se legitimó por elecciones generales; en cambio la elección a la que llama Hugo Bánzer fue anulada, presentando él su renuncia, produciéndose el golpe del general Juan Pereda Asbún, candidato oficialista que alegaba haber obtenido el triunfo en dichas elecciones que el mismo pidió anular a la Corte Nacional Electoral. Cfr. Urcullo R., *Proceso Democrático*, pp. 29-33.

## LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE EN EL ECUADOR

### ASAMBLEAS CONSTITUYENTES CON CARÁCTER FUNDACIONAL O PRIMIGENIO

Dos han sido las asambleas que han tenido este carácter en la historia constitucional ecuatoriana. La primera asamblea es en realidad un antecedente: la que se reunió en 1812 con el fin de fundar el Estado de Quito y que, además, dicta su Constitución, hecho que no tuvo efectos prácticos.<sup>16</sup>

El 14 de agosto de 1830 se reúne en Riobamba la Convención Constituyente, que funda el Estado del Ecuador y dicta la primera Constitución ecuatoriana.<sup>17</sup>

### ASAMBLEAS QUE EJERCIERON PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

Las demás asambleas respetan la fundación del Estado ecuatoriano realizada en 1830, limitándose a reestructurar jurídicamente al país.

Se debe tener presente que todas las constituciones ecuatorianas han sido elaboradas por medio de asambleas o convenciones constituyentes, salvo la Constitución de 1978-79 que fue dictada por el pueblo ecuatoriano mediante referéndum.

El poder constituyente originario implica, como ya se ha señalado, la facultad de elaborar una Constitución; es el límite de este poder, el cual se ejerce sin restricciones jurídicas positivas: ninguna norma de rigidez constitucional le afecta, ni se encuentra sometido materialmente a la Constitución que va a ser abrogada.<sup>18</sup> Las asambleas ecuatorianas, en este sentido, siempre obraron como supremas o ilimitadas positivamente, es decir, sin respetar los procedimientos legales y constitucionales previstos, abrogaban una Constitución y ponían en vigencia otra, a veces en un período muy corto de tiempo, como es el caso de la Constitución de 1851, abrogada por la de 1852 y la Carta Suprema de 1945, por la de 1946.

En la historia constitucional ecuatoriana no solo que no se han sometido al ordenamiento jurídico,<sup>19</sup> sino que, inclusive, se han declarado *soberanas*, de guisa tal que

---

16. Vid. Hernán Salgado Pesantes, "La Constitución Quiteña: un antecedente honroso", en *Revista Jurídica Ruptura*, No. 32, Quito, AED, 1988, pp. 21-29.

17. En realidad establece el Estado del Ecuador, con fines de confederación con Colombia (art. 2).

18. Vid. *supra*, los límites y limitaciones al ejercicio del poder constituyente.

19. Muchas de las asambleas fueron convocadas precisamente para evitar la rigidez de las constituciones que impedirían, en gran medida, que se reformara el texto fundamental mediante el procedimiento señalado por el mismo.

se han extralimitado. De esta manera, no solo han cambiado la Constitución precedente, abrogándola, sino que han intervenido contra los poderes constituidos,<sup>20</sup> eligiendo presidentes de la República y clausurando congresos. En ese sentido, baste recordar que la asamblea de 1830 elige a Juan José Flores; la de 1835 a Vicente Rocafuerte –pues, al amparo de la Constitución de 1830, no se habían tomado las medidas tendentes a hacer efectiva la elección presidencial, siendo Rocafuerte proclamado jefe Supremo por una junta popular, y éste, en su calidad de tal convoca a dicha asamblea–. En 1843 la convención elige, para un período de ocho años, a Juan José Flores –quien había sido elegido por segunda ocasión en 1839 por el Congreso, tal como se encontraba previsto en la Constitución de 1835–, el cual, de este modo, iniciaba su tercera presidencia. En 1845 la asamblea elige a Vicente Ramón Roca. La constituyente de 1851 nombra a Diego Noboa y la de 1852 al general José María Urbina, que había derrocado a Noboa, del cual era colaborador. Las asambleas de 1861 y 1869 eligen a Gabriel García Moreno. La convención de 1878 nombra al general Ignacio de Veintemilla, quien había derrocado a Borrero por no proceder a dicha convocatoria con la finalidad de abrogar la Carta de 1869. La asamblea constituyente reunida en 1883 –que elaboró la Carta de 1884– eligió a José María Plácido Caamaño; y la que se reunió entre el 19 de octubre de 1896 y el 14 de enero de 1897 designó al general Eloy Alfaro, lo cual se repite en la de 1906. La asamblea reunida del 9 de diciembre de 1928 al 26 de mayo de 1929 nombró a Isidro Ayora, primero como interino y luego como presidente constitucional. La constituyente de 1938 nombra a Aurelio Mosquera Narváez, quien posteriormente no promulgaría la Constitución por ésta elaborada.<sup>21</sup> En 1944 la asamblea elegía a José María Velasco Ibarra y dicta la

---

20. En estricto Derecho –no meramente positivo–, el poder constituyente originario no puede intervenir a los poderes constituidos pues estos se encuentran fuera de su área de competencia –la cual se debe ceñir a la elaboración de una Constitución–, y le hace perder su característica de ser un poder extraordinario, a diferencia de los poderes constituidos que son permanentes.

21. La no promulgación de este Código Político originó un problema: cuál es la Constitución que debía regir. El Congreso Nacional, en sesión de 1 de febrero de 1939, acordó reconocer la vigencia de la Constitución de 1906, por las siguientes razones: que el ejemplar auténtico de la Carta de 1938 depositada en el Archivo del Poder Legislativo no se encontraba autorizado con las firmas de los miembros de la Asamblea, sino que simplemente llevaba un certificado adjunto suscrito por los secretarios y dos empleados de esa Asamblea; que la redacción del proyecto de Constitución fue aprobado solo en parte por la Asamblea, y no su totalidad; que las actas de discusión no se encontraban aprobadas; que a partir del art. 121 la redacción se realizó con posterioridad al término de las sesiones de la Asamblea, por parte de una comisión que no había sido autorizada para el efecto; que algunas actas *in solennes* de discusión fueron manuscritas después de la redacción del texto constitucional; que ese texto constitucional no fue, ni podía ser, promulgado, por lo que no adquirió la condición de Constitución; que en la Jefatura Suprema de Federico Páez que se inició en 1935 se terminó la vigencia de la Constitución de 1929 y que se declaró vigente la de 1906; que la Asamblea Constituyente de 1937, al iniciar sus labores, declaró la vigencia de la Constitución de 1906; que, asimismo, el encargado del mando supremo, general Alberto Enríquez Gallo, declaró la vigencia de la misma Constitución; y, que ese orden jurídico no ha sido modificado por ninguna Constitución posterior. El texto de este acuerdo se puede encontrar en Carlos Alberto Arroyo del Río, *Por la Pendiente del Sacrificio*, Quito, Ediciones del Banco Central del Ecuador, 1999, pp. 421 y 422.

Constitución de 1945, el mismo que, a su vez, convoca a otra constituyente, la cual le designa para un nuevo período constitucional y elabora la Carta de 1946 –aunque históricamente se toma a todo este período como su segunda presidencia–. Por último, la asamblea constituyente de 1966, además de dictar la Constitución de 1967, eligió a Otto Arosemena Gómez como presidente interino.

A pesar de esta práctica, bastante repetida en el caso ecuatoriano, el poder constituyente no es un poder soberano –tesis que defienden varios autores–, pues este último es del pueblo de forma intransferible.<sup>22</sup> El poder soberano no admite superior; y si bien el poder constituyente es el que determina a los demás poderes mediante la Constitución, éste tiene un límite el cual consiste, insisto, en la elaboración de la Constitución y nada más allá de aquello. Diferente es el caso que el titular del poder constituyente sea, o deba ser, el soberano, lo cual no puede llevarnos a confundir el poder constituyente con el poder soberano.

En el Ecuador, en el transcurso de su historia constitucional, la convocatoria a este tipo de asambleas se ha identificado con etapas de convulsión política, con la finalidad de *retornar a la normalidad institucional*. De este modo, a manera de ejemplo, la convocatoria a la asamblea de 1845 se produce luego de la revolución marcista, que marca el fin del régimen floreal; en 1861, luego de la crisis interna y externa iniciada en 1859;<sup>23</sup> en 1879, luego del triunfo de la revolución liberal, la que se consolida en 1906; la de 1929, que da paso al constitucionalismo social, luego del período de inestabilidad política comenzada por la revolución juliana en 1925; la de 1945 procede del movimiento revolucionario de 1944, producto del desastre internacional de 1941 y del Gobierno de Carlos Arroyo del Río.

Asimismo, la convocatoria a este tipo de órganos también ha sido identificada en el Ecuador como un sinónimo del *retorno a la institucionalidad democrática* luego de un período de régimen de facto, tal como ocurrió, por ejemplo, en la asamblea de 1938 que elige a Mosquera Narváez luego de las jefaturas supremas de Federico Páez y del general Alberto Enríquez Gallo; y, en la constituyente de 1966 se posibilita la salida del poder por parte de los militares que gobernaban desde 1963.<sup>24</sup>

---

22. Sobre esta imposibilidad de transferencia de soberanía. Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional*, pp. 64-65, indica que “si el pueblo tiene un poder al que renuncia, la norma en la que se contiene esa renuncia no puede tener su fundamento en el poder del pueblo, porque esto significa que no ha habido tal renuncia”.

23. En esta crisis se ocurren cuatro gobiernos simultáneos y autónomos, la posterior ocupación peruana de territorios ecuatorianos y el bloqueo del puerto de Guayaquil, todo lo cual casi conlleva la desaparición del Ecuador, amenazado por una inminente *polonización*.

24. Sobre estos aspectos, véase el análisis que con mayor detenimiento hacen: Enrique Ayala Mora, “Política y sociedad en el Ecuador republicano 1830-1980”; y, Rodrigo Borja Cevallos, “Breves apuntes sobre el desarrollo constitucional del Ecuador 1830-1980”, ambos en *Política y Sociedad, Ecuador: 1830-1980*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1980, pp. 13-31 y 85-93, respectivamente.

Por otra parte, el poder de convocatoria siempre fue ejercido de hecho por quien detentaba el poder, el único que no se reconoció dicha facultad fue derrocado, y quien lo defenestró procedió a su ulterior llamamiento.<sup>25</sup> Por este motivo, muchas asambleas fueron adictas a un caudillo, y tanto su convocatoria como la posterior elaboración del texto constitucional respondían a los intereses del mismo. Los ejemplos más claros son los de Juan José Flores –1843–, Gabriel García Moreno –1869–, Eloy Alfaro –1906– y Velasco Ibarra –1946–. Por ello podemos afirmar que el mecanismo por el cual fue convocada la Asamblea Nacional en 1997 por parte del entonces presidente Alarcón fue el jurídicamente adecuado: el pueblo soberano hace dicha convocatoria en pronunciamiento directo emitido en consulta popular.<sup>26</sup>

Como consecuencia de lo dicho, muchas de las constituciones ecuatorianas elaboradas por estas asambleas o convenciones constituyentes no representaron mayor novedad, no significaron en estricto sentido un cambio de Carta Política, sino meras reformas a la anterior o una readaptación de alguna otra, como las de 1845 y 1852 respecto de la de 1835; las de 1878 y 1884 en relación a la de 1861; y, la misma Constitución vigente (1978-79) que, en su texto original, siguió los lineamientos de las Cartas de 1945 y 1967.<sup>27</sup> La causa principal de este hecho se debe a que se utilizó la vía del cambio constitucional para evitar la rigidez de la Carta Política al momento de proceder a su reforma.

## **ASAMBLEA CONSTITUYENTE Y ASAMBLEA REFORMADORA**

### **EL PROBLEMA EN EL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO**

Se establecerán las diferencias, si es que en realidad existen, entre la asamblea constituyente –con potestad para cambiar una Constitución, al elaborar y dictar una nueva– y la asamblea reformadora, para luego dilucidar la naturaleza jurídica de la Asamblea Nacional que se reunió desde el 20 de diciembre de 1997 al 5 de junio de 1998 y que reformó la Constitución de 1978-79.

---

25. El citado caso de Borrero derrocado por Veintemilla.

26. En virtud de la amplia atribución presidencial de convocar a consulta popular “cuando a su juicio, se trate de cuestiones de trascendental importancia para el Estado”. Cuarta codificación de la Constitución Política del Ecuador, art. 58, letra b.

27. Cfr. Hernán Salgado Pesantes, *Instituciones Políticas y Constitución del Ecuador*, Quito, ILDIS, 1987, pp. 134-149.

Quiroga Lavié recuerda que la asamblea constituyente “funciona cuando se funda un Estado o cuando se cambia totalmente de Constitución”, y que la convención constituyente –denominación que le asigna la Constitución argentina– “se reúne para reformar la Constitución siguiendo el procedimiento que ella establece”.<sup>28</sup>

La Constitución de Colombia prevé la asamblea constituyente como uno de los órganos encargados de reformar la Constitución, además del pueblo mediante referendo y del Congreso.

La convocatoria a asamblea constituyente, en Colombia, se realiza “mediante ley aprobada por mayoría de los miembros de una u otra cámara”, de ese modo el Congreso puede disponer que el pueblo, en votación popular, decida si convoca a la asamblea constituyente con la competencia, el período y la composición que establezca la mencionada ley. La convocatoria a asamblea constituyente se realiza si el pueblo lo aprueba con una tercera parte de integrantes del censo electoral –no de los votos, pues el sufragio en Colombia no es obligatorio–.<sup>29</sup>

En Argentina la convocatoria a Convención Constituyente la realiza exclusivamente el Poder Legislativo, aprobándose la “necesidad de reforma” por los dos tercios de los miembros del Congreso.<sup>30</sup>

En Guatemala, la Constitución prevé la convocatoria a Asamblea Nacional Constituyente para reformar los capítulos relativos a los derechos individuales y el que trata de la reforma de la Constitución. Para ello es necesario que, previamente, el Congreso de la República convoque a dicho órgano especial por las dos terceras partes de sus miembros, el que señalará, asimismo, los artículos que deben revisarse por la Asamblea Nacional Constituyente. En definitiva es el Congreso quien convoca al órgano especial y establece los artículos que tiene que tratar dicho ente encargado de tramitar la reforma proyectada.<sup>31</sup>

La Constitución Política del Paraguay establece la necesidad de que se convoque a una Convención Nacional Constituyente para que realice el procedimiento de reforma de la Constitución, que en el sistema paraguayo equivale a su cambio, y también para la enmienda de las disposiciones constitucionales que afecten al modo de elección, duración del mandato y a las atribuciones de los poderes del Estado, o a las disposiciones relativas al título II, de los derechos, deberes y garantías, en lo que hace relación a la vida y el ambiente, la libertad, la igualdad y los derechos de familia. La solicitud de reforma –o enmienda de las materias señaladas– puede ser realizada

---

28. Humberto Quiroga Lavié, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978, p. 57.

29. Constitución de Colombia, art. 376, incs. 1 y 2.

30. Constitución Política de Argentina, art. 30.

31. Constitución Política de Guatemala, art. 278.

por el veinticinco por ciento de los legisladores de cualquiera de las cámaras, por el Presidente de la República o treinta mil electores. Para ello la necesidad de reforma debe ser aprobada por la mayoría de dos tercios de los miembros de cada Cámara; decidida esta necesidad se llama a elecciones para conformar la mencionada Convención.<sup>32</sup>

Del mismo modo, para tramitar la “reforma general” y “reforma total” de la Constitución –que equivalen a su cambio–, las Cartas Fundamentales de Costa Rica y Nicaragua, respectivamente, prevén la convocatoria a las que cada una denomina como “Asamblea Constituyente” y “Asamblea Nacional Constituyente”.<sup>33</sup> Del mismo modo, en Venezuela se debe convocar a la llamada Asamblea Nacional Constituyente si se pretende la redacción de un nuevo Código Político, mas la reforma se deja en manos del órgano legislativo.<sup>34</sup>

Estos siete casos reseñados: ¿son realmente asambleas o convenciones constituyentes o tienen otro carácter?

Según John Alexander Jameson, éstas vienen a ser convenciones constitucionales que difieren de las constituyentes ordinarias “no simplemente porque tenga como objeto la elaboración [sic] o enmienda de constituciones, sino además por estar limitada por la ley fundamental más interior que exteriormente, como dependiente y subordinada y no hostil y suprema respecto de ella”.<sup>35</sup>

Linares Quintana, siguiendo a Sánchez Viamonte, señala que estas asambleas, –como la argentina y la colombiana, entre otras– son constituyentes desde que pueden enmendar una Constitución, pero que son constitucionales desde que son establecidas por la Constitución, lo que sería contradictorio. Por ello, para este tipo de órgano representante del pueblo que ejercita un poder constituido –ya que las establecen las mismas Constituciones– son más bien convenciones o asambleas reformadoras, criterio con el que coincide Bidart Campos.<sup>36</sup>

Este tipo de órgano se trata de una asamblea o convención con “poderes determinados y limitados, en cuanto solamente puede considerar la revisión de aquellos puntos de la Constitución cuya reforma fue declarada necesaria por el Congreso” y la convención no puede declarar por sí misma la necesidad de efectuar otras reformas.<sup>37</sup>

---

32. Constitución del Paraguay, arts. 289 y 290 inc. final.

33. Constitución Política de Costa Rica, art. 196; y, Constitución de Nicaragua, art. 193.

34. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, arts. 347 y 342.

35. Citado por Segundo Linares Quintana, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, III, Buenos Aires, Plus Ultra, 1978, 2a. ed., p. 288.

36. Linares, *Tratado de Derecho Constitucional*, III, p. 288. Del mismo modo, Bidart Campos, *Derecho Político*, Buenos Aires, Aguilar Argentina, 1972, 4a. ed., p. 526.

37. Linares, *Tratado de Derecho Constitucional*, III, p. 289.

Ello está claramente determinado en los ordenamientos constitucionales, de la Argentina, Colombia y Guatemala, en los cuales son los cuerpos legislativos los que determinan dicha necesidad de reforma que debe ser tramitada por las asambleas o convenciones respectivas.

A diferencia de la asamblea constituyente, la asamblea reformadora –cualquiera sea la denominación que se le dé en la respectiva Constitución– está sujeta a las limitaciones que emanan de la Constitución vigente, por lo que ejercen poder constituyente derivado,<sup>38</sup> “solo dispone de una competencia y es acotada por la declaración de necesidad de reforma del Congreso. El Congreso es titular del poder ‘preconstituyente’ y condiciona a la Convención”, por lo cual este tipo de asambleas reformadoras no son originarias.<sup>39</sup>

Pero, dentro del marco de las limitaciones formales y explícitas que emanan de la propia Carta Fundamental, ¿puede una convención convocada y elegida para reformar la Constitución cambiarla totalmente?

Para Ramella, este tipo de convención, aunque se reúna “para reformar solo unos artículos de la Constitución [...] tiene que someterse a los puntos establecidos, pero no por ello deja de ser poder constituyente originario, pues dentro de los términos de la convocatoria, la convención constituyente es suprema”.<sup>40</sup> Cabe recordar que Ramella, como Quiroga Lavié, no distingue el poder constituyente originario del derivado, para este autor ambos son supremos.<sup>41</sup>

Considero que si la convención constituyente está prevista por la Constitución, y si ésta le otorga las atribuciones que puede ejercer –como es el caso de las asambleas argentina, colombiana y guatemalteca–, ese es su límite –no limitación–: reformar la Constitución, y por tanto no tiene aptitudes para cambiarla totalmente.

En los casos paraguayo, costarricense y nicaragüense, en cambio, las asambleas al tratar el procedimiento de reforma constitucional, reforma general o reforma total, respectivamente, lo que equivale al cambio de Constitución, se tratan de asambleas

---

38. Linares, *Tratado de Derecho Constitucional*, III, p. 293.

39. Pedro J. Frías, “La eventual reforma de la Constitución argentina”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, No. 2-3, tomo II, Santiago, Pontificia Universidad Católica, 1993, p. 529. La Convención Constituyente argentina sería autónoma y no soberana, pues “puede no suprimir las normas que el Congreso enumera para suprimir [...]. Puede no ocuparse de temas que el Congreso ‘habilita para agregar’. Puede no ‘modificar’ los artículos mencionados por el Congreso. Además, si lo hace, no está condicionada por las intenciones prevaletentes en el debate”. Por ello la convención argentina no puede salirse de la declaratoria de la necesidad de reforma realizada por el Congreso de acuerdo al art. 30 de la Constitución, pues no es soberana, debe actuar, autónomamente, dentro de este marco. Debemos observar, sin embargo, que la Convención Constituyente argentina sobrepasó la necesidad de reforma declarada por el Congreso en las enmiendas realizadas en 1994.

40. Pablo A. Ramella, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1982, 2a. ed., p. 17.

41. *Vid. supra*, el acápite “Asambleas constituyentes con carácter fundacional o primigenio”.

constituyentes propiamente tales. Su competencia no la determina la Constitución, solo establece la forma cómo puede ser convocado este órgano, como norma preconstituyente, por lo que estas asambleas no someten su actuación a aquélla.

En el caso paraguayo hay que tener en cuenta que al tratarse del procedimiento de enmienda sobre determinadas materias señaladas por la Constitución, como de competencia de la Convención, ésta solo ejerce la labor de una asamblea reformadora, pues no puede salirse de las materias indicadas por el Congreso como de “necesidad de reforma”. Pero cuando se trata del trámite de la “reforma” –cambio de Constitución–, la Convención no está limitada materialmente por la Carta Suprema, puede cambiarla, ejerciendo el poder supremo, esto es: sin limitaciones positivas. En este caso la Convención puede, una vez declarada la necesidad de reforma por parte del Congreso, efectivamente cambiarla, o bien solo reformarla, o bien no realizarla, pues no se encuentra vinculada a la “necesidad de reforma”, en el sentido de estar obligada a realizarla.

En resumen, las asambleas paraguaya, costarricense, nicaragüense y venezolana, en su labor de reforma o cambio de Constitución, si la realizan, lo hacen, en un sentido material, independientemente de la Constitución, y, por otra parte, no se encuentran obligadas a realizar la reforma o cambio constitucional calificada de necesarias por el órgano que las convoca. En cambio, las asambleas reformadoras –como la colombiana, argentina, guatemalteca y paraguaya en los casos de enmienda que son de su competencia exclusiva–, si bien no se encuentran obligadas a realizar la reforma proyectada, en caso de realizarla deben someterse a dicha declaratoria, no pudiendo ir más allá de aquella, ni tampoco les es posible desconocer la Constitución que modifican.

En el caso argentino y colombiano se presenta un problema, si quien determina lo que ha de reformarse es el Congreso respectivo, ¿puede éste declarar la necesidad de una reforma total?<sup>42</sup> Sánchez Viamonte sostiene que sí, pues la redacción del art. 30 de la Constitución argentina no lo impide,<sup>43</sup> lo mismo que el art. 376, inciso primero, del Código Político colombiano. No estoy de acuerdo con esta posición, pues el Congreso, como poder constituido, no puede sobrepasar la Constitución sino que debe respetarla.

Ahora bien, y es algo que ocurrió en el caso colombiano en 1991, ¿qué hacer si la asamblea se declara a sí misma “constituyente” y no simplemente reformadora? La

---

42. Este problema no se presenta en la Constitución de Guatemala, pues el texto constitucional determina las materias que pueden ser tratadas por la Asamblea Nacional Constituyente, lo mismo que en la Carta Política paraguaya cuando se refiere a la enmienda de determinadas materias como competencia de la Convención Nacional Constituyente.

43. Carlos Sánchez Viamonte, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Kapelusz, 1952, 4a. ed., p. 348.

labor de la constituyente colombiana era la de reformar la Constitución de 1886, pero lo que realizó en su lugar fue el cambio de carta fundamental. Ello nos deriva al problema del control de la actividad del constituyente.<sup>44</sup>

El problema se presenta con las asambleas constituyentes, ¿quién determina sus atribuciones? En todo caso estas asambleas son originarias y no se someten a limitaciones positivas, pues para ella nada existe con anterioridad. Cuando ejercen su labor de cambio de Constitución pueden en efecto cambiarla; y determinar sus atribuciones, menoscándolas, las convierten en meras asambleas reformadoras.

### **LA ASAMBLEA NACIONAL DE 1997-98: ¿CONSTITUYENTE O REFORMADORA?**

Cuando el entonces presidente Fabián Alarcón realizó la convocatoria a la consulta popular de mayo de 1997, proponiendo el llamado a una asamblea nacional con el exclusivo propósito de *reformar* la Carta Política del Estado, lo hizo con la clara intención de evitar que, mediante el emplazamiento de una constituyente, la asamblea se declarara “soberana”, es decir, que se extralimitara en sus funciones de elaboración constitucional e interviniera, por lo tanto, a los poderes constituidos.

Si bien todo indica que esa fue la intención del Gobierno, lo único jurídicamente indudable es que se convocó a una asamblea reformadora –con el exclusivo propósito de reformar la Carta Política– y no una asamblea constituyente.

Es claro que la asamblea constituyente tiene plenos poderes positivos para elaborar una Constitución, siendo éste su límite, aunque ilimitada positivamente dentro de estas actuaciones, no jurídicamente, pues debe respetar la juridicidad; en tanto que la asamblea reformadora solo puede, valga la redundancia, reformar la Carta Política.<sup>45</sup>

Ahora bien, la diferencia entre cambio y reforma de la Constitución no es meramente cuantitativo –como el simple hecho de denominar una carta fundamental como “Constitución de 1978”– pues ello sería sostener un concepto eminentemente numérico, lo cual daría ninguna característica de fondo que diferenciara estos dos poderes.

Como se ha señalado, la diferencia sustancial entre cambio y reforma de la Constitución se encuentra en el contenido esencial de la Carta Política,<sup>46</sup> es decir, las que

---

44. Este es un tema que si bien ya se revisó, será objeto de estudio específico respecto de la actividad de las asambleas al final de este título.

45. Cabe señalar que la asamblea constituyente puede también realizar el simple papel de reformar una Constitución, pues si puede lo más también tiene la posibilidad de ejercer un poder menor.

46. Se pueden reformar todos y cada uno de los artículos de una Constitución sin significar su cambio; y, por otra parte, un cambio de la carta fundamental puede operar reformando un artículo del Código Político.

contienen las bases de la institucionalidad del Estado.<sup>47</sup> Estos principios positivizados en la Carta Política deben ser respetados por el constituyente derivado al momento de realizar su labor de reforma constitucional, por lo que toda la Constitución debe encontrarse en conformidad a ellos.

En verdad no existe un acuerdo entre los autores respecto de lo dicho, en especial en lo que respecta a las diferencias doctrinarias entre el cambio y reforma de la Constitución. En todo caso, se señala que una simple reforma constitucional no puede alterar la forma del Estado –de unitario a federal y viceversa– o a la forma de gobierno –de republicana a monárquica–.<sup>48</sup>

Volviendo al tema específico, la asamblea constituyente no tiene limitaciones legales (es ilimitada positivamente), por lo que no le afectan las condiciones de rigidez constitucional previstas para la reforma.<sup>49</sup> Por otra parte, como se expresó anteriormente, no se encuentra sometida materialmente a la Constitución que abrogará.

La asamblea reformadora, en cambio, está sometida formal y materialmente a la Constitución: formalmente siguiendo el procedimiento que indica la Carta Suprema y materialmente respetando sus principios básicos.

De este modo, la Asamblea Nacional debió ceñir su actuación a la Constitución vigente. Así, en la decimoséptima disposición transitoria incorporada a la cuarta codificación constitucional de 1997, se señaló el período y lugares donde debía sesionar esta Asamblea, además de su conformación. De la misma manera, la Carta Política señaló un hecho que en doctrina constitucional es incontrovertible: ninguna autoridad puede suspender las labores de esta Asamblea y, asimismo, ésta no puede intervenir contra los poderes constituidos. La Constitución también le señaló la formalidad que debe seguir para llevar a cabo su labor de reforma constitucional al otorgarle a la misma Asamblea la facultad de dictarse sus normas de carácter orgánico y de procedimiento –las que deben aprobarse por mayoría absoluta–, dejándole en libertad de determinar el *quórum* de aprobación de las reformas. Del mismo modo la Constitución señaló que no era necesario que la Asamblea someta al Presidente de la República, para su sanción u objeción, las reformas por ella aprobadas, por lo que se promulgarán en el Registro Oficial sin este requisito, aunque no indicó si la publica-

---

47. Estas bases de la institucionalidad se encuentran en el título preliminar de la Constitución ecuatoriana: estado democrático, unitario, republicano y presidencialista, el reconocimiento de la soberanía popular, la finalidad instrumental del Estado de promover el bien común, entre los más importantes.

48. En el caso ecuatoriano estas situaciones se encuentran positivizadas en el art. 1 de la Carta Política: el Ecuador es un Estado unitario y su gobierno es republicano y presidencialista. Alterar estos preceptos equivaldría a cambiar la Constitución.

49. Como quedó dicho, esta fue la causa principal para convocar a convenciones constituyentes en el Ecuador durante el siglo pasado: evitar la rigidez constitucional al seguir el procedimiento de reforma previsto en las diversas cartas fundamentales.

ción se haría en bloque –una vez aprobadas todas las reformas– o si se las publican a medida que vayan siendo aprobadas, lo cual dejó abierta de manera válida las dos posibilidades, inclinándose la Asamblea por la primera forma.

Se debe dejar en claro, además, que ninguna asamblea, ni constituyente ni reformadora, como tampoco ningún poder constituido, pueden alterar principios básicos del constitucionalismo como son: soberanía popular, separación de poderes, eliminación de la declaración de derechos o de la dignidad de persona humana a determinados grupos o individuos. En caso contrario la Carta Política se tornaría antijurídica –lo jurídico no es lo que arbitrariamente determine el legislador o el constituyente, sino lo apegado a Derecho en sentido amplio– y regirá por la fuerza de los hechos y no por la fuerza del Derecho.

Un problema que se presentó respecto a esta Asamblea, como con toda conveniencia que ejerza poder constituyente –en especial si se trata de una asamblea constituyente como tal– es el del control.

Respecto de la Asamblea Nacional ecuatoriana, antes de reunirse algunos nos preguntábamos ¿qué sucedería si se declarara constituyente,<sup>50</sup> e incluso soberana, o bien si violara los principios antes expresados? El Tribunal Constitucional no tenía, ni tiene, atribuciones para conocer reformas constitucionales –aunque en algunas resoluciones se haya declarado competente, interpretando la atribución constitucional de manera extensiva–.<sup>51</sup> El Presidente de la República no estaba facultado para sancionar ni objetar sus actuaciones, y los demás poderes constituidos –el Legislativo y el Judicial, específicamente– no podían intervenir en contra de ella, ni aun en el ejercicio de sus facultades de control.

Pues bien, el caso se presentó, la Asamblea Nacional se autoproclamó *constituyente*, pero en concreto no solo que no se definió como *soberana*, como era la “tradición” ecuatoriana, sino que únicamente se remitió a reformar la Constitución. Esta situación queda clara no solo de lo que se desprende del texto de la disposición final del Texto Constitucional<sup>52</sup> por ésta codificado, sino del mismo contenido material de la Constitución, en el que no varían los principios básicos de la institucionalidad del Estado ecuatoriano.<sup>53</sup>

---

50. Presentándose un caso similar al ocurrido en Colombia, en que la Asamblea Constituyente prevista por la Constitución –que en verdad ejerce poder constituyente derivado, tal como quedó establecido anteriormente– se declaró propiamente constituyente –como ejercicio del poder constituyente originario– y procedió a elaborar una nueva Constitución en 1991.

51. Entre otras, las resoluciones 065-1-97, 071-1-97 y 097-1-97.

52. En esta disposición transitoria se señala que el texto es una mera codificación “que contiene reformas y textos no reformados de la actual”.

53. Mucho se discutió, y se discute aún, la cuestión de la plurinacionalidad, que, en mi opinión, pudo implicar un

Un hecho irregular que se presentó fue la anómala auto extensión de su mandato en ocho días, situación antijurídica desde que este período estaba definido en la Constitución a la que se debía someter, lo cual provocó la pugna política sobre si las reformas aprobadas en dicho período de extensión serían o no publicadas, con lo que volvemos al problema del control: el Presidente de la República no podía negarse a publicar un texto normativo sobre el que no tenía la facultad de objetarlo, incluso por un acto violatorio a la Carta Política: la Asamblea Nacional no era controlable.<sup>54</sup>

Otro asunto irregular fue la declaratoria de inconstitucionalidad del núm. 9 del art. 130 de la codificación constitucional de 1998, aprobada por la Asamblea, relativa al juicio político, decidida por el Tribunal Constitucional, órgano que, insisto, no estaba ni está facultado para pronunciarse sobre reformas constitucionales.<sup>55</sup>

---

cambio de Constitución dependiendo de que si su contenido atentaba o no contra el carácter unitario del Estado ecuatoriano.

54. Aquí se quiebra el Estado de Derecho al faltar uno de sus principios fundamentales: la Asamblea se debía someter a la juridicidad, pero no existía un órgano que ejerciera el control de sus actuaciones.

55. Tribunal Constitucional. Resolución No. 024-99-TP, adoptada en el caso No. 867-98-TC, con el voto salvado del magistrado Marco Morales Tobar. Al respecto, *vid. infra*, el tomo II de este Curso, pp. 192-193.