

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

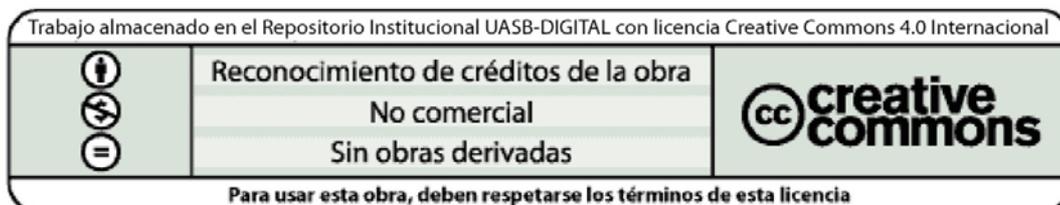
Maestría en Derecho Constitucional

**Poder constituyente derivado y control constitucional en Ecuador.
Análisis normativo y jurisprudencial**

Ismael Esteban Quintana Garzón

Tutor: Rafael Oyarte Martínez

Quito, 2019



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Ismael Esteban QUINTANA GARZÓN, autor del trabajo intitulado: “*Poder constituyente derivado y control constitucional en Ecuador. Análisis normativo y jurisprudencial*”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, a 9 de julio de 2019.

ISMAEL QUINTANA

Resumen

1. Este trabajo aborda lo relativo a las limitaciones al poder constituyente y el problema de su control, con énfasis en el caso del poder de reforma constitucional respecto del sistema ecuatoriano.

2. El sistema de modificación constitucional de 2008 contiene omisiones, confusiones y errores de tipo técnico, tanto constituyentes como legislativas, sobre los cuales la academia debe proponer soluciones, lo que se torna relevante también en virtud de los procedimientos de enmienda emprendidos en 2011, 2014 y 2018. Por ello, partiendo de un breve estudio doctrinario y normativo de la relación existente entre el poder constituyente y la institución de la reforma constitucional, así como de las limitaciones su ejercicio, se identificará cuáles de ellas se aplican en el sistema ecuatoriano a fin de proponer, a través de un adecuado análisis, parámetros de solución a los problemas jurídicos detectados en las normas y la jurisprudencia cuando de controlar el sobrepasado ejercicio de ese poder se trata.

3. Como métodos de investigación general se utilizan el dogmático formal y la técnica documental.

4. El trabajo, por un lado, considera esencial la relación entre poder constituyente y reforma constitucional, así como ve en la rigidez de la Norma Fundamental una herramienta útil no solo para limitar de forma válida al poder derivado, sino para armonizar la tensión presente entre democracia y constitucionalismo desde las ideas del precompromiso; pero, de otro lado, mantiene una postura crítica respecto a la concepción del legislador de estimar viable la restricción de derechos a través del cambio de Constitución, así como frente a la omisión en que incurrió el constituyente al no regular los trámites para efectuar la enmienda o la reforma parcial y, asimismo, respecto a la confusión constituyente entre reforma y cambio constitucional, pues en Ecuador, mediante reforma parcial, es procedente alterar los elementos constitutivos del Estado y la estructura fundamental de la Constitución, asuntos que, más bien, deben ser materia del cambio constitucional, a lo que se agrega una postura crítica sobre el limitado control posterior que ejerce la Corte Constitucional.

Tabla de contenidos

Introducción	9
---------------------------	---

Capítulo primero Poder constituyente y reforma constitucional

1. El poder constituyente frente a la reforma y cambio constitucional: tensión entre el poder originario y el derivado	13
2. Rigidez y flexibilidad en la reforma constitucional	19
3. Cambio y reforma constitucional: distinciones.....	22
4. Control al poder de reforma constitucional	27

Capítulo segundo Limitaciones al ejercicio del poder constituyente originario y derivado

1. ¿Qué implican las limitaciones al poder constituyente?.....	33
2. Limitaciones al poder constituyente originario	35
2.1. Ilimitación positiva del poder constituyente originario.....	35
2.2. Las normas preconstituyentes ecuatorianas no son limitaciones positivas al poder constituyente originario	37
2.3. Limitaciones implícitas	41
2.3.1. Limitaciones desde el constitucionalismo	42
2.3.2. Limitaciones derivadas de principios, valores y del Derecho Natural	45
2.3.3. Limitaciones heterónomas	45
2.3.4. Otras limitaciones de este tipo	48
2.4. El poder constituyente originario no puede ejercer poder constituido ..	48
3. Limitaciones al poder constituyente derivado	49
3.1. Limitaciones formales	50
3.1.1. Limitaciones procedimentales propiamente dichas	51
3.1.2. Limitaciones de orden participativo	57
3.2. Limitaciones materiales	58
3.2.1. Limitaciones implícitas	59
3.2.2. Limitaciones explícitas	59

Capítulo tercero Control al poder de reforma constitucional en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

1. Fórmulas para controlar al poder de reforma constitucional en Ecuador	65
1.1. Control político y judicial hasta 1998	65
1.2. Control judicial a través de Magistratura como único mecanismo desde 2008 y la eliminación del control político	67
2. El control constitucional al poder de reforma en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional	70
2.1. El control de calificación de vía	70
2.2. El control previo de la convocatoria a consulta popular	75
2.2.1. El cumplimiento de las reglas procesales para la realización de la convocatoria	76

2.2.2. La competencia para ejercer el poder de reforma a la Constitución	78
2.2.3. La garantía plena de la libertad del elector y el cumplimiento de las cargas de claridad y lealtad	80
2.3. El control posterior a los cambios constitucionales	82
3. Problemas legislativos y jurisprudenciales sobre el control al poder de reforma constitucional en Ecuador	86
3.1. La superación de las cláusulas de intangibilidad y de las limitaciones implícitas por autorización de un órgano constituido: los casos de la reforma parcial y de la asamblea constituyente	86
3.1.1. La estructura fundamental de la Constitución	87
3.1.2. Los elementos constitutivos del Estado	88
3.1.3. La restricción de derechos fundamentales	89
3.1.4. La alteración de los procedimientos de modificación constitucional	90
3.2. Ausencia de distinción entre el control al procedimiento de enmienda constitucional y el de reforma parcial	90
3.2.1. El procedimiento de enmienda constitucional a través de referéndum directo	91
3.2.2. El procedimiento de enmienda constitucional por vía parlamentaria	93
3.2.3. El procedimiento de reforma parcial	98
3.3. La posible ausencia de control material previo y la posibilidad de alteración al texto presentado originalmente o de aprobación de modificaciones inconstitucionales	104
3.4. La falta del dictamen previo expreso y la convocatoria a referéndum de forma directa	107
3.5. Problemas en el control posterior a los cambios constitucionales	109
3.5.1. El tipo de control que se ejerce y la caducidad de la acción de inconstitucionalidad	110
3.5.2. El tipo de vicios formales a alegarse y la oportunidad de su impugnación	111
3.5.3. El efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad de la reforma	113
3.5.4. El problema del control posterior de la labor de la asamblea constituyente	115
Conclusiones.....	119
Bibliografía.....	121
Jurisprudencia	
Normatividad	

Introducción

Este trabajo busca analizar, de forma breve, el problema que se produce en Ecuador con el sistema de control de la reforma constitucional, predicamento que, como se verá, aparece no solo por las confusiones y el deficiente tratamiento que se da a esta temática en el orden constitucional y legal, sino a la escasa y farragosa jurisprudencia de la Corte Constitucional. Naturalmente, para abordar la problemática, es necesario estudiar de modo previo la relación que se presenta entre los institutos del poder constituyente (con énfasis en el derivado), la reforma constitucional, el establecimiento de limitaciones a su labor y, finalmente, la necesidad de que exista un órgano que controle los excesos en los que el poder de revisión puede incurrir a la hora de realizar su tarea.

El poder de reforma constitucional, que en Ecuador ejerce su tarea a través de la enmienda o de la reforma parcial, se sujeta, entre otras, a varias limitaciones explícitas de orden material (denominadas también *cláusulas de intangibilidad*), las que no deberían verse superadas cuando ese poder es ejercido, ocurriendo que tanto la Constitución como la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional permiten que, vía reforma parcial, se alteren, por ejemplo, los elementos constitutivos del Estado o la estructura fundamental de la Constitución, aspectos que, según la doctrina y el derecho comparado, como se verá, serían más bien objeto del cambio de texto constitucional. A ello se debe agregar el hecho de que jurisprudencialmente no se ha desarrollado el contenido de la limitación consistente en la prohibición de alterar la estructura fundamental de la Constitución, a la que se la ha asociado con la estructura del Estado.

Como existe el riesgo de superar esas limitaciones al momento de ejercer la tarea reformadora por parte del poder constituyente derivado, se establece un mecanismo de control, que queda en manos de la Corte Constitucional. Ese control, como se verá, debe ser ejercido de forma previa, calificando la vía o procedimiento a seguir; y, en el evento que se requiera de consulta popular, pronunciándose sobre la conformidad constitucional del proyecto antes de su convocatoria, ocurriendo que se crea también un control posterior, mediando demanda de inconstitucionalidad.

El deficiente esquema diseñado por el legislador, así como la escasa y poco clara jurisprudencia de la Corte Constitucional, provocan predicamentos como la superación de las cláusulas de intangibilidad y de las limitaciones implícitas por autorización de un

órgano constituido; la falta de distinción entre el control al procedimiento de enmienda constitucional y de reforma parcial; la ausencia de control material previo y la posibilidad de alteración al texto presentado originalmente o de aprobación de modificaciones inconstitucionales en el caso de la enmienda por vía parlamentaria y de la reforma parcial, así como la limitación del control posterior a aspectos puramente procedimentales o de forma.

De este modo, en el primer capítulo se revisa brevemente la relación que existe entre el poder constituyente con el instituto de la reforma constitucional, donde, partiendo de las distinciones y funciones que tienen el poder originario y derivado, se hará referencia a la rigidez como herramienta no solo para asegurar la conformidad formal y material de las modificaciones al Código Político, sino para aliviar la tensión que surge entre democracia y constitucionalismo¹ a fin de arribar al planteamiento del problema que implica establecer un sistema de control para el caso que el poder de reforma se ejerza superando sus limitaciones.

En el segundo capítulo se abordará todo lo relacionado con las limitaciones que someten al poder constituyente, aclarando que, en el caso del originario, dada su ilimitación positiva, solamente se sujeta a aquellas de orden implícito, mientras que el

¹ Aclaro que, aunque esa afirmación podría resultar discutible desde que, en doctrina, la rigidez constitucional es vista, más bien, como una muestra clara de la presencia de un constitucionalismo fuerte que impone límites a la democracia, como ocurre, a modo de ejemplo, con las ideas de Jeremy Waldron, *Derecho y Desacuerdos*, (Barcelona: Marcial Pons, 2004), existen tendencias que, al contrario, evidencian la posibilidad de que la rigidez constitucional sirva para complementar los institutos de la democracia y el constitucionalismo, que aparecen, en apariencia, contrapuestos. Así, por ejemplo, bien pueden revisarse los aportes de Jon Elster, *Ulises Desatado. Estudios sobre Racionalidad, Precompromiso y Restricciones*, (Barcelona: Gedisa, 2002), donde señala que las constituciones son medios de precompromiso asumidos por el pueblo de forma intencional para evitar futuras decisiones irracionales que puedan adoptarse por las generaciones venideras y que pudieran alejarse de la protección de los fines reales que persigue la comunidad política. Si esos acuerdos previos (verdaderas limitaciones, diríamos ahora) no se cumplen, tiene vital importancia el rol que juegan los jueces (constitucionales, en este evento) para asegurar su cumplimiento, señalamiento que, a mi juicio, lejos de pretender oponer la noción de constitucionalismo (que justifica la intervención de un órgano de control al poder de reforma constitucional) a la de democracia (que sostiene la idea de que las decisiones finales deben quedar en manos del ente que representa a las mayorías), las complementa. Es decir, la idea de la rigidez constitucional, vista como el vehículo para garantizar aquellos *precompromisos* asumidos de forma voluntaria en un momento dado por el soberano, alivia la señalada tensión. Otros autores, como Rubén Martínez Dalmau, “Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional”, en *Desafíos Constitucionales. La Constitución Ecuatoriana del 2008 en Perspectiva*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Tribunal Constitucional, 2008), 287, sugieren, incluso, abandonar la idea de la rigidez constitucional en su “sentido clásico”, que hace referencia “a los complejos procedimientos para la reforma constitucional”, aplicable, según Martínez, al caso del poder constituyente derivado, para pasar a analizar la idea de una “rigidez material”, donde “los artículos de la Constitución no pueden ser modificados sin la aprobación del poder constituyente” originario, es decir, “del pueblo soberano”, erradicando, sostiene el autor, “los sucesivos intentos de encerrar al poder constituyente”. Es ahí donde el autor citado encuentra un punto de convergencia entre democracia y constitucionalismo.

derivado, al estar creado en el texto constitucional, sí se subordina a limitaciones formales y materiales, tanto implícitas como explícitas, donde se hará especial énfasis a las denominadas cláusulas de intangibilidad.

Finalmente, en el capítulo tercero se estudiará con mayor detenimiento el problema que se genera en Ecuador respecto al control al poder de reforma constitucional, desentrañando los predicamentos que se producen desde las normas y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y proponiendo las respectivas soluciones a cada caso.

Capítulo primero

Poder constituyente y reforma constitucional

1. El poder constituyente frente a la reforma y cambio constitucional: tensión entre el poder originario y el derivado

Aunque la configuración teórica del instituto del poder constituyente nace solamente poco antes de ocurrida la Revolución Francesa de 1789, siendo aquello atribuible al trabajo que elaboró Emmanuel Sieyès en su conocido ensayo, en el cual concebía al poder constituyente como la “fuerza política que crea la constitución de un Estado en una instancia racional, voluntaria y deliberativa”², se pueden encontrar, en la práctica, ciertos antecedentes también en el proceso independentista norteamericano que empieza el 4 de julio de 1776 y que encontraría su más elevado punto el 17 de septiembre de 1787 cuando en la Convención de Filadelfia, los Estados reunidos y confederados deciden abandonar la idea de revisar los denominados “Artículos de la Confederación” para “reorganizar de modo total la existencia política norteamericana”, suscribiendo un texto constitucional que, más tarde, llegaría a ser sometido a consideración popular y finalmente aprobado.³

De este modo, los aportes doctrinarios que se podrían estimar trascendentes en la época del nacimiento del Estado norteamericano son los que elaborarían Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, y que luego serían recogidos en el célebre texto de “El Federalista”. Precisamente, en los defensores de la Constitución federal de 1787, se podría encontrar arraigada fuertemente la idea de un poder constituyente sostenido en la soberanía popular que, delegando el ejercicio del gobierno a sus representantes, encuentra democrático el sistema republicano desde que permitía la toma de decisiones en base a la regla de la mayoría, aunque más tarde, como es conocido, se incorpora a la Constitución el catálogo de derechos con ocasión de su primera enmienda en 1791 como medios de defensa de las minorías de ese entonces frente a la mayoría.

Así, por ejemplo, para Alexander Hamilton, la soberanía popular como base de un poder constituyente existe desde que “parece haberle sido reservado a este pueblo el decidir, con su conducta y su ejemplo, la importante cuestión relativa a si las sociedades

² Emmanuel Sieyès, *¿Qué es el Tercer Estado?* (Madrid: Aguilar, 1973), 123.

³ Manuel García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, 2ª Ed., (Madrid: Manuales de la Revista de Occidente, 1951), 310-311.

humanas son capaces o no de establecer un buen gobierno, valiéndose de la reflexión y porque opten por él, o si están por siempre destinadas a fundar en el accidente o la fuerza sus constituciones políticas.”⁴

Por su parte, James Madison aceptaba abierta y expresamente la idea de que el poder constituyente tiene por titular al soberano y que de este nace el texto constitucional, aportando, incluso y a mi juicio, nociones importantes sobre la reforma constitucional y lo elemental que resulta que el pueblo intervenga para ser consultado cuando los poderes del gobierno actúen de modo arbitrario, indicando que “como el pueblo constituye la única fuente legítima del poder y de él procede la carta constitucional de que derivan las facultades de las distintas ramas del gobierno, parece estrictamente conforme a la teoría republicana volver a la misma autoridad originaria, no solo cuando sea necesario ampliar, disminuir o reformar los poderes del gobierno, sino también cada que cualquiera de los departamentos invada los derechos constitucionales de los otros”.⁵

Como puede verse, el constitucionalismo norteamericano, aunque no elaboró propiamente una teoría del poder constituyente, sí aportó con dos elementos esenciales para la comprensión de dicho instituto: por un lado, acepta la idea de que es el soberano el titular de un poder que es el que, sin duda, da origen y establece o crea un texto constitucional que organiza la vida de la comunidad política y, por otro, que la creación de ese poder debe entenderse como norma superior de la que deriva el resto del orden jurídico.⁶

Como advertí líneas atrás, la teoría del poder constituyente es una construcción francesa, cuyo origen se encuentra en los aportes de Sieyés, aunque valga reconocer las vicisitudes que esas ideas debieron sortear como consecuencia de los vaivenes políticos de la época, principalmente con el advenimiento del gobierno del general por Napoleón Bonaparte al convertirse en primer cónsul de la República el 11 de noviembre de 1799; cónsul vitalicio desde el 2 de agosto de 1802 hasta su proclamación como emperador de los franceses el 18 de mayo de 1804 hasta su abdicación entre 1814 y 1815 como consecuencia de su pérdida en la Batalla de Waterloo, en Bélgica, el 18 de junio de 1815; pero también con los intentos de reimplantar por parte de Luis XVIII un régimen monárquico entre 1815 a 1830, así como por la implantación de un gobierno

⁴ Alexander Hamilton, *El Federalista, Escrito N° 1*, 2ª Ed., 5ª Reimp. Trad, Gustavo R, Velasco, (México: Fondo de Cultura Económica, 2014), 3.

⁵ James Madison, *El Federalista, Escrito N° 49*, 214.

⁶ Gonzalo Ramírez Cleves, *Límites de la Reforma Constitucional en Colombia. El Concepto de Constitución como Fundamento de la Restricción*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), 200.

parlamentario por parte de Luis Felipe I de Francia, en donde la idea de poder constituyente de soberanía popular desaparece con la noción del principio de soberanía parlamentaria, además del régimen monárquico de Napoleón III que, entre 1848 a 1870, gobernó la nación primero como Presidente de la Segunda República y, luego, como su último Emperador, por lo que los intentos de retomar la idea de un poder constituyente del pueblo que se había retomado con la Constitución de 1848 se desvanecieron, lo que tampoco fue corregido con la llegada de la Tercera República en 1870 y hasta 1946 y de la Cuarta República entre 1946 y 1958, en que la inestabilidad política francesa enfocó la discusión sobre la forma en que era posible retarle el poder al órgano ejecutivo y fortalecer el ente legislativo. Tal vez los aportes de Sieyès se retoman con la implantación de la Quinta República a partir de la aprobación popular en referéndum del texto constitucional que se preparara por pedido de Charles de Gaulle el 4 de octubre de 1958, reconociéndose expresamente su carácter de norma jurídica suprema y determinándose mecanismos por los cuales el soberano participa en los procedimientos de reforma constitucional.

En todo caso, convengo en que la inestabilidad política que llevó a Francia, al menos hasta su Tercera República, al constante cambio de gobernantes (que ocurrió incluso en la Cuarta República) y a la permanente reforma de sus textos constitucionales, de ningún modo supone desconocer la transcendencia que comporta la tradición de esa nación en la materia objeto de este estudio.

Ahora bien, como puede verse, a diferencia de lo ocurrido en Estados Unidos y su proceso independentista, en el que la idea de Constitución y de Estado es fruto de un acuerdo o pacto entre las colonias, en el caso francés la construcción del poder constituyente nace de un acto de orden revolucionario que intenta dejar atrás la forma en que el poder se venía ejerciendo, pues como indica Carl Schmitt, en ese momento “el pueblo tomaba en sus manos, con plena conciencia, su propio destino, y adoptaba una libre decisión sobre el modo y forma de sus existencia política”.⁷

El poder constituyente en la nación francesa de 1789 aparece con la intención de derrotar el gobierno dominante de la monarquía tradicional como consecuencia de la acción de un poder político de decisión originario y sin ataduras, cuya titularidad recae en la nación, que se convierte en la fuerza creadora de la Constitución.⁸

⁷ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, (Madrid: Alianza, 2011), 126.

⁸ Ernst Wolfgang Böckenförde, “El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del Derecho Constitucional”, en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, trad. Rafael de Agapito Serrano, (Madrid: Trotta, 2000), 163.

De este modo, existen autores que sostienen que los aportes de Sieyés a la teoría del poder constituyente se basan, precisamente en la distinción entre aquel y los poderes creados por la Constitución (poderes constituidos), reconociendo que el primero, si bien tiene como titular a la nación, no puede ser ejercido sino por medio de sus representantes extraordinarios, quienes se someten al encargo o delegación que el pueblo les ha encomendado, sin que, al ejercer el poder constituyente se puedan ejecutar competencias o atribuciones que les han sido entregadas a los poderes constituidos.⁹

Así, como lo sostiene Jorge Benavides, para la tradición francesa, “el poder constituyente es originario en cuanto es anterior al ordenamiento jurídico, siendo por medio de su actuación como se crea la Constitución, la cual establece la forma de organización jurídica y política de una comunidad. Además, por el motivo de operar en un contexto prejurídico, el poder constituyente no puede ser comprendido en términos jurídicos, siendo posible entenderlo tan solo en términos de legitimidad política; es absoluto, en la medida en que se considera expresión de la suprema facultad del pueblo soberano y, por tanto, sus decisiones son inapelables; finalmente, es ilimitado, en cuanto carece de límites en su actuación y, como tal, lo puede hacer todo con motivo de crear una Constitución.”¹⁰

Ya en el desarrollo del constitucionalismo actual se encuentran posturas que también definen al poder constituyente. Por ejemplo Germán Bidart Campos concibe al poder constituyente como la “competencia, capacidad o energía para constituir o dar constitución al Estado, es decir, para organizarlo”,¹¹ pero, por su parte, Alberto Spota va más allá y lo define como la “capacidad del poder político de dar a una comunidad un plexo jurídico de base” que puede ser modificado por ese mismo poder.¹²

Una vez dicho aquello, se hace presente que el poder constituyente puede ser estudiado desde dos vertientes: la originaria y, además, la derivada, y aunque existen tendencias doctrinarias que niegan y se oponen a establecer distinciones entre uno y otro

⁹ Pablo Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, vol. II, (Madrid: Tecnos, 1986), 582.

¹⁰ Jorge Benavides Ordóñez, “Reforma Constitucional y Límites en la Constitución ecuatoriana de 2008” (Tesis doctoral inédita), (Sevilla: Universidad de Sevilla, 2016), 27.

¹¹ Germán Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino* (Buenos Aires: Ediar, 2007), 161-162.

¹² Alberto A. Spota, *Lo Político, lo Jurídico, el Derecho y el Poder Constituyente* (Buenos Aires: Plus Ultra, 1981-1983), 100.

poder,¹³ siendo esta una discusión no pacífica, me decanto por aceptar la postura mayoritaria que sí lo hace, pues ha sido el mismo poder constituyente originario el que ha resuelto entregarle al derivado la potestad de reformar su propia obra, cumpliendo siempre con las limitaciones formales y materiales a las que se sujeta y que constan previstas en el propio Código Político, y a las que el primero no está vinculado dada su ilimitación positiva, y es que esa característica es, precisamente, como se verá, la que diferencia al poder originario del derivado.

Así, el poder constituyente originario no es sino la potestad suprema de crear u otorgar una constitución en la que se organice y determine la estructura fundamental de la sociedad políticamente organizada, esto es, su forma de Estado y su sistema y forma de gobierno. Este tipo de poder puede ser, a su vez, fundacional o de simple organización. Será fundacional cuando, como bien anota Julio César Trujillo, “constituye el Estado, establece las normas que han de regular su organización y funcionamiento”,¹⁴ mientras que será de simple organización cuando existiendo un Estado constituido y organizado, únicamente se produce el reemplazo de un nuevo texto constitucional a otro que lo precede y que es derogado, lo que implica que la nueva norma fundamental deba no solo encajar en la sociedad en la que va a regir, sino también en todo el ordenamiento jurídico preexistente, pues a pesar que es, como veremos, un poder ilimitado en términos positivos, debe intentar ensamblar su contenido con el derecho vigente y previo.¹⁵

Por su parte, el poder constituyente derivado es, conforme lo anota Ignacio Colombo Murúa, el “sujeto encargado de reformar la constitución de acuerdo al procedimiento preestablecido para esa tarea”, por lo que las modificaciones que efectúe deben respetar “los mecanismos formales determinados”, así como los “límites

¹³ Cfr. Jorge R. Vanossi, *Teoría Constitucional* (Buenos Aires: Depalma, 1975), 124. El autor señala que “este terreno dista mucho de ser pacífico. En efecto, la doctrina está irremediabilmente dividida entre los autores que sólo reconocen el carácter propiamente constituyente al primero de esos poderes (al originario), y los autores que reconocen la presencia del poder constituyente como igual sustancia jurídica e institucional en ambos casos (es decir, tanto en el originario como en el poder constituyente derivado). Similar postura adopta Sergio Díaz Ricci, *Teoría de la Reforma Constitucional* (Buenos Aires: Ediar, 2004), 187, quien indica que “en un orden democrático, si la creación originaria de una constitución supone un poder constituyente, la creación subsecuente de nuevas normas constitucionales observando un procedimiento de revisión preexistente supone también un poder constituyente, pues el objeto es el mismo en ambos momentos de conformación normativa: la constitución, que en ambas circunstancias mantiene su identidad.

¹⁴ Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador. Estudio de Derecho Constitucional*, 2ª Ed. (Quito: Corporación Editora Nacional, 2006), 125.

¹⁵ Generalmente, la forma de ejercer este poder constituyente se traduce en la superación de las denominadas crisis constitucionales que se provocan por golpes de Estado, dictaduras o gobiernos de facto. La elaboración de una nueva constitución pretende dar un orden reestructurado al Estado previamente constituido. No se trata de fundarlo, pues el constituyente originario se encargó de ello, sino de dotarle de un nuevo orden.

sustanciales” que la Constitución le impone. Es, entonces y sin duda, verdadero poder constituyente, pues “crea normas constitucionales de igual jerarquía que las creadas por el originario”, pero con sujeción a las limitaciones impuestas.¹⁶

Como se ve, la labor del poder constituyente derivado se compele a reformar el texto constitucional, conforme las limitaciones formales y materiales que se le impongan, mientras que el originario crea, sustituye y, como bien lo indica Rafael Oyarte, también reforma la Constitución.¹⁷ Ahora bien, aceptada la necesaria distinción entre ambos poderes, no se puede dejar de reconocer, como lo advierte Ignacio Colombo Murúa, la tensión que se presenta entre el “llamado sujeto originario, que es el supuestamente facultado para estipular cláusulas pétreas que limitan al poder, y el poder de revisión que, como poder constituido que es, debe ajustarse a los límites interpuestos por el originario”, entonces el predicamento se presenta, dice el autor, de la siguiente forma: “si crea (el poder derivado) normas constitucionales de igual jerarquía que las normas preexistentes ¿por qué distinguirlo del originario?; pero, por el otro lado, ¿cómo se podría justificar que el poder constituyente, si siempre es el mismo, queda sometido a su propia obra?”¹⁸

La respuesta a esa tensión enunciada no resulta sencilla, pero el presente trabajo estima equivocadas las tesis que pretenden establecer jerarquías entre las normas constitucionales originarias y las que se producen por efecto de la reforma constitucional. En los dos casos se ejerce poder constituyente, pero cuando se lo ejerce en su forma originaria, al ser este un poder supremo, pues es ejercido por el soberano, no cabe que sea confrontado por parte de un poder inferior, debiéndose someter siempre este al primero.¹⁹ Entonces, no solo que el poder constituyente originario, al elaborar, sustituir o reformar la Constitución, ejerce un poder supremo, sino que su creación goza de una supremacía formal y material a la que se somete el poder inferior (el derivado) que solamente puede cumplir con la tarea reformadora porque así le ha delegado el originario, y para lo cual le ha impuesto unas limitaciones, por lo que no toda norma originaria puede ser revisada por el constituyente derivado, ocurriendo que existen materias que le han sido excluidas (lo que se denomina en doctrina como *cláusulas pétreas*), estableciéndose, también, procedimientos formales más agravados.

¹⁶ Ignacio Colombo Murúa, *Límites a las Reformas Constitucionales* (Buenos Aires: Astrea, 2011), 140.

¹⁷ Rafael Oyarte, *Derecho Constitucional*, 1ª ed., (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016), 155.

¹⁸ Colombo Murúa, “*Límites...*”, 140-41.

¹⁹ Humberto Quiroga Lavié, *Derecho Constitucional* (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978), 47.

Por ello, las limitaciones que los textos constitucionales imponen al poder derivado son, a mi juicio, los elementos que justifican su labor, por lo que el constituyente derivado, al reformar una norma originaria, no lo hace a su arbitrio, sino por expresa autorización del poder supremo.

2. Rigidez y flexibilidad en la reforma constitucional

La Teoría de la Constitución se ocupa de ofrecer una amplia clasificación de los textos constitucionales, pero, para efecto del presente estudio, importa revisar, de modo particular, lo relativo a aquellas que se denominan rígidas y flexibles, pues dependiendo del tipo norma constitucional que se trate, se podrá comprender la mayor o menor complejidad de la posibilidad de su reforma. Advierto, de modo previo, que, a mi juicio, no es procedente confundir la idea de constituciones *rígidas* y *flexibles* con la de constituciones *escritas* y *no escritas*, pues donde no hay una constitución escrita no cabe, propiamente, hablar de rigidez y flexibilidad.²⁰ En consecuencia, se hablará en este trabajo de constituciones rígidas o flexibles solamente en la medida en que encontremos textos constitucionales escritos.

De este modo, se entiende que un texto constitucional es flexible cuando se puede “reformar mediante el mismo mecanismo empleado para dictar la legislación común, según el procedimiento de sanción de las leyes ordinarias”.²¹ Por ello, la norma constitucional flexible permite su propia reforma como si fuera la de una ley²² común, lo que no implica, en absoluto, la desaparición del principio de supremacía constitucional, pero sí el hecho de que “el legislador tendría libre disposición acerca de su contenido y esa superioridad vería mermado su alcance práctico”.²³

Como se sabe, la crítica que se ha hecho a la idea de mantener textos constitucionales flexibles es el riesgo de su elasticidad, lo que puede conducir a su

²⁰ Este es el caso del sistema de Reino Unido, por ejemplo. Suele indicarse que no posee un documento constitucional único y escrito, sino que la “idea” de constitución está dispersa tanto en las leyes dictadas por el parlamento como en las decisiones judiciales, así como en los tratados y en las convenciones constitucionales parlamentarias no escritas (la aplicación irrestricta del *principio de soberanía parlamentaria* y del denominado *rule of law*). De todos modos, cabe admitir que existen criterios que ven en la soberanía parlamentaria la posibilidad de modificar la ley (piedra angular del sistema constitucional británico), y que aquello evidencia la existencia de una “constitución flexible”, lo que no comparto.

²¹ Helio Juan Zarini, *Derecho Constitucional*, 2ª ed. (Buenos Aires: Astrea, 2009), 43.

²² Históricamente, han existido ejemplos de constituciones flexibles. Así, se habla de la Constitución italiana de 1847, la canadiense de 1867, la sudafricana de 1909 y la irlandesa de 1922.

²³ Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, 12ª reimp. (Barcelona: Ariel Derecho, 2012), 59.

inestabilidad, además de que, por su sistema débil de reforma, se deja en manos de las mayorías políticas de turno la toma de decisiones que, en la gran mayoría de ocasiones, atienden a intereses de quienes detentan el poder de turno y, en todo caso, desprotegen y excluyen a las minorías de la toma de decisiones. No existe, entonces, grado de rigidez alguno cuando de textos constitucionales flexibles se trata y ello deja en predicamento el ya citado principio de supremacía constitucional. Pero existen autores que ven en aquello, en realidad, una fortaleza, pues indican que debido a esa elasticidad “pueden extenderse o adaptarse de acuerdo con las circunstancias, sin que su estructura se rompa”, precisamente por el hecho de “no haber sido fijadas con rigidez en su forma.”²⁴

Estimo que la idea de las constituciones flexibles debe, en este punto, ser confrontada y bien diferenciada de la noción de *mutación constitucional*, que contiene otra definición, mucho más a partir de la citada idea de James Bryce de que una constitución flexible es “elástica”, permitiendo su “adaptación” a las circunstancias políticas, económicas o sociales del momento en que rige. Valga señalar que la flexibilidad de un texto constitucional no elimina la necesidad de su reforma o revisión, pues simplemente el procedimiento a través del cual se canaliza no es agravado y es semejante al previsto, de modo ordinario y común, para la formación o reforma de las leyes, lo que propiamente no ocurriría con el caso de la *mutación constitucional* en que el texto fundamental no es, en absoluto, reformado o modificado.²⁵ Por tal razón, estimo impropio hablar de “elasticidad” cuando de textos constitucionales flexibles se trata, al menos en el sentido en que propone James Bryce.

Como respuesta a las anotadas inquietudes la doctrina desarrolló la tesis de las constituciones rígidas, textos que, a diferencia de los flexibles, solamente pueden ser modificados de acuerdo a un “procedimiento especial, que es distinto al empleado para la sanción de las leyes ordinarias”.²⁶ De este modo, pueden haber constituciones rígidas que

²⁴ James Bryce, *Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015), 29.

²⁵ Como sostiene Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución* (Barcelona: Ariel, 1970), 164, en la mutación constitucional se produce una transformación en la realidad de la configuración del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, sin que quede actualizada dicha transformación en el documento constitucional: el texto de la constitución permanece intacto. De este modo, el reconocido autor indica que, siendo las constituciones organismos vivos, están sometidas a la dinámica de la realidad que jamás puede ser captada a través de fórmulas fijas, agregando que esas inevitables acomodaciones del derecho constitucional a la realidad constitucional solamente puede manejarse a través de dos vías: la reforma y la mutación constitucional. Similar criterio es compartido por Georg Jellinek, *Reforma y Mutación de la Constitución* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), 7, quien define a la mutación de la constitución como la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente, que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia de tal mutación.

²⁶ Zarini, “*Derecho Constitucional...*”, 43.

establezcan no solo un procedimiento especial para su reforma, sino, además, un órgano específico encargado de ejercerla (*rigidez orgánica*), ora también pueden darse textos constitucionales rígidos donde se establecen procedimientos específicos, diferentes a los previstos para la formación ordinaria de la ley, pero, en cambio, se entrega al órgano legislativo la potestad para ejercer la modificación (*rigidez agravada*),²⁷ grado de rigidez²⁸ que parecería acercarse al caso ecuatoriano desde que, como se verá, la enmienda por vía parlamentaria, así como la reforma parcial determinan la intervención directa de la Asamblea Nacional.²⁹

En todo caso, el hecho de que un Estado se otorgue una constitución de tipo rígido, no implica garantía de que otros factores no incidan en la intención de acudir a su constante reforma, pese a contar con reglas agravadas y complejas para aquello. De este modo, como lo sostiene Enrique Quiroz Acosta, “en algunos casos la reformabilidad no se da por el procedimiento que en rigor establece la Constitución, sino por otros factores propios del sistema jurídico del que se desarrolla”,³⁰ como ocurre si existe un sistema de interpretación constitucional que permite criterios flexibles interpretativos que pueden ser empleados sin necesidad de acudir al procedimiento de reforma (lo que, finalmente, a juicio de este trabajo, constituiría fraude al Código Político); o, además, en el evento que existan mayorías políticas de coyuntura que, pese a tener que observar procedimientos agravados para la reforma constitucional, antepongan programas e intereses grupales o individuales a las reglas de rigidez que deben observar, modificando el texto constitucional para acomodarlo a sus fines, lo que, en principio, estaría expresamente proscrito en Ecuador.³¹ Entonces, factores como los indicados, terminan flexibilizando textos constitucionales rígidos.

²⁷ Cfr. *Ibíd.*, 43.

²⁸ La rigidez constitucional entrega varias gamas de matices, según la complejidad del procedimiento previsto. Textos constitucionales que pueden estimarse rígidos son el mexicano de 1917, la estadounidense de 1787, ora la Suiza de 1999, que establecen procedimientos complejos para su modificación. Asimismo, históricamente, las Constituciones de la antigua Unión Soviética, de Noruega o Finlandia, pueden ser estimadas como rígidas, pese a que sus procedimientos de reforma apenas resultan ser un tanto más gravosos que los de formación ordinaria de una ley. Lo propio ocurre con textos constitucionales como el colombiano de 1991. En Ecuador, la Constitución de 1998 determinaba que su reforma se hacía siguiendo el trámite ordinario de formación de la ley, aunque se establecían, como se verá más adelante, mayorías calificadas y plazos de espera distintos y más complejos, lo que es modificado en el texto constitucional vigente de 2008, con los problemas que también se estudiarán en el capítulo tercero de este estudio.

²⁹ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial N° 449, 20 de octubre de 2008, arts. 441, N° 1 y 442.

³⁰ Enrique Quiroz Acosta, *Teoría de la Constitución*, 5ª ed. (México: Porrúa, 2012), 60.

³¹ Ecuador. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 105.

Ahora bien, existen tendencias doctrinarias que afirman la existencia de un tercer tipo de constituciones a estudiarse desde el punto de vista de su reformabilidad: las *constituciones pétreas* que, según Gregorio Badeni, son aquellas “cuyas disposiciones no pueden ser reformadas jurídicamente”,³² las que, a diferencia de las rígidas y flexibles, en las que el análisis se centra en saber el grado de mayor o menor dificultad para su reforma, plantean la idea de su irreformabilidad total o parcial. Este trabajo estima complejo aceptar la tesis planteada por Badeni, no solo porque aquello riñe con el principio democrático que se inclina por afirmar que la voluntad mayoritaria presente no puede condicionar las decisiones y voluntad futuras, sino porque va contra la naturaleza misma de cualquier norma jurídica que, en el caso específico de las constituciones, deben adaptarse a la época y condiciones en las que se aplican, por lo que su inmutabilidad es, en ese sentido, incompatible,³³ lo que ha sido confirmado por la Corte Constitucional.³⁴

En todo caso, aceptando que, sin duda alguna, la gradación de la revisión o reforma constitucional es condición necesaria para evidenciar su carácter suprallegal, valga concluir ese apartado afirmando que el grado de rigidez de una constitución no solamente depende del órgano y procedimiento específicos y más complejos que su propio texto determine, sino, además, del grado de conciencia constitucional que exista en la sociedad en la que dicha norma rija, pues debe advertirse que la constante reforma provoca el envejecimiento prematuro de los textos constitucionales y eso impide que estos se apliquen y desarrollen de modo estable en las sociedades. Fundamental será, entonces, que un texto constitucional establezca procedimientos más agravados y complejos para su reforma, evitando que intereses políticos momentáneos pretendan su modificación como si se tratara de cualquier cuerpo legal ordinario, pero aquello se complementa con el sentido de respeto a la estabilidad de los códigos políticos y, además, con la existencia de órganos de control de constitucionalidad que actúen con independencia, imparcialidad y competencia, siendo, precisamente, guardianes de la supremacía constitucional y evitando acudir a interpretaciones que, finalmente, terminen por flexibilizar los textos constitucionales. La rigidez, como se ve, funciona y garantiza la estabilidad y supremacía de la Constitución si es que el órgano que controla al poder de reforma hace cumplir sus preceptos.

3. Cambio y reforma constitucional: distinciones

³² Gregorio Badeni, *Reforma constitucional e instituciones políticas* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 1994), 51.

³³ Cfr. Manuel Aragón Reyes, *Estudios de Derecho Constitucional*, 2ª ed. (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009), 201-02.

³⁴ Ecuador. Corte Constitucional. Dictamen N° 001-14-DRC-CC, dictado en el caso N° 0001-14-RC, publicado en el suplemento del Registro Oficial N° 371 de 10 de noviembre de 2014.

Ya se ha mencionado previamente que el establecimiento de un texto constitucional, sea creando uno por vez primera (de modo fundacional), ora dejando atrás uno previo que es sustituido por uno nuevo (simple organización), está en manos del poder constituyente originario, el que también tendría posibilidad de reformar el texto constitucional que ha creado, criterio que goza, incluso, de sustento doctrinario.³⁵ En contrapartida, el poder constituyente derivado solamente tiene facultad para reformar la Constitución, siempre sometido a los cánones formales y materiales que la norma que modifica le ha señalado.

En Ecuador, se debe anticipar, no es posible acudir a la enmienda constitucional a fin de modificar los elementos constitutivos del Estado y alterar la estructura fundamental de la Constitución, ocurriendo que si se desea permutar estos elementos, se debe utilizar la vía de la reforma parcial.³⁶ Este señalamiento genera, al menos, dos predicamentos: por un lado, no existe disposición constitucional alguna que trate o defina a su estructura fundamental,³⁷ a diferencia de lo que sucede con los elementos constitutivos del Estado, que constan identificados de modo claro en el texto constitucional,³⁸ a lo que se agrega la evidente confusión entre lo que implica una reforma y un cambio o establecimiento de texto constitucional, puesto que asuntos que, en realidad, deberían ser tratados en un cambio de constitución, son, en Ecuador, fácilmente susceptibles de modificación a través del poder de reforma o revisión.

Al respecto, existen autores como Karl Loewenstein que señalan cuáles son aquellos aspectos sustanciales que, de modo general, se plantean en los textos constitucionales como limitaciones al poder de reforma constitucional: la protección de la

³⁵ Entre otros, Rafael Oyarte "*Derecho Constitucional*", 382-382 y Didimo Páez Velandia, *El Control de Constitucionalidad en los Estados Latinoamericanos y fundamentalmente en la República de Colombia* (Bogotá: Revista de Derecho Colombiano, 1985), 297.

³⁶ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial N° 449, 20 de octubre de 2008, arts. 441, N° 1 y 442.

³⁷ La vaguedad terminológica propia del caso ecuatoriano no es la única en esta materia. De este modo, por ejemplo, autores como Klaus Stern, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987), 342-358., critican las cláusulas de intangibilidad impuestas por los artículos 79.3 y 20 de la Ley Fundamental de Bonn, normas que contienen prohibiciones de reforma constitucional respecto a los "fundamentos de orden estatal", la "organización de la Federación en los Länder", o el "principio de la participación de los Länder en la legislación".

³⁸ De este modo, las características del Estado ecuatoriano, como son las de constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional, laico, republicano y descentralizado (art. 1 CE), la forma del ejercicio de la soberanía y la titularidad de los recursos no renovables (art. 1 CE), los símbolos patrios y el idioma oficial (art. 2 CE), los deberes del Estado (art. 3 CE), los elementos que integran su territorio (art. 4 CE), la prohibición de instalar bases extranjeras en territorio nacional (art. 5 CE), así como las normas relativas a la nacionalidad y ciudadanía (arts. 6 a 9 CE), bien pueden ser afectadas por una reforma parcial.

forma republicana del gobierno del Estado, aspectos relativos a las reglas de reelección,³⁹ prohibiciones para reformar la forma del gobierno, aquellas relativas a los derechos fundamentales y la imposibilidad de su restricción, así como las normas relacionadas con la estructura del Estado.⁴⁰ Entonces, todo lo relacionado con la estructura del Estado, sus características y forma de organización son elementos eminentemente cualitativos, que, por implicar cambios fundamentales en la vida institucional de una nación, solamente deberían ser tratados por el poder constituyente originario, a través del cambio de texto constitucional, pero en Ecuador, sumado esto a la vaguedad del término “estructura fundamental de la Constitución”, esas alteraciones resultan ser posibles mediante el ejercicio del poder de reforma constitucional, lo que también ocurre con los “elementos constitutivos del Estado”, que pese a estar definidos en el Código Político, quedan a merced del mismo poder reformatorio. Por ello, es importante establecer las diferencias entre cambio o establecimiento y reforma constitucional.

Varias son las opiniones respecto a lo que debe entenderse por reforma y por cambio constitucional. Para Vladimiro Naranjo Mesa, “cuando se habla de establecimiento de una Constitución, inmediatamente se está haciendo referencia a la actividad fundamental que cumple el poder constituyente originario; en el caso de la reforma de la Constitución, es la obra del poder constituyente derivado”. Para el autor mencionado, el establecimiento de una Constitución puede provenir de dos vertientes: mediante procedimientos monárquicos, a través de cartas otorgadas e impuestas o por cartas pactadas entre el monarca y el pueblo, ora a través de procedimientos democráticos como las convenciones o asambleas constituyentes o, de modo general, las consultas populares. Entonces, para Naranjo Mesa, mientras el establecimiento o cambio de Constitución implica una cuestión de principios políticos, la reforma constitucional es una cuestión de técnica jurídica.⁴¹

Existen autores como Enrique Sánchez Bringas que prefieren referirse a modificar la constitución en lugar de cambio constitucional, pues, en palabras del autor, “modificar significa cambiar la forma”, mientras que “reformar se traduce en dar nueva forma a algo”.⁴²

³⁹ Aunque, como se sabe, en el caso ecuatoriano, las reglas de reelección fueron modificadas mediante enmienda constitucional, tanto en el caso del establecimiento del sistema de reelección indefinida en 2015, como cuando se eliminó aquel sistema y se volvió al originalmente previsto en 2008, que es de reelección limitada.

⁴⁰ Loewenstein, “*Teoría de la Constitución*”, 189-90.

⁴¹ Cfr. Vladimiro Naranjo Mesa, *Teoría de la Constitución e Instituciones Políticas*, 16ª ed., (Bogotá: Temis, 2006), 381-392.

⁴² Enrique Sánchez Bringas, *Derecho Constitucional*, 2ª Ed. (México: Porrúa, 1997), 226.

Otros doctrinarios como Enrique Álvarez Conde hablan de reforma constitucional en cuanto “técnica por medio de la cual se modifica el texto constitucional”, denominando al cambio como mutación constitucional, que “implica una transformación en la realidad de la configuración del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, sin que dicha transformación quede actualizada en el texto constitucional, que permanece inalterado.”⁴³

Rafael Oyarte prefiere aludir a cambio constitucional si se trata de una modificación profunda de la “institucionalidad democrática del Estado en que rige” o en la “estructura política del Estado”, añadiendo que, según el citado autor, la reforma constitucional implica la modificación de varios o el total de artículos constitucionales que no conlleve una variación cualitativa de los elementos y características esenciales del Estado.⁴⁴

Por ello, entendiendo que el cambio o establecimiento de la Constitución implica la fijación o modificación de cuestiones o elementos cualitativos y trascendentales en la vida jurídico-política del Estado, y que esos aspectos no pueden quedar en manos del poder de reforma constitucional que, a través de su labor, no puede cambiar la sustancia, el espíritu y *telos* del Estado y de la Constitución que modifica, bien se puede afirmar que permitir al poder constituyente derivado que, mediante reforma parcial, altere elementos trascendentales y cualitativos para la vida democrática del Estado, como podrían ser la forma de Estado, el sistema de gobierno, la forma de gobierno, la modificación de su territorio, de la forma descentralizada de gobernarse, la supresión de órganos con base constitucional de relevancia para el cumplimiento de los deberes del Estado, es inadecuado desde que, como se ha explicado, son aspectos que le están vedados de tratar al poder constituyente derivado y que deberían reservarse al poder constituyente originario a través de un cambio de constitución.

En todo caso, la propia Corte Constitucional ha confirmado el hecho de que, vía reforma parcial es posible cambiar los elementos constitutivos del Estado y la estructura fundamental de la Constitución, a la que ha confundido con “estructura fundamental del Estado.”⁴⁵

⁴³ Enrique Álvarez Conde, *Curso de Derecho Constitucional*, vol. I., 3º Ed. (Madrid: Tecnos, 1999), 177.

⁴⁴ Oyarte, “*Derecho Constitucional*”, 257-60.

⁴⁵ Ecuador. Corte Constitucional. Dictamen N° 001-14-DRC-CC, dictado en el caso N° 0001-14-RC, publicado en el suplemento del Registro Oficial N° 371 de 10 de noviembre de 2014.

En cuanto a lo relacionado con la posibilidad de restringir derechos, como se revisó, la respuesta resulta obvia: no cabe ningún mecanismo de modificación constitucional para dicho fin, ni siquiera si se acude a la fórmula del ejercicio del poder constituyente originario, que no podría generar restricciones arbitrarias y no razonables a los derechos en su tarea de reformar o de cambiar la Constitución, ya que tiene a estos como limitaciones implícitas, tal como será estudiado, asunto que ha sido confirmado por la Corte Constitucional.⁴⁶

Si bien los puede limitar, no los puede desmejorar, eliminar o tornar impracticables o irreconocibles, como se revisó. Tampoco es posible acudir a la enmienda y a la reforma parcial con ese objetivo, siendo que, para el poder constituyente derivado, los derechos fundamentales son verdaderas limitaciones materiales explícitas traducidas en *cláusulas intangibles*; aunque, a pesar de aquello, como se dijo, el legislador ha indicado que para restringir derechos se puede convocar a una Asamblea Constituyente,⁴⁷ cuestión con la que, por los señalamientos hechos en este trabajo, no se está de acuerdo y a la que se considera no solo como un evidente error de técnica legislativa y de interpretación, sino como un desconocimiento absoluto del aspecto regulado.

Sobre la intangibilidad de las normas relacionadas con los procedimientos de reforma constitucional, más allá de la analizada omisión en que incurrió el propio constituyente en 2008 respecto a la regulación del trámite en materia de enmienda y reforma parcial, se conviene en que deba ser el propio poder constituyente originario y no el derivado el que modifique las reglas relativas a los cambios constitucionales, pues de lo contrario el poder constituyente derivado bien podría acudir a cualquiera de los mecanismos de enmienda o reforma parcial para eximirse de su sujeción a las limitaciones formales que el poder constituyente le ha impuesto.

Valga concluir este apartado, entonces, insistiendo en que cuando de cambio de constitución se hable se estará frente a la alteración de los elementos cualitativos y esenciales del Estado al que regula, se trata, sin duda alguna, de la alteración de los rasgos fundamentales que identifican la institucionalidad jurídico-política de la nación. La reforma constitucional, del modo en que pueda ser ejercida, esto es, cambiando todos o

⁴⁶ Ecuador. Corte Constitucional. Dictamen N° 001-14-DRC-CC, dictado en el caso N° 0001-14-RC, publicado en el suplemento del Registro Oficial N° 371 de 10 de noviembre de 2014.

⁴⁷ Ecuador. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: Asamblea Nacional, Registro Oficial, Suplemento, N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 101, N° 1.

algunos de los artículos del Código Político, implicará la modificación del texto constitucional que no suponga la alteración de su esencia y cualidad.

4. Control al poder de reforma constitucional

Convenida que ha sido la idea de que, en la actualidad, la gran mayoría de constituciones escritas han incluido en su contenido determinados procedimientos agravados, generalmente diferentes o, al menos, como en el caso ecuatoriano, más dilatados que los previstos para la formación ordinaria de la ley y que, además, en algunos casos, se incluyen *cláusulas pétreas* como limitaciones al poder de reforma constitucional,⁴⁸ previéndose órganos especiales⁴⁹ o encargándose al poder legislativo el ejercicio de esas modificaciones,⁵⁰ debe hacerse presente que, el estudio de la reforma constitucional, desde la teoría del poder constituyente, plantea un problema adicional: ¿quién debe controlar que ese poder no se extralimite?

⁴⁸ La Constitución de 2008 no es la excepción en esta materia, pues, como se verá, incluye de modo expreso disposiciones que contemplan ciertas prohibiciones al poder de reforma constitucional (arts. 441 y 442 CE). Otros ejemplos de cláusulas pétreas o de intangibilidad se pueden encontrar en la Constitución de El Salvador que establece que prohíbe la modificación de artículos que se refieran a la forma y sistema de gobierno, al territorio del Estado y a la alternabilidad en el ejercicio de la presidencia de la república (art. 248). La Constitución de Guatemala limita al poder de reforma indicando que no puede afectar las normas que la identifican como un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y libertades, y que su sistema de gobierno es republicano, democrático y representativo (art. 140); lo relacionado con la soberanía popular, la cual es delegada a los tres poderes del Estado, y la no subordinación entre éstos (art. 141); la atribución del Congreso de la República de desconocer al Presidente de la República si continua ejerciendo el cargo una vez vencido su período constitucional, en cuyo caso el Ejército pasa a depender del Legislativo (art. 165, letra g); las prohibiciones para ser presidente y vicepresidente de la República, la no reelección presidencial; ni en forma alguna toda cuestión que se refiera a la forma republicana de gobierno y la alternabilidad de la presidencia de la república (art. 186). La Constitución de Honduras impide reformar los procedimientos de la reforma constitucional (art. 373); además de otros relativos a la forma de gobierno, el territorio nacional, el período presidencial, la no reelección del Presidente de la República y la prohibiciones para ser Jefe de Estado en el período siguiente, aunque la prohibición de reelección fue declarada inconstitucional por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante una criticable Sentencia de 22 de abril de 2015.

⁴⁹ Como las Asambleas o Convenciones Constituyentes previas en algunos estados federados norteamericanos para el caso de las reformas constitucionales totales, o en Argentina; las Asambleas Nacionales que reúnen en conjunto a las cámaras, como sucedió con el modelo francés de 1875, la ratificación de la reforma mediante referéndum, como ocurre actualmente en Ecuador en el caso de la reforma parcial, en el sistema suizo y en Estados Unidos.

⁵⁰ Este es el caso de Ecuador, en que tanto en la enmienda por vía parlamentaria, como en el procedimiento de reforma parcial, interviene el órgano legislativo (arts. 441, N° 2 y 442). Lo propio ocurre en la Constitución Política de Chile (arts. 127, incs. 2° y 3°, y 65, inc. 2° y ss.), en la Constitución de El Salvador (art. 248); en la Constitución de Guatemala (art. 280); en la Constitución de Honduras (art. 373); en la Constitución de México (art. 135); en la Constitución del Perú (art. 206) y, además, entre otras, en la Constitución de Panamá (art. 308, N° 1 y 2). Históricamente existen textos constitucionales que han entregado a sus órganos legislativos el ejercicio del poder de reforma constitucional, como ocurrió con la Constitución de Alemania de 1919 (art. 76); la Constitución de Turquía de 1924 (art. 102) y, además, la Constitución de la antigua URSS de 1936 (art. 146).

Existen autores que niegan la posibilidad de que se determinen antes de control al ejercicio del poder constituyente derivado. Cierta corriente parte del principio democrático para afirmar aquello, indicando que, al gobernar el pueblo, los jueces tienen la obligación de seguirlo cuando, luego del debate y decisión, se produce una mayoría ciudadana que se pronuncia por modificar las reglas de organización de la comunidad política, cuestionando el hecho de que una Corte sin credenciales democráticas pueda revisar la constitucionalidad de la legislación de más alto rango, concretamente una modificación constitucional.⁵¹ Otra corriente, la que niega la distinción entre poder constituyente originario y derivado, termina por rechazar cualquier clase de control al ejercicio de ese poder, afirmando que al ser poderes soberanos, las limitaciones a ellos impuestas son de hecho y no jurídicas, y que si son observadas es porque “políticamente es beneficioso no apartarse de ellas, pero no porque la Constitución se las imponga, pues, si fuera así, los desvíos del constituyente derivado deberían ser declarados inconstitucionales por otro poder que pasaría a ser, automáticamente, el poder constituyente”.⁵²

Frente a la invocación del principio democrático como pretexto para excluir el control al caso de la reforma constitucional se debe hacer presente que, incluso en el caso del poder originario, si bien, como se verá, se presenta una ilimitación positiva, aquello no elimina la existencia de limitaciones implícitas que deben ser observadas y que, de ser superadas, deberían, a mi juicio, ser materia de control, y si ello sucedería, incluso en el caso del constituyente originario, con mucha más razón debería, como en efecto ocurre, existir un órgano que controle la labor del poder de reforma constitucional que, formal y materialmente, se debe someter al Código Político que modifica, de lo contrario ha negado la fuente de su propia potestad.⁵³ Luego, quien ofrece una respuesta a la segunda negativa

⁵¹ Jeremy Waldron, “*Derecho...*” Este autor cuestiona fuertemente la idea entregar la decisión final a los jueces que no son elegidos por el soberano, pues tales aspectos, según el autor deben quedar en manos del órgano que representa las mayorías, al menos dentro de una democracia. Como se ve, la oposición al control de la reforma constitucional parte, en esta corriente, desde la conocida *objeción contramayoritaria* como fórmula de oposición a la labor del Tribunal o Corte Constitucional.

⁵² Quiroga Lavié, “*Derecho Constitucional*”, 46-7.

⁵³ Como respuesta al argumento contramayoritario aparecen varias posturas doctrinarias. Con un componente fuertemente democrático, puede verse, por ejemplo, John Hart Ely, *Democracia y Desconfianza, Una Teoría del Control Constitucional*, (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997). Este autor legitima la existencia de la justicia constitucional en cuanto las actuaciones del legislador pretendan vulnerar los derechos que permiten la realización de la democracia. También revítese, desde una concepción sustantiva, la postura de Ronald Dworkin, *El Imperio de la Justicia*, 3a reimp., (Barcelona: Gedisa, 2008), autor que, partiendo de la distinción entre políticas y principios, indica que los últimos (que son derechos individuales) priman por sobre los primeros (que son decisiones mayoritarias) cuando las decisiones políticas los afectan, y en estos eventos son los jueces quienes deben actuar. Asimismo, puede verse las ideas de Jon Elster, *Ulises Desatado. Estudios sobre Racionalidad, Precompromiso y Restricciones*, (Barcelona: Gedisa, 2002), donde señala que las constituciones son medios de precompromiso asumidos por el pueblo de forma intencional para evitar futuras decisiones irracionales que puedan adoptarse por las generaciones venideras y que pudieran alejarse de la protección de los fines reales que persigue la

planteada en el párrafo precedente es Rafael Oyarte, autor que indica que, a su criterio, “la función de control no convierte al órgano que lo ejerce en un reemplazo del órgano o poder controlado”.

De hecho, la idea misma de la rigidez constitucional determina que deba existir un ente que controle la tarea reformadora, pues, como lo indica García de Enterría, ese control “viene a garantizar que esta revisión tenga que hacerse por las causas que las técnicas de rigidez constitucional le reserva”.⁵⁴

Dada la ilimitación positiva del poder constituyente originario, asunto a estudiarse más adelante, cabe afirmar con certeza que está excluido de cualquier tipo de control; aunque, como se verá, sigue latente la discusión –todavía no solventada en la doctrina y en la jurisprudencia- de lo que ocurre cuando, al ejercerse dicho poder, se superan las limitaciones implícitas a las que se somete; pero ese mismo criterio no puede ser trasladado al caso del poder constituyente derivado, cuya competencia sí se sujeta al Código Político y que, por lo tanto, debe ser controlado desde que nace del propio texto fundamental. Para este segundo evento, entonces, reviste importancia la conexión que existe entre limitaciones y control al poder de reforma constitucional, pues, como propone Paolo Biscaretti, las primeras, “como quiera que se entiendan, pueden adoptar una concreta importancia jurídica solo cuando exista un control eficiente de constitucionalidad de las leyes, de manera que puedan calificarse viciadas por ilegitimidad constitucional también las eventuales leyes constitucionales que rebasen los citados límites”.⁵⁵

comunidad política. Si esos acuerdos previos (verdaderas limitaciones, diríamos ahora) no se cumplen, tiene vital importancia el rol que juegan los jueces (constitucionales, en este evento) para asegurar su cumplimiento. Y también existen posturas intermedias, que aceptando el carácter contramayoritario de la justicia constitucional, reconocen en ella una valía para el Estado de Derecho desde el punto de vista de la discusión dialógica entre los jueces, el soberano y el legislador. Así, por ejemplo, Roberto Gargarella, *La Justicia Frente al Gobierno. Sobre el Carácter Contramayoritario del Poder Judicial*, (Barcelona: Ariel, 1996). Este autor adopta una postura, a mi juicio, equilibrada, pues sin desconocer el carácter contramayoritario de la justicia constitucional advierte su valía si se adoptan mecanismo de diálogo adecuados entre los tribunales, el legislador y la sociedad, garantizando la interacción dialógica entre los entes políticos y los órganos judiciales. Discusiones más profundas sobre este tópico se pueden revisar también en Juan Carlos Bayón, “Derechos, Democracia y Constitución”, en *Discusiones*, N°. 1, (Bahía Blanca: Universidad Nacional del Sur, , 2000), 65-94, y en Víctor Ferreres Comella, “Integración Europea y Crisis del Modelo Centralizado de Justicia Constitucional”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, Vol. 2, N° 65, 2003, 73-122. Este último autor reconoce el costo que tiene la invalidación de una norma por parte de un juez constitucional, pero sustenta la valía de aquello en la medida que esa decisión comporta un beneficio para la sociedad.

⁵⁴ Eduardo García de Enterría, “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el Sistema Español: posibilidades y perspectivas”, en *El Tribunal Constitucional*, Vol. I. (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1981), 93.

⁵⁵ Paolo Biscaretti di Ruffia, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, (México: Fondo de Cultura Económica, 1996), 559.

Ahora bien, fórmulas para controlar al poder de reforma constitucional existen, desde aquellas que pasan por dejar en manos del poder político dicho control, sea a través del Jefe de Estado mediante la potestad de veto a los instrumentos por los cuales la modificación es aprobada,⁵⁶ ora valiéndose del mecanismo de ratificación o aprobación de la reforma por parlamentos o legislaturas sucesivas,⁵⁷ hasta las que implican la entrega de esa potestad a un órgano jurisdiccional, generalmente al juez constitucional, aunque de los más diversos modos: control preventivo incidental,⁵⁸ potestades meramente consultivas,⁵⁹ a través del conocimiento de demandas de inconstitucionalidad,⁶⁰ ora el control reducido a vicios procedimentales.⁶¹

Naturalmente, cualquiera que sea la modalidad de control judicial al poder de reforma constitucional, será necesario que el sistema diseñado permita asegurar la sujeción del mismo a los aspectos formales y materiales que la propia norma constitucional a ser modificada le impone. De este modo, toda reforma que sea elaborada irrespetando los procedimientos especiales o agravados previstos, o donde quien actúa ejerciendo el poder derivado lo hace sin competencia, incurrirá en vicios de inconstitucionalidad formal; pero, de otro lado, como lo indica Rafael Oyarte, en “un sentido material debe respetar los contenidos esenciales de la Constitución, establecidos por las limitaciones implícitas y explícitas al ejercicio de su poder de reforma, y más aún, el constituyente derivado debe respetar el contenido básico o fundamental de la Carta Política que reforma”,⁶² a lo que el mismo autor agrega como advertencia el hecho de que resulta menos complicado evidenciar una inconstitucionalidad material producida por la superación de las limitaciones explícitas (las llamadas *cláusulas de intangibilidad*, como se verá), pues están positivadas, ocurriendo que la mayor dificultad se encuentra en poder

⁵⁶ Aunque existen naciones en las que se niega totalmente la posibilidad de que, por ejemplo, el Jefe de Estado ejerza sanción u objeción sobre las reformas constitucional, asunto que ocurre con la Constitución Política del Perú (art. 206, inc. 1º); Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (art. 346); Constitución del Estado de Bolivia de 2009 (art. 441.II); y, Constitución de Nicaragua (art. 194), existiendo otros casos en los que nada se dice al respecto, como sucede con la Constitución ecuatoriana de 2008, que genera, al menos, dudas al respecto; Constitución Política de Colombia (art. 379 y ss.); Constitución de México (art. 135); Constitución de Argentina (art. 30); Constitución de Honduras (art. 373); Constitución de Costa Rica (art. 195, Nº 7); Constitución de Panamá (art. 308); Constitución de Paraguay (arts. 289 y 290); Constitución de El Salvador (art. 248, inc. 2º) ; y, Constitución de Guatemala (art. 280, inc. 2º).

⁵⁷ Si bien esta, como se verá, es vista como una especie de limitación formal al poder de reforma constitucional, no es menos cierto que, a criterio de este trabajo, bien podría también ser tenida como una fórmula de control político posterior al ejercicio de dicho poder. Esta exigencia se presenta, por ejemplo, en Constitución de Costa Rica (art. 195, Nº 6 y 7); Constitución de El Salvador (art. 248); Constitución Española (arts. 168.1 y 168.2); Constitución de Honduras (art. 373); Constitución Política de Colombia (art. 375 inc. 2º); y, Constitución de Nicaragua (art. 192).

⁵⁸ Constitución Política de Chile (art. 93, Nº 3).

⁵⁹ Constitución Política de Costa Rica (art. 10, letra b).

⁶⁰ Constitución Política de Perú (art. 202, Nº 1, y 203) y Constitución Política de Panamá (art. 203, Nº).

⁶¹ Constitución Política de Colombia (art. 241, Nº 1).

⁶² Oyarte, “*Derecho Constitucional*”, 201.

afirmar que quepa la declaratoria de inconstitucionalidad material cuando la reforma ha inobservado limitaciones implícitas (no escritas), ora cuando ha introducido en el Código Político modificaciones sustanciales que, más bien, obedecerían, como se ha revisado, al cambio constitucional.⁶³

En el caso ecuatoriano, a partir de la Constitución de 2008 se establece como fórmula única de control al poder de reforma el ejercido por la Corte Constitucional.⁶⁴ Pese a que lo relativo a esta modalidad de control será revisada a profundidad posteriormente,⁶⁵ cabe advertir que el diseño elaborado por el legislador y, además, la defectuosa jurisprudencia dictada en la materia, presentan la siguiente problemática:

a) Un primer problema es la ausencia de diferenciación entre los controles que debe hacer la Corte Constitucional respecto de propuestas de enmienda o reforma parcial, pues se considera un equívoco haber incluido a los dos procedimientos de reforma dentro de una misma modalidad de control constitucional sin haberse establecido las correspondientes diferencias.

b) Respecto de la segunda modalidad de control constitucional, es decir, la que se ejerce una vez calificada la vía, otra problemática es la ausencia de control constitucional material o de fondo para los casos en que se emita dictamen previo a la convocatoria a referéndum (que se produce tanto cuando la enmienda se inicia por parte de la ciudadanía o del Jefe de Estado, así como cuando se tramita, en vía parlamentaria, un proyecto de reforma parcial), pues la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional limita la tarea de la Corte Constitucional al aspecto formal, existiendo precedentes en los que esa competencia es ampliamente sobrepasada, lo que también merece revisión.

c) Al no haber control de fondo sobre la convocatoria a referendo surge la duda sobre qué ocurriría si los textos inicialmente presentados por el Presidente de la República, la ciudadanía o la Asamblea Nacional para que la Corte Constitucional califique la vía, y que se han canalizado por la enmienda (en aplicación del primer mecanismo en donde no hay tramitación legislativa sino referendo directo) y por reforma parcial (donde hay debates parlamentarios y posterior referéndum de ratificación) son

⁶³ Cfr. *Ibíd.*, 201-02.

⁶⁴ Ecuador, Constitución de la República, Registro Oficial N° 449, 20 de octubre de 2008, arts. 104, inc. final, 438, N° 2, 436, N° 2 y 443.

⁶⁵ Las diversas modalidades del control que realiza la Magistratura respecto de la reforma constitucional serán revisadas en el capítulo tercero de este trabajo.

modificados con posterioridad al dictamen inicial de la Corte Constitucional. Se generaría, en estos eventos, el problema de la ausencia de control, mucho más cuando la enmienda se tramita por la vía parlamentaria o en el caso de la reforma parcial en que, entre debates, bien pueden haber variaciones al texto original.

d) A lo anotado se suma la restricción que el legislador hace a las facultades de la Corte Constitucional para ejercer control posterior, el que, según el texto constitucional, podría ser formal y material, pero que es reducido solamente a lo procedimental en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, imponiéndose una caducidad que podría provocar la imposibilidad de la impugnación de esos vicios, asunto que ha sido justificado, incluso, por la propia Magistratura.

En todo caso, advierto que los problemas que han sido descritos en los párrafos precedentes serán objeto de estudio en el capítulo tercero, luego de abordar la temática relativa a las limitaciones que se imponen al poder de reforma constitucional, que se revisan a continuación en el capítulo segundo.

Capítulo segundo

Limitaciones al ejercicio del poder constituyente originario y derivado

Revisada brevemente la noción del poder constituyente, tanto en su modo originario como derivado, y la estrecha relación entre aquel y el instituto de la reforma constitucional, es necesario analizar si a dicho poder se le han de imponer limitaciones que marquen el contorno bajo el cual realizará su tarea con la finalidad de arribar en el capítulo tercero al estudio del control que se efectúa en caso que no se respeten esas limitaciones.

En este capítulo, entonces, me ocupo de examinar cuáles son esas limitaciones, y aunque el objeto de estudio principal del trabajo es el poder constituyente derivado, estimo fundamental referirme, en primer lugar, a las limitaciones implícitas que rodean al poder constituyente originario y a su ilimitación positiva para, en un segundo momento, estudiar las limitaciones al poder de reforma constitucional, las que, a diferencia del constituyente originario, no lo eximen de su sujeción formal y material al Código Político que va a modificar, cuestiones esenciales para poder, luego, aludir a la problemática del control.

1. ¿Qué implican las limitaciones al poder constituyente?

El concepto de poder constituyente está ligado, según señala Javier Pérez Royo, “al concepto de Constitución como el creador a la criatura. Tanto desde un punto de vista lógico como histórico el poder constituyente es una necesidad para la Constitución escrita. La Constitución no puede ser pensada racionalmente si no es a partir del poder constituyente”.⁶⁶ Ahora bien, el hecho que el poder constituyente cree o reforme una constitución no es óbice para entenderlo como un poder absoluto, sin fronteras de acción. Ni siquiera si se hace referencia al poder constituyente originario, como se verá más adelante.

El estudio del poder constituyente, entre otros aspectos, debe abarcar el análisis del ámbito o campo de su actuación, es decir, debe explicar hasta dónde llega el ejercicio de sus facultades, lo que implica revisar sus límites. Una vez conocidos los límites se puede ver si a este poder cabe imponerle ciertas restricciones o reducir su esfera de atribuciones, las que, en cambio, deben concebirse como limitaciones.

⁶⁶ Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, 9ª Ed. (Madrid: MarcialPons, 2003), 115.

No obstante, la revisión de estos tópicos, según lo anota Antonio Pereira, implica “dos cuestiones enteramente diferenciables”,⁶⁷ pues depende del tipo de poder constituyente al que se haga alusión.

El poder constituyente originario no tiene otros límites que los de crear o reformar una constitución, ese es, precisamente, el ámbito de su acción y sus labores no pueden rebasar tales temáticas. Por ello, según el profesor Rafael Oyarte, se trata del ejercicio de un poder “bastante amplio, que determina las bases dentro de las cuales se debe someter el ejercicio de todos los demás poderes del Estado”. Esto implica que si bien los poderes constituidos no pueden sino actuar dentro del marco de competencias y atribuciones que el originario les encargó, este último tampoco puede, en palabras del mismo autor, “intervenir sobre los poderes constituidos, no corresponde a su labor”.⁶⁸ Estos son, entonces, los límites que se le imponen al poder constituyente originario.

Vistos sus límites cabe revisar si a este tipo de poder constituyente se le pueden establecer restricciones o limitaciones. Es unánime la tendencia que se decanta por señalar que el poder constituyente originario es ilimitado desde el punto de vista del Derecho Positivo, es decir, que a este no le vincula norma jurídica previa alguna. A pesar de esta no limitación a reglas de Derecho Positivo, el poder constituyente originario se ve reducido a actuar con respeto a ciertas limitaciones de orden implícito, que se revisarán más adelante.

Frente al constituyente originario, se encuentra el poder constituyente derivado - denominado también constituyente constituido-⁶⁹ que se ocupa, de forma exclusiva, de la reforma o revisión a la constitución. Entonces su límite es ese: efectuar modificaciones al texto constitucional, aunque con arreglo a algunas limitaciones de orden formal y material que se pasarán a revisar en el segundo capítulo de este trabajo.

En todo caso, como señala Vladimiro Naranjo Mesa y ya ha sido advertido de modo previo, “hay autores que no aceptan la distinción entre el poder constituyente originario y el poder constituyente constituido y consideran que todo el poder

⁶⁷ Antonio Carlos Pereira Menaut, *Teoría Constitucional* (Santiago de Chile: ConoSur Ltda., 1998), 76.

⁶⁸ Rafael Oyarte, *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 108.

⁶⁹ Se prefiere denominarlo derivado y no constituido para evitar confusiones con los poderes creados por la constitución, que son estrictamente constituidos y que ejercen su potestades de conformidad con el Código Político. No con ello se quiere decir que el poder constituyente derivado no actúa dentro de los parámetros constitucionales previamente establecidos, ni que su labor no debe ceñirse de forma material a la constitución, sino que este último, a diferencia de los poderes constituidos, solamente puede reformar la constitución. Cabe recalcar que estas diferenciaciones son aceptadas, en su mayoría, por la doctrina.

constituyente es igual, y no admiten que este pueda estar sujeto a limitaciones; tanto cuando se trata de constituir el Estado como cuando se trata de reformar la Constitución”.⁷⁰

2. Limitaciones al poder constituyente originario

2.1. Ilimitación positiva del poder constituyente originario

Como se dejó enunciado, el poder constituyente originario no se somete ni debe obedecer a normas de Derecho Positivo, tanto internas como externas. “Es un poder que escapa al ámbito de las normas escritas”.⁷¹

Esta ilimitación responde, a criterio de este trabajo, a tres cuestiones básicas: la primera, que es una consideración general, se refiere al hecho de la titularidad del poder constituyente, pues es la consecuencia de la expresión de la soberanía popular al tener al pueblo soberano como detentador de tal poder, lo que permite que este sea supremo y no se sujete a normas de Derecho Positivo; la segunda, relacionada con el poder constituyente originario fundacional, se presenta desde que este es el punto de partida del ordenamiento jurídico, pues crea el Derecho; y, por tanto, no existen normas previas a su manifestación

⁷⁰ Naranjo Mesa, “*Teoría Constitucional*, 374. Como sostuve en el capítulo primero, la negativa a distinguir entre el poder constituyente originario y el derivado nace la corriente positivista, que encuentra en Hans Kelsen su mayor exponente. Revítese, por ejemplo, Hans Kelsen, “*Teoría Pura...*”. En esa obra, el autor desecha la idea de un poder constituyente originario al considerarlo un fenómeno extra o metajurídico, es decir, ajeno al Derecho por no derivar de norma impuesta alguna, estimando como poder constituyente al que nace del propio texto constitucional y que ejerce su tarea siguiendo los procedimientos específicos y más agravados que la propia Norma Fundamental establece, sin hablarse de limitaciones propiamente. Véase también Benito Aláez Corral, *Los Límites Materiales a la Reforma de la Constitución Española de 1978*, (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000), 182 y ss. Para este autor, la aplicación autorreferente de la norma de reforma constitucional es un mecanismo estructural de incalculable valor para que el sistema pueda cumplir su función: le permite adaptar su clausura operativa a la apertura cognitiva a través de la cual se mantiene establemente diferenciado en medio del sistema social global. La modificación del órgano, del procedimiento, o incluso, de las limitaciones materiales a la reforma constitucional que la Constitución haya podido establecer, supone un cambio en la operación comunicativa a través de la cual se van a canalizar las reformas constitucionales y el resto de preceptos del ordenamiento por medio de las cuales el sistema, sensible al medio, incorpora aquellos elementos que considera pertinentes, alterando el contenido del código binario. Si se priva al sistema de la posibilidad de adaptar su estructura a sus propias necesidades de apertura cognitiva, se le estará condenando a tener dificultades para insertarse eficazmente en el medio. Por consiguiente, no existe oposición entre lógica jurídica y *autorreferencialidad* del ordenamiento. Aquella no puede formar parte autónoma de un «sistema jurídico-positivo», pues su carácter *autopoietico* excluye se puedan derivar de él consecuencias jurídicas presupuestas. Los límites materiales a la reforma constitucional solo podrán estar instituidos por una operación interna del sistema, pues solo tienen sentido autorreferencial y positivizado de modo interno. Asimismo, Ignacio De Otto Pardo, *Defensa de la Constitución y Partidos Políticos*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1985), 29-36, justifica el silencio del constituyente acerca de los límites materiales de la reforma, señalando que ese vacío no puede ser cubierto con teoría, pues simplemente implica la renuncia a imponer prohibiciones expresas que son sustituidas por un procedimiento de particular rigidez.

⁷¹ Germán Bidart Campos, *Lecciones Elementales de Política*, 11ª reimp. (Buenos Aires: Ediar, 2002), 408.

de voluntad que lo puedan atar de manos; y, la tercera, que se presenta si se acude al ejercicio del poder constituyente originario de simple organización, pues si la nueva constitución es el resultado de la acción de este poder, es imposible que se someta a los designios de la constitución precedente con la que no guarda ninguna relación. Incluso el hecho que se dicte una nueva constitución en reemplazo de otra no restringe el postulado de la soberanía popular como fundamento del poder constituyente, ni le resta su carácter de originario a pesar que no se funde o cree un Estado.

De esta forma, Rodrigo Borja indica que “es esencial al poder constituyente el no derivar su autoridad de ninguna norma de carácter positivo; su legitimidad trasciende al orden jurídico escrito. Invoca una categoría de valores superior a la de la ley”,⁷² criterio que es compartido por Segundo Linares Quintana, autor que señala que el poder constituyente originario es jurídicamente ilimitado, “en cuanto el pueblo; al constituirse originalmente en Estado y darse las bases de su ordenamiento jurídico, no se encuentra condicionado por limitación alguna de carácter positivo, por lo que posee una amplia y discrecional potestad para elegir el régimen político que considere más adecuado y para reglar la organización y el funcionamiento del gobierno, así como las relaciones entre este y los habitantes.”⁷³

Si este poder acude al expediente de la reforma de la constitución, se hace presente que tampoco se somete formalmente a las normas que establecen los procedimientos de su reforma. No se sujeta a limitaciones formales a las que se subsume el poder constituyente derivado.

Tampoco este poder, como indica Rafael Oyarte, se somete a limitaciones materiales de orden explícito, “que son prohibiciones al ejercicio del poder de reforma contenidas en la Carta Fundamental y que son adicionales a las formales”. Por ello, el autor señala que este poder puede crear o reformar la constitución “sin importar la existencia de dichas limitaciones”.⁷⁴

Ahora bien, el hecho que el poder constituyente se erija como un poder supremo, no sujeto a reglas previas de derecho positivo, no lo convierte en un poder soberano, pues

⁷² Rodrigo Borja, *Derecho Político y Constitucional*, Tomo II (Quito: Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1971), 227.

⁷³ Segundo Linares Quintana, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Tomo II, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970), 448.

⁷⁴ Rafael Oyarte, *Curso de Derecho Constitucional, Fuentes del Derecho Constitucional, Poder Constituyente y Derechos Políticos*, Tomo I (Quito: Fundación Andrade&Asociados, 2007), 109.

la soberanía no es, propiamente, un atributo de este poder, sino que, como dijimos, su titular -el pueblo- es quien la ostenta, por lo que el poder constituyente es la expresión máxima o suprema de voluntad de esa soberanía popular.

De ahí que, como lo señala el profesor Rafael Oyarte, “la ilimitación positiva del poder constituyente originario no es sinónimo de soberanía”,⁷⁵ criterio que no es compartido por Carlos Sánchez Viamonte, quien señala que el poder constituyente es “la soberanía originaria extraordinaria, suprema y directa en cuyo ejercicio la sociedad política se identifica con el Estado, para darle nacimiento y personalidad, y para crearle sus órgano de expresión necesaria y continua.”⁷⁶ Este autor indica que este poder es originario desde que su primera manifestación de soberanía da origen al orden jurídico; y, aunque se comparte la idea de que el constituyente originario tiene atribución de crear la constitución y que a través de su labor se crea Derecho, no se acepta el hecho de que señale que, por esta razón, el poder sea el soberano y no su titular: el pueblo. El poder constituyente es “el trasunto jurídico del concepto político de soberanía”,⁷⁷ por lo que, para evitar incurrir en confusiones, se prefiere la distinción que realiza el maestro Rafael Oyarte.

2.2. Las normas preconstituyentes ecuatorianas no son limitaciones positivas al poder constituyente originario

Se ha sostenido líneas arriba que el poder constituyente no tiene limitaciones de orden positivo, tanto cuando se lo ejerce en su fase fundacional como cuando se acude a este poder a manera de simple organización.

Una duda que se podría generar al respecto en el caso ecuatoriano es el hecho de que el constituyente de 2008 incluyó determinadas disposiciones que regulan algunos aspectos atinentes a la forma en que se debe convocar a la Asamblea Constituyente, órgano encargado de elaborar el nuevo proyecto de Constitución que, luego, debe ser sometido a aprobación popular refrendataria, a las cuales se denomina como *normas preconstituyentes*.

⁷⁵ Oyarte, “*Derecho Constitucional*”, 111.

⁷⁶ Carlos Sánchez Viamonte, *Manual de Derecho Constitucional*, 4ª Ed. (Buenos Aires: Kapelusz, 1959), 91.

⁷⁷ Ángel Garrorena Morales, *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y Sistema de Fuentes*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011), 41.

De este modo, la Constitución de 2008, como ningún otro pretérito texto constitucional lo había hecho, establece las reglas respectivas de iniciativa para convocar al soberano a manifestar su voluntad sobre la conformación de una Asamblea Constituyente: tienen iniciativa para hacerlo determinados poderes constituidos como el Jefe de Estado y la Asamblea Nacional mediante las dos terceras partes de sus integrantes, así como la propia ciudadanía- titular del poder constituyente originario- con un elevado requisito de firmas de respaldo, el cual asciende al doce por ciento de los inscritos en el padrón electoral. Pero además de las reglas de iniciativa, la Constitución exige que en la respectiva consulta popular en que se someta a aprobación ciudadana la posibilidad de convocar a una Asamblea Constituyente, se deben incluir las normas relacionadas con la forma de integración de los miembros de dicha Asamblea, así como las reglas electorales con las que se los designará, expresado de forma clara que el único órgano que puede elaborar un proyecto de Constitución para aprobación popular es, naturalmente, la Asamblea Constituyente.⁷⁸ Es decir, en un mismo mecanismo de democracia directa - consulta popular-, la ciudadanía debe pronunciarse sobre dos aspectos de forma simultánea: a través de un plebiscito debe manifestar su voluntad de convocar o no a una Asamblea Constituyente y, asimismo, mediante referendo, debe aprobar las reglas electorales que se aplicarán al caso.

En principio, se podría pensar que, en realidad, el poder constituyente originario no es ilimitado positivamente desde que, en Ecuador, tal como ocurre en Bolivia⁷⁹ y Venezuela⁸⁰, tiene ciertas reglas constitucionales previas⁸¹ para poder ser ejercido, lo que también ocurre con los casos de Costa Rica⁸² y Suiza,⁸³ las que, de no cumplirse, impedirían su actuación, con lo que la tendencia doctrinaria mayoritaria, a la que me he adherido con antelación, no tendría sustento alguno. No cabría hablar entonces de poder constituyente originario ilimitado respecto del Derecho Positivo si ese poder está sujeto a reglas previas que la constitución que va a dejar sin efecto le impone y que condicionan su

⁷⁸ Constitución de la República del Ecuador [2008]. [Quito]: Asamblea Nacional Constituyente, Decreto Legislativo, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 444.

⁷⁹ De este modo, la Constitución boliviana otorga iniciativa a la voluntad popular mediante referendo, con convocatoria del veinte por ciento del electorado, así como por mayoría absoluta de la Asamblea Legislativa Plurinacional o del Jefe del Estado (art. 411.I).

⁸⁰ La Constitución venezolana brinda iniciativa para convocar a Asamblea Constituyente al Presidente de la República, a la Asamblea Nacional con las dos terceras partes de sus integrantes, a las dos terceras partes de los concejos municipales y al quince por ciento de los electores (art. 348).

⁸¹ Sobre este aspecto puede revisarse Juan Luis Requejo Pagés, *Las Normas Preconstitucionales y el Mito del Poder Constituyente* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998).

⁸² La Constitución de Costa Rica requiere la convocatoria a Asamblea Constituyente para el caso de cambio de texto constitucional, aunque las reglas de funcionamiento del órgano extraordinario se delegan a la ley que debe ser aprobada por el ente legislativo (art. 169).

⁸³ La Constitución Suiza contempla esta posibilidad en el caso de la reforma total de la Constitución (art. 193).

actuación. Por ello, quienes se decanten por esta postura, argumentarían que el hecho de otorgar iniciativa al órgano legislativo o al Presidente de la República, para consultar a la población sobre la posibilidad de convocar a una Asamblea Constituyente implicaría que esos poderes constituidos, incluso, han ejercido un *poder preconstituyente de facto*, un poder del cual no son titulares.

Sin embargo, un señalamiento semejante conduciría a incurrir en, al menos, dos errores: la confusión entre poder constituyente originario y derivado y entre titularidad y limitaciones del poder constituyente.

Sobre la primera confusión se deben tener presentes los señalamientos que al respecto hace Mario de la Cueva al indicar que “no siempre se han separado con suficiente claridad los conceptos de poder constituyente y poder reformador, función constituyente y función reformadora, de lo que se sigue que en ocasiones, al considerar las posibles limitaciones del poder y de la función reformadores, se consideren en realidad las del poder y de la función constituyentes”.⁸⁴ Por ello es que cabe advertir que el poder constituyente derivado solo puede modificar la constitución en los términos expresamente previstos en ella y bajo las limitaciones formales y materiales que más adelante se revisarán, lo que implica que al ejercer su función debe someterse formal y materialmente a las disposiciones constitucionales previstas para el efecto. Contrario a ello, el poder constituyente originario, para su labor, no se sujeta, como se revisó, a norma jurídica alguna, pues, como indica Raúl Gustavo Ferreyra, este “instaura o cambia la constitución”.⁸⁵

Las normas preconstituyentes como la ecuatoriana no contienen reglas jurídicas que condicionan o establecen la forma en que el poder constituyente originario debe ejercerse, a diferencia de lo ocurre con el poder constituyente derivado o, incluso, con los poderes constituidos, que deben someter sus actuaciones a lo expresamente previsto en el texto constitucional. Las normas preconstituyentes únicamente regulan la forma en que el poder constituyente originario debe ser convocado a realizar su tarea, pero este, una vez en funciones, no tiene limitaciones positivas para su ejercicio.

Sobre la segunda cuestión antes mencionada, se debe decir que las normas preconstituyentes solamente contienen disposiciones que regulan lo relativo al órgano o

⁸⁴ Mario de la Cueva, *Teoría de la Constitución*, 2ª Ed. (México: Porrúa, 2008), 153.

⁸⁵ Raúl Gustavo Ferreyra, *Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad. Límites a la Judiciabilidad de la Enmienda*, (México: Porrúa, 2007), 62.

persona habilitado para convocar a una Asamblea Constituyente, pero no implica en lo absoluto que quien tiene la iniciativa de convocarla, ejerce, por ese solo hecho, un poder constituyente originario, cuya titularidad, se debe insistir, no le pertenece. La intención del convocante es, precisamente, que el soberano, que es titular del poder constituyente originario, manifieste su voluntad sobre la posibilidad de conformar o no una Asamblea Constituyente, para lo cual, en el caso ecuatoriano, ha de aprobar, además, las normas electorales básicas de conformación de ese órgano. Incluso recuérdese que el poder constituyente originario se ejerce de forma inmediata por su titular a través de mecanismos de democracia directa,⁸⁶ como a través de un mandato conferido a una Asamblea Constituyente a cuyos integrantes es convocado a designar, ocurriendo que en cualquiera de esos eventos no existe norma jurídica alguna que limite su accionar.

Por ello se estima que el hecho que la Constitución sea la norma que señale la iniciativa para convocar a una Asamblea Constituyente no puede ser asimilado como una limitación positiva al poder que ella ejerce. Tanto la Asamblea Nacional como el Presidente de la República, así como la ciudadanía misma, por el hecho de ser convocantes, no tienen facultad alguna para condicionar normativamente la labor que ejercerá la Asamblea Constituyente. Una vez designado y conferido el mandato a través de consulta popular, ese órgano tiene plenas facultades para elaborar el proyecto de constitución que, en lo posterior, será sometido a aprobación popular mediante referendo, pero para ello no tiene limitación positiva alguna.

Con ello, la Constitución de 2008 soluciona dos cuestiones básicas: por un lado no se presenta el denominado ejercicio de facto de un poder preconstituyente que, con frecuencia, se verificó en la historia constitucional ecuatoriana,⁸⁷ así como también se dota

⁸⁶ Aunque se considera que en el caso de Ecuador, un referendo constituyente directo es improcedente desde que existen normas específicas que regulan la forma en que cabe un cambio de Constitución. Lo conforme con la Constitución de 2008 es que el proyecto de nueva Constitución que elabore la Asamblea Constituyente, previamente conformada y designada por voluntad del soberano, sea aprobado por quien ostenta la titularidad del poder constituyente originario: el pueblo (art. 444 CE). Por tanto, sería inconstitucional que se someta a consideración popular, de forma directa, un proyecto de Constitución elaborado por el convocante, asunto que, en todo caso, ocurrió en 1978-79, cuando el Consejo Supremo de Gobierno sometió a consideración del electorado dos proyectos constitucionales: el texto de 1945 reformado y uno nuevo. En ese caso, si bien fue el soberano el que aprobó el texto constitucional, se discutía sobre la facultad del proponente para elaborar los proyectos de constituciones, pues aquello sí implicaba, según el parecer de este trabajo, el ejercicio arbitrario de un poder preconstituyente.

⁸⁷ Téngase en cuenta que, salvo las Constituciones de 1978-79 y la de 2008, todas las restantes, incluyendo la elaborada por la Asamblea Constituyente convocada en 1938 por el General Alberto Enríquez Gallo y que no rigió por decisión del entonces Presidente de la República, don Aurelio Mosquera Narváez, se promulgaron por sendas asambleas constituyentes convocadas por quienes ostentaban, de momento, el poder político. Ye se dijo en el párrafo anterior que, si bien se discutía la legitimidad del Consejo Supremo de Gobierno para proponer al electorado dos proyectos de Código Político, no es menos cierto que fue el pueblo soberano el que aprobó el texto constitucional de 1978-79, asunto que no había ocurrido con

de mayor legitimidad al proyecto de texto constitucional elaborado y que entrará a regir de ser aprobado. De este modo, es el pueblo soberano el que, convocado por los órganos autorizados, aprueba la posibilidad de convocar a una Asamblea Constituyente y su forma de designación; pero, además, es ese mismo soberano el que, luego, ratifica o niega el proyecto de constitución que se le presenta a consideración.

En todo caso, ese es un asunto relativo a la titularidad del poder preconstituyente, que es un tópico distinto al de la ilimitación positiva del poder constituyente originario, por lo que el hecho de que sea la Constitución la que indique los órganos y la forma en que se convoca al poder constituyente originario no puede constituirse en óbice para señalar que ello implica reconocer limitaciones positivas a este último. Incluso existen criterios doctrinarios que distinguen de forma diáfana lo señalado, como ocurre con Ignacio de Otto, autor que indica que “la participación democrática no es en modo alguno una actuación originaria o prejurídica, sino un procedimiento reglado mediante una norma que regula las elecciones o el referéndum que los convoca y que regula el procedimiento de elaboración de la Constitución. La intervención del pueblo va precedida de una fase provisional, previa al proceso constituyente propiamente dicho, en la que se elaboran las normas bajo las cuales tiene lugar la participación”.⁸⁸

Por los señalamientos efectuados es que se considera que no cabe ni es adecuado hablar, en el caso de las normas preconstituyentes ecuatorianas, de limitaciones al poder constituyente originario.

2.3. Limitaciones implícitas

Aunque el poder constituyente originario no contenga limitaciones positivas, debe acomodar su actuación a ciertos parámetros de naturaleza extrajurídica. Esto quiere decir que si bien no se le imponen barreras normativas, sí delimitan su campo de acción algunos tópicos que se encuentran fuera del Derecho Positivo.

Por lo indicado es que el maestro Hernán Salgado explica los peligros de reconocer un poder constituyente originario desmedido, al señalar que “si en el siglo XVIII y XIX, e incluso en el XX, se pensó en un poder constituyente absoluto e ilimitado,

Constituciones anteriores. En el caso de la Constitución de 2008, recuérdese que, en 2007, el Presidente Rafael Correa convocó a la ciudadanía para que manifieste su voluntad sobre la posibilidad de conformar una Asamblea Constituyente, órgano que, finalmente, elaboró un proyecto de texto constitucional que fue aprobado por el pueblo a través de referendo.

⁸⁸ de Otto, “*Derecho Constitucional*”, 53-4.

hoy no se puede mantener tal noción que corre el riesgo de caer en la vertiente totalitaria”.⁸⁹

Para efecto de analizar tales restricciones se las ha clasificado, de acuerdo con las fuentes revisadas, en aquellas relativas al constitucionalismo, las que tienen que ver con valores y principios de justicia y de Derecho Natural, y otras que se prefiere denominar como heterónomas.

2.3.1. Limitaciones desde el constitucionalismo

Existen ciertas condiciones que son inherentes al *telos* del movimiento histórico-político del constitucionalismo y que no se pueden superar cuando el constituyente originario actúa. El poder constituyente originario debe, en consecuencia, responder a los postulados del constitucionalismo y no puede omitirlos o rebasarlos.

Recuérdese que el constitucionalismo propugna, en esencia, la idea del límite al poder público y la separación y control mutuo entre los poderes constituidos, así como demanda el reconocimiento y protección de los derechos y libertades de las personas para lo que deben establecerse garantías. Si no existen en un Estado tales condiciones básicas, este no cuenta con una constitución.⁹⁰ Y si no existe una constitución, en términos de un verdadero Estado de Derecho, se invalida, en criterio de este trabajo, la obra llevada a cabo por su creador: el poder constituyente originario. Una constitución elaborada fuera del ideal que defiende el constitucionalismo no puede regir sino por la fuerza y crea un Estado en apariencia, por lo que las generaciones futuras bien pueden no sujetarse a la misma.

Entonces, entre las limitaciones implícitas que cercan al poder constituyente originario se encuentran los principios de soberanía popular y de separación de poderes. Al respecto, es importante hacer presente lo señalado por Rafael Oyarte, autor que, respecto de la soberanía popular como limitación al poder constituyente originario, indica que el ejercicio del mismo “reside esencialmente en el pueblo, que es su titular, no pudiendo transferirse este poder a otra entidad”,⁹¹ por lo que, según indica el citado profesor, “a través del ejercicio del poder constituyente originario, este no puede negar su

⁸⁹Hernán Salgado Pesantes, *Lecciones de Derecho Constitucional*, 4ª Ed. (Quito: Ediciones Legales, 2012), 59.

⁹⁰Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), art. 16.

⁹¹Oyarte, “*Derecho Constitucional*”, 115-16.

propia titularidad”,⁹² es decir, no puede renunciar a ella. Asimismo, Oyarte manifiesta, respecto al principio de separación de funciones del poder, que “los principios del constitucionalismo no permiten que a través de un texto constitucional se concentre el poder público”,⁹³ agregando que “si el poder lo asume una sola entidad nadie puede controlarla y, por añadidura, no se podrían establecer responsabilidades”.⁹⁴ Pero, en adición, el mismo autor hace presente este poder “no puede ejercer por sí mismo todo el poder”,⁹⁵ por lo que debe no solo crear los denominados poderes constituidos, sino que, como se dijo, no puede interferir sobre ellos, ni los puede reemplazar.

Lo propio debe ocurrir con los derechos y libertades fundamentales. Tales prerrogativas, inherentes a las personas por su condición y dignidad humana, son anteriores a la constitución y al Estado mismo. Por tanto, una constitución solamente debe limitarse a incorporarlos y reconocerlos, así como a establecer un cúmulo suficiente garantías que hagan efectivos y vigentes esos derechos cuando se vean vulnerados por actos u omisiones.

Desde este punto de vista, se hace presente que los derechos y las garantías no están a disposición del poder constituyente originario, pues este no puede emplear fórmulas de restricción sobre aquellos, no los puede eliminar, ni los puede dejar de reconocer a través del texto constitucional. Ahora bien, el hecho que una constitución no incorpore en su contenido un catálogo de derechos y libertades, no elimina la idea de su existencia, titularidad y ejercicio por parte de las personas, pues, como se dijo, son inherentes a su condición humana, lo que, incluso, se recoge en la Constitución ecuatoriana cuando señala que “el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas”.⁹⁶

Por tal razón es que se considera inadecuada y peligrosa la interpretación que, finalmente, realizó el legislador sobre cuál es el mecanismo adecuado para establecer en restricciones a derechos fundamentales, concluyendo que, para tal finalidad, se debe acudir al cambio de texto constitucional a través de la convocatoria y conformación de una

⁹² *Ibíd.*

⁹³ *Ibíd.*

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ *Ibíd.*

⁹⁶ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 11, N° 9.

Asamblea Constituyente que prepare el proyecto de nuevo Código Político a ser sometido a referendo.⁹⁷

Considero que, en caso que el poder constituyente originario se ejerciera con la finalidad de restringir derechos fundamentales, se rebasarían limitaciones implícitas a las que sí se somete y que deben ser observadas por aquel para llevar a cabo una tarea adecuada. El poder constituyente originario no puede disponer de los derechos fundamentales de forma arbitraria, imponiendo fórmulas de restricción desmedidas o, finalmente, buscar desconocer o eliminar el ejercicio de tales prerrogativas.

Se estima que otra cosa, totalmente distinta, es que el poder constituyente originario, a la hora de cumplir su tarea de cambiar o elaborar la constitución, incluya, junto con la consagración de un derecho, los límites que considere adecuados, pertinentes y razonables respecto al mismo, asunto que, naturalmente, no puede tornar en impracticable su ejercicio, no pudiendo, entonces, alterar o afectar a su *contenido esencial*.⁹⁸

Como lo anota Ignacio Villaverde, si bien es factible la fijación de límites externos a los derechos fundamentales, lo que involucra la potestad para disponer de ellos en cierta medida, tal disposición no es absoluta desde que existen parámetros o condiciones que esos límites deben cumplir a fin de poseer justificación. Entre esas condiciones se encuentra la necesidad de que ese límite se imponga directamente en el texto constitucional o bien sea autorizado por el constituyente al poder constituido a imponerlo, generalmente al legislador, no pudiendo incurrir en arbitrariedad, pues la

⁹⁷ Ecuador. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial, Suplemento, N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 101, N° 1.

⁹⁸ Entiéndase por contenido esencial de un derecho al elemento mínimo indisponible del mismo que lo torna reconocible como tal, siendo que ora sea un poder constituido o el propio poder constituyente originario el que fije límites, en esa tarea, no torne al derecho impracticable, lo dificulte más allá de lo razonable o lo despoje de su necesaria protección. Por ello, como anotan Antonio Luis Martínez y Tomás de Domingo, *Los Derechos Fundamentales en el Sistema Constitucional. Teoría General e Implicaciones Prácticas* (Lima: Palestra, 2010), 76-84, el contenido de la mayor parte de derechos se encuadra en un determinado ámbito de actividad; sin embargo, no todas las conductas que se desprenden de ese ámbito general de actividades obtienen protección constitucional, sino solamente aquellas que forman parte del contenido esencial de ese escenario. Todos los derechos tienen un contenido concreto, lo que implica que también presentan límites internos, barreras o contornos que configuran y delimitan el ámbito de la personalidad o de la actuación humana que es protegida por cada derecho. Ese marco de límites internos se denomina ámbito jurídicamente protegido del derecho y abarca una protección absoluta; fuera de ese ámbito o esos límites, el derecho no goza de protección constitucional. Su delimitación obedece, en todo caso, a la interpretación sistemática de la Constitución y a la atención de la finalidad del derecho mismo. El ámbito material de los derechos abarca toda acción u omisión que pueda incluirse o relacionarse con el área genérica de actividad o que sea expresión derivada del ámbito de la personalidad humana al que pertenece el contenido del derecho, la cual no goza de protección constitucional.

limitación debe ser razonable, debe respetar el principio de seguridad jurídica desde que debe ser fijado de forma expresa, precisa, cierta y previsible, así como debe fundarse en la protección de un derecho, bien o interés constitucional. Una vez cumplidos esos parámetros, se debe revisar que el límite respete el *contenido esencial del derecho*.⁹⁹

2.3.2. Limitaciones derivadas de principios, valores y del Derecho Natural

Existen otro tipo de limitaciones que tampoco están escritas en normas positivas. Se hace referencia aquí a las que tienen que ver con principios y valores relativos a la justicia y al Derecho Natural.

Bien hace en anotar Eduardo Jorge Prats que el constituyente originario está vinculado a los “principios jurídicos suprapositivos”.¹⁰⁰ Ahí residen, según el mismo autor, “las ideas de dignidad humana y de justicia, que legitiman al orden jurídico”. Por ello, Germán Bidart Campos indica que el hecho de reconocer un poder constituyente originario ilimitado en el aspecto positivo, “no significa desconocer la suprapositividad del valor justicia o del derecho natural”.¹⁰¹ Solo bajo dichas condiciones se crea en el Estado la idea de un Derecho Constitucional justo.

También existen limitaciones de orden axiológico. Según Néstor Pedro Sagüés, “los valores se plasman en doctrinas e ideologías políticas, que procuran organizar la sociedad de un o de otro, que naturalmente repercuten en la constitución, que al fin de cuentas es un instrumento de gobierno”.¹⁰² El mismo autor justifica que estos valores son limitaciones al poder constituyente originario ya que indican lo que debe y no debe disponer tal poder.

2.3.3. Limitaciones heterónomas

Las limitaciones heterónomas vienen impuestas, a mi criterio, por el Derecho Internacional Público, sin dejar de reconocer aquellas que puedan provenir del régimen de integración y comunitario, que distan del Derecho Internacional Público. Este tipo de

⁹⁹ Cfr., Ignacio Villaverde Menéndez, “Los Límites a los Derechos Fundamentales”, en Francisco J. Bastida Freijedo, et. al., *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978* (Madrid: Tecnos, 2004), 124-33.

¹⁰⁰ Jorge Eduardo Prats, *Derecho Constitucional*, Vol. I, (Santo Domingo: IusNovum, 2010), 132.

¹⁰¹ Germán J. Bidart Campos, *Compendio de Derecho Constitucional*, 1ª Ed. (Buenos Aires: Ediar, 2008), 32.

¹⁰² Néstor Pedro Sagüés, *Teoría de la Constitución*, 1º reimp. (Buenos Aires: Astrea, 2004), 283.

limitaciones, según Vladimiro Naranjo Mesa, “proceden de presiones externas que producen una aminoración de la suprema facultad política decisoria”.¹⁰³

Al respecto, se debe indicar que la idea de las limitaciones heterónomas al poder constituyente originario no resulta ser un tema pacífico dentro del Derecho Constitucional, no se ha llegado a un lugar común sobre la clase de limitación que constituye.

Por un lado, existen autores que afirman la idea de que el poder constituyente originario se halla limitado y condicionado a los instrumentos internacionales, principalmente a aquellos que contienen derechos humanos. El error que se considera en que incurren estos doctrinarios es en considerar a dicha limitación como de tipo positivo.

Autores como Néstor Pedro Sagüés afirman que las limitaciones heterónomas son siempre de carácter positivo. Este autor señala que las normas de Derecho Internacional “se plasman en documentos que sujetan el comportamiento de ese Estado-el vinculado al instrumento-, incluso en su poder constituyente”. Incluso advierte que el poder constituyente originario “podría declararse exento del cumplimiento de las normas internacionales en vigor. Pero en tal supuesto estaría actuando transgrediendo al derecho positivo internacional, generando a su vez serias responsabilidades al Estado”.¹⁰⁴

En similar tendencia, aunque delimitado al campo del poder constituyente originario de simple organización, Eduardo Jorge Prats anota que “las decisiones del constituyente en punto a la aplicabilidad y régimen de aplicación de las normas internacionales están condicionada por lo que al respecto hayan adoptado anteriores Constituciones”.¹⁰⁵

Los autores citados incurren en algunos yerros. Sagüés, por una parte, confunde entre el Derecho Internacional como limitación al poder constituyente originario con el *pacta sunt servanda*, que, a pesar de estar consagrado en normas de derecho positivo¹⁰⁶, no deja de ser un principio en base al cual un Estado no puede incumplir obligaciones internacionales argumentando el cumplimiento de normas internas. Pero no solo que se trata del sometimiento real del poder constituyente originario a un principio de Derecho Internacional y no a una norma positiva, sino que, en caso del constituyente originario

¹⁰³ Naranjo Mesa, “*Teoría Constitucional*”, 374.

¹⁰⁴ Sagüés, “*Teoría de la Constitución*”, 280.

¹⁰⁵ Prats, “*Derecho Constitucional*”, 132.

¹⁰⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), art. 6.

fundacional, el Estado se crea con la constitución, por lo que no se encuentra vinculado a obligaciones o normas externas previas a su nacimiento, este crea el Derecho y decide cómo aplicarlo.

Sobre las afirmaciones de Prats, se debe indicar que cuando se cambia de texto constitucional, el pueblo, en tanto titular del poder constituyente originario, bien podría desconocer la existencia, vigencia y vinculatoriedad de los instrumentos internacionales que formaban parte de un orden jurídico anterior con el que el nuevo no guarda relación alguna. El constituyente originario de simple organización tiene las mismas características que el fundacional, su origen reside en el mismo titular-el pueblo-, y este bien podría desconocer obligaciones previamente adquiridas, lo que, de otro lado, acarrearía problemas respecto del cumplimiento del principio *pacta sunt servanda* y las obligaciones internacionales anteriores adoptadas en base a un instrumento internacional aprobado y ratificado bajo un texto constitucional pretérito y que ha sido reemplazado.

Ahora bien, lo que no puede ocurrir es que el constituyente originario se niegue a observar y reconocer los instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto cuando crea o reemplaza una constitución, como cuando la reforma. Y aunque llegue a desconocerlos, caben las limitaciones anteriormente revisadas, como la dignidad humana.¹⁰⁷ Recuérdese que en Ecuador, los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que contengan situaciones más favorables que las expresadas en la Constitución, se aplican con preferencia,¹⁰⁸ por lo que, en todo caso, en conflicto entre estas normas, debe prevalecer la más favorable;¹⁰⁹ mientras que el resto de tratados se encuentran sometidos a la Constitución, aunque por encima de las leyes orgánicas y ordinarias.¹¹⁰

Con esto no se quiere decir que este poder se someta a normas positivas internacionales, porque ello no puede ocurrir, pero sí cabe aclarar que se convierten en limitaciones implícitas respecto del accionar de dicho poder. Así, si el constituyente originario actúa para crear, cambiar o reformar una constitución, deberá hacerlo siempre en apego y respeto a las cuestiones atinentes al Derecho Internacional, mucho más cuando se trata de derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, a los que, en el caso ecuatoriano, el poder de reforma, que puede realizarse por parte del constituyente

¹⁰⁷ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 11, N° 7

¹⁰⁸ *Ibíd.* art. 424, inc. 2°.

¹⁰⁹ *Ibíd.* art. 11, N° 5.

¹¹⁰ *Ibíd.* arts. 417 y 425.

originario, no puede rebasar (art. 84 CE). Al no ser un poder absoluto, cabe que se subsuma al Derecho Internacional, mas aquello no significa que lo haga porque aquel reviste una limitación positiva.

2.3.4. Otras limitaciones de este tipo

La doctrina propone también otros factores que pueden considerarse como limitaciones de orden implícito.

Así, por ejemplo, Julio César Trujillo indica que este poder está sometido al “ideal de civilización y a las normas superiores que inspiran la vida en sociedad; deben tenerse en cuenta las fuerzas reales del poder en la sociedad.”¹¹¹

Por su parte, Néstor Pedro Sagüés habla de los *topes fácticos* para referirse a que “en la dimensión existencial del mundo jurídico-político, ningún poder constituyente originario tiene potencia ilimitada para actuar. Siempre en el área fáctica, los condicionamientos del poder constituyente originario derivan primero de factores internos a ese poder.”¹¹² Por ello, el autor señala que existen limitaciones que se contienen en estructuras como la económica, política, religiosa y cultural, los grupos de presión, llegando incluso a señalar al consenso sobre la labor del propio constituyente como una limitación a su accionar.

2.4. *El poder constituyente originario no puede ejercer poder constituido*

Se ha dicho ya que el poder constituyente originario es supremo y, por lo tanto, no se somete a reglas jurídicas escritas, pero esa ilimitación no le alcanza para, a pretexto de esa superioridad, asumir “plenos poderes” en franco reemplazo de los órganos públicos constituidos que, sin duda alguna, siguen en el ejercicio de sus atribuciones mientras el constituyente originario elabora el nuevo Código Político. La labor de dicho poder se constriñe a elaborar una norma constitucional y no a actuar en sustitución del poder constituido, asunto que fue bastante bien desarrollado y confirmado, en principio, por el entonces Tribunal Constitucional.¹¹³

¹¹¹ Trujillo, “*Teoría del Estado*”, 126.

¹¹² Sagüés, “*Teoría de la Constitución*”, 281-82.

¹¹³ Ecuador. Tribunal Constitucional, Resolución N° 0008-07-TC, suplemento del Registro Oficial N° 133, 24 de julio de 2007.

Aunque, más tarde, ese mismo Tribunal Constitucional, autodenominado Corte Constitucional en transición, justificó el hecho de que la Asamblea Constituyente de 2007-2008, a guisa de esos “plenos poderes”, haya removido funcionarios, nombrando otros en su reemplazo y declarando inimpugnables sus llamativos “mandatos constituyentes”¹¹⁴, así como dictado leyes¹¹⁵, actividades todas que iban mucho más allá de la tarea que se le había encargado (elaborar un proyecto de Constitución para someterlo a consideración ciudadana en consulta popular).¹¹⁶

No solo que esos denominados “mandatos constituyentes” tenían dudosa o, al menos, poco clara naturaleza jurídica, sino que, de forma diáfana, se puede ver cómo esa Asamblea Constituyente sobrepasó el encargo que le efectuó el soberano, llevando sus “plenos poderes” al extremo de actuar en franco reemplazo de los órganos constituidos que no habían desaparecido todavía como consecuencia de la aprobación del nuevo texto constitucional. Una cosa es decir que el poder constituyente originario, en tanto supremo, puede innovar el régimen constitucional, cambiando el Código Político por otro nuevo, y otra, pretender que aquello le faculta a desviar el ejercicio de esa potestad, mucho más cuando, en el caso de Ecuador, esa Asamblea Constituyente ni siquiera tenía facultad para aprobar de modo directo el proyecto de norma constitucional, sino solamente para proponerlo a ratificación del soberano.

3. Limitaciones al poder constituyente derivado

Estas limitaciones se refieren al poder constituyente derivado que, como se dijo, solamente puede reformar la constitución. Para abordar este punto se ha tomado como principal fuente de consulta y referencia el aporte que ha elaborado el profesor Rafael Oyarte, aunque también se propondrán algunos conceptos hechos por otros importantes doctrinarios. En lo principal, Oyarte esquematiza este tipo de limitaciones en dos grupos: el primero, abarca aquellas que denomina de tipo *formal*, mientras que el segundo incluye

¹¹⁴ Ecuador. Mandato Constituyente N° 1, publicado en el suplemento del Registro Oficial N° 223 de 30 de noviembre de 2007; Mandato Constituyente N° 7, publicado en el segundo suplemento del Registro Oficial N° 321 de 22 de abril de 2008; Mandato Constituyente N° 11, publicado en el suplemento del Registro Oficial N° 362 de 18 de junio de 2008; Mandato Constituyente N° 18, publicado en el suplemento del Registro Oficial N° 393 de 31 de julio de 2008; Mandato Constituyente N° 19, publicado en el suplemento del Registro Oficial N° 393 de 31 de julio de 2008; y, Mandato Constituyente N° 22, publicado en el segundo suplemento del Registro Oficial N° 458 de 31 de octubre de 2008.

¹¹⁵ Ecuador. Mandato Constituyente N° 2, publicado en el suplemento del Registro Oficial N° 261 de 28 de enero de 2008; y, Mandato Constituyente N° 4, publicado en el suplemento del Registro Oficial N° 263 de 14 de febrero de 2008.

¹¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia N° 010-09-SEP-CC, dictada en los casos acumulados N° 0125-09-EP y 0171-09-EP, publicada en el suplemento del Registro Oficial N° 625 de 9 de julio de 2009.

a las *materiales*, subdividiéndose aquellas en *implícitas* y *explícitas*. En las limitaciones formales el autor ubica a los debates, mayorías o quórum de aprobación requerido y a la aprobación de la reforma por legislaciones sucesivas. En las materiales se decanta por insistir en las implícitas- que son las mismas que afectan al poder constituyente originario- aunque agrega el deber del constituyente derivado de respetar el contenido de la constitución, y en las explícitas, como son las cláusulas intangibles y los plazos de debates, que, como se verá, sobre las últimas, este trabajo considera que son, más bien, limitaciones formales antes que materiales.¹¹⁷

En todo caso, antes de revisar el contenido de estas limitaciones, se estima importante hacer referencia a su justificación, aspecto que no se abordó en lo referente a las limitaciones al poder constituyente originario desde que a él no se le imponen las denominadas limitaciones formales, que son básicamente positivas por ser procedimentales, así como las materiales de tipo explícito. En cambio, en el caso del poder constituyente derivado, la razón de su limitación se halla, según el parecer de este trabajo, en el tipo de constitución que pretenda reformar. Así, si se trata de una constitución flexible, el poder de reforma no tendrá mayores predicamentos para llevar a cabo su tarea, pues no requerirá de procedimientos ni mayorías o debates específicos y más rigurosos, sino que lo hará tal como si se tratase de la reforma legal prevista en la propia constitución, mientras que si se trata de un texto constitucional de tipo rígido, la tarea reformadora sí se verá limitada por aspectos procedimentales más exigentes y diferentes de los que se establecen para la reforma de una ley.¹¹⁸ No es tarea de este trabajo estudiar la tipología de constituciones que se presentan a nivel doctrinario, pero se ha considerado necesario tratar brevemente este aspecto a fin de solventar nuestra postura.¹¹⁹

3.1. Limitaciones formales

El accionar del poder constituyente derivado viene condicionado por el propio texto constitucional que será objeto de su labor. Las limitaciones formales, como lo anota Víctor García Toma, “se refieren a la totalidad de requisitos objetivamente establecidos por la constitución para que el proceso de reforma prospere”.¹²⁰ Las limitaciones formales

¹¹⁷ Cfr., Oyarte, “*Derecho Constitucional*”, 129-41.

¹¹⁸ Se aclara que el hecho que una constitución sea rígida o flexible no impide que el constituyente originario le haya impuesto limitaciones materiales explícitas al poder de reforma constitucional, aunque se estima poco probable que una constitución flexible imponga limitaciones materiales muy marcadas al poder de reforma y, asimismo, que una constitución rígida omita incluir tales limitaciones en su texto.

¹¹⁹ En todo caso, una muy importante distinción entre constitución rígida y flexible se puede revisar en Gaspar Caballero Sierra y Marcela Anzola Gil, *Teoría Constitucional* (Bogotá: Temis, 1995).

¹²⁰ Víctor García Toma, *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, 2ª ed. (Lima: Palestra, 2008), 494.

se refieren al cúmulo de procedimientos o solemnidades que el órgano encargado de ejercer el poder de reforma debe seguir y respetar a la hora de la modificación constitucional. El poder de reforma constitucional debe sujetarse a las reglas previstas en la constitución.

Entre esas limitaciones el autor antes citado identifica a la necesaria individualización del órgano competente para llevar a cabo la reforma, el trámite o procedimiento, así como también, eventualmente, como ocurre en Ecuador en el caso de la reforma parcial, la ratificación ciudadana del tal proceso.¹²¹ A estas limitaciones, Rafael Oyarte agrega las referidas a las mayorías o quórum especial para la aprobación de la reforma y también la relativa a la aprobación de la reforma por órgano sucesivo, como ocurre en España.¹²²

Para efectos de este trabajo, se propone categorizar a estas limitaciones en dos grupos. El primero se referirá a restricciones procedimentales propiamente dichas, mientras que el segundo a condiciones de orden participativo.

3.1.1. Limitaciones procedimentales propiamente dichas

a) El órgano que ejerce el poder de reforma

En ocasiones, las constituciones establecen que sean poderes constituidos los que ejerzan el poder constituyente derivado, generalmente el órgano legislativo, sin que se elimine la idea de que el soberano pueda activar procedimientos de reforma constitucional.¹²³ En otros eventos, las constituciones disponen la convocatoria a órganos especiales y transitorios que serán designados para llevar a cabo la tarea reformadora.¹²⁴

¹²¹ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 442.

¹²² Cfr., Oyarte, "*Derecho Constitucional*", 129-41.

¹²³ Es el caso de la Constitución ecuatoriana de 2008, que entrega la potestad de modificar el texto constitucional mediante procedimiento de enmienda a través de la Asamblea Nacional, aunque también cabe la enmienda constitucional mediante referendo directo a través de iniciativa del Presidente de la República o iniciativa ciudadana con respaldo popular de el ocho por ciento de los inscritos en el registro electoral, mas en este último evento se considera que no se ejerce poder constituyente derivado, sino originario (art. 441 CE), así como también la Asamblea Nacional debe tramitar el proyecto de reforma parcial que presente el Presidente de la República, la ciudadanía con al menos el uno por ciento de los inscritos en el padrón electoral, o mediante la iniciativa parlamentaria de la mayoría absoluta de sus integrantes (art. 442 CE). También la Constitución venezolana entrega la posibilidad de reformar su texto a la Asamblea Nacional (art. 342).

¹²⁴ Varias constituciones latinoamericanas poseen este tipo de disposiciones. Es el caso de la Constitución colombiana (art. 376), la argentina (art. 30) y la guatemalteca (art. 278). También en Ecuador se establece la posibilidad de convocar a una Asamblea Constituyente no solo para cambiar de texto constitucional, sino

Solamente dichos órganos pueden ejercer el poder de reforma constitucional y no otros, y no pueden realizar otra tarea que materializar dicha reforma.

b) La regulación del procedimiento

También los procedimientos que se deben seguir para poder realizar una reforma constitucional son limitaciones formales. De tratarse de una constitución rígida, el procedimiento de reforma será más riguroso que el de una reforma legal ordinaria. Este tipo de trámite no solo que debe estar regulado en la propia constitución, sino que implica el requerimiento de mayorías específicas para que proceda la aprobación de una reforma constitucional, así como la exigencia de mayor número de debates respecto de los que se necesitan para elaborar una reforma legal, e incluso, a mi criterio, los plazos de espera que le impone el poder constituyente originario al poder constituyente derivado, aunque doctrinarios como Rafael Oyarte ven a este último aspecto como una limitación material explícita, criterio que no comparto ya que no se trata sino de restricciones procedimentales que debe seguir el poder constituyente derivado al no tratarse de prohibiciones o exclusiones de materias sobre las que no cabe la reforma constitucional.

Es decir, no se trata de reservas de contenido, como ocurre con las limitaciones materiales de orden explícito, también denominadas cláusulas de intangibilidad, así como tampoco se trata de limitaciones materiales implícitas desde que están expresamente previstas en el texto constitucional, sino que se está frente a limitaciones temporales dentro del proceso de reforma o para poder ejercer el poder de reforma, lo que las torna en restricciones meramente formales que, en palabras de Pedro de Vega, nos las convierte en “cláusulas de intangibilidad, por constituir prohibiciones que se disuelven o desaparecen por sí mismas”¹²⁵ una vez superados los plazos impuestos por el poder constituyente originario.

Sobre el primer aspecto, esto es, el trámite, se ha indicado que es adecuado que la propia constitución lo regule, pues no se concibe jurídicamente conveniente que sean los poderes constituidos los que impongan limitaciones al poder de reforma constitucional mediante leyes. Lamentablemente, en el caso de Ecuador, la norma constitucional omite regular el procedimiento a seguir para los casos de modificación constitucional a través de

para modificar las reglas relativas a la reforma constitucional y, además, de forma poco adecuada, para restringir derechos (arts. 443 y 110, N° 1 LOGJCC).

¹²⁵ Pedro de Vega, *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente* (Madrid: Tecnos, 1991), 245.

enmienda o de reforma parcial, limitándose a indicar las iniciativas, mayorías de aprobación¹²⁶ y el número de debates que se deben realizar, así como los plazos de espera entre aquellos, que son las únicas limitaciones formales al ejercicio del poder constituyente derivado previstas en el caso ecuatoriano. La Ley Orgánica de la Función Legislativa, en todo caso, tampoco desarrolla este tipo de trámites, siendo que se limita a señalar que el “procedimiento de reforma o enmienda constitucional se sujetará a los requisitos y trámite determinados en la Constitución de la República”.¹²⁷

Lo que sí hace el constituyente originario es indicar que existen dos alternativas para modificar la Constitución en Ecuador: la primera es la vía de la enmienda, que procede ya sea mediante trámite parlamentario con iniciativa de una tercera parte de los integrantes de la Asamblea Nacional; ora a través de referendo constitucional directo convocado ya sea por el Presidente de la República o por la ciudadanía con el ocho por ciento de los inscritos en el registro electoral, mientras que la segunda vía es la de la reforma parcial, que cabe mediante iniciativa parlamentaria de mayoría absoluta de sus integrantes, del Presidente de la República o de la ciudadanía con el uno por ciento de los inscritos en el registro electoral. La reforma parcial se tramita ante la Asamblea Nacional y, luego de ello, una vez aprobado el proyecto, se somete a ratificación popular mediante referendo.¹²⁸

c) Quórum específico de aprobación de modificaciones constitucionales

Sobre las mayorías específicas que deben aprobar la reforma constitucional, la doctrina es enfática en señalar que ellas se justifican desde que evitan que, por un lado, si se trata de una constitución rígida, una reforma necesaria podría verse obstaculizada por la exigencia extrema de mayorías parlamentarias altas, mientras que una constitución flexible permitiría que una mayoría parlamentaria, perteneciente a un solo partido, podría efectuar modificaciones constitucionales a su sazón. Por ello, según lo indica Karl Loewenstein, las mayorías calificadas para aprobar las reformas constitucionales permiten que se alcance no solo “un consenso más amplio entre los partidos elegidos en el parlamento y entre las fuerzas sociales representadas por ellos, elevando así el grado de la

¹²⁶ Salvo el caso de la reforma parcial en que, lastimosamente, se omitió indicar la mayoría con la que se aprueba el proyecto a ser ratificado en referendo (art. 442 CE).

¹²⁷ Ecuador. Ley Orgánica de la Función Legislativa, Registro Oficial, Suplemento, N° 642, 27 de julio de 2009, art. 73.

¹²⁸ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, arts. 441 y 442.

legitimidad de la reforma, sino que también se concederá a la minoría disidente un veto que puede jugar un papel de un eficaz control intraórgano.”¹²⁹

En Ecuador, las leyes ordinarias se aprueban por mayoría simple, mientras que las leyes orgánicas se aprueban con mayoría absoluta, siendo que el proyecto de enmienda constitucional debe ser aprobado por las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, aunque el constituyente omitió determinar con qué mayoría se aprueba el proyecto de reforma parcial a la Constitución, lo que tampoco se regula en la Ley Orgánica de la Función Legislativa.¹³⁰

d) El número de debates

En torno a los debates, que deben ser, en cantidad, mayores a los previstos para el caso de la reforma legal, Rafael Oyarte anota que permiten una “mayor discusión del proyecto dentro del órgano encargado de tramitarla, aunque, por otra parte, la dilata”. Por ello, el mismo autor señala que “este tipo de formalidad no ha tenido mayor acogida en el constitucionalismo latinoamericano contemporáneo.”¹³¹

En el caso de Ecuador, el número de debates para tramitar tanto la enmienda como la reforma parcial a la Constitución es igual que los necesarios para el caso de tramitar la reforma legal, esto es, dos debates, lo que no ocurre en países como Panamá, cuya Constitución requiere tres debates para efectuar la reforma constitucional.¹³² Por esa razón, este trabajo estima que la Constitución ecuatoriana no es rígida en grado extremo, sino, a lo sumo, semirrígida por contemplar plazos de espera entre debates que solamente dilatan el procedimiento de reforma constitucional.

e) Los plazos de espera

Una limitación final que se considera también como procedimental se refiere a los plazos de espera para efectuar la reforma constitucional. Aquí se trata de dos cuestiones que deben distinguirse:

¹²⁹ Loewenstein, “*Teoría de la Constitución*”, 177.

¹³⁰ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, arts. 133, 441 y 442.

¹³¹ Oyarte, “*Derecho Constitucional*”, 132.

¹³² Constitución Política de Paraguay, art. 308.

En un primer momento, como señala Antonio Pereira Menaut, “el legislador constituyente ordena que la Constitución, o, al menos, algunas partes esenciales de ella, no sean revisadas en tanto no transcurra un mínimo de tiempo”,¹³³ lo que permite que la normas tengan un “rodaje mínimo antes de pretender reformarla”¹³⁴, como indica Ángel Garrorena. Así, en este caso, Karl Loewenstein justifica la existencia de estas limitaciones desde que “su formulación se genera en un compromiso alcanzado con gran dificultad.”¹³⁵¹³⁶

En un segundo momento, se pueden encontrar disposiciones constitucionales que imponen plazos de espera al poder constituyente derivado respecto a los debates que se deben efectuar dentro del procedimiento de reforma, como ocurre en el caso ecuatoriano en que para proceder a la enmienda constitucional por vía parlamentaria debe existir un plazo de un año y treinta días de espera entre el primer y segundo debates, ocurriendo que para la reforma parcial el plazo de espera entre el primer y segundo debate se reduce drásticamente a noventa días.¹³⁷

En cualquiera de los dos casos, la doctrina es uniforme en admitir las limitaciones formales de orden temporal para el ejercicio de la reforma constitucional, pues, como indica Miguel Carbonell, “aunque desaparezcan con el paso del tiempo, mientras estén vigentes constituyen un obstáculo insuperable para el poder constituyente”¹³⁸ derivado, aunque yo no tomo como absoluto ese criterio, ya que si se trata de plazos de espera entre debates, naturalmente, estos pueden ser superados dentro del procedimiento de reforma constitucional que se lleve a cabo en ese momento, mientras que para una posterior modificación, dichos plazos, igualmente, deben ser observados por el poder constituyente derivado, lo que no ocurrirá en caso de proscripciones temporales de reforma constitucional, en las que, superado el tiempo previsto en la constitución, la limitación, en realidad, desaparece.

¹³³ Pereira Menaut, “*Teoría Constitucional*”, 103.

¹³⁴ Garrorena Morales, “*Derecho Constitucional*”, 101.

¹³⁵ Loewenstein, “*Teoría de la Constitución*”, 188.

¹³⁶ Un ejemplo de aquello es el artículo 5 de la Constitución de los Estados Unidos de América. La Constitución paraguaya hace lo propio en los artículos 289 y 290.

¹³⁷ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, arts. 441, N° 2 y 442.

¹³⁸ Miguel Carbonell, *Constitución, Reforma Constitucional y Fuentes del Derecho en México* (México: Porrúa 2008), 245.

En Ecuador, la violación a las limitaciones formales es objeto de control de constitucionalidad represivo,¹³⁹ aunque llama la atención que se consagre tal sistema de control cuando los trámites no están positivados y, además, que se lo reduzca solamente a los aspectos formales y no se tomen en cuenta los materiales sobre los que la Corte Constitucional también tiene competencia para pronunciarse.¹⁴⁰

f) La ausencia de trámite para efectuar la enmienda y la reforma parcial y sus riesgos

Se hizo presente que la Constitución de 2008 omite imponer una importante limitación formal al poder constituyente derivado desde que no se incluyen o regulan los procedimientos a seguir para llevar a cabo tanto la enmienda como la reforma parcial a la Constitución. Naturalmente, esa omisión no afecta en medida alguna al poder constituyente originario, pues, como se ha dicho, no se sujeta a este tipo de limitaciones.

El poder constituyente derivado ejerce sus funciones de conformidad con las reglas materiales y formales que el propio poder constituyente originario le ha impuesto. El problema en Ecuador radica, precisamente, en la ausencia de ciertas reglas formales que habiliten la procedencia de la enmienda o la reforma parcial, asunto que conlleva dos riesgos: o bien los poderes constituidos deben normar los procedimientos de modificación constitucional, ora el poder constituyente derivado, a la hora de ser ejercido, no se somete a esas limitaciones, pudiendo actuar a su arbitrio.

Ocurre que la primera alternativa no resulta del todo ortodoxa, pues está frente al evento de que sea un poder constituido -probablemente el legislador- el que le disponga al poder constituyente derivado la forma en que debe proceder para enmendar o reformar parcialmente la Constitución, a lo que se debe agregar el hecho de que las normas procedimentales para las respectivas modificaciones constitucionales no vendrían incorporadas en el propio texto constitucional, como es lo adecuado, sino en normas jurídicas de jerarquía inferior, ocurriendo que las últimas indicarían la vía en que su norma superior debe ser mutada, desconociendo los más elementales principios de fundamentación y derivación. Pero, además, ese poder constituido suplantaría de forma irregular al poder constituyente originario que es el único autorizado a imponer esta clase

¹³⁹ Ecuador. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial, Suplemento, N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 106.

¹⁴⁰ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 436, N° 2.

de limitaciones. Seguramente el legislador ha efectuado similar interpretación, siendo que por tales motivos no ha desarrollado los procedimientos de enmienda y reforma parcial, limitándose a indicar que esas modificaciones deben efectuarse siguiendo el trámite previsto en la Constitución, el cual, como se ha revisado, no existe.

Entonces, si el legislador no ha desarrollado los procedimientos de enmienda y reforma parcial mediante ley, se está frente un riesgo aún mayor: la arbitrariedad del poder constituyente derivado a la hora llevar a cabo la tarea de modificar el texto constitucional, escapando a cualquier trámite que debería seguir para tal efecto, asunto que ya ocurrió en Ecuador con el denominado “paquete de enmiendas constitucionales” que se tramitó en 2015 en la Asamblea Nacional, en que sin mediar procedimiento específico y más agravado, una “Comisión Ocasional de Enmiendas Constitucionales” llevó a cabo procesos de “diálogo social” en todo el país a fin de dar a conocer el proyectado texto de enmiendas a pesar que nada ello se regula en la Constitución, habiéndose respetado solamente las limitaciones formales relativas las iniciativas y a los plazos de espera, sabiendo, además, que existe, como se vio, un quórum específico para su aprobación.

3.1.2. Limitaciones de orden participativo

En este tipo de limitaciones se establecen fórmulas de participación del electorado dentro del procedimiento de reforma constitucional.

Unas son de participación indirecta, pues procede la reforma constitucional con la “disolución del parlamento tras la aprobación de la reforma por el mismo, y se da la celebración de nuevas elecciones y la nueva aprobación por el nuevo parlamento”.¹⁴¹ Mediante este mecanismo, se suele argumentar, se produce una especie de referendo tácito por parte del electorado que designa el nuevo parlamento y, por lo tanto, se infiere que aprueba la reforma constitucional emprendida toda vez que las elecciones anticipadas se producen como una consecuencia inevitable de tal evento.¹⁴²

Otra alternativa es la participación directa del pueblo para aprobar o desaprobar lo resuelto por el órgano encargado de ejercer el poder de reforma constitucional, o incluso la facultad que el poder constituyente originario entrega al propio pueblo para no solo poder aprobar, sino iniciar procedimientos de reforma al Código Político. Tales

¹⁴¹ Loewenstein, “*Teoría de la Constitución*”, 179.

¹⁴² Un ejemplo de esta limitación se encuentra en el artículo 178 de la Constitución española.

posibilidades se materializan a través del referendo. Ello ocurre en Ecuador, donde la ciudadanía debe ratificar en referendo el proyecto de reforma parcial a la Constitución aprobado por la legislatura, con al menos la mitad más uno de los votos válidos emitidos,¹⁴³ aunque también cabe su participación directa mediante enmienda con fórmula de referendo constitucional directo convocado con el ocho por ciento de los inscritos en el registro electoral,¹⁴⁴ o la presentación de un proyecto de reforma parcial con apoyo del uno por ciento de los inscritos en el registro electoral.¹⁴⁵ En todo caso, como se vio, la ciudadanía debe ratificar mediante referendo el proyecto de reforma parcial incluso si no proviene de su iniciativa.

En todo caso, si la ciudadanía presenta ante la Asamblea Nacional un proyecto de reforma parcial y aquel no es tratado en un período de un año contado desde la verificación de las firmas de respaldo por parte del Consejo Nacional Electoral,¹⁴⁶ los proponentes pueden solicitar al Consejo Nacional Electoral la convocatoria a consulta popular para decidir en referendo el proyecto, aunque ya el texto constitucional no exige presentar el porcentaje de firmas que se necesita para tramitar una enmienda vía referendo directo porque, justamente, no se trata de enmienda, sino de reforma parcial y porque la consulta popular no se produce por voluntad directa de la ciudadanía, sino por la omisión del legislador.¹⁴⁷

3.2. *Limitaciones materiales*

Estas, como se manifestó, se clasifican en implícitas y explícitas. A diferencia de las formales, las materiales buscan proteger del poder de reforma algunos aspectos contenidos en principios o instituciones que forman parte del espíritu o *telos* de la constitución, así como algunas materias que el poder constituyente originario decidió que no se modifiquen mediante procedimientos de reforma.

¹⁴³ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 442.

¹⁴⁴ *Ibíd.* art. 441, N° 1.

¹⁴⁵ *Ibíd.* art. 442.

¹⁴⁶ Ecuador. Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, Registro Oficial, Suplemento, N° 578, 27 de abril de 2009, art. 190.

¹⁴⁷ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 103, inc. 4°. Ecuador. Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, Registro Oficial, Suplemento, N° 578, 27 de abril de 2009, art. 192. Ecuador. Ley Orgánica de la Función Legislativa, Registro Oficial, Suplemento, N° 642, 27 de julio de 2009, art. 66, inc. 4°. Ecuador. Ley Orgánica de Participación Ciudadana, Registro Oficial, Suplemento, N° 175, 20 de abril de 2010, art. 17.

3.2.1. Limitaciones implícitas

Se trata aquí de las mismas restricciones que revisó anteriormente para el caso del poder constituyente originario, es decir, de aquellas que devienen del constitucionalismo y las que derivan del Derecho Natural, de principios, valores y realidades sociales, culturales, económicas y políticas, excluyéndose en este caso a las normas escritas de Derecho Internacional Público como limitación implícita, pues, como se ha advertido, el poder constituyente derivado sí se sujeta a limitaciones de orden positivo, por lo que aquellas referentes al Derecho Internacional se deben tener como limitaciones materiales explícitas, tal como se estudiará; aunque, valga decir, estimo que los principios generales del Derecho Internacional Público sí deberían ser estimados como verdaderas limitaciones implícitas al ejercicio del poder de reforma constitucional.

En este punto, la doctrina agrega otra limitación adicional que no vincula al poder constituyente originario: se trata de las limitaciones que Karl Loewenstein denominó como no articuladas, y que “sirven para garantizar determinados valores fundamentales de la constitución que no deben estar necesariamente expresados en disposiciones o en instituciones concretas, sino que rigen como implícito, inmanentes o inherentes a la constitución.”¹⁴⁸

3.2.2. Limitaciones explícitas

Son prohibiciones de reforma que se imponen directamente en el texto constitucional, las cuales pueden consistir en materias o contenidos específicos sobre los cuales el poder constituyente originario ha decidido la imposibilidad de su modificación, así como las normas y principios del Derecho Internacional.

a) Las cláusulas de intangibilidad

Aquí se ubican las denominadas *cláusulas pétreas* o *disposiciones intangibles* que son, como lo anota Eduardo Jorge Prats, “casos en los cuales la constitución en su texto ha prohibido de manera expresa la reforma total o parcial de la constitución.”¹⁴⁹

¹⁴⁸ Loewenstein, “*Teoría de la Constitución*”, 189.

¹⁴⁹ Prats, “*Derecho Constitucional*”, 151.

Como lo expresa Rafael Oyarte siguiendo a Paolo Biscaretti, “éstas son prohibiciones sin límite de tiempo, sólo están circunscritas al objeto o materia -no a toda la Constitución por supuesto- que se prohíbe reformar, y que prevalentemente se refieren a la forma de gobierno o a diversos principios político-jurídicos fundamentales que se establecen en el ordenamiento constitucional.”¹⁵⁰ Se conviene en que no cabría la prohibición de reforma total de la constitución mediante una cláusula pétrea, sino, a lo sumo, una limitación formal de tipo temporal, como se vio.

Por su parte, Karl Loewenstein afirma que, en este aspecto, cabe distinguir dos situaciones de hecho: “por una parte, medidas para proteger concretas instituciones constitucionales”, a las que denomina intangibilidad articulada, y, “por otra parte, aquellas que sirven para garantizar determinados valores fundamentales de la constitución que no deben estar necesariamente expresados en disposiciones o en instituciones concretas, sino que rigen como implícitos o inmanentes o inherentes a la constitución”,¹⁵¹ por lo que para el célebre autor no existiría diferencia alguna, entonces, entre limitaciones materiales implícitas y explícitas, siendo las dos un mismo género de disposiciones intangibles que limitan al poder de reforma constitucional.

Hay, por otra parte, autores que llegan al punto de afirmar que las “normas intangibles no podrían ser reformuladas ni aun con el consenso de la unanimidad de la población, reconociendo que ese señalamiento pone en “una tensión absoluta con los elementos democráticos presentes en el constitucionalismo moderno”,¹⁵² mientras otros, precisamente asumiendo esa tensión que se presenta entre las nociones de democracia y cláusulas pétreas,¹⁵³ se oponen al establecimiento de estas últimas indicando que “no

¹⁵⁰ Oyarte, “*Derecho Constitucional*”, 137.

¹⁵¹ Loewenstein, “*Teoría de la Constitución*”, 188.

¹⁵² Colombo Murúa, “*Límites...*”, 181.

¹⁵³ Aunque hay corrientes doctrinarias que prefieren ver que, en realidad, entre democracia (la idea de soberanía popular) y constitucionalismo (en referencia a la previsión de cláusulas pétreas) no existe tal tensión, sino un complemento. De este modo, para autores como Víctor Ferreres Comella, “Una defensa de la rigidez constitucional”, en *Doxa N° 23* (Barcelona, 2000) 29-47, “la rigidez -que, para este trabajo, está íntimamente ligada a la idea de las cláusulas de intangibilidad- es una herramienta funcional a la democracia, pues en el fondo no hace otra cosa que fortalecer y racionalizar el diálogo entre los distintos organismos del Estado”, agregando que “si la Constitución fuera flexible, la mayoría parlamentaria podría liberarse fácilmente de la carga de dar al juez buenas razones en defensa de la ley (reforma constitucional) que ha aprobado”, idea que también es compartida por Francisco J. Díaz Revorio, *La Constitución como Orden Abierto* (Madrid: McGraw Hill, 1997), 4, quien indica que “si se entiende que la democracia tiene un importante contenido material axiológico, parecerían más justificados los mecanismos de defensa de tales valores frente a las opciones que pretendan subvertirlos, aunque lo intente a través de los procedimientos que el propio sistema democrático prevé”. De este modo, a criterio de este trabajo, la inclusión de disposiciones intangibles, si se asume que la democracia no se reduce al aspecto puramente formal, fortalece la protección de aquellos aspectos materiales o sustanciales que son vitales para la organización y funcionamiento de la comunidad política, por lo que el soberano, en tanto titular del poder constituyente

tienen justificación alguna”, al no ser posible “pretender que una generación ate a las sucesivas a determinado concepto político o modo de vida, colocándola en la necesidad de viola, a la fuerza, el orden jurídica establecido.”¹⁵⁴

En todo caso, en Ecuador, las disposiciones intangibles se hacen presentes en su texto constitucional de forma expresa. Así, la enmienda constitucional, cualquiera sea la vía seleccionada (tanto la efectuada por referéndum directo como la parlamentaria), no puede alterar la estructura fundamental de la Constitución, los elementos constitutivos del Estado, establecer restricciones a derechos fundamentales, ni modificar el sistema de cambios constitucionales;¹⁵⁵ mientras que la reforma parcial no puede establecer restricciones a derechos, ni modificar el sistema de cambios constitucionales, pero, curiosamente, a través de este procedimiento se permite modificar tanto la estructura fundamental de la Constitución como alterar los elementos constitutivos del Estado,¹⁵⁶ lo que resulta discutible desde que, en doctrina, como se ha visto, este tipo de cláusulas son las que se protegen del poder de reforma constitucional, siendo tarea, más bien, del poder constituyente originario alterarlas a través de su actuación.

b) El Derecho Internacional

Otra limitación material explícita constituye el Derecho Internacional Público, pero, en este caso, como lo indica Rafael Oyarte, “debe ser la propia Constitución del Estado la que lo contenga.”¹⁵⁷ En todo caso, se estima que si la norma constitucional no señala al Derecho Internacional Público como límite expreso al poder de reforma, se lo deberá aplicar como una limitación implícita, impidiendo que el poder constituyente derivado, que en muchos casos, como el de Ecuador, se ejerce por poderes constituidos, rebase o supere sus funciones incurriendo en vulneración o incumplimiento de normas y principios de Derecho Internacional que vinculan al Estado.

Ahora bien, como se expresó reiteradamente, tanto el poder constituyente originario como el derivado no pueden llevar a cabo su tarea en violación o

originario, ha resuelto de forma explícita que tales aspectos se excluyen del poder de reforma constitucional, pues a eso responde, precisamente, la sujeción material a la que se somete dicho poder a la hora de realizar su labor reformadora. Si el poder constituyente derivado nace y ejerce su potestad conforme el texto constitucional, las *cláusulas pétreas* no pueden ser vistas como una “autolimitación” del poder originario, sino como verdaderas limitaciones a ese poder derivado.

¹⁵⁴ Pablo A. Ramella, *Derecho Constitucional*, 2ª ed., (Buenos Aires: Depalma, 1982), 8.

¹⁵⁵ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 441.

¹⁵⁶ *Ibíd.*, art. 442.

¹⁵⁷ Oyarte, “*Derecho Constitucional*”, 141.

desconocimiento de los derechos consagrados en instrumentos internacionales; y, aunque se impusieran restricciones o se eliminaran derechos fruto de la reforma o cambio constitucional, se debe tener presente el principio de cláusula abierta en esta materia.¹⁵⁸ Así, la Constitución impone al Estado el deber de garantizar el goce de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, llegando, incluso, a poner un límite específico a la Asamblea Nacional, que ejerce, como se ha visto, poder constituyente derivado: su tarea debe estar adecuada en lo formal y material a los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales, limitación que no se impone de forma específica a la ciudadanía y al Presidente de la República que también tienen iniciativa para participar en materia de cambios constitucionales, quienes, en todo caso, tiene esa limitación como implícita.¹⁵⁹

Para el resto de instrumentos internacionales, el constituyente dispuso un sistema de control *a priori* de constitucionalidad para el caso de los tratados que requieran aprobación legislativa.¹⁶⁰ La ley de la materia aclara la duda, pues no se indica en la Constitución cuál es el órgano que se encarga de calificar la necesidad de aprobación parlamentaria del instrumento, tarea que la debe realizar la Corte Constitucional.¹⁶¹

Si el instrumento requiere aprobación legislativa, debe, además, existir un control automático y previo a tal aprobación.¹⁶² En caso que el instrumento vulnere la Constitución por el fondo o materialmente, su aprobación se condiciona a la previa reforma o enmienda constitucional, con lo que se confirma el hecho que los tratados internacionales, si bien se encuentran sometidos a la Constitución, no es menos cierto que también se convierten en una limitación al poder constituyente derivado que, como se ve, debe efectuar su tarea en respeto al Derecho Internacional como condición para que un instrumento internacional forme parte del ordenamiento jurídico, lo que no ocurre cuando el tratado internacional adolece de vicios de inconstitucionalidad formal, caso en el cual aquellos defectos deben ser enmendados por el órgano que los produjo, no siendo necesario emprender procedimientos de modificación constitucional como condición para su eventual aprobación.¹⁶³

¹⁵⁸ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 11, N° 7.

¹⁵⁹ *Ibíd.* arts. 3, N° 1 y 84.

¹⁶⁰ *Ibíd.* arts. 419, 438, N° 1.

¹⁶¹ Ecuador. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial, Suplemento, N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 109.

¹⁶² *Ibíd.* arts. 107, N° 2, 110, N° 1 y 11, N° 2.

¹⁶³ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 417. Ecuador. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial, Suplemento, N° 52, 22 de octubre de 2009, arts. 112, N° 2 y 3.

Si el tratado no ha requerido aprobación legislativa y ha sido ratificado de forma directa, se crea un novedoso control posterior solamente formal, lo que permitiría que instrumentos internacionales no aprobados por la Asamblea Nacional entren a regir violando en lo material a la Constitución. Si la Magistratura declara su inconstitucionalidad, se debe promover la enmienda o reforma parcial a la Constitución, en virtud del principio *pacta sunt servanda*, lo que confirma al Derecho Internacional como una limitación explícita al poder constituyente derivado; aunque, de forma incomprensible, se posibilita también a denunciar o renegociar el tratado, con lo que pierde efecto el anterior señalamiento.¹⁶⁴

Por ello se considera que este control posterior no tiene sustento jurídico, ya que una declaratoria de inconstitucionalidad de un instrumento ya ratificado implica que el Estado debe incumplir sus obligaciones o bien incurrir en engorrosos procedimientos de reforma constitucional para evitar tal predicamento. Se conviene, en todo caso, en que el control constitucional previo del instrumento impide estos eventos, por lo que se estima adecuado que tal control no solo debió extenderse a tratados internacionales sujetos a aprobación legislativa, sino a todos los que se suscriban y pretendan ratificarse.

¹⁶⁴ Ecuador. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial, Suplemento, N° 52, 22 de octubre de 2009, arts. 110, N° 4 y 112, N° 4.

Capítulo tercero

Control al poder de reforma constitucional en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

1. Fórmulas para controlar al poder de reforma constitucional en Ecuador

1.1. *Control político y judicial hasta 1998*

Hasta la Constitución de 1998, existían dos mecanismos de control al ejercicio del poder de reforma constitucional, uno de orden político, a cargo, como se verá, del Presidente de la República, facultad establecida también en el texto original de la Constitución de 1978-79 y en sus posteriores cuatro codificaciones de 1983, 1993, 1996 y 1997, aunque reducida a la posibilidad de emitir un “dictamen de conformidad” sin distinguirse si podía objetar el proyecto por razones de conveniencia y de inconstitucionalidad¹⁶⁵; y un segundo medio que, en un solo escenario a revisarse, ejercía el entonces Tribunal Constitucional, aunque con los precedentes a los que se hará mención, lo que no ocurría con el Tribunal de Garantías Constitucionales desde el original texto del Código Político de 1978-79¹⁶⁶ (art. 141 CPE) hasta las codificaciones de 1996 y 1997 en que se le entrega la facultad de conocer las objeciones de inconstitucionalidad que pueda presentar el Jefe de Estado¹⁶⁷, lo que, como se dijo, en mantenido en la Constitución de 1998.

Ahora bien, el control político y el jurisdiccional se ejercían de las siguientes formas:

a) Por un lado se habilitaba al Jefe de Estado a ejercer su potestad de sanción u objeción presidencial a todos los proyectos de reforma constitucional aprobados previamente por el Congreso Nacional, lo que se desprendía del hecho de que el trámite para modificar el texto constitucional era el mismo que el trámite ordinario de formación y reforma de la ley, con las excepciones de que, en el primer caso, se incluían ciertas limitaciones explícitas de orden material, como era el quórum de aprobación del proyecto, el que requería de dos tercios de los integrantes del órgano legislativo y, además, el plazo

¹⁶⁵ Ecuador, Constitución Política de la República, Registro Oficial, N° 800, 27 de marzo de 1979, art. 143.

¹⁶⁶ *Ibíd.*, art. 141.

¹⁶⁷ *Ibíd.*, arts. 175, N° 4 y 180.

de espera de un año entre primer y segundo debates, lo que, a criterio de este trabajo, no *rigidizaba* en modo alguno el Código Político, tornándolo, a lo sumo, en *semirígido*.¹⁶⁸

b) De este modo, al tramitarse los proyectos de reforma constitucional a través de la misma vía que la prevista de modo ordinario para los proyectos de ley, con las excepciones ya señaladas, y al entregársele al Presidente de la República la potestad de veto también en materia de proyectos de reforma constitucional,¹⁶⁹ implicaba, en adición, la posibilidad de que el veto u objeción al proyecto de reforma constitucional se fundamente en señalamientos de inconstitucionalidad formal o material, acusación que, como se sabe, debía ser resuelta por el entonces Tribunal Constitucional. Si el dictamen confirmaba la inconstitucionalidad total del proyecto, éste podía ser archivado. Si confirmaba la inconstitucionalidad parcial, el Congreso Nacional debía realizar las enmiendas necesarias para que el proyecto pase luego a la sanción del Presidente de la República, nuevamente. Si el Tribunal Constitucional dictaminaba que no había inconstitucionalidad alguna, el Congreso Nacional ordenaba su promulgación.¹⁷⁰

c) Entonces, como se ve, en este caso, existían dos tipos de control al poder de reforma constitucional, el primero de orden político ejercido por el Jefe de Estado mediante el poder de veto, tanto por razones de conveniencia¹⁷¹ como por cuestiones de inconstitucionalidad y, asimismo, en este segundo evento, un control judicial previo en manos del Tribunal Constitucional. En todo caso, se estima que el único control destinado a verificar si el poder de reforma constitucional había o no superado las limitaciones implícitas y explícitas, tanto formales como materiales, era el que se verificaba cuando el Presidente de la República alegaba la inconstitucionalidad del proyecto de reforma constitucional y aquello era revisado por el Tribunal Constitucional, mientras que una eventual objeción por razones de conveniencia se limitaba a lo estrictamente político.

d) Lo que sí se debe hacer presente es que el entonces Tribunal Constitucional, en dos resoluciones expedidas, decidió declararse competente también para conocer sobre las acusaciones de inconstitucionalidad formal y material de las reformas constitucionales mediante control represivo, es decir, a través de demanda,¹⁷²

¹⁶⁸ Ecuador. Constitución Política de la República, Registro Oficial, No 1, 11 de agosto de 1998, arts. 130, N° 4, 280 y 282.

¹⁶⁹ *Ibíd.*, art. 282, inc. 2°.

¹⁷⁰ *Ibíd.*, arts. 154 y 276, N° 4.

¹⁷¹ *Ibíd.*, art. 153.

¹⁷² Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución N° 065-1-97. Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución N° 097-1-97.

más allá de que la Constitución de 1998 no le entregaba al ente la posibilidad de resolver demandas de inconstitucionalidad contra las reformas constitucionales, estando expresamente señalados los actos normativos sujetos a su control: leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas; estatutos, reglamentos y resoluciones,¹⁷³ sin que, como ocurre desde la Constitución de 2008, se incluya a las reformas constitucionales como los actos normativos sujetos a control de constitucionalidad.

e) Finalmente, el propio Presidente de la República podía convocar al soberano a consulta popular con la finalidad de que se aprueben proyectos de reforma constitucional en casos de urgencia, calificados previamente por el Congreso Nacional con el voto de la mayoría de sus integrantes, o, a su vez, en el evento de que los legisladores no hayan conocido, aprobado o negado el proyecto de reformas constitucionales presentadas por el Jefe de Estado en el término de ciento veinte días contados a partir del vencimiento del plazo de un año luego de efectuado el primer debate.¹⁷⁴ En ambos eventos se debían poner a consideración del electorado textos concretos de reforma constitucional que, de ser aprobados, se incorporaban inmediatamente a la Constitución.¹⁷⁵

1.2. Control judicial a través de Magistratura como único mecanismo desde 2008 y la eliminación del control político

La Constitución de 2008 elimina el poder de veto que expresamente se reconocía en la de 1998 al Presidente de la República respecto de los proyectos de reforma constitucional. Por ello, al no estar esa potestad prevista en la Constitución no podría ser ejercida,¹⁷⁶ mucho más cuando al Jefe de Estado se le entrega la facultad de veto de modo exclusivo en proyectos de ley,¹⁷⁷ no siendo la Constitución, en lo formal y material, una ley, por lo que cualquier posibilidad de control político al poder de reforma constitucional desaparece. Se estima que ni siquiera la amplitud de la iniciativa presidencial en materia

¹⁷³ Ecuador. Constitución Política de la República, Registro Oficial, No 1, 11 de agosto de 1998, art.276, N° 1.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, arts. 104, N° 1 y 283.

¹⁷⁵ Hago presente que hasta antes de la Constitución de 1998, no era extraña, aunque irregular, la convocatoria a consultas populares por parte del Presidente de la República sin haber cumplido con el requisito de haber presentado el proyecto ante la legislatura y que aquella lo haya rechazado, ocurriendo que, con la finalidad de esquivar dicha exigencia constitucional, se calificaba como “cuestión de trascendencia para el país” dicha situación para convocar a consultas popular con el objeto de reformar la Constitución. Ello ocurrió con las consultas populares de 1986, convocada por el entonces Presidente León Febres Cordero y las de 1994 y 1995, convocadas por Sixto Durán Ballén. Naturalmente, en estos casos, era evidente y notorio no solo el sobrepasamiento de las condiciones constitucionales que habilitaban al Jefe de Estado a convocar a consulta popular reformativa del texto constitucional, sino, además, la ausencia total de un control respecto al ejercicio de dicho poder.

¹⁷⁶ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 226.

¹⁷⁷ *Ibíd.*, arts. 137, 138, 139 y 147, N° 12.

de convocatoria a consulta popular, la que se refiere a “los asuntos que estime convenientes”,¹⁷⁸ permitiría que se convoque al soberano a consulta popular para que se pronuncie sobre un proyecto de reforma parcial que, eventualmente, pudiera ser no tratado o rechazado por la Asamblea Nacional¹⁷⁹, no solo porque la competencia no consta expresamente prevista en la Constitución, sino porque, al hacerlo, el Presidente de la República cometería fraude a la misma desde que es la propia Norma Fundamental la que establece los trámites a seguir para su modificación.

A partir de la Constitución de 2008 se establece un sistema de control único al ejercicio del poder de reforma constitucional, el que básicamente queda en manos de la Corte Constitucional, lo que permite confirmar que, en Ecuador, la única vía de control a dicho poder es judicial. Ese control, constitucionalmente, es, como se verá, *a priori* (calificación previa de vía y contenido del proyecto) y *a posteriori* (a través de demanda de inconstitucionalidad), pudiendo ser este último lo suficientemente amplio como para conocer vicios formales y materiales,¹⁸⁰ amplitud que, como se verá más adelante, la ley lo restringe al aspecto meramente formal,¹⁸¹ violando norma constitucional expresa que no hace esa distinción; aunque, lo que sí hace el texto constitucional es indicar que la Corte Constitucional debe conocer demandas de inconstitucionalidad, por el fondo y por la forma, contra “actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado”, lo que, en principio, impediría presentar demanda de inconstitucionalidad contra las modificaciones constitucionales aprobadas por el soberano en consulta popular, pues en ese evento la norma no emana de un “órgano o autoridad del Estado”, lo que sucede con el procedimiento de enmienda por referéndum directo; y, de algún modo, aunque discutible,¹⁸² con el de reforma parcial. Pero aquello no ocurre con la enmienda por la vía parlamentaria, en cuyo caso la modificación constitucional proviene de un órgano constituido como la Asamblea Nacional. No obstante, el predicamento se solventa en la ley de la materia que, de modo general, establece no solo la posibilidad de presentar demanda de inconstitucionalidad, aunque con la restricción ya anotada, sino que, además, puede ser propuesta por cualquier persona, agregándose también que aquella es una de las

¹⁷⁸ *Ibíd.*, art. 104, inc. 2°.

¹⁷⁹ *Ibíd.*, art. 442.

¹⁸⁰ *Ibíd.*, arts. 436, N° 2, 438, N° 2 y 443.

¹⁸¹ Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 106.

¹⁸² Digo discutible porque el soberano solamente ratifica lo aprobado en la legislatura, por lo que bien cabría argumentar que, de todos modos, es la Asamblea Nacional, como ente público constituido, el que tramita, discute y aprueba el proyecto de reforma parcial.

competencias que corresponden a la Magistratura en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad.¹⁸³

Por ello, el control de constitucionalidad que se ejerce por el órgano especializado se evidencia en tres momentos: la determinación de la vía a emplearse, el pronunciamiento sobre la conformidad constitucional de proyecto de modificación propuesto si el mismo se debe tramitar mediante referéndum y, además, un control posterior sobre dichos cambios constitucionales.¹⁸⁴

De este modo, en primer lugar, corresponde a la Magistratura calificar la vía que debe seguir el proponente para llevar a cabo la modificación constitucional pretendida, sea a través de la enmienda, de la reforma parcial o, de ser el caso, a través de la convocatoria a una asamblea constituyente, para lo cual se deben revisar las limitaciones materiales o cláusulas de intangibilidad que el propio texto constitucional impone.¹⁸⁵ Así, si bien el proponente debe fundamentar su petición y sugerirle a la Corte Constitucional la vía que estima procedente para su pretensión, no es menos cierto que, como se verá, bien podrían los jueces constitucional determinar que esa sugerencia es errada y que, en todo caso, el proyecto de modificación constitucional debe tramitar mediante un procedimiento diferente al sugerido.¹⁸⁶

Si la Corte Constitucional, al calificar la vía, ha determinado que el proyecto de modificación constitucional se debe tramitar a través de referéndum, como ocurre con la enmienda iniciada a petición ciudadana o mediante iniciativa del Presidente de la República, con la reforma parcial y, naturalmente, con la labor de una asamblea constituyente,¹⁸⁷ también debe entrar a pronunciarse sobre la conformidad constitucional del proyecto, de modo previo a la convocatoria a consulta popular.¹⁸⁸ En cambio, si el

¹⁸³ *Ibíd.*, arts. 75, N° 1, letra a, y 98.

¹⁸⁴ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 436, N° 2. Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, arts. 75, N° 1, letra a, y 3, letras a y b, y 99

¹⁸⁵ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, arts. 441, 442, 443 y 444.

¹⁸⁶ Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, arts. 100, inc. final y 101. Ecuador. Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 613, 22 de octubre de 2015, art. y 3, N° 4, letra a.

¹⁸⁷ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, arts. 441, N° 1, 442, inc. 2° y 444

¹⁸⁸ *Ibíd.*, art. 438, N° 2. Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 102. Ecuador. Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 613, 22 de octubre de 2015, art. y 3, N° 4, letra a.

proyecto de modificación constitucional se debe tramitar mediante enmienda a través de la Asamblea Nacional, al no haber en este caso referéndum ratificatorio de lo aprobado por los legisladores, la Corte Constitucional se limita a hacer un control previo de exclusiva calificación de vía, lo que genera los riesgos que más adelante se estudiarán, aunque se deja a salvo el control de constitucionalidad posterior, con las restricciones que también se van a revisar.

Finalmente, una vez aprobado el proyecto de modificación constitucional, la Magistratura puede ejercer control de constitucionalidad posterior a través de la presentación de demanda,¹⁸⁹ sin que pueda, en este caso, intervenir oficiosamente, como ocurre en otros eventos como la declaratoria de inconstitucionalidad de norma conexas o el control de decretos de estados de excepción en caso que se suspendan o limiten derechos fundamentales,¹⁹⁰ debiendo seguirse la regla general de que la Magistratura actúa a pedido de parte y solo, excepcionalmente, de modo oficioso.¹⁹¹ control abstracto que, como ya se ha anticipado, de modo inconstitucional es reducido por el legislador al aspecto puramente formal,¹⁹² con las dificultades que también se estudiarán.

2. El control constitucional al poder de reforma en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Como se dijo, el sistema de control judicial al poder de reforma constitucional se ejerce en dos momentos: de modo previo al calificar la Magistratura la vía y al revisar el contenido del proyecto de modificación constitucional en caso que se deba tramitar mediante referéndum; y, además, de modo posterior y represivo, esto es, mediante demanda de inconstitucionalidad una vez aprobadas y publicadas en el Registro Oficial las reformas constitucionales de las que se trate.¹⁹³

2.1. El control de calificación de vía

¹⁸⁹ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 436, N° 2. Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, arts. 75, N° 1, letra a y 106. Ecuador. Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 613, 22 de octubre de 2015, art. 3, N° 2, letra a.

¹⁹⁰ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 436, N° 3 y 8.

¹⁹¹ Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 4, N° 4.

¹⁹² *Ibíd.*, art. 106.

¹⁹³ *Ibíd.*, art. 99.

La Corte Constitucional tiene facultad para conocer todos los proyectos de enmienda o reforma parcial a la Constitución, debiendo, en primer lugar, indicar cuál de los procedimientos previstos en la propia Ley Fundamental corresponde aplicarse,¹⁹⁴ y teniendo el peticionario la obligación de acompañar a su solicitud y proyecto los argumentos o fundamentos sobre la vía o procedimiento que estima procedente para el caso propuesto.

El control previo de calificación de vía o procedimiento pretende que la Magistratura se pronuncie sobre cuál es el procedimiento adecuado para la discusión y aprobación de un proyecto de modificación constitucional, asegurando no solo la supremacía constitucional, sino también el cumplimiento de las reglas de rigidez constitucional, lo que es un asunto confirmado por la Corte Constitucional.¹⁹⁵ Pero la propia Corte Constitucional ha señalado que, al calificar la vía o el procedimiento, también se revisa el contenido material del proyecto de modificaciones constitucionales.¹⁹⁶

Si el proyecto de modificación constitucional proviene del Presidente de la República, el dictamen de calificación de vía debe emitirse antes de la expedición del decreto por el cual se convoque a la ciudadanía referéndum (en el caso de la enmienda), o antes de emitir el decreto por el cual se remite el proyecto de reforma parcial a la Asamblea Nacional para discusión y tratamiento.¹⁹⁷

En cambio, cuando el proyecto de reformas constitucionales provenga de iniciativa de la ciudadanía, la Corte Constitucional debe pronunciarse antes de dar inicio a la recolección de las firmas requeridas para la respectiva convocatoria a referéndum o para la presentación del proyecto de reforma parcial a la Asamblea Nacional.¹⁹⁸ Al respecto, un problema se presentó entre 2013 a 2019 en este punto dada la existencia de una llamativa y criticable limitación jurisprudencial que impuso la Corte Constitucional al indicar que en todo caso de consultas populares promovidas por iniciativa ciudadana, para la emisión del

¹⁹⁴ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 443. Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 100, inc. 1°. Ecuador. Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 613, 22 de octubre de 2015, art. 78.

¹⁹⁵ Corte Constitucional, Sentencia N° 018-18-SIN-CC, dictada en los casos acumulados N° 0099-15-IN. 0100-15-IN. 0102-15-IN. 0001-16-IN. 0002-16-IN, 0003-16-IN. 0004-16-IN. 0005-16-IN. 0006-16-IN v 0008-16-IN.

¹⁹⁶ Corte Constitucional, Dictamen N° 001-11-DRC-CC, dictado en el caso N° 0001-11-RC, publicado en el suplemento del Registro Oficial N° 391 de 23 de febrero de 2011.

¹⁹⁷ Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 101, N° 1.

¹⁹⁸ *Ibíd.*, art. 100, N° 2.

respectivo dictamen, era requisito indispensable y previo que el proponente justifique lo que esa Magistratura denominó la “*legitimación democrática*”, es decir, el porcentaje de firmas exigido por la Constitución para que proceda la convocatoria a consulta popular. Señaló, entonces, que el control que debe efectuar, si bien es previo a la convocatoria, no lo es respecto de la recolección de firmas.¹⁹⁹ Sobre este señalamiento jurisprudencial hay que hacer presente lo que sigue:

a) Lo primero que se debe indicar es que este defectuoso precedente alteraba el sistema previsto en la Constitución, pues el control que debe efectuar la Corte Constitucional es previo a la convocatoria a consulta popular, por lo que, hasta antes de 2013, quienes promovían este tipo de iniciativas, previo a la recolección de firmas, debían acudir a la Magistratura a fin de requerir el dictamen correspondiente.²⁰⁰

b) Con el dictamen de la Corte Constitucional es que procedía, en caso que la consulta popular provenga de la iniciativa ciudadana, la petición de formularios para la respectiva recolección de firmas, cuya autenticidad era revisada por el Consejo Nacional Electoral, para luego, de ser procedente, convocar a la consulta popular.²⁰¹

c) Desde 2013 y hasta 2019, el sistema varió de forma drástica e inconstitucional, pues la Corte Constitucional solo emitía dictamen si al pedido de tal pronunciamiento judicial se acompañan las firmas debidamente certificadas por el Consejo Nacional Electoral, lo que, además de la inconstitucionalidad advertida, generaba adicionales predicamentos, como se revisa a continuación.

d) Otro problema es que en ese precedente la Corte Constitucional no dejaba claro a qué tipo de consulta popular se refería, pues técnicamente existen tres principales tipos, por lo que no quedaba claro si esa disposición aplicaba solamente para las consultas plebiscitarias, o también para las refrendatarias y revocatorias, en las cuales también es

¹⁹⁹ Corte Constitucional, Dictamen N° 001-13-DCP-CC, emitido en el caso N° 0002-10-CP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 93 de 2 de octubre de 2013.

²⁰⁰ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, arts. 104, inc. final y 443. Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, arts. 100 a 105. Ecuador, Reglamento para el Ejercicio de la Democracia Directa a través de la Iniciativa Popular Normativa, Consultas Populares, Referéndum y Revocatoria del Mandato, suplemento del Registro Oficial N° 124, 15 de noviembre de 2013, arts. 3, inc. final y 12.

²⁰¹ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 106, inc. final. Ecuador. Ley Orgánica de Participación Ciudadana, Registro Oficial, Suplemento, N° 175, 20 de abril de 2010, art. 17, inc., 2°. Ecuador, Reglamento para el Ejercicio de la Democracia Directa a través de la Iniciativa Popular Normativa, Consultas Populares, Referéndum y Revocatoria del Mandato, suplemento del Registro Oficial N° 124, 15 de noviembre de 2013, arts. 22 a 31.

imprescindible recabar firmas de respaldo.

e) Se estima que la Magistratura malentendió, como también lo hizo el constituyente, que la consulta popular a la que se refiere el artículo 104 de la Constitución es asimilable únicamente a plebiscito, diferenciándolo tanto del referéndum como de la revocatoria del mandato. Por tanto, si el precedente se interpretaba de esa forma, aquel solamente podría aplicarse para el caso de consultas populares de tipo plebiscitario que provengan de la iniciativa ciudadana, lo cual, de todas formas, resultaba problemático y limitaba, de forma arbitraria, el ejercicio de este derecho fundamental. Por ello es que, incluso, para los casos de reforma parcial o enmienda constitucional tramitada por referéndum directo siempre se mantuvo, aunque ninguna propuesta ciudadana se dictaminó, el sistema creado por la Constitución: que exista primero el dictamen de calificación de vía y que luego se recolecten las firmas de respaldo, asunto, además, expresamente previsto en la ley.²⁰²

f) En todo caso, cualquier criterio interpretativo tendente a limitar la posibilidad de que la ciudadanía ejerza un fundamental derecho político, como es el de ser consultada,²⁰³ no solo que sería contrario al canon de interpretación sistemática o integral,²⁰⁴ sino que, además, se vería superado por disposición legal expresa que no se presta para duda alguna: el dictamen de calificación de vía o procedimiento se emite antes de dar inicio a la recolección de las firmas requeridas para la respectiva convocatoria, por lo que una actuación contraria por parte de la Magistratura, en aplicación del citado precedente, acarrearía la imposición de limitaciones a un derecho fundamental que no se han previsto de modo directo en la Constitución, o que no le han sido autorizados a imponerse por el constituyente al legislador.

g) Lo grave de lo dispuesto por la Corte Constitucional es que, al haber requerido que en su dependencia se presente no solo el pedido de dictamen, sino también las firmas de respaldo verificadas por el Consejo Nacional Electoral, podía ocurrir el evento de que estime que, por ejemplo, un pedido de consulta popular de tipo plebiscitaria, en realidad, pretenda modificar la Constitución, o incluso, que aquello debería ser tratado mediante el mecanismo de cambio de texto constitucional, con lo cual

²⁰² Ecuador. Ley Orgánica de Participación Ciudadana, Registro Oficial, Suplemento, N° 175, 20 de abril de 2010, art. 15. Ecuador, Reglamento para el Ejercicio de la Democracia Directa a través de la Iniciativa Popular Normativa, Consultas Populares, Referéndum y Revocatoria del Mandato, suplemento del Registro Oficial N° 124, 15 de noviembre de 2013, art. 3, inc. final.

²⁰³ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 61, N° 4.

²⁰⁴ *Ibíd.* Art. 427.

el porcentaje de firmas presentado inicialmente (5 o 10%, respectivamente), requeriría de un apoyo popular mayor (8% en caso de enmienda, 12% en caso de asamblea constituyente), pudiendo, incluso, ser un asunto a tratarse mediante reforma parcial, para lo cual se requiere un número menor de firmas para presentar el proyecto ante la Asamblea Nacional (1%). Por ello es que, hasta antes de 2013, el ciudadano, una vez que obtenía el dictamen de la Corte Constitucional, tenía la certeza y la seguridad de que el mecanismo por él impulsado era el adecuado. Con el sistema impuesto entre 2013 a 2019 se condenaba al ciudadano al arbitrio jurisdiccional y a la inseguridad jurídica.

h) A ello se adiciona otro predicamento, pues el plazo de recolección de firmas tiene límite de vencimiento, esto es, ciento ochenta días desde la entrega de los formularios, por lo que con el señalamiento de la Magistratura esas firmas anteriormente recabadas quedaban sin valor, teniendo el ciudadano que volver a instar un nuevo procedimiento de recolección de firmas de respaldo, someterlas a verificación del Consejo Nacional Electoral, para luego requerir el dictamen de la Corte Constitucional.²⁰⁵

i) A la Corte Constitucional no le compete verificar la autenticidad de los respaldos, pues dicha tarea recae en el Consejo Nacional Electoral.²⁰⁶ Por ello es que se estima erróneo el señalamiento de la Magistratura de que, de no adjuntarse al pedido de dictamen las firmas de respaldo, no puede pronunciarse sobre el contenido de las preguntas, pues no existe control de constitucionalidad de las firmas, sino del pliego de preguntas y el texto normativo concreto que se vaya a someter a consulta popular. La verificación de autenticidad no puede ser confundida con el control de constitucionalidad que efectúa la Magistratura. Las firmas no deben ser constitucionales, sino auténticas; al contrario, el pliego de preguntas o los textos normativos son los que deben guardar concordancia con la Constitución.

Afortunadamente, la Corte Constitucional, en 2019, decidió apartarse de ese penoso precedente de 2013, volviendo el cauce original: que el ciudadano primero obtenga el dictamen de la Magistratura y, con ello, solicite los formularios al Consejo Nacional Electoral para iniciar el proceso de recolección de firmas.²⁰⁷

²⁰⁵ Ecuador, Reglamento para el Ejercicio de la Democracia Directa a través de la Iniciativa Popular Normativa, Consultas Populares, Referéndum y Revocatoria del Mandato, suplemento del Registro Oficial N° 124, 15 de noviembre de 2013, arts. 19 y 23.

²⁰⁶ *Ibíd.*, art. 25.

²⁰⁷ Ecuador, Corte Constitucional, Dictamen N° 1-19-CP/19, emitido en el caso N° 0001-19-CP de 16 de abril de 2019.

Finalmente, si la iniciativa proviene de la Asamblea Nacional, el dictamen se expide antes de dar inicio al proceso de aprobación legislativa, tanto cuando se tramite una enmienda por vía parlamentaria como cuando se acuda al expediente de la reforma parcial.²⁰⁸

El dictamen de la Corte Constitucional debe indicar cuál de los procedimientos de modificación constitucional debe seguirse para tramitar el proyecto normativo, y las razones de derecho que justifican esta decisión. De este modo, si el proyecto de reformas constitucionales tiene por objeto o efecto restringir el alcance de los derechos y garantías constitucionales fundamentales o modificar el régimen procedimental de reforma a la Constitución, sólo podría tramitarse a través de la vía de la asamblea constituyente, mientras que si lo que pretende es alterar la estructura fundamental de la Constitución o los elementos constitutivos del Estado, la Corte Constitucional debería indicar que el procedimiento a seguir es la reforma parcial, pues la enmienda constitucional no puede, en ningún caso, superar las cuatro limitaciones explícitas materiales, por lo que un proyecto que pretenda seguir esa vía no podría incurrir en dichos vicios.²⁰⁹

2.2. *El control previo de la convocatoria a consulta popular*

En el evento que la modificación constitucional deba ser aprobada mediante consulta popular refrendataria, la Corte Constitucional debe ejercer control *a priori*.²¹⁰ De este modo, entonces, queda excluida de este tipo de control la enmienda constitucional por vía parlamentaria, la que, como se verá, no se aprueba mediante consulta popular²¹¹, generando los predicamentos que se revisarán también más adelante.

En principio, el control previo que ejerce la Corte Constitucional se limita, dice la ley, a lo estrictamente formal, sin que quepa la posibilidad de un control material o de fondo, debiéndose revisar si se ha dado cumplimiento a las reglas procesales para la realización de la convocatoria; si el órgano tiene la competencia para ejercer el poder de

²⁰⁸ Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 100, N° 3.

²⁰⁹ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, arts. 441, 442, 443 y 444. Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 101.

²¹⁰ Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, arts. 99, N° 2 y 102.

²¹¹ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 441, N° 2.

reforma a la Constitución; la garantía plena de la libertad del elector, y en particular, el cumplimiento de las cargas de claridad y lealtad.²¹²

La Magistratura ha señalado que este control previo se efectúa con la finalidad de verificar si existe lo que ha denominado como “legitimidad democrática”, elemento sin el cual no procede la consulta popular.²¹³

Llamativo resulta que la ley de la materia limite el control que puede hacer la Corte Constitucional al aspecto exclusivamente formal, no solo porque cuando la Magistratura califica la vía no ejerce un control sobre el contenido del cuestionario propiamente, pues solamente determina si el proyecto propuesto puede ser tramitado por la vía sugerida por el peticionario o si se debe acudir a un procedimiento diferente,²¹⁴ sino, además, porque la Constitución establece un control previo sin distinción ni limitación alguna en materia de consultas populares, lo que permite concluir que debería ser una revisión tanto formal como material, pues un argumento en contra solamente atenta contra el principio de supremacía constitucional al cual el poder de reforma sí se somete.²¹⁵

De todos modos, ha sido la propia Corte Constitucional la que, de algún modo, ha aclarado que el control previo que ejerce en materia de proyectos de modificación constitucional no se limita solamente al ámbito formal, sino que se extiende también al aspecto material, indicando que ese control se realiza en el momento en que se emite dictamen previo de calificación de vía y, además, de ser el caso, cuando dicta sentencia previa en el evento que la modificación se tramite y apruebe mediante referendo.²¹⁶

2.2.1. El cumplimiento de las reglas procesales para la realización de la convocatoria

Al emitir el dictamen sobre este punto, la Corte Constitucional debe revisar si, una vez establecida la vía a emplearse, se han cumplido a cabalidad los procedimientos para realizar la convocatoria a consulta popular, como son el plazo de convocatoria y

²¹² Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 103.

²¹³ Corte Constitucional, Dictamen N° 003-16-DCP-CC, emitido en el caso N° 0001-16-CP, publicado en el suplemento del Registro Oficial N° 885 de 18 de noviembre de 2016.

²¹⁴ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 443, N° 2.

²¹⁵ *Ibíd.* Arts. 104 y 424.

²¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia N° 018-18-SIN-CC, dictada en los casos acumulados N° 0099-15-IN. 0100-15-IN. 0102-15-IN. 0001-16-IN. 0002-16-IN, 0003-16-IN. 0004-16-IN. 0005-16-IN. 0006-16-IN v 0008-16-IN.

realización de la misma, el acto de convocatoria, su contenido y los efectos que se producen en el evento que el Consejo Nacional Electoral no lo haga:

a) Plazo de convocatoria y realización de la consulta popular

El cumplimiento estricto de los plazos tanto para convocar como para efectuar la consulta popular debe ser sujeto de examen y revisión por parte de la Corte Constitucional.

De este modo, el Consejo Nacional Electoral, una vez que conozca el decreto ejecutivo con la decisión del Presidente de la República, de la Asamblea Nacional o acepte la solicitud presentada por la ciudadanía y con el dictamen previo de la Corte Constitucional de calificación de vía, debe realizar la convocatoria a consulta popular refrendataria en el plazo de quince días, debiendo efectuarse el acto electoral en el plazo de sesenta días contados a partir de la convocatoria,²¹⁷ con excepción del procedimiento de reforma parcial a la Constitución, en cuyo caso existe plazo específico de convocatoria, que es de cuarenta y cinco días contados desde la aprobación del proyecto en la Asamblea Nacional,²¹⁸ sin que en la Constitución se indique el plazo dentro del cual debe efectuarse la consulta popular, asunto que es cubierto en el Reglamento para el Ejercicio de la Democracia Directa a Través de la Iniciativa Popular Normativa, Consultas Populares, Referéndum y Revocatoria del Mandato, que indica que en ningún caso la fecha de realización de la consulta popular excederá los sesenta días, contados desde la correspondiente convocatoria.²¹⁹

b) El acto de convocatoria a consulta popular

La convocatoria debe ser publicada en el Registro Oficial, debiendo la Magistratura verificar que, además de aquello, se haya difundido en los diarios de mayor

²¹⁷ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 106, inc. 1°. Ecuador. Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, Registro Oficial, Suplemento, N° 578, 27 de abril de 2009, art. 184. Ecuador. Ley Orgánica de Participación Ciudadana, Registro Oficial, Suplemento, N° 175, 20 de abril de 2010, art. 17. Ecuador, Reglamento para el Ejercicio de la Democracia Directa a través de la Iniciativa Popular Normativa, Consultas Populares, Referéndum y Revocatoria del Mandato, suplemento del Registro Oficial N° 124, 15 de noviembre de 2013, art. 30, inc. 1°.

²¹⁸ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 442. Ecuador, Reglamento para el Ejercicio de la Democracia Directa a través de la Iniciativa Popular Normativa, Consultas Populares, Referéndum y Revocatoria del Mandato, suplemento del Registro Oficial N° 124, 15 de noviembre de 2013, arts. 10 y 30.

²¹⁹ *Ibíd.*, art. 30, inc. final.

circulación del país, por medios electrónicos y mediante cadena nacional de radio y televisión, utilizando los espacios de que dispone el Gobierno Nacional.²²⁰

c) Contenido de la convocatoria

La Corte Constitucional debe revisar que en la convocatoria se determine el calendario electoral y se identifiquen las preguntas y materias de la consulta popular.²²¹ Sobre el contenido de las preguntas, las frases introductorias y los anexos se hará un análisis más adelante, cuando se haga referencia a al control sobre la garantía de la libertad del elector y la verificación del cumplimiento de las cargas de claridad y lealtad.

d) Consecuencias de omitir la convocatoria a consulta popular

En el evento que el Consejo Nacional Electoral no realice la convocatoria a elecciones en el tiempo previsto, la Corte Constitucional debe requerirle para que lo observe. Si no se realiza la convocatoria dentro del término de cuarenta y ocho horas después del requerimiento, la Corte Constitucional hará la convocatoria, destituyendo a los consejeros del Consejo Nacional Electoral responsables del no cumplimiento y llamando, además, a los suplentes para que completen el período para el cual fueron designados los principales. Si los suplentes no concurren a pesar del llamamiento de la Corte Constitucional, ésta designa vocales interinos y notificará al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social para que proceda al concurso de oposición y méritos para nombrar los nuevos integrantes, dentro del plazo de treinta días.²²²

e) El envío del pedido de dictamen previo por parte del iniciante

La Corte Constitucional ha dicho que otra de las reglas procedimentales que se debe seguir es el envío a la Magistratura del pedido de dictamen previo por parte de quien pretende proponer la consulta popular.²²³

2.2.2. La competencia para ejercer el poder de reforma a la Constitución

²²⁰ Ecuador. Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, Registro Oficial, Suplemento, N° 578, 27 de abril de 2009, art. 84.

²²¹ *Ibíd.* art. 85.

²²² *Ibíd.* art. 88.

²²³ Corte Constitucional, Dictamen N° 001-DCP-CC-2011, emitido en el caso N° 0001-11-CP, publicado en el suplemento del Registro Oficial N° 391 de 23 de febrero de 2011.

En este aspecto, la Corte Constitucional debería distinguir dos cuestiones que, en no pocas ocasiones, suelen ser confundidas: una cosa es el órgano habilitado o legitimado para proponer e impulsar la convocatoria a consulta popular para modificar la Constitución; y, otra muy diferente, quien ejerce ese poder reformativo, ocurriendo que, aparentemente, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se refiere a este segundo elemento.²²⁴

Se hace presente que, salvo el caso de la enmienda constitucional por vía parlamentaria, el ejercicio del poder de reforma constitucional en Ecuador se efectúa, siempre, a través del poder constituyente originario, el que, como se indicó en el capítulo anterior, bien puede no solo crear un nuevo texto constitucional, sino también modificarlo. Y, como también ya se manifestó, ese poder no se somete a reglas de Derecho Positivo, siendo un poder positivamente ilimitado, lo que impide que un órgano constituido, como la Corte Constitucional, lo controle. A ello debe agregarse el hecho de que ese poder de reforma constitucional solo se efectuará si la Magistratura emite el respectivo dictamen previo, siendo inútil que se haga un pronunciamiento sobre una “competencia” que no ha sido “ejercida”.

Por lo dicho, entonces, se considera errónea la regla antes citada respecto a que la Magistratura controle “la competencia” de quien “ejerce el poder de reforma constitucional”, pues lo adecuado hubiera sido que se indique que el control se efectúa para revisar si la propuesta de modificación constitucional ha sido realizada por los órganos habilitados por la propia Carta Política para aquello, como son el Jefe de Estado, la ciudadanía con el porcentaje de firmas válidas de respaldo requerido para cada caso, esto es, el 8% en caso de enmienda constitucional y el 1% para el caso de proyecto de reforma parcial, así como los integrantes de la Asamblea Nacional con el un tercio de sus miembros para el caso de la enmienda constitucional por vía parlamentaria y la resolución de la mayoría absoluta de los legisladores si se acude el procedimiento de reforma parcial.²²⁵

²²⁴ Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 103, N° 2.

²²⁵ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, arts. 441 y 442. Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 100. Ecuador. Ley Orgánica de Participación Ciudadana, Registro Oficial, Suplemento, N° 175, 20 de abril de 2010, arts. 13, 14 y 19. Ecuador, Reglamento para el Ejercicio de la Democracia Directa a través de la Iniciativa Popular Normativa, Consultas Populares, Referéndum y Revocatoria del Mandato, suplemento del Registro Oficial N° 124, 15 de noviembre de 2013, arts. 5, letra c, y 7.

De hecho, ha sido la propia Corte Constitucional la que ha aclarado que el objeto de control previo en este punto se refiere a la competencia o atribución para proponer la consulta popular y, propiamente, para pretender controlar el ejercicio del poder de reforma constitucional.²²⁶

Ahora bien, el único caso en que la modificación constitucional se realiza sin consulta popular es en el evento que se acuda a la enmienda por vía parlamentaria, pues en este escenario es la Asamblea Nacional la que ejerce directamente ese poder de reforma a través del poder constituyente derivado, competencia que, naturalmente, debe ser revisada por la Corte Constitucional al momento de emitir el dictamen previo.²²⁷

Por ello, en todo caso, la regla que se viene comentando solamente podría ser ejercida, entendida como ha sido redactada por el legislador, en el caso que el poder de reforma constitucional se haga acudiendo al poder constituyente derivado, pues este, a diferencia del originario, sí se somete, formal y materialmente, a la Constitución. De lo contrario se pretendería ejercer un control sobre una supuesta competencia que no podrá ser ejercida sin que exista dicho dictamen previo, tornando al control en inútil e inoficioso.

2.2.3. La garantía plena de la libertad del elector y el cumplimiento de las cargas de claridad y lealtad

Finalmente, la Magistratura debe efectuar control previo sobre lo que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional denomina la plena “libertad del elector” y verificar, en lo principal, que los considerandos introductorios y las preguntas con sus anexos cumplan con las cargas de “claridad y lealtad”, sin que se explique a qué se hace referencia con estos señalamientos normativos, lo que provoca la arbitrariedad del ente de control constitucional a la hora de emitir el dictamen previo.

Al respecto, la Magistratura ha explicado lo que se debe entender por claridad y lealtad en materia de consultas populares, indicando los dos elementos garantizan que el elector no sea sometido a engaño, permitiendo un proceso neutral para formar la voluntad popular, utilizando un lenguaje universal, claro y comprensible y que no requiera mayor

²²⁶ Corte Constitucional, Dictamen N° 001-DCP-CC-2011, emitido en el caso N° 0001-11-CP, publicado en el suplemento del Registro Oficial N° 391 de 23 de febrero de 2011.

²²⁷ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, arts. 441, N° 2. Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 100, N° 3.

esfuerzo para entenderlo, mientras que la lealtad se refiere, ha indicado la Magistratura, al hecho de que las preguntas y sus considerandos sean conformes a la Constitución.²²⁸

Por ello, para que el dictamen previo sea favorable la Corte Constitucional debe verificar que los considerandos introductorios a las preguntas no induzcan las respuestas en el elector; que haya concordancia plena entre el considerando que introduce la pregunta y el texto normativo que pretende modificar la Constitución, lo que comprende la relación entre las finalidades que se señalan en el considerando que introduce la pregunta y el texto sometido a consideración del pueblo; el empleo de lenguaje valorativamente neutro y sin carga emotiva, sencillo y comprensible para el elector; la relación directa de causalidad entre el texto normativo sometido a aprobación del pueblo y la finalidad o propósito que se señala en el considerando que introduce la pregunta, de modo que una vez aprobada la disposición jurídica, la finalidad perseguida se obtenga con una alta probabilidad; y, que no se proporcione información superflua o ninguna otra que no guarde relación con el texto normativo a ser aprobado por el electorado.²²⁹

Respecto al cuestionario, la Corte Constitucional debe verificar que exista la formulación de una sola cuestión por cada pregunta, salvo que exista una interrelación e interdependencia entre los distintos componentes normativos; que la pregunta permita la posibilidad de aceptar o negar varios temas individualmente en la misma consulta, proscribiéndose la aprobación o rechazo en bloque de las preguntas; que la propuesta normativa no esté encaminada a establecer excepciones puntuales que beneficien un proyecto político específico; y, además, la propuesta normativa tenga efectos jurídicos y modificaciones al sistema jurídico.²³⁰

Ahora bien, la Corte Constitucional ha entendido, equivocadamente, que el control para garantizar la plena libertad del electorado le habilita a modificar y alterar el contenido del proyecto de consulta popular originalmente presentado por el iniciante.²³¹ Una cosa es que la Corte tenga competencia para ejercer el control previo a la convocatoria a consulta popular respecto del proyecto de reforma constitucional, pero otro, muy diferente, que se pretenda extender el ejercicio de esa atribución al hecho de

²²⁸ Corte Constitucional, Dictamen N° 001-DCP-CC-2011, emitido en el caso N° 0001-11-CP, publicado en el suplemento del Registro Oficial N° 391 de 23 de febrero de 2011.

²²⁹ Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 104.

²³⁰ *Ibíd.*, art. 105.

²³¹ Corte Constitucional, Dictamen N° 001-DCP-CC-2011, emitido en el caso N° 0001-11-CP, publicado en el suplemento del Registro Oficial N° 391 de 23 de febrero de 2011.

cambiar el contenido del acto materia del control a fin de “constitucionalizarlo”, esquivando la obligación que, de todos modos, tiene de emitir dictamen de rechazo en el evento que el proyecto de reforma sujeto a su conocimiento se contrario al Código Político, mucho más a pretexto de que aquello se haga para “garantizar la libertad del elector”.

2.3. *El control posterior a los cambios constitucionales*

La Corte Constitucional tiene facultad para ejercer control posterior de toda modificación constitucional que se apruebe. Ese control, que se activa mediando demanda a petición de parte, en principio, debería ser total, es decir, tanto por la forma como por el fondo, asunto expresamente contemplado en el texto constitucional, a lo que se debe agregar el hecho de que de los actos materia de control no están excluidos los cambios al Código Político,²³² lo que ha sido confirmado por la Magistratura.²³³ Que el control previo no agota la potestad de la Magistratura para ejercer a posterior control sobre las reformas constitucionales es un asunto confirmado en su jurisprudencia.²³⁴

Pese a aquello, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional limita este control posterior, como ya se ha advertido previamente, a lo formal,²³⁵ más allá de la amplitud del texto constitucional, asunto que ha sido incomprensiblemente validado por la Magistratura.²³⁶ Sobre las justificaciones de la Magistratura vertidas en el fallo señalado, que a mi juicio solo esquivan la declaratoria de inconstitucionalidad por conexidad del artículo 106 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional,²³⁷ hay que hacer presente lo que sigue:

a) Se podría, en principio, afirmar que el poder constituyente originario, tanto el fundacional como el de simple organización, están excluidos de todo tipo de control, dada su ilimitación positiva o su no sometimiento a normas jurídicas, pero ello no impide,

²³² Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 436, N° 2. Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 99, N° 3.

²³³ Corte Constitucional, Sentencia N° 018-18-SIN-CC, dictada en los casos acumulados N° 0099-15-IN. 0100-15-IN. 0102-15-IN. 0001-16-IN. 0002-16-IN, 0003-16-IN. 0004-16-IN. 0005-16-IN. 0006-16-IN v 0008-16-IN.

²³⁴ Corte Constitucional. Dictamen N° 001-14-DRC-CC, dictado en el caso N° 0001-14-RC, publicado en el suplemento del Registro Oficial N° 371 de 10 de noviembre de 2014.

²³⁵ Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 106.

²³⁶ Corte Constitucional, Sentencia N° 018-18-SIN-CC, dictada en los casos acumulados N° 0099-15-IN. 0100-15-IN. 0102-15-IN. 0001-16-IN. 0002-16-IN, 0003-16-IN. 0004-16-IN. 0005-16-IN. 0006-16-IN v 0008-16-IN.

²³⁷ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 436, N° 3.

como se ha revisado, que sí se someta, en cambio, a varias limitaciones de orden implícito, las que, al ser superadas en su tarea constituyente, afectan no solo a la finalidad del constitucionalismo, sino a todo postulado del Estado de Derecho del que la Constitución es garantía. Pero, en todo caso, bien pudo la Corte Constitucional interpretar la norma legal en el sentido de que el control constitucional posterior se ejerce solamente frente a la tarea del poder constituyente derivado, criterio interpretativo con el que este trabajo no concordaría.

b) Otro juicio interpretativo que se pudo sostener, y que se estima más adecuado, es que el control constitucional posterior se ejerce no solo respecto de la labor del poder constituyente derivado, sino incluso del originario en el evento que actúe, como anota Eduardo García de Enterría,²³⁸ “en su forma de poder constituyente constituido o de reforma constitucional”, lo que despejaría cualquier duda respecto a la competencia del órgano de justicia constitucional para hacer tal control. Al criterio de García de Enterría cabría solamente agregarle un evento adicional: el control constitucional posterior al poder constituyente originario solamente se justifica si, en su labor reformadora, sobrepasa las limitaciones implícitas a las que se sujeta; de lo contrario, el órgano constituido de control desconocería su ilimitación positiva, la que, de todas formas, no lo convierte en un poder absoluto,²³⁹ pero la Magistratura tampoco acude a esta segunda opción interpretativa.

c) Si se optaba por la primera alternativa, la Corte Constitucional debería haber indicado que el poder constituyente derivado sí se somete formal y materialmente al texto constitucional a la hora de ejercer la tarea reformadora, por lo que bien cabe aplicar el principio de supremacía del Código Político como fundamento y base para sustentar el ejercicio de un control posterior no solo formal, sino también por cuestiones de fondo, justificación suficiente para declarar la inconstitucionalidad conexas del artículo 106, número 2, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que restringe el control a lo formal, mucho más si se tiene en cuenta que esa sentencia se resolvieron acusaciones de inconstitucionalidad de varias enmiendas aprobadas a través de la vía parlamentaria.

d) Ocurre que en Ecuador, como ya se ha indicado en párrafos previos, una de las fórmulas de ejercicio del poder constituyente derivado es en el evento que se acuda a los mecanismos de la enmienda por vía parlamentaria y de reforma parcial, por lo que un

²³⁸ García de Enterría, “*La Posición Jurídica...*”, 96.

²³⁹ Quiroga Lavié, “*Lecciones*”, 37.

control de constitucionalidad *a posteriori*, formal y material, solamente tendría justificación cuando aquello ocurra, mientras que en el resto de procedimientos, dada la intervención directa del poder constituyente originario, salvo que se recurra al segundo criterio interpretativo antes vertido, en principio, no se hallaría fundamento alguno para que un ente constituido, como la Corte Constitucional, controle su tarea reformadora, lo que ocurriría con la enmienda a través de *referéndum* constitucional directo y, además, con el caso de la asamblea constituyente.

e) Naturalmente que un criterio que excluya del control constitucional posterior tanto la enmienda tramitada por referéndum constitucional directo, así como la asamblea constituyente, en los que se ejerce poder constituyente originario, desconocería que este sí se sujeta a limitaciones implícitas, y que si aquellas son sobrepasadas, la norma constitucional así modificada rige por la fuerza, generando una mera apariencia de Estado de Derecho y tornando al propio Código Político en antijurídico,²⁴⁰ por lo que este trabajo se aparta de esa propuesta. En todo caso, valga volver a aclarar que las limitaciones implícitas no son normas de derecho positivo, lo que genera un predicamento en el caso ecuatoriano respecto a si un órgano constituido puede controlar la labor del constituyente originario y la Magistratura nada indica sobre aquello.

f) Por otro lado, cierto es que las normas constitucionales introducidas de modo posterior a través de procedimientos de reforma son tan válidas y de idéntico nivel jerárquico que las que se establecieron originariamente al momento de la aprobación del Código Político, pero ello no impide ni se contradice con el hecho de que el poder constituyente derivado, al reformar la Norma Fundamental, se deba someter, en lo formal y material, a su texto, no solo porque en el mismo se establecen procedimientos y limitaciones para su modificación, sino porque ello confirma la aplicación del principio de supremacía constitucional. Por ello, si el poder constituyente derivado escapa al sometimiento material al texto constitucional, no solo afecta a su supremacía, lo que es de plano ignorado por la Magistratura en la citada sentencia, sino porque, al hacerlo, niega la fuente de su propio poder, lo que lo deslegitima. Una cosa es que las normas originarias tengan tanto valor jurídico, aunque tal vez no axiológico como bien señala Rafael Oyarte,²⁴¹ que las incorporadas mediante cualquier procedimiento de reforma constitucional, y otra cosa confundir aquello con el tipo de poder constituyente que ejerce

²⁴⁰ Oyarte, “*Derecho Constitucional*”, 177-79.

²⁴¹ *Ibíd*, 202.

la reforma constitucional, sus limitaciones y la posibilidad de que su tarea sea controlada por órganos constituidos, predicamento en el que incurre la Corte Constitucional.

g) Sobre la segunda justificación, relacionada con el hecho de que ya la Magistratura efectúa un control previo de constitucionalidad al calificar la vía procedimental a seguirse y, de ser el caso, siempre que la modificación sea aprobada por consulta popular, del contenido del cuestionario, sus considerandos introductorios y anexos, lo que hace inútil un segundo control posterior por el fondo, se debe hacer presente que nuevamente la Corte Constitucional omite hacer las diferencias entre los procedimientos que la Constitución establece para su reforma y la posibilidad de que, en algunos casos, el contenido del proyecto de reformas previamente calificado, pueda variar. De este modo, se deja sin considerar el hecho mismo de lo que podría ocurrir si los textos que previamente aprobados para ser tramitados a través de la enmienda por vía parlamentaria o por reforma parcial, pudieran ser modificados, alterados o cambiados en el transcurso de los debates legislativos, convirtiéndolos en inconstitucionales por el fondo, lo que justificaría su eventual control posterior. Causas de inconstitucionalidad superviniente en estos casos también se podrían producir, y la Magistratura las deja de lado en su sentencia.

h) Además, como se verá más adelante, el control previo que se ejerce es solamente respecto a calificar la vía procedimental que se debe seguir y, en el evento que se requiera de consulta popular, a revisar la conformidad constitucional de su contenido, mientras que el control posterior se destina a examinar si, efectuado el cambio constitucional, existió algún vicio formal o alguna alteración al procedimiento para su aprobación. Naturalmente, la Magistratura no puede hacer control preventivo sobre vicios formales de un trámite que, sin convocatoria a consulta popular y sin calificación de vía, no se puede dar, lo que es evidentemente confundido en la sentencia que se viene analizando. Los controles previo y posterior en esta materia tiene objeto y finalidad distintos, por lo que no se contraponen ni anulan entre sí.

En conclusión, en Ecuador se presenta el problema del control constitucional posterior sobre las modificaciones aprobadas por enmienda tramitadas vía referéndum directo y respecto de aquellas que se someten al procedimiento de reforma parcial, en las que interviene el poder constituyente originario, lo que no ocurre cuando se acude a la vía de la enmienda a través del parlamento.

La Corte Constitucional no ha aclarado si es un órgano competente para pronunciarse respecto a un eventual sobrepasamiento de las limitaciones implícitas a las que se somete el poder constituyente originario, teniendo en cuenta que no son restricciones contenidas en normas jurídicas y que aquel no se somete a reglas de derecho positivo; o si, por el contrario, sería admisible en un Estado de Derecho que una Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad de las modificaciones constitucionales aprobadas en ejercicio de dicho poder por haberse superado esas limitaciones, invocando postulados del Derecho Natural.

A lo dicho se agrega el hecho de que la Magistratura ha aceptado la inconstitucional restricción de sus facultades para ejercer control posterior material y no solo formal de los cambios constitucionales.

3. Problemas legislativos y jurisprudenciales sobre el control al poder de reforma constitucional en Ecuador

El sistema ecuatoriano de reforma constitucional, tal como está diseñado en las normas jurídicas y desarrollado en la jurisprudencia, genera algunos predicamentos, entre ellos, la indeterminación constitucional de algunos aspectos, como es el caso de la denominada “estructura fundamental de la Constitución”, materia no contemplada para la enmienda, pero, curiosamente, sí para la reforma parcial, a lo que se debe agregar la posibilidad de que, vía asamblea constituyente, se puedan restringir derechos fundamentales. Asimismo, una inadecuada regulación de los procedimientos de control previo en materia de enmienda y reforma parcial, en los cuales ninguna distinción se hace en la letra de la ley, a lo que se suma la ambigüedad jurisprudencial, generan los problemas que a continuación se estudian y que se agravan con el establecimiento de un confuso y limitado sistema de control posterior a la reforma constitucional.

3.1. La superación de las cláusulas de intangibilidad y de las limitaciones implícitas por autorización de un órgano constituido: los casos de la reforma parcial y de la asamblea constituyente

Existen determinadas materias que están excluidas de los procedimientos de enmienda como del de reforma parcial. De este modo, a través de enmienda constitucional no cabe la alteración de la estructura fundamental del texto constitucional, de los elementos constitutivos del Estado, la restricción de derechos o la modificación de los

procedimientos de reforma constitucional,²⁴² mientras que no es procedente acudir a la vía de la reforma parcial para restringir derechos o modificar los procedimientos de reforma constitucional, pero, llamativamente, sí se permite la alteración de la estructura fundamental del texto constitucional y de los elementos constitutivos del Estado, asunto que, como se ha indicado en el capítulo primero, es más bien materia de un cambio de Código Político.²⁴³ Asimismo, el legislador ha entendido que, en cambio, para restringir el ejercicio de derechos fundamentales y sus garantías, así como para modificar los procedimientos de reforma constitucional cabe la convocatoria a asamblea constituyente, generando el problema del control al ejercicio de ese poder y la posibilidad de que sea un ente constituido el que autorice al poder originario a superar una limitación implícita a la que se encuentra sometido: los derechos fundamentales.²⁴⁴

3.1.1. La estructura fundamental de la Constitución

Indica el Código Político que no cabe acudir a la enmienda con el fin de alterar su estructura fundamental, permitiéndose que aquello se haga mediante el procedimiento de reforma parcial.²⁴⁵ No solo que en el texto constitucional no aparece disposición alguna que establezca o defina lo que se debe entender o interpretar como “estructura fundamental de la Constitución”, sino que, en adición, como lo señala Rafael Oyarte, esto no responde a la división del texto en títulos, capítulos o secciones, pues no se trata de un tema formal, ocurriendo que el autor se decanta por indicar que la variación de la estructura fundamental de la Constitución no debería ser materia de una simple reforma parcial, pues es, como ya se vio en el primer capítulo, asunto de un verdadero cambio de Constitución.²⁴⁶

Coincido con el criterio citado, pues interpretar la Constitución en el sentido de que el término “estructura fundamental” se refiere a las “partes” del texto constitucional (la orgánica y la dogmática), implicaría, entonces, que todo el Código Político puede ser sujeto de revisión mediante la vía de la reforma parcial, ocurriendo que, como se ha dicho, podrían haber cambios profundos y sustanciales en la institucionalidad jurídico-política del Estado que, en realidad, deberían ser materia de un cambio de Constitución y no de

²⁴² Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 441.

²⁴³ *Ibíd.* 442.

²⁴⁴ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 444. Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 101, N° 1.

²⁴⁵ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, arts. 441 y 442.

²⁴⁶ Oyarte, “*Derecho Constitucional*”, 380.

una reforma a través del poder constituyente derivado, resultando poco adecuado que el constituyente originario haya optado por permitir al poder de reforma ocuparse de aspectos que deberían ser de competencia del primero.

Otros autores, como Jorge Benavides, sostienen que dicha cláusula de intangibilidad puede abarcar tanto un enfoque formal como uno material. Así, el autor señala que “el enfoque formal comprendería cómo está organizado el Texto constitucional, a saber, la concreta división interna en Títulos que contienen los capítulos, los cuales, a su vez, albergan artículos. Por otro, la perspectiva material supone, a nuestro juicio, que no se puede modificar la fórmula política de la Constitución. En este sentido, comprenderían la fórmula política de la Constitución ecuatoriana la forma de gobierno y la forma de Estado y sus finalidades, así como, la estructura, elementos constitutivos y competencia de los principales órganos políticos, jurisdiccionales y administrativos.”²⁴⁷

Ahora bien, lo que ha hecho la Corte Constitucional es asociar el término “estructura fundamental de la Constitución” con el de “estructura fundamental del Estado, afirmando que, por ejemplo, la reestructuración de un órgano constitucional es materia de modificación constitucional, incluso a través de la vía de la enmienda, sin que aquello implique la alteración de la estructura del Estado que amerite acudir a la vía de la reforma parcial.”²⁴⁸ Parecería, entonces, que para la Magistratura la interpretación del término “estructura fundamental de la Constitución” posee un fuerte componente material más que formal.

3.1.2. Los elementos constitutivos del Estado

A diferencia del caso anterior, la Constitución sí contempla disposiciones que determinan con claridad lo que se debe entender por “elementos constitutivos del Estado”. De este modo, no es viable, mediante enmienda, alterar las características del Estado ecuatoriano (social, democrático, constitucional de derechos y justicia, unitario, independiente, plurinacional, republicano), las formas de expresión soberana y la integración al dominio público de los recursos naturales no renovables. Asimismo, mediante enmienda no cabe modificar los símbolos patrios ni el idioma oficial, ni los deberes del Estado, la conformación de su territorio y la capital de la República y la prohibición de instalar bases extranjeras en territorio nacional. Finalmente, las

²⁴⁷ Benavides Ordóñez, “*Reforma Constitucional...*”, 108.

²⁴⁸ Corte Constitucional, Dictamen N° 001-11-DRC-CC, dictado en el caso N° 0001-11-RC, publicado en el suplemento del Registro Oficial N° 391 de 23 de febrero de 2011.

disposiciones que regulan la nacionalidad y ciudadanía no pueden ser materia de enmienda constitucional.²⁴⁹

Por ello, en el evento que los proponentes pretendan la modificación de los señalados tópicos, se debería acudir a la vía de la reforma parcial, sin que sea necesario para aquello la instalación de una asamblea constituyente,²⁵⁰ pero ese señalamiento constitucional no está libre de vicisitudes, pues, por ejemplo, la modificación de algunas de las características del Estado, como su régimen presidencial y su forma unitaria por un sistema parlamentario y una forma federal de organización, no serían aspectos meramente formales, es decir, no resultarían cambios cuantitativos, sino, en realidad, cualitativos o de fondo, que implicarían el reemplazo de un sistema por otro, asunto que, conforme se ha revisado, debería ser materia de un cambio de texto constitucional y no de su simple reforma, por lo que, pese a la definición constitucional de los elementos constitutivos del Estado, el problema sigue persistiendo: se deja en manos del poder constituyente de reforma materias que son, en realidad, objeto de un cambio de Constitución.

3.1.3. La restricción de derechos fundamentales

Se impide, de modo general y acertado en el Código Político, que se acuda al poder de reforma constitucional con la finalidad de restringir o menoscabar el ejercicio de derechos fundamentales y de sus garantías, por lo que no cabe en el sistema ecuatoriano iniciar procedimientos de enmienda o de reforma parcial con dicho objetivo. El problema, como ya se anticipó, es que el legislador entendió que, entonces, para la restricción de derechos y garantías se debe convocar a asamblea constituyente, es decir, al ejercicio del poder originario,²⁵¹ lo que implica incurrir en una desviada y equivocada interpretación de la norma constitucional, pues si bien al respeto a los derechos fundamentales se convierte en una limitación expresa al poder de reforma, no es menos cierto que, respecto del poder constituyente originario, es una limitación implícita que no debería ser superada, aunque la equivocada interpretación del legislador también parece ser la de la actual Corte Constitucional.²⁵²

²⁴⁹ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, arts. 1 a 9.

²⁵⁰ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 442. Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 101, N° 2.

²⁵¹ Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 101, N° 1.

²⁵² Ecuador. Corte Constitucional, Dictamen N° 1-19-RC/19, de 2 de abril de 2019.

En todo caso, se estima que una asamblea constituyente puede limitar el ejercicio de un derecho fundamental, pero no desaparecerlo o tornarlo impracticable, al punto de alterar su *núcleo duro* o *contenido esencial*,²⁵³ pues ello haría que, por autorización de órganos constituidos como la Asamblea Nacional y la Corte Constitucional, el poder constituyente originario supere una limitación implícita a la que se debe sujetar, lo que es contrario al fin del constitucionalismo, provocando, como se verá más adelante, un problema adicional respecto al control posterior a dicha labor.

3.1.4. La alteración de los procedimientos de modificación constitucional

Se impide al poder de reforma constitucional acudir a las vías de la enmienda o de la reforma parcial para alterar los procedimientos establecidos para modificar el texto constitucional, y ello obedece no solo a la estricta aplicación del principio de supremacía constitucional al que se somete, formal y materialmente, dicho poder, sino, además, al hecho de evitar que, alterando las reglas de procedimiento para modificar el Código Político, se intenten superar el resto de limitaciones que el constituyente originario le ha impuesto.

Naturalmente, la alteración de las reglas de modificación de la Constitución es dejada en manos del poder constituyente originario a través de la asamblea constituyente,²⁵⁴ lo que resulta lógico, pues solamente el soberano es quien puede cambiar las reglas que permiten la modificación del texto constitucional que ha creado, lo que, además, responde a la ilimitación positiva que lo caracteriza y diferencia del poder de reforma.

3.2. *Ausencia de distinción entre el control al procedimiento de enmienda constitucional y el de reforma parcial*

Otro de los predicamentos que este estudio detecta es que el ordenamiento jurídico no contempla las distinciones procedimentales necesarias en materia de control a las propuestas de modificación constitucional, pues la Ley Orgánica de Garantías

²⁵³ Cfr. Ismael Quintana, *La Acción de Protección* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015), 102-04.

²⁵⁴ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 444. Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 101, N° 1.

Jurisdiccionales y Control Constitucional les da idéntico tratamiento,²⁵⁵ produciendo los inconvenientes que se pasan a describir, principalmente si se acude a los mecanismos de la enmienda por vía parlamentaria y de la reforma parcial. A continuación entonces se revisan cada uno de los procedimientos, proponiendo algunos criterios de diferenciación entre aquellos a fin de solventar los problemas identificados.

3.2.1. El procedimiento de enmienda constitucional a través de referéndum directo

Como se verá, el procedimiento de enmienda constitucional tiene dos fórmulas de tratamiento: cabe hacerlo mediante consulta popular, ora a través de trámite parlamentario. Se estudiará, en este apartado, el primero de ellos, haciendo presente que, para la Magistratura, la enmienda constitucional, en cualquiera de los dos casos, persigue “mantener el texto constitucional” sin que sea posible “alterar el contenido esencial de la Constitución.”²⁵⁶

Le enmienda constitucional, de modo general, procede siempre que no se altere la estructura fundamental de la Constitución, no se modifiquen los elementos constitutivos del Estado, no se afecten derechos fundamentales y no se pretenda cambiar los propios procedimientos de reforma constitucional.²⁵⁷ Esas son limitaciones aplicables a los dos casos, es decir, tanto al que se realice mediante consulta popular como al que se trata mediante la Asamblea Nacional.

La actual Corte Constitucional ha dicho que, además, en cualquiera de los dos eventos, es decir, de enmienda por vía de referéndum o por vía parlamentaria, aquella introduce cambios no significativos al texto constitucional, constituyéndose en el procedimiento menos riguroso de modificación, pues busca respetar el espíritu del constituyente.²⁵⁸

En el evento que se acuda a la enmienda vía consulta refrendataria, la iniciativa para promover el proyecto no es absoluta, estando habilitados para hacerlo tanto el Jefe de

²⁵⁵ Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, arts. 100 y 101.

²⁵⁶ Corte Constitucional. Dictamen N° 001-14-DRC-CC, dictado en el caso N° 0001-14-RC, publicado en el suplemento del Registro Oficial N° 371 de 10 de noviembre de 2014.

²⁵⁷ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 441, inc. 1°.

²⁵⁸ Ecuador. Corte Constitucional, Dictamen N° 1-19-RC/19 de 2 de abril de 2019.

Estado como los ciudadanos que anexen al proyecto, al menos, el 8% de firmas de respaldo de quienes se encuentren inscritos en el padrón electoral.²⁵⁹

En todo caso, elaborado el proyecto por los proponentes, este debe ser enviado a la Corte Constitucional para que emita el respectivo dictamen de modo previo a la suscripción del decreto de convocatoria o a la recolección de firmas ciudadanas para dicha convocatoria.²⁶⁰

La Magistratura debe, en este caso, calificar la vía o procedimiento sugerido por el proponente.²⁶¹ De este modo, podría estimar que si se están alterando los elementos constitutivos del Estado o la estructura fundamental de la Constitución, no sería procedente la enmienda sino la reforma parcial, para lo cual el proyecto debería ser presentado en la Asamblea Nacional,²⁶² pero si detecta que el proyecto vulnera o menoscaba el ejercicio de derechos fundamentales y de sus garantías, o que se están modificando los propios procedimientos de reforma constitucional, debería disponer que el asunto se tramite mediando una Asamblea Constituyente, estimando que, para ello, es necesario un cambio de texto constitucional.²⁶³

Calificada la constitucionalidad de la vía, al tratarse de un proyecto normativo a ser sometido a consulta popular, la Corte Constitucional debe, también, pronunciarse sobre la constitucional del contenido del mismo,²⁶⁴ debiendo revisar que los considerandos introductorios a las preguntas no induzcan a las respuestas al elector, la concordancia entre el considerando y el texto normativo, el uso de lenguaje neutro y sin carga emotiva, la relación de causalidad entre el texto normativo y la finalidad que se señala en el considerando introductorio y el hecho de que no se proporcione información superflua o cuestiones que no tengan relación con el texto a considerarse por la ciudadanía. Así

²⁵⁹ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 441, N° 1. Ecuador. Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, Registro Oficial, Suplemento, N° 578, 27 de abril de 2009, art. 187.

²⁶⁰ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, arts. 104, inc. final y 443. Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 100, N° 1 y 2. Ecuador. Ley Orgánica de Participación Ciudadana, Registro Oficial, Suplemento, N° 175, 20 de abril de 2010, art. 15.

²⁶¹ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 443.

²⁶² Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 442. Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 101, N° 2.

²⁶³ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 444. Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 101, N° 1.

²⁶⁴ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 104, inc. final.

también, deberá revisar el contenido del cuestionario, verificando que se formule una sola cuestión por cada pregunta, la alternativa de aprobar o no varios temas individualmente, sin que quepa la probación o rechazo en bloque y que la propuesta no busque beneficiar a un determinado proyecto político, debiendo tener efecto jurídicos y modificaciones inmediatas al sistema jurídico.²⁶⁵

Con esos pronunciamientos, el Consejo Nacional Electoral debe organizar el proceso de consulta popular y convocarla dentro del plazo de quince días contados desde que se suscriba el correspondiente Decreto Ejecutivo, ora desde que acepta la solicitud ciudadana, ocurriendo que el acto electoral debe celebrarse dentro de los siguientes sesenta días contados desde dicha convocatoria.²⁶⁶ Para aprobar el proyecto de enmienda constitucional se requiere de la mayoría absoluta de votos válidos, lo que implica la exclusión de los votos nulos y en blanco.²⁶⁷

3.2.2. El procedimiento de enmienda constitucional por vía parlamentaria

Este es otro de los procedimientos que acarrea inconvenientes en materia de reforma constitucional. Como se ha explicado anteriormente, la enmienda constitucional procede siempre que no se altere la estructura fundamental de la Constitución, no se modifiquen los elementos constitutivos del Estado, no se afecten derechos fundamentales y no se pretenda cambiar los propios procedimientos de reforma al Código Político.

En este caso, la iniciativa es exclusivamente entregada a los asambleístas, condicionando la Constitución a que el proyecto sea presentado a propuesta de un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional.²⁶⁸

Ahora bien, el problema que se presenta cuando de enmienda constitucional se trata es que como la Constitución no desarrolla el trámite que se debe seguir para procesar el proyecto, limitándose a indicar solamente que deben darse dos debates, con un plazo de espera de un año y treinta días entre el primero y el segundo, y la Ley Orgánica de la Función Legislativa no cubre ese vacío, indicando que se deberá seguir el trámite previsto

²⁶⁵ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, arts. 104 y 105. Las consecuencias de la no emisión de dictamen constitucional expreso se tratan más adelante en este mismo capítulo.

²⁶⁶ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 106, inc. 1° y 219, N° 1. Ecuador. Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, Registro Oficial, Suplemento, N° 578, 27 de abril de 2009, art. 25, N° 2.

²⁶⁷ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 106, inc. 2°.

²⁶⁸ *Ibíd.*, art. 441, N° 2.

en la norma constitucional²⁶⁹ -el que, se debe insistir, no existe-, no se tienen normas previas, claras y públicas que se deban aplicar para esta clase de procedimiento, pues la Constitución no contempla de modo expreso que la enmienda por vía parlamentaria deba seguir, como sí ocurría con la reforma constitucional a la luz del Código Político de 1998,²⁷⁰ el trámite ordinario de formación de la ley.

De todos modos, ya en el procedimiento de enmienda constitucional por vía legislativa llevado a cabo en 2015²⁷¹ se aplicaron, por analogía, las reglas generales de formación de la ley, lo que, en todo caso, es conforme a nuestro ordenamiento jurídico al ser un mecanismo idóneo y adecuado en materia de integración del Derecho. Sin embargo, habrá que tener presente cuáles de esas reglas pueden aplicarse al caso de la enmienda constitucional por vía de la legislatura.

Lo primero que se debe determinar es la forma en que se debe presentar el proyecto de enmienda. De este modo, de aplicarse por analogía las normas comunes del procedimiento ordinario de formación de la ley, cabría entonces acudir a los requisitos constitucionales de presentación de los proyectos de ley: conforme lo dispone la Constitución, la iniciativa corresponde a no menos de un tercio de los integrantes de la Asamblea Nacional, quienes debería presentar ante el Presidente de dicho órgano el proyecto de enmienda con la correspondiente exposición de motivos y el articulado respectivo,²⁷² aunque, como lo indica Rafael Oyarte, uno de los requisitos formales de presentación de proyectos de ley que no sería aplicable al caso de la enmienda constitucional es el relativo a que el texto se refiera a una sola materia, pues, como bien sostiene, las leyes son homogéneas, mientras que las constituciones, por su naturaleza, son heterogéneas, es decir, se refieren a diversas materias, lo que, a juicio del autor, impediría que en el caso de la enmienda constitucional se pretenda exigir el cumplimiento de dicho requisito.²⁷³

En este punto, cabría hacer una distinción respecto del tratamiento ordinario de los proyectos de ley, pues presentado el proyecto de enmienda, este debería ser enviado a

²⁶⁹ Ecuador. Ley Orgánica de la Función Legislativa, Registro Oficial, Suplemento, N° 642, 27 de julio de 2009, art. 73, inc. final.

²⁷⁰ Ecuador. Constitución Política de la República, Registro Oficial, No 1, 11 de agosto de 1998, art. 282.

²⁷¹ Proyecto aprobado y publicado en el suplemento del Registro Oficial N° 653 de 21 de diciembre de 2015.

²⁷² Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 136. Ecuador. Ley Orgánica de la Función Legislativa, Registro Oficial, Suplemento, N° 642, 27 de julio de 2009, art. 56.

²⁷³ Oyarte, “*Derecho Constitucional*”, 751.

la Corte Constitucional para que emita el respectivo dictamen de calificación de vía,²⁷⁴ pronunciamiento que se debe emitir de modo previo a iniciar el tratamiento del proyecto en la Asamblea Nacional.²⁷⁵ Como se ha indicado, el control previo que realiza la Magistratura no es material, sino que se limita, exclusivamente, a determinar el procedimiento a seguir para canalizar las propuestas contenidas en el proyecto de enmienda,²⁷⁶ a lo que se debe agregar el hecho de que, al aprobarse mediante consulta popular, no se requiere un pronunciamiento de fondo;²⁷⁷ aunque, como se ha dicho y se revisará más adelante, cabe el ejercicio de control posterior, el que, de todos modos, es solamente formal.²⁷⁸

Y es en este aspecto en el que se presenta un predicamento, pues si el dictamen previo es solo de calificación de vía, y el control posterior es solo por vicios formales, no queda claro qué ocurre con posibles vicios materiales o de fondo que se puedan producir. Como indica Rafael Oyarte, que la Corte Constitucional no se pronuncie de modo previo sobre la conformidad material del proyecto de enmienda se debe a que la Asamblea Nacional puede modificar los textos dentro del tratamiento legislativo, ora rechazarlos y no aprobarlos, por lo que sería ineficaz un control previo realizado en tales condiciones, al no conocerse con certeza lo que será (si ello llega a ocurrir) finalmente aprobado.²⁷⁹ Ahora bien, aquello no puede servir de justificativo para que esos posibles vicios materiales del proyecto escapen al control de la Magistratura, mucho más si se tiene en cuenta que la legislatura actúa en ejercicio del poder constituyente derivado, el que se somete formal y materialmente al texto constitucional. Por ello, lo adecuado sería que, de tratarse de una enmienda realizada por vía parlamentaria, la Corte Constitucional realice un segundo control previo a la aprobación del proyecto, donde debería revisarse si los textos que se van a someter a votación contienen o no vicios materiales, aspecto sobre el cual se volverá más adelante en este mismo párrafo.

Siguiendo la aplicación analógica de normas, con el dictamen de calificación de vía emitido por la Corte Constitucional, el proyecto debería ser calificado por el Consejo de Administración de la Legislatura, órgano que debería establecer la prioridad para el

²⁷⁴ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 443.

²⁷⁵ Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 100, N° 3.

²⁷⁶ *Ibíd.*, art. 101, N° 2.

²⁷⁷ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, arts. 104, inc. final y 438, N° 1.

²⁷⁸ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 436, N° 2. Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 75, N° 1, letra a, y 106, N° 4.

²⁷⁹ Oyarte, “*Derecho Constitucional*”, 753.

tratamiento del mismo y determinar que será la comisión especializada ocasional creada para el efecto la que lo tramitará.²⁸⁰ El Secretario General del Consejo de Administración Legislativa debería enviar al Presidente de la comisión especializada ocasional, junto con el proyecto de enmienda, la resolución en la que conste la fecha de inicio de tratamiento del mismo, mientras que el Presidente del Consejo de Administración Legislativa debería disponer a la Secretaría General de la Asamblea Nacional que distribuya a los asambleístas el contenido de la resolución que califica o no el proyecto de ley, dentro de las veinticuatro horas siguientes de adoptada, así como que se difunda públicamente su contenido en el portal web oficial de la Asamblea Nacional.

A partir de la fecha de inicio del tratamiento del proyecto de enmienda, dispuesta, s así se estimara, por el Consejo de Administración Legislativa, el Presidente de la comisión especializada debería ordenar se ponga inmediatamente en conocimiento de los integrantes de la misma, de la ciudadanía y de las organizaciones registradas para el efecto, el inicio de dicho trámite y el proyecto de enmienda, a través del portal web oficial de la Asamblea Nacional.²⁸¹

La comisión ocasional especializadas debería presentar al Presidente de la Asamblea Nacional su informe con las observaciones que juzguen necesarias introducir, permitiendo que, previo a la elaboración y aprobación de dicho informe, los ciudadanos que tengan interés en la aprobación del proyecto de enmienda, o que consideren que sus derechos puedan ser afectados por su expedición, puedan acudir ante la comisión especializada y exponer sus argumentos.²⁸²

Dicha comisión, aprobado el informe, debería enviarlo al Presidente de la Asamblea Nacional, quien debería ordenar su distribución a los asambleístas por Secretaría General. El primer debate se debería desarrollar, previa convocatoria del Presidente de la Asamblea Nacional, en una sola sesión y los asambleístas estaría habilitados para presentar sus observaciones por escrito en el transcurso de la misma sesión o hasta tres días después de concluida la sesión.²⁸³

La duda que se presenta aquí es si cabe aplicar el tratamiento del proyecto de enmienda constitucional la regla que le permite al Pleno de la legislatura, en primer debate

²⁸⁰ Ecuador. Ley Orgánica de la Función Legislativa, Registro Oficial, Suplemento, N° 642, 27 de julio de 2009, art. 56 y 73.

²⁸¹ *Ibíd.*, art. 57.

²⁸² *Ibíd.*, art. 58.

²⁸³ *Ibíd.*, art. 60.

y con la mayoría absoluta de sus miembros, a archivar el proyecto. Al respecto, se podría estimar que, en el caso de la enmienda parlamentaria, aquello no es procedente debido a que la Constitución obliga a que el segundo debate ocurra, de modo impostergable, dentro de los treinta días contados desde que el año que debe transcurrir entre la primera y segunda discusión.²⁸⁴

Entonces, ocurrido el primer debate, la comisión ocasional especializada debería analizar y, de ser el caso, recoger las observaciones efectuadas al proyecto de enmienda, debiendo presentar al Presidente de la Asamblea Nacional el informe para segundo debate.²⁸⁵

Recibido el informe para segundo debate, y una vez verificado que hayan transcurrido los treinta días contados a partir del año de realizado el primero, debería, sin dilaciones, el Presidente de la legislatura debería ordenar por Secretaría de la Asamblea Nacional la distribución del informe a los asambleístas.

El segundo debate se debería desarrollar, previa convocatoria del Presidente de la Asamblea Nacional, en una sola sesión, ocurriendo que en el transcurso del mismo, el ponente podría incorporar cambios al proyecto de enmienda que sean sugeridos en el Pleno. En caso de negarse el informe de mayoría, el Pleno de la Asamblea, por decisión de la mayoría absoluta de sus integrantes, podría decidir el conocimiento y votación de los informes de minoría, de haberlos.

La duda que se presenta respecto a los debates es que no existe consecuencia jurídica de que los mismos no se realicen. Si no se realiza el primer debate, naturalmente, el plazo de espera para que se desarrolle el segundo no empezará a correr, así como si, dado el primer debate, no existe previsión de lo que debería ocurrir si la legislatura no efectúa la segunda discusión, pese a que haya transcurrido el plazo constitucional de espera. De todos modos, en cualquiera de los dos eventos, cabría pensar en proponer la acción de inconstitucionalidad por omisión para que sea la propia Magistratura la que subsane el vicio, aunque aquello no estaría exento de complejidades.²⁸⁶

²⁸⁴ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 441, N° 2.

²⁸⁵ Ecuador. Ley Orgánica de la Función Legislativa, Registro Oficial, Suplemento, N° 642, 27 de julio de 2009, art. 61.

²⁸⁶ Vid. Ismael Quintana, *Las Acciones por Incumplimiento y de Inconstitucionalidad por Omisión*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017).

En adición a lo dicho, se debe volver a hacer presente que, a criterio del presente trabajo, ocurrido el segundo debate, de modo previo a la votación parlamentaria, se debería requerir de la Corte Constitucional un segundo dictamen con la finalidad de revisar la conformidad material del proyecto con el texto constitucional, a fin de evitar que el poder constituyente derivado supere sus limitaciones a la hora de desarrollar su labor reformadora, mucho más si, en el desarrollo de los debates, los textos originales ha sufrido modificaciones que no fueron controladas por la Magistratura a la hora de calificar la vía.

En todo caso, con el dictamen de la Corte Constitucional, la aprobación del proyecto de enmienda cabría si existen los votos de las dos terceras partes de los miembros de la legislatura,²⁸⁷ sin que quepa, como se verá más adelante con mayor detenimiento, la aprobación íntegra o en bloque del proyecto, o por títulos, capítulos, secciones, quedando permitida, únicamente y por expreso señalamiento de la Corte Constitucional, la aprobación por artículos; o, naturalmente, la posibilidad de archivar el proyecto.²⁸⁸

Otro problema que se presenta es saber si cabe, en este evento, una vez aprobado el proyecto de enmienda constitucional en segundo debate, remitirlo al Jefe de Estado para la respectiva sanción u objeción,²⁸⁹ debiéndose hacer presente que, en el proyecto aprobado en 2015, la Asamblea Nacional dispuso la publicación del mismo en el Registro Oficial sin haberlo remitido al Presidente de la República para la sanción u objeción. En todo caso, la Constitución establece que el trámite concluye con la aprobación del texto en segundo debate,²⁹⁰ por lo que no cabría aplicar por analogía las normas constitucionales y legales relacionadas a la potestad de veto presidencial, la que, de todos modos, se limita expresamente a los proyecto de ley y no de enmienda constitucional,²⁹¹ pero tampoco existe norma alguna que autorice al legislador a disponer la publicación del texto en el Registro Oficial,²⁹² siendo este uno de los más notorios vacíos en la materia, que debería ser prontamente superado y corregido.

3.2.3. El procedimiento de reforma parcial

²⁸⁷ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 441, N° 2.

²⁸⁸ Ecuador. Ley Orgánica de la Función Legislativa, Registro Oficial, Suplemento, N° 642, 27 de julio de 2009, art. 61.

²⁸⁹ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, arts. 137, inc. final, 138 y 139. Ecuador. Ley Orgánica de la Función Legislativa, Registro Oficial, Suplemento, N° 642, 27 de julio de 2009, art. 63.

²⁹⁰ ²⁹⁰ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 441, N° 2.

²⁹¹ *Ibíd.*, art. 147, N° 12.

²⁹² *Ibíd.*, art. 120, N° 5.

En el evento que se trate de una reforma parcial se debe considerar que el proyecto debe ser sometido, en primer momento, a discusión en la Asamblea Nacional, para luego, de aprobarse la propuesta, ser sujeto de consideración ciudadana a través de una consulta popular. No hay, entonces, convocatoria directa a una consulta popular, como en la enmienda tramitada vía referéndum, sino, únicamente, la presentación de un proyecto de modificaciones constitucionales ante la Asamblea Nacional para que las trate y, de estimarlas viables, las apruebe, escenario en cual se llama al poder constituyente originario a pronunciarse para ratificar o no lo actuado en la legislatura.²⁹³

Como se ha dicho previamente, quienes pueden presentar proyectos de reforma parcial son el Presidente de la República, la ciudadanía con el 1% de firmas de respaldo de los inscritos en el padrón electoral, así como mediante resolución aprobada por la mayoría absoluta de los integrantes de la Asamblea Nacional, lo que conduce a afirmar que, en este último caso, no se trata de una iniciativa directa de varios parlamentarios, sino de una decisión procedente del Pleno, en sesión formal, donde se deberá aprobar en resolución la decisión de presentar y dar trámite a un proyecto de reformas parciales a la Constitución.²⁹⁴

Al igual que en el caso de la enmienda por vía legislativa se producen las dudas respecto a si el Consejo de Administración de la Legislatura debe o no calificar el proyecto y establecer la prioridad de su tratamiento, pues el deficiente tratamiento de este tópico en la Ley Orgánica de la Función Legislativa solamente se limita a indicar que dicho Consejo debe crear, para el efecto, una comisión especializada ocasional.²⁹⁵

En todo caso, el proyecto debe ser presentado ante la Asamblea Nacional, órgano que, en el evento que la iniciativa provenga de la ciudadanía, requerirá en primer momento que el Consejo Nacional Electoral verifique la autenticidad de las firmas de respaldo.²⁹⁶ Si las firmas ciudadanas son validadas y el Consejo Nacional Electoral así

²⁹³ *Ibíd.*, art. 442.

²⁹⁴ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 442, inc. 1°. Ecuador. Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, Registro Oficial, Suplemento, N° 578, 27 de abril de 2009, art. 108. Ecuador. Ley Orgánica de la Función Legislativa, Registro Oficial, Suplemento, N° 642, 27 de julio de 2009, arts. 8, 9, N° 21 y 66, inc. 4°.

²⁹⁵ Ecuador. Ley Orgánica de la Función Legislativa, Registro Oficial, Suplemento, N° 642, 27 de julio de 2009, arts. 14, N° 2, 56, 57 y 73, inc. 2°.

²⁹⁶ Ecuador. Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, Registro Oficial, Suplemento, N° 578, 27 de abril de 2009, art. 189.

notifica a la Asamblea Nacional,²⁹⁷ o la propuesta ha sido presentada por el Jefe de Estado o mediando resolución aprobada por la mayoría absoluta de los legisladores, previo a dar inicio al trámite parlamentario respectivo,²⁹⁸ se debe solicitar el dictamen a la Corte Constitucional.²⁹⁹

Es en ese punto del procedimiento en el que se encuentra una complicación, pues al igual que en el caso de la enmienda, en la reforma parcial la Magistratura debe emitir dictamen previo de calificación de vía y, además, simultáneamente, del contenido del proyecto,³⁰⁰ olvidando el legislador que, en este caso, el referéndum únicamente se producirá si existe aprobación del texto por parte de la Asamblea Nacional con el objetivo de que la ciudadanía ratifique o no lo resuelto en el parlamento,³⁰¹ resultando inútil realizar un control sobre algo que, posiblemente, puede ser no solo rechazado por los asambleístas, que no están obligados a aprobar el proyecto planteado, sino solamente a tratarlo (con lo que no habría consulta popular), sino, incluso, modificado en el transcurso de las discusiones parlamentarias, con lo que el dictamen previo sobre el contenido del texto originalmente planteado perdería eficacia jurídica, produciéndose posibles inconstitucionalidades materiales supervinientes que no podrían ser objeto de control posterior porque este se limita a lo exclusivamente formal,³⁰² con lo que esos textos escaparían al control de la Magistratura.

Se estima que una solución adecuada a este problema es la planteada por Rafael Oyarte, quien propone que, en el caso de la reforma parcial, el control efectuado por la Corte Constitucional se realice en dos momentos separados: el primero, al calificar la vía, es decir, cuando la Asamblea Nacional remite el proyecto a la Magistratura una vez validadas las firmas ciudadanas en el Consejo Nacional Electoral, o a petición del Presidente de la República o de resolución aprobada por la mayoría absoluta de legisladores, en el cual solamente se podría estimar improcedente el procedimiento de reforma parcial si se pretende, como ya se ha revisado, incurrir en restricción de derechos

²⁹⁷ *Ibíd.*, art. 190.

²⁹⁸ En todo caso, una vez emitido el dictamen por parte de la Corte Constitucional, se debería seguir el mismo trámite que el revisado en el caso de la enmienda por vía parlamentaria, con el agregado de que, en este caso, aprobado el proyecto, se convoca a consulta popular.

²⁹⁹ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, arts. 104, inc. final, 438, N° 2 y 443. Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 100, N° 3.

³⁰⁰ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, arts. 438, N° 2 y 443. Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 101, N° 2, 102, 103, 104 y 105.

³⁰¹ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 442.

³⁰² Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 106, N° 4.

o alteración de los procedimientos de reforma constitucional (cuyo tratamiento estaría reservado al cambio de texto constitucional), mientras que si se busca modificar la estructura fundamental del texto constitucional o los elementos constitutivos del Estado, la Magistratura deberá estimar que esa es la vía a emplearse. Y un segundo control sobre el contenido del proyecto que se debería efectuar solamente si la Asamblea Nacional lo ha aprobado, luego de dos debates, con un plazo de espera de noventa días entre el primero y el segundo, pero de modo previo a la convocatoria a la consulta popular.³⁰³

De este modo, discutido y aprobado³⁰⁴ el proyecto de reforma parcial en los dos debates, este debería ser remitido nuevamente a la Corte Constitucional para que se emita dictamen previo sobre el contenido del cuestionario y sus anexos, y una vez obtenido dicho pronunciamiento, dentro de los siguientes cuarenta y cinco días de aprobado, se convoque al referéndum para que la ciudadanía, mediante mayoría absoluta de votos válidos, ratifique o no lo inicialmente tratado en la Asamblea Nacional.³⁰⁵ Solamente de esta forma se podría evitar que el control previo de constitucionalidad sea inoficioso, ya porque posiblemente la Asamblea Nacional rechace y archive el proyecto, negándose a aprobarlo, ya porque, aprobándolo, podría haber realizado cambios al proyecto original que fue objeto de control y esas alteraciones podrían provocar inconstitucionalidades materiales posteriores al dictamen previo.

Como se ve, entonces, el deficiente procedimiento que se establece para este caso solamente indica que hay doble discusión del proyecto en la Asamblea Nacional, con un plazo de noventa días de espera entre primer y segundo debate, ocurriendo que los informes para dichos debates deben ser realizados por una comisión especial ocasional creada para el efecto por el Consejo de Administración Legislativa.³⁰⁶ El primer dictamen de la Corte Constitucional, exclusivamente sobre la calificación de vía, debe operar de modo previo a dichos debates,³⁰⁷ pero el segundo pronunciamiento debería emitirse en un

³⁰³ Cfr. Oyarte, “*Derecho Constitucional*”, 374.

³⁰⁴ En materia de aprobación del proyecto de reforma parcial también se presenta un problema adicional, pues la Constitución no establece el quórum para aquello (art. 442 CE), y ese vacío no es cubierto en la Ley Orgánica de la Función Legislativa (art. 73 LOFL), lo que constituye una grave omisión.

³⁰⁵ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, arts. 106, inc. 2° y 442. En este caso, a diferencia de la duda presentada en el procedimiento de enmienda por vía legislativa, no cabe discusión sobre si, aprobado el proyecto en la Asamblea Nacional, se debería requerir sanción u objeción presidencial, pues la propia Constitución dispone la convocatoria directa a consulta popular (arts. 137 y 442 CE).

³⁰⁶ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 442. Ecuador. Ley Orgánica de la Función Legislativa, Registro Oficial, Suplemento, N° 642, 27 de julio de 2009, art. 73.

³⁰⁷ Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, arts. 100, N° 3 y 101, N° 2.

momento separado: solamente cuando se hayan dado los dos debates y el proyecto haya sido aprobado, con lo que dictaminada la conformidad constitucional del proyecto, cabría la convocatoria de referéndum.³⁰⁸ Sin embargo, un predicamento adicional que se detecta en este procedimiento es que tanto la Constitución como la Ley Orgánica de la Función Legislativa no establecen una consecuencia para el caso que la Asamblea Nacional omita realizar el segundo debate luego de transcurridos los noventa días del primero con lo que un posterior segundo dictamen podría llegar a no ser emitido por la Corte Constitucional, salvo el caso de que la propuesta provenga de la iniciativa ciudadana, en cuyo caso se aplican los efectos que más adelante se revisan en este apartado.³⁰⁹

Una segunda alternativa que este trabajo propone es que, manteniéndose el sistema de control previo y simultáneo de vía y contenido de los proyectos de reforma parcial, la Corte Constitucional condicione la conformidad del texto a debatirse en la Asamblea y difiera los efectos de su decisión al evento de que, de producirse ulteriores modificaciones a su contenido en el trámite parlamentario, aquellas sean puestas en conocimiento del ente jurisdiccional a fin de que emita nuevo pronunciamiento. Si las modificaciones se producen en el primer debate, el nuevo dictamen debería emitirse de modo previo a la segunda discusión parlamentaria, y si existen cambios en el segundo debate, se debería requerir el parecer de la Magistratura antes de que el proyecto sea aprobado, debiéndose, en este caso, suspender la sesión para que la votación se realice una vez que se cuente con el dictamen, aunque las reglas generales de formación de la ley obligan a la Asamblea Nacional a realizar el segundo debate en una sola sesión, debiéndose agregar la omisión en que incurre la Ley Orgánica de la Función Legislativa al no regular un procedimiento específico para el caso de la reforma parcial, lo que genera la duda sobre las normas que se deberían aplicar en este evento.³¹⁰ Como se ve, esta es una propuesta bastante más compleja que la realizada por Rafael Oyarte, pues a diferencia de aquella, en la que bastaría un solo dictamen previo para asegurar que lo aprobado en la Asamblea Nacional se someta a la Norma Suprema, en este nuevo planteamiento se

³⁰⁸ Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, arts. 102 a 105.

³⁰⁹ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 103, inc. 4°. Ecuador. Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, Registro Oficial, Suplemento, N° 578, 27 de abril de 2009, art. 192. Ecuador. Ley Orgánica de la Función Legislativa, Registro Oficial, Suplemento, N° 642, 27 de julio de 2009, art. 66, inc. 4°. Ecuador. Ley Orgánica de Participación Ciudadana, Registro Oficial, Suplemento, N° 175, 20 de abril de 2010, art. 17. Ecuador, Reglamento para el Ejercicio de la Democracia Directa a través de la Iniciativa Popular Normativa, Consultas Populares, Referéndum y Revocatoria del Mandato, suplemento del Registro Oficial N° 124, 15 de noviembre de 2013, art. 8, inc. 1°.

³¹⁰ Ecuador. Ley Orgánica de la Función Legislativa, Registro Oficial, Suplemento, N° 642, 27 de julio de 2009, arts. 61, inc. 5° y 73. Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, arts. 5, 95 y 96.

necesitarían varios y sucesivos pronunciamientos de la Corte Constitucional, lo que solo conduciría a dilatar y entorpecer el procedimiento de reforma constitucional, más allá de ser una posibilidad válida si se tiene en cuenta las varias clases de sentencias interpretativas o manipulativas que la Corte Constitucional puede dictar.³¹¹

Ahora bien, también se debe tener en cuenta lo que puede ocurrir en el evento que la Asamblea Nacional decida no dar tratamiento al proyecto de reforma parcial, sea porque presentado no ha sido procesado o porque, en medio de su tramitación, no ha operado, por ejemplo, el segundo debate después de transcurridos los noventa días de haberse producido el primero. Si ello se evidencia, el ordenamiento jurídico establece una consecuencia para el caso de que la propuesta provenga de la iniciativa ciudadana:³¹² si el proyecto no es tratado dentro del plazo de un año contado desde que el Consejo Nacional Electoral valide las firmas de respaldo, se puede solicitar a dicho órgano que convoque directamente a consulta popular, pero sin la necesidad de recolectar el 8% de firmas de respaldo de los inscritos en el padrón electoral.³¹³ En este escenario, como sugiere Rafael Oyarte,³¹⁴ también se precisará de dictamen previo por parte de la Corte Constitucional, debiéndose distinguir dos cosas: si ya la Magistratura se pronunció sobre la calificación de vía a petición de la Asamblea Nacional solamente se necesitará el dictamen sobre el contenido del proyecto, pero si no se obtuvo ninguno de los dos pronunciamientos previos, antes de convocarse a la consulta popular, debería solicitarse que la Magistratura

³¹¹ Vid. Ismael Quintana, *Ejecución y Acción de Incumplimiento de Sentencias Constitucionales*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017), 16-36.

³¹² Sobre este punto se debe resaltar otro problema más, pues la Constitución no establece consecuencia jurídica alguna en el caso que la omisión parlamentaria se produzca respecto a proyectos de reforma parcial propuestos por el Presidente de la República o, incluso, por la propia mayoría absoluta de los legisladores. Antiguamente, desde la Constitución de 1978-79, se prevenía la posibilidad de consulta popular directa para el caso en que el parlamento negara expresamente un proyecto de reformas constitucionales planteado por el Jefe de Estado, ora en el evento de que, aprobado en la legislatura el proyecto, el Presidente de la República formulara objeciones al mismo (art. 143 CPE), mientras que en la Constitución de 1998 se establecía que la consulta popular procedería si el Congreso Nacional no conocía, aprobaba o negaba las reformas en el término de ciento veinte días contados a partir del vencimiento del plazo de un año que se debía esperar entre primer y segundo debates (art. 283 CPE). Naturalmente, al amparo de los dos textos constitucionales reseñados, no existía iniciativa ciudadana para tramitar consultas populares que tengan por objeto reformas el Código Político, lo que solo ocurre desde 2008, pero ello no impide que en Ecuador se retomem esa clase de normas para evitar o impedir que probables importantes propuestas de reforma constitucional queden sin ser al menos tratadas y discutidas en el órgano legislativo, en el evento que se acuda al expediente de la reforma parcial y la iniciativa no provenga de la ciudadanía.

³¹³ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 103, inc. 4°. Ecuador. Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, Registro Oficial, Suplemento, N° 578, 27 de abril de 2009, art. 192. Ecuador. Ley Orgánica de la Función Legislativa, Registro Oficial, Suplemento, N° 642, 27 de julio de 2009, art. 66, inc. 4°. Ecuador. Ley Orgánica de Participación Ciudadana, Registro Oficial, Suplemento, N° 175, 20 de abril de 2010, art. 17. Ecuador, Reglamento para el Ejercicio de la Democracia Directa a través de la Iniciativa Popular Normativa, Consultas Populares, Referéndum y Revocatoria del Mandato, suplemento del Registro Oficial N° 124, 15 de noviembre de 2013, art. 8, inc. 1°.

³¹⁴ Cfr. Oyarte, “*Derecho Constitucional*”, 375.

emita dictamen de calificación de vía y de conformidad constitucional del contenido del texto.³¹⁵

3.3. *La posible ausencia de control material previo y la posibilidad de alteración al texto presentado originalmente o de aprobación de modificaciones inconstitucionales*³¹⁶

Un problema fundamental en materia de control cuando de reforma constitucional se trata es la expresa previsión legislativa que de, en el evento que la modificación requiera aprobación mediante consulta popular, como ocurre con los casos de enmienda vía referéndum y de la reforma parcial, la Corte Constitucional, una vez calificada la vía, debe dictaminar, de forma previa a la convocatoria y solo limitándose a lo puramente formal, la conformidad constitucional del proyecto o propuesta,³¹⁷ revisando, como se ha visto, el cumplimiento de las reglas procesales para realizar la convocatoria a referéndum, la competencia para promover la reforma constitucional y la garantía de plena libertad del elector, verificando el cumplimiento de las cargas de claridad y lealtad.³¹⁸

Por ello, este dictamen previo sobre la propuesta de reforma permite a la Magistratura hacer, aparentemente y en principio, un control solamente formal de los considerandos que introducen a las preguntas, evitando que haya pretensión del proponente de inducir a las respuestas en el elector; verificando que haya concordancia plena entre el considerando que introduce la pregunta y el texto normativo, es decir, que exista relación entre las finalidades que se señalan en el considerando que introduce la pregunta y el texto sometido a consideración del pueblo; el empleo de lenguaje valorativamente neutro y sin carga emotiva, sencillo y comprensible para el elector; la relación directa de causalidad entre el texto normativo sometido a aprobación del pueblo y la finalidad o propósito que se señala en el considerando que introduce la pregunta, de modo que una vez aprobada la disposición jurídica, la finalidad perseguida se obtenga con

³¹⁵ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, arts. 443 y 104, inc. final. . Ecuador, Reglamento para el Ejercicio de la Democracia Directa a través de la Iniciativa Popular Normativa, Consultas Populares, Referéndum y Revocatoria del Mandato, suplemento del Registro Oficial N° 124, 15 de noviembre de 2013, art. 8, inc. 1°.

³¹⁶ Sobre la discusión dogmática de la existencia de normas constitucionales inconstitucionales, se puede revisar Otto Bachof, *¿Normas Constitucionales Inconstitucionales?*, (Lima, Palestra Editores, 2008).

³¹⁷ Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 102.

³¹⁸ *Ibíd.*, art. 103.

una alta probabilidad; y que no se proporcione información superflua o ninguna otra que no guarde relación con el texto normativo a ser aprobado por el electorado.³¹⁹

Así también, en el mismo dictamen formal, la Corte Constitucional se debe pronunciar sobre el contenido del cuestionario, debiendo revisar que exista la formulación de una sola cuestión por cada pregunta, salvo que exista una interrelación e interdependencia entre los distintos componentes normativos; la posibilidad de aceptar o negar varios temas individualmente en la misma consulta, prohibiéndose la aprobación o rechazo en bloque; que la propuesta normativa no esté encaminada a establecer excepciones puntuales que beneficien un proyecto político específico; y que tenga efectos jurídicos y modificaciones al sistema jurídico.³²⁰

Como se ve, efectivamente, la ley de la materia solamente establece un control previo puramente formal del proyecto de enmienda a someterse directamente a referéndum o de la reforma parcial, obviando el control de fondo o material, que no está excluido en el Código Político para estos casos,³²¹ produciéndose una restricción inconstitucional a las atribuciones de la Magistratura. Pero no solo que existe esta incomprensible imprevisión legislativa, sino que, con semejante omisión, se provoca un grave riesgo: que, en el caso de enmienda tramitada directamente vía referéndum a iniciativa presidencial o ciudadana, se incluyan eventuales modificaciones constitucionales que sean contrarias, materialmente, al propio texto constitucional, sin que la Corte pueda pronunciarse sobre aquellas irregularidades de modo previo, pues en este evento, aprobada la modificación en consulta popular, el texto constitucional es inmediatamente cambiado, agravándose el hecho desde que, como se verá, el control posterior también es reducido en la ley a lo estrictamente formal, produciéndose ausencia de control material previo a la tarea reformadora de la Constitución; y que, asimismo, en el expediente de la reforma parcial, el proyecto inicial y simultáneamente calificado y dictaminado por la Corte Constitucional de modo *ex ante*, pueda ser alterado en el transcurso de los debates parlamentarios, generando posibles y supervinientes inconstitucionalidades materiales que escaparían al control de la Magistratura, tal como ya se advirtió en el apartado anterior, con el mismo agregado que al igual que en el caso de la enmienda constitucional, en la reforma parcial, un control posterior es solamente posible si existen acusaciones formales. En el caso de la reforma parcial, se estima que la

³¹⁹ *Ibíd.*, art. 104.

³²⁰ *Ibíd.*, art. 105.

³²¹ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, arts. 104, inc. final, 438, N° 2 y 443.

necesidad de un control material previo se justifica porque, de haberse producido cambios al texto originalmente dictaminado por la Magistratura, y de provocar esos cambios inconstitucionalidades materiales, se estaría proponiendo a la ciudadanía que se pronuncie en consulta popular sobre reformas no sujetas de revisión judicial previa a pesar que la Constitución así lo dispone, lo que, como se verá a continuación, no se requiere en el caso de la enmienda tramitada por vía parlamentaria.

En todo caso, el problema de una posible ausencia de control material *a priori* ha sido, de algún modo, subsanado por la propia Corte Constitucional que ha indicado que, pese al señalamiento hecho en la ley, en realidad, también ejerce control previo por el fondo de las propuestas de modificación constitucional, señalamiento que le sirvió para justificar la limitación a sus potestades de control posterior en esta materia.³²²

Ahora bien, ese fallo, pese a que nada indica sobre los momentos en que el control previo debería efectuarse en el caso específico de la reforma parcial, sí solventa la ausencia de control material previo tanto para ese caso como para el de la enmienda sometida a directa consulta popular. En cambio, se podría pensar que el problema persiste cuando se trata de la enmienda parlamentaria donde la Corte Constitucional solo se pronuncia calificando la vía, sin que haya control *a priori* formal y material del proyecto de reformas, lo que se agrava en este caso porque el control posterior a las enmiendas, como se ha insistido, es solo formal. Es decir, en este caso, en un primer momento se podría afirmar que la Asamblea Nacional, que al poder modificar la Constitución de modo directo y sin consulta popular, ejerce poder constituyente derivado, pero al hacerlo superando las limitaciones a las que se somete, por tolerancia del ordenamiento jurídico, escaparía al control de la Magistratura, pues esta no se pronunciaría sobre posibles vicios de inconstitucionalidad ni antes ni después de la aprobación del texto en el órgano legislativo, a lo que se adiciona que el control posterior que puede efectuar es solamente formal, pese a que, incluso, no hay regulación del procedimiento ni en la Constitución ni en la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

Frente a aquello se podría señalar que un control previo en este punto sería no solo no requerido por la Constitución, al no aprobarse las enmiendas en consulta popular, sino que, de hacérselo, resultaría inoficioso, pues la Corte Constitucional desconocería lo que, finalmente, aprobaría la Asamblea Nacional, o si, incluso, rechazaría la propuesta,

³²² Corte Constitucional, Sentencia N° 018-18-SIN-CC, dictada en los casos acumulados N° 0099-15-IN. 0100-15-IN. 0102-15-IN. 0001-16-IN. 0002-16-IN, 0003-16-IN. 0004-16-IN. 0005-16-IN. 0006-16-IN v 0008-16-IN.

resolviendo archivarla, por lo que desde esta óptica la ausencia de control previo estaría justificada solamente si el control constitucional *ex post facto* se extiende también a los vicios de fondo y no solo a los formales,³²³ pues un señalamiento contrario solamente tendería a afirmar, de modo erróneo, que el poder constituyente derivado no se somete formal y materialmente al texto constitucional que reforma, superando las limitaciones a las que está sujeto y que fueron revisadas en el capítulo anterior.

Como se presenta este predicamento, la Corte Constitucional, una vez aprobadas las enmiendas constitucionales de 2015, tramitadas de modo directo en la Asamblea Nacional, optó por dictar, de oficio, un curioso *auto de verificación* del cumplimiento de su dictamen de calificación de vía,³²⁴ en el que, de modo insólito, había dispuesto a la Asamblea Nacional comunicar sobre cualquier acto normativo o administrativo con efectos generales adoptados en el marco del cumplimiento del fallo.³²⁵ En ese llamativo auto, la Magistratura decidió comparar entre las propuestas de enmienda originalmente calificadas en su dictamen de 2014 con las finalmente aprobadas, generando una suerte de control automático a pesar de no tener competencia para ello, y dejando de lado que cabía solamente control formal posterior a petición de parte, es decir, represivo. Pero además, en ese auto nada se indica sobre la posibilidad de que la legislatura, en el trámite y debates, modifique los textos inicialmente controlados y eso pueda producir un “incumplimiento” de su primer dictamen, pues de modo poco ortodoxo esa providencia se fundamenta en normas constitucionales y legales relacionadas con el incumplimiento y ejecución de las sentencias de garantía constitucional, mucho menos se pronuncia sobre si eso, además de constituir “incumplimiento” del fallo, produce posibles inconstitucionalidades materiales y la forma en que esos vicios podrían ser revisados.

3.4. *La falta del dictamen previo expreso y la convocatoria a referéndum de forma directa*

Para los casos en que la modificación constitucional se vaya a tramitar mediante consulta popular, esto es, en los casos de enmienda a través de referéndum directo y de reforma parcial, la Corte Constitucional tiene el término de veinte días que se cuentan desde que se inicia el control respectivo para emitir su dictamen. En el evento que no

³²³ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 436, N° 2. Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, arts. 75, N° 1, letra a, y 106, N° 4.

³²⁴ Corte Constitucional, Auto de 16 de diciembre de 2015, publicado en el suplemento del Registro Oficial N° 651 de 17 de diciembre de 2015.

³²⁵ Corte Constitucional, Dictamen N° 001-14-DRC-CC, emitido en el caso N° 0001-14-RC, publicado en el tercer suplemento del Registro Oficial N° 371 de 10 de noviembre de 2014.

exista pronunciamiento expreso dentro del señalado plazo, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece una consecuencia jurídica fatal: se estima la emisión de dictamen ficto y favorable de la totalidad de la propuesta, dando lugar a las sanciones administrativas que correspondan contra todos los miembros de la Magistratura, en donde operaría la destitución de aquellos, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y administrativas culposas que pueda detectar la Contraloría General del Estado.³²⁶

Conforme el texto constitucional, los procesos en esta materia cuentan con todos los días hábiles para su tramitación,³²⁷ por lo que, aplicando directamente la citada disposición, esa es la única forma de computar el período de tiempo del que goza la Corte Constitucional para emitir dictamen previo en aspectos de reforma constitucional, con la consecuencia también mencionada en caso que exista comportamiento omisivo por parte del órgano.

Tal como se dispone en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, esos veinte días que corren para que la Magistratura emita dictamen previo se cuentan, efectivamente, desde que inicia la acción de control, lo que ocurre desde que la petición es presentada, a petición de parte,³²⁸ en la Secretaría General de la Corte Constitucional, asunto que se confirma desde que es la propia ley de la materia la que hace una reducción de plazos cuando se requiera efectuar control constitucional de la convocatoria a referéndum, de enmiendas, reformas y cambios constitucionales.³²⁹

En materia de la reforma constitucional, un antecedente en que la consecuencia legal fatal de presumir dictamen ficto favorable ante la omisión de la Corte Constitucional de emitir decisión previa expresa se verifica en la consulta popular celebrada el 4 de febrero de 2018, en la que el Jefe de Estado, proponente del proyecto de enmiendas constitucionales, ante la falta de dictamen expreso de la Magistratura, y habiéndose superado el plazo legal, expidió el correspondiente Decreto Ejecutivo de convocatoria a

³²⁶ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, arts. 212, N° 2, 233. Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, arts. 105, 185, N° 6, letra a y 186, N° 3.

³²⁷ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 86, N° 2, letra b.

³²⁸ Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 4, N° 4.

³²⁹ *Ibíd.*, art. 97.

consulta popular, disponiendo al Consejo Electoral la realización de dicho proceso.³³⁰ De modo previo al caso citado, también se aplicó la consecuencia de la falta de dictamen expreso en 2011, en donde el Presidente de la República resolvió emitir el Decreto Ejecutivo de convocatoria a consulta popular plebiscitaria para resolver un conflicto de pertenencia de un cantón a dos provincias.³³¹

Cabe aclarar, finalmente, que si bien es la propia Constitución la que condiciona a que toda consulta popular, sea plebiscitaria, refrendataria o revocatoria, para llevarse a cabo, precise de dictamen previo de la Magistratura, no es menos cierto que esa competencia debe ser ejercida dentro de los plazos y términos previstos en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de las consecuencias que se puedan producir por un comportamiento omisivo en esta materia,³³² por lo que un dictamen expreso emitido de modo posterior al plazo legalmente previsto no tendría valor jurídico alguno.

Ello implica que, concluidos los veinte días desde presentada la petición de dictamen, si el mismo no es emitido de forma expresa, se provoca la presunción de pronunciamiento favorable total, habilitando al proponente a disponer la convocatoria al proceso electoral, por lo que, a mi juicio, no caben señalamientos tendentes a indicar que, en esos eventos, al no haber dictamen expreso, la consulta popular es violatoria de la Constitución; pues al contrario, existe dictamen, con la particularidad de que es ficto y favorable a la totalidad de la propuesta.

3.5. *Problemas en el control posterior a los cambios constitucionales*

Como ya se manifestó de modo previo en este capítulo, la Corte Constitucional ejerce también control posterior de las reformas constitucionales. El control al poder de reforma se justifica, como lo indica Paolo Biscaretti, en el hecho de que las limitaciones que se le han impuesto, “como quiera que se entiendan, pueden adoptar una concreta importancia jurídica solo cuando exista un control eficiente de constitucionalidad de las leyes, de manera que puedan calificarse viciadas por ilegitimidad constitucional también las eventuales leyes constitucionales que rebase los citados límites”³³³ Por ello, a decir de García de Enterría, la Magistratura es un “comisionado del poder constituyente para el

³³⁰ Decreto Ejecutivo N° 229, publicado en el suplemento del Registro Oficial N° 133 de 4 de diciembre de 2017.

³³¹ Decreto Ejecutivo N° 946, publicado en el Registro Oficial N° 595 de 13 de diciembre de 2011.

³³² Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, arts. 105 y 127.

³³³ Biscaretti, “*Introducción al Derecho Constitucional...*”, 559.

sostenimiento de su obra, la Constitución, y para que mantenga a todos los poderes constitucionales en su calidad estricta de poderes constituidos”.³³⁴

Ahora bien, no cabe discusión respecto a que el poder de reforma constitucional se debe someter al control judicial por parte del Tribunal o Corte Constitucional; sin embargo, en el caso ecuatoriano, el sistema diseñado en la ley de la materia, y algunos señalamientos jurisprudenciales realizados por la propia Magistratura, generan algunos inconvenientes como es la reducción de dicho control a lo puramente formal, el establecimiento de un plazo de caducidad para la presentación de la demanda de inconstitucionalidad, la oportunidad y los tipos de vicios formales que pueden alegarse, sin que se pueda dejar de revisar lo problemática y cuestionable que es el hecho de que un órgano constituido controle el ejercicio del poder constituyente originario.

3.5.1. El tipo de control que se ejerce y la caducidad de la acción de inconstitucionalidad

Se indicó anteriormente³³⁵ que el control posterior que realiza la Corte Constitucional sobre las reformas constitucionales se limita a lo exclusivamente formal, previsión legal que supera lo establecido en el texto constitucional, el cual no hace ninguna restricción en la materia,³³⁶ lo que produce la comentada inconstitucional restricción a las atribuciones de la Magistratura, órgano que de modo incomprensible ha justificado semejante previsión legislativa.³³⁷ La justificación se halla en el hecho de que el control material se realizaría de modo previo. Sin embargo, a mi criterio, la ya comentada restricción al hecho de que la Corte Constitucional no pueda hacer un control material posterior a las reformas constitucionales no solo provoca un notorio problema de inconstitucionalidad de la ley, sino que genera un grave riesgo, que no es considerado por la Corte en el citado fallo: como se ha indicado, las enmiendas tramitadas por vía legislativa no cuentan con un control material previo, sino solo de calificación de vía, lo que no excluye que se puedan aprobar esas modificaciones incurriendo en vicios materiales no controlados por la Magistratura, lo que también se presenta en el caso de la reforma parcial, en donde el texto originalmente controlado de modo previo podría sufrir, por efecto de los respectivos debates, modificaciones que generen vicios materiales de

³³⁴ García de Enterría, “*La Posición Jurídica del Tribunal Constitucional...*”, 94.

³³⁵ Vid. Supra. Parágrafo 2.3.

³³⁶ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 436, N° 2. Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 106, inc. 1°.

³³⁷ Corte Constitucional, Sentencia N° 018-18-SIN-CC, dictada en los casos acumulados N° 0099-15-IN. 0100-15-IN. 0102-15-IN. 0001-16-IN. 0002-16-IN, 0003-16-IN. 0004-16-IN. 0005-16-IN. 0006-16-IN v 0008-16-IN.

inconstitucionalidad supervinientes al dictamen, a lo que se debe agregar el hecho de que, si bien jurisprudencialmente la Corte Constitucional zanja este problema indicado que ya ejerce de modo previo un control material cuando la propuesta precise de consulta popular, ello no impide que no se haya realizado un *control integral* en el dictamen previo, abriendo paso a la posibilidad de que esos vicios materiales no detectados en principio, puedan ser revisados de modo posterior mediante demanda, además de que ese señalamiento jurisprudencial no soluciona la ausencia de control material respecto de la enmienda constitucional por vía parlamentaria que persiste.³³⁸

Por otro lado, el control posterior que realiza la Magistratura no es, en este caso, automático y obligatorio, sino represivo, es decir, mediando demanda o a pedido de parte.³³⁹ La posibilidad de presentar ulterior demanda de inconstitucionalidad formal contra la reforma constitucional tiene, de todos modos, caducidad: debe ser presentada dentro de los siguientes treinta días contados desde la publicación del texto en el Registro Oficial,³⁴⁰ a diferencia de lo que ocurre con las acciones de inconstitucionalidad contra otra clase de actos normativos en que los vicios materiales no provocan caducidad de la acción, mientras que los formales pueden ser demandados hasta dentro de un año desde su entrada en vigencia.³⁴¹

3.5.2. El tipo de vicios formales a alegarse y la oportunidad de su impugnación

Los vicios formales que se pueden alegar en la demanda de inconstitucionalidad solamente puede referirse a violaciones de procedimiento en el trámite y aprobación de la reforma constitucional, tanto cuando aquella haya sido aprobada en consulta popular como la que se haya tratado y aprobado directamente en el órgano legislativo.³⁴² El problema es que, como también ya se ha insistido previamente, no existe procedimiento alguno regulado ni en la Constitución ni en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, pues solamente existen normas que establecen el número de debates a realizarse para los casos de enmienda por vía parlamentaria y de reforma parcial; los plazos de espera para esos mismos eventos; y, finalmente, el quórum de aprobación para el caso de enmienda por vía parlamentaria, mientras que en el caso de la reforma parcial ni siquiera se evidencia el establecimiento de ese requisito formal, y la enmienda por referéndum directo tiene

³³⁸ Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, arts. 76, N° 1 y 96, N° 2 y 3.

³³⁹ *Ibíd.*, arts. 436, N° 2, 4, N° 4 y 76, N° 7, letra a.

³⁴⁰ *Ibíd.*, art. 106, N° 6.

³⁴¹ *Ibíd.*, art. 78.

³⁴² *Ibíd.*, art. 106, N° 1, 2 y 4.

solamente reglas de convocatoria a la consulta popular y un porcentaje de votos válidos que se deben obtener para su aprobación, aunque, en todo caso, el trámite a seguirse se desarrolla tanto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional como en la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas.

Por ello, antes tales imprevisiones normativas, resulta llamativo que la ley de la materia limite la posibilidad de accionar de modo posterior contra las reformas constitucionales a vicios formales de trámite, especialmente cuando ningún trámite expreso se ha contemplado en el orden jurídico para estos casos, lo que se agrava porque la Corte Constitucional tampoco ha desarrollado en su jurisprudencia tales aspectos con la finalidad de aclarar estos predicamentos.

Sobre la posibilidad de alegar vicios formales en la aprobación del proyecto, se estima que aquello se refiere al hecho de no haberse contado con el quórum (para el caso de la enmienda constitucional por vía parlamentaria) o mayoría requerida de votos para que la reforma constitucional entre en vigor (en los casos de enmienda por referéndum directo y de reforma parcial); aunque, como se manifestó, un problema que existe en este punto es que la Constitución no contempla tampoco el quórum de aprobación de los proyectos de reforma parcial en la Asamblea Nacional.

En todo caso, a este aspecto se debería agregar un vicio adicional formulado por la Magistratura en su jurisprudencia, pues, a diferencia de lo que ha ocurrido en Ecuador por algunos años cuando de aprobar proyectos de ley se trata, y en cuyos escenarios no se ha señalado lo mismo pese a alegarse dicho vicio en las demandas de inconstitucionalidad, ha proscrito que, en materia de enmienda constitucional por vía parlamentaria, se aprueben las reformas en bloque, sin que se haya indicado si aquello se extiende también al caso de los proyectos de reforma parcial.³⁴³ Como se ve, la Magistratura prohíbe la aprobación en bloque para el caso de la enmienda constitucional por vía parlamentaria, pero omite indicar si aquello se extiende al caso de la reforma parcial, y olvidando que, en todo caso, este comportamiento del legislador no resulta novedoso en Ecuador, y que sobre ese aspecto, en casos previos, nunca detectó a la aprobación en bloque como un vicio de inconstitucionalidad formal.

Por otro lado, otra clase de vicio formal que se puede alegar al demandar la inconstitucionalidad de la reforma constitucional es la posibilidad de que la Magistratura

³⁴³ Corte Constitucional, Sentencia N° 018-18-SIN-CC, dictada en los casos acumulados N° 0099-15-IN. 0100-15-IN. 0102-15-IN. 0001-16-IN. 0002-16-IN, 0003-16-IN. 0004-16-IN. 0005-16-IN. 0006-16-IN v 0008-16-IN.

vuelva a revisar la competencia del órgano para reformar la Constitución.³⁴⁴ Resulta llamativo que la ley de la materia contemple una nueva revisión de la competencia para ejercer el poder de reforma constitucional cuando aquello ya fue objeto de revisión al emitir el dictamen previo, mucho más en tratándose de una modificación constitucional aprobada mediante consulta popular.³⁴⁵

Ahora bien, tal como lo ha indicado la Corte Constitucional, los vicios de procedimiento y aprobación alegados en la demanda no pueden referirse a la vía escogida y ya previamente calificada por la Magistratura, sino solo a violaciones ocurridas en el procedimiento de formación de la correspondiente reforma constitucional.³⁴⁶

3.5.3. El efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad de la reforma

La comentada declaratoria de inconstitucionalidad formal que hizo la Corte Constitucional en 2018³⁴⁷ generó, en todo caso, la duda sobre lo que puede ocurrir con los efectos de la decisión en el tiempo, pues habiéndose dejado sin efecto las enmiendas aprobadas en 2015 se discutía sobre si las normas originarias que estuvieron vigentes desde 2008 hasta su reforma en 2015 entraron nuevamente en vigencia o no, aspecto nada pacífico dentro del Derecho Constitucional.

Esta clase de problemas ya han sido advertidos por la doctrina, como ocurre con Sabrina Ragone, quien indica que, además “de la superposición de la resolución del órgano jurisdiccional respecto a una decisión definitiva del poder político”, “emerge la cuestión de las consecuencia de la resolución, al menos desde el punto de vista de la reviviscencia o no de la regulación precedente y de la modulación de sus efectos en el tiempo.”³⁴⁸

³⁴⁴ Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 106, N° 3.

³⁴⁵ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 443. Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, arts. 100 y 103, N° 2.

³⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencia N° 018-18-SIN-CC, dictada en los casos acumulados N° 0099-15-IN. 0100-15-IN. 0102-15-IN. 0001-16-IN. 0002-16-IN, 0003-16-IN. 0004-16-IN. 0005-16-IN. 0006-16-IN v 0008-16-IN.

³⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia N° 018-18-SIN-CC, dictada en los casos acumulados N° 0099-15-IN. 0100-15-IN. 0102-15-IN. 0001-16-IN. 0002-16-IN, 0003-16-IN. 0004-16-IN. 0005-16-IN. 0006-16-IN v 0008-16-IN.

³⁴⁸ Sabrina Ragone, *El Control Judicial de la Reforma Constitucional. Aspectos Teóricos y Comparativos*, (México: Porrúa, 2012), 107.

En Ecuador, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional³⁴⁹ le permite a la Corte Constitucional “modular” los efectos de sus decisiones, pudiendo, incluso, dar efecto retroactivo a lo resuelto, lo que no ocurría con el entonces Tribunal Constitucional al amparo de la Constitución de 1998, en que la Magistratura solamente podía declarar la inconstitucionalidad con efectos *ex nunc*, ocurriendo que siempre fue la línea jurisprudencial sostenida por dicho Tribunal; aunque, como ya se ha comentado, lo hacía respecto de las leyes y demás normas objeto de la acción de inconstitucionalidad, actos que no incluían a la reforma constitucional. Pero a partir de 2009, como se señaló, se le permite a la Corte Constitucional ecuatoriana la posibilidad de modular el efecto del fallo en el tiempo, pudiendo declarar la inconstitucionalidad también con efecto *ex tunc*.

Piénsese, entonces, lo que ocurre en el evento que una sentencia de la Magistratura declare le inconstitucionalidad retroactiva de una reforma constitucional. La respuesta a la interrogante no resulta sencilla si se aplica de modo prevalente y directo la Constitución, cuyo artículo 436, número 2, no excluye el tipo de acto normativo y control que ejerce la Corte, por lo que si se declara la inconstitucionalidad material retroactiva se está frente a la discusión de la posibilidad de que la norma previamente reformada podría o no estar en vigencia por efecto de la anulación de la reformatoria, ocurriendo que si se tiene presente la posibilidad de que, a la luz del artículo 106 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el control posterior de la reforma constitucional es solo formal, y si la Magistratura declara la inconstitucionalidad retroactiva por esa clase de vicios, debería, entonces, ordenar que aquellos sean corregidos para volver a tramitar dicha modificación, por ejemplo.

Ese problema se agrava si es que el efecto de la decisión judicial solo rige para el futuro, como de modo general ocurre en el Ecuador: ¿Ha revivido la norma constitucional pretérita por efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad de su reformatoria?, tema que quedó en el debate por la ya comentada decisión de la Corte Constitucional, que dejando sin efecto, por vicios de inconstitucionalidad formal, las reformas constitucionales aprobadas en 2015 mediante el procedimiento de enmienda por vía parlamentaria, no se otorgó efecto retroactivo la decisión judicial. asunto que mereció la aclaración a dicha

³⁴⁹ Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, arts 5, 95 y 96.

sentencia, por lo que la Magistratura indicó que los efectos del fallo surtieron a partir de la notificación a las partes y que, además, como consecuencia de la anulación de la reforma han entrado en vigencia nuevamente las normas constitucionales pretéritas.³⁵⁰

Sobre este aspecto, pocos son los autores que se han ocupado de estudiar la problemática de lo que ocurre con la norma pretérita tras la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma que la modificó. Al respecto, Rafael Oyarte ya advertía con mucha razón el peligro de la irretroactividad de un fallo estimatorio de la inconstitucionalidad de una norma, indicando que, de dársele solamente efecto hacia el futuro “se le estaría dando efecto a un acto irregular que, como sea, tendrá la consecuencia deseada: que la norma derogada no se aplique.” De este modo, el autor distingue dos cosas importantes que bien deberían aplicarse en el actualidad el control posterior de la reforma constitucional, considerando que la Corte Constitucional tiene potestad para manipular y modular los efectos de sus sentencias: “la irretroactividad de la declaratoria de inconstitucionalidad se refiere, exclusivamente, a las situaciones jurídicas firmes creadas al amparo de la norma declarada inconstitucional, y que el acto anulado no puede ser invocado o aplicado a futuro, lo que no hacer relación, en lo absoluto, a las normas derogadas o reformadas irregularmente”³⁵¹ que, a mi juicio, deberían entrar nuevamente en vigencia, cuestión finalmente aceptada por la actual Corte Constitucional en el ya citado auto.³⁵²

3.5.4. El problema del control posterior de la labor de la asamblea constituyente

Finalmente, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece un control posterior formal a los cambios constitucionales realizados a través de una asamblea constituyente, pudiéndose alegar solamente vicios de forma y procedimiento de acuerdo con las reglas determinadas por la misma asamblea.³⁵³

³⁵⁰ Ecuador, Corte Constitucional, Auto N°. 8-16-IN/19 y acumulados, de 17 de abril de 2019.

³⁵¹ Rafael Oyarte Martínez, *Curso de Derecho Constitucional. Tomo II. La Función Legislativa*, 1ª Reimp., (Quito: Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2005), 123.

³⁵² Se puede observar un solo caso de derecho comparado en que este predicamento es solucionado en normas positivas. En Costa Rica, la Ley de la Jurisdicción Constitucional N° 7135 de 1989, en su artículo 73, inciso ch, entrega a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la atribución para conocer, mediando demanda de inconstitucionalidad, las acusaciones que, por vicios formales, se hagan contra las reformas constitucionales aprobadas, ocurriendo que, en caso que la Sala detecte y estime esos vicios, entra en vigencia nuevamente el texto constitucional pretérito.

³⁵³ Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 106, N° 5.

Como ya se ha insistido de modo previo, en el caso ecuatoriano, la labor realizada por la asamblea constituyente debe ser ratificada en referéndum por parte de quien ejerce el poder constituyente originario, con la mitad más uno de los votos válidos.³⁵⁴ Esos cambios constitucionales, según la ley de la materia, pueden ser objeto de control posterior, lo que genera, al menos dos predicamentos que se relacionan entre sí: si el poder constituyente originario tiene como característica esencial su ilimitación positiva, esto es, su no sumisión a reglas jurídicas escritas, cómo es que se pretende someter a control posterior de constitucionalidad su labor cuando este poder no está vinculado al Código Político que deja atrás por uno nuevo que lo sustituye, por lo que, en adición, se produce el problema de que sea un órgano constituido, como la Magistratura, el que ejerza el control al ejercicio del poder constituyente originario.

En todo caso, la Corte Constitucional nada ha indicado sobre su competencia para el ejercicio del control formal posterior, pues únicamente ha confirmado que no es competente para pronunciarse sobre la constitucionalidad material de enmiendas constitucionales, sino solo por razones formales, indicando que ello se debe a que, “está la imposibilidad de aplicar el principio de supremacía constitucional-justificación para el control constitucional en general- como base para sostener el examen de constitucionalidad de una norma de la propia Constitución”, toda vez que, “las modificaciones constitucionales, sean por la vía de enmienda, reforma, o cambio constitucional, una vez que han sido promulgadas, se incorporan al texto constitucional y materialmente no resultan diferentes a todas las normas nacidas del ejercicio del poder constituyente”; en segundo término, que el conflicto de normas en materia de derechos fundamentales “no llega a constituir justificación suficiente para permitir un control abstracto de una norma constitucional, con su consiguiente declaratoria de invalidez y expulsión del ordenamiento jurídico”, sino que “la decisión pasa más bien por la aplicación de la norma que, de acuerdo con el principio utilizado, resulte la preferente”; y, en tercer lugar, que si bien no cabe control represivo material de la reforma constitucional, se ha previsto el control ex ante, en el que sí se puede realizar el análisis de fondo.³⁵⁵

De este modo, entonces, se estima pertinente distinguir en qué casos cabría control posterior formal a los cambios constitucionales efectuados mediante asamblea constituyente:

³⁵⁴ Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial, N° 449, 20 de octubre de 2008, art. 444.

³⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia N° 018-18-SIN-CC, dictada en los casos acumulados N° 0099-15-IN. 0100-15-IN. 0102-15-IN. 0001-16-IN. 0002-16-IN, 0003-16-IN. 0004-16-IN. 0005-16-IN. 0006-16-IN v 0008-16-IN.

a) En el evento que el poder constituyente originario intervenga para cambiar de texto constitucional, dejando sin vigencia el previo y reemplazándolo por otro nuevo, no cabría duda alguna que esas facultades no se encuentran limitadas por reglas de derecho positivo, por lo que, para este caso, donde se produce un cambio profundo a la institucionalidad jurídico política del Estado, no existe un órgano competente para controlar el ejercicio del poder constituyente originario en sus facetas de simple organización o, mucho más, en su modo fundacional. De este modo, como lo sostiene Rodrigo Borja, la sociedad, al darse por vez primera un orden jurídico o al renovar totalmente el existente, no se encuentra circunscrita por limitación alguna de carácter positivo y posee amplia y discrecional potestad para elegir el régimen político que estime más adecuado y para reglas la organización y el funcionamiento del gobierno,³⁵⁶ lo que confirma la imposibilidad de su control. En todo caso, siempre quedará subsistente la discusión sobre lo que ocurre cuando el poder constituyente originario ha superado ampliamente las limitaciones implícitas a las que se somete, incluso elaborando un nuevo texto constitucional, lo va más allá del control estrictamente formal y que es un asunto no solucionado y que se evidencia también en el caso ecuatoriano.

b) Ahora bien, si en cambio el poder constituyente originario ha actuado reformando el texto constitucional vigente, es decir, no lo ha sustituido por uno nuevo, cabría pensar en la posibilidad de que, en este caso, se ejerza un control posterior formal, lo que ocurre en Ecuador, según la ley de la materia, si se pretenden modificar los procedimientos de reforma constitucional o la restricción de los derechos fundamentales y sus garantías,³⁵⁷ materias excluidas tanto de la enmienda como de la reforma parcial. Aquí se presenta entonces un problema, pues, como se sabe, una de las limitaciones implícitas a las que se somete el poder constituyente originario es el respeto a los derechos fundamentales, lo que ha conducido a este trabajo a concluir que no es adecuado, ni siquiera a pretexto de ejercer este poder superior, incurrir en restricciones al ejercicio de derechos fundamentales, aunque, como se ha dicho, aquello está permitido en el ordenamiento jurídico y es materia de control posterior formal, lo que no soluciona en absoluto el predicamento señalado en el párrafo anterior, pues la superación a toda limitación implícita debería ser materia de control por parte de la Magistratura, sin que quepan restricciones al aspecto puramente formal. En todo caso, se estima que la permisión de restricción a derechos fundamentales establecida en la Ley Orgánica de

³⁵⁶ Borja, “*Derecho Político*”, 319.

³⁵⁷ Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009, art. 101, N° 1.

Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es una interpretación inadecuada del texto constitucional, pues el hecho de vedar a la reforma constitucional de la posibilidad de aminorar derechos fundamentales y sus garantías, no es óbice para autorizar a que aquello se haga mediante asamblea constituyente.

c) De este modo, reconociendo que la discusión sobre este aspecto no ha tenido pacífica solución, la justificación de un órgano que controle la labor del poder constituyente originario, como lo recuerda Humberto Nogueira, se halla en que una Constitución emanada o reformada democráticamente pero que no establezca un Estado de Derecho democrático nunca será legítimamente democrática, aunque pueda haberse concretado por un procedimiento democrático su validez,³⁵⁸ por lo que la ilimitación del poder constituyente originario es únicamente positiva, sin que puedan violarse los límites impuestos por el Derecho Natural, derivados de la naturaleza del hombre y que ningún procedimiento, mayoría ni unanimidad podrían contrariar sin apartarse del proyecto creador y de sus fines trascendentales.³⁵⁹ Por ello, si bien el constituyente originario no se sujeta a limitaciones escritas por reglas jurídicas, sí debería ser controlado en el evento que supere las limitaciones implícitas que debe, sin excepción alguna, observar, lo que va más allá de eventuales vicios de forma y procedimiento, y que, como se ve, sigue siendo un asunto a debatirse en Ecuador.³⁶⁰

³⁵⁸ Humberto Nogueira, *La democracia, el orden constitucional democrático y las reglas de su modificación*, en *XX Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Tomo I, (Valparaíso: Edeval, 1990), 85.

³⁵⁹ Dieter Blumenwitz y Sergio Gaete Rojas, *La Constitución de 1980, su Legitimidad* (Santiago: Editorial Andrés Bello, 1981), 37-38.

³⁶⁰ Al respecto, un llamativo precedente se produce en la región desde que el Tribunal Constitucional Plurinacional de esa nación, en Sentencia N° 0084/2017 de 28 de noviembre de 2017, resolvió declarar la inconstitucionalidad de la norma constitucional originaria que contemplaba limitaciones al sistema de reelección, estableciendo uno de reelección indefinida que la Norma Fundamental no contempla y contraviniendo lo resuelto por el pueblo boliviano que en el referéndum de 2016 lo había negado.

Conclusiones

1. El constituyente originario confunde las nociones de reforma y cambio constitucional al permitir que el poder constituyente derivado, al ejercer su tarea, realice modificaciones al texto constitucional que, en realidad, son materia de un verdadero cambio de Norma Fundamental mediante el ejercicio del poder originario, asunto que ocurre cuando se permite, vía reforma parcial, la alteración de los elementos constitutivos del Estado o de la estructura fundamental de la Constitución, lo que debería corregirse, en el caso ecuatoriano, a través de una Asamblea Constituyente.

2. La deficiencia normativa, tanto constitucional como legal, debe ser prontamente corregida a fin de procurar la correcta distinción entre los procedimientos de enmienda y reforma parcial al Código Político, estableciéndose, con claridad, los momentos en los que la Corte Constitucional debe intervenir controlando el ejercicio del poder constituyente derivado. No es adecuado, desde la técnica jurídica, pretender asociar e identificar, en un mismo sistema de control, a dos procedimientos de reforma que son distintos.

3. Estimo que el quórum de aprobación de los proyectos de reforma parcial, aplicando por analogía las pocas reglas previstas en la Constitución para el caso de la enmienda por vía parlamentaria, debería ser el mismo, es decir, los dos tercios de los integrantes de la legislatura. Pretender aplicar la regla prevista en el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa que establece que la Asamblea Nacional aprobará por simple mayoría sus acuerdos y resoluciones, o la mayoría absoluta, prevista para la aprobación de las leyes, conduciría a la legislatura a cometer fraude a la Constitución, pues si se cuenta ya con el voto de la mayoría absoluta que ha resuelto iniciar el trámite de reforma parcial, querría decir que, sin ser necesarios los debates y el plazo de espera entre los mismos, ya se cuenta con anticipación con los votos necesarios para aprobarlo.

4. Estimo inconstitucional el contenido del artículo 106 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que limita, a lo exclusivamente formal, la facultad amplia que tiene la Corte Constitucional para ejercer control, de fondo y forma, de cualquier acto normativo, categoría en la que se incluye, sin duda alguna, a la reforma constitucional, lo que se agrava si se tiene presente el corto plazo en que la acción de inconstitucionalidad caduca en esta clase de eventos.

5. Creo que el control judicial previo que ejerce la Corte Constitucional en materia de reformas constitucionales no le autoriza a modificar el contenido del cuestionarios, sus considerandos introductorios y los respectivos anexos, pretendiendo ejercer una indebida “constitucionalización” del proyecto objeto de su control para, en apariencia, “garantizar la libertad del elector”. Aquello implica exceder el ámbito de las competencias que se le han asignado, violando el principio de legalidad.

6. Estimo que debería existir un órgano que controle al poder constituyente originario en el evento que, al llevar a cabo su labor, supere las limitaciones implícitas a las que se somete. De lo contrario, no existe un verdadero Estado de Derecho, sino uno que rige en apariencia.

7. Inconstitucional también resultaba que, desde el precedente jurisprudencial dictado por la Magistratura en 2013, se hayan impuesto limitaciones al ejercicio del derecho de todo ciudadano a ser consultado, condicionando la emisión del correspondiente dictamen previo de constitucionalidad, a pretexto de garantizar una “legitimación democrática”, a la validación de firmas de respaldo cuando la iniciativa proviene de la propia ciudadanía. Ese señalamiento jurisprudencial no solo imponía requisitos y limitaciones no previstos ni en la Constitución ni en la ley como condiciones para ejercer ese derecho fundamental, sino que, además, contrariaba expresas disposiciones del Código Político que obligan a la Magistratura a conceder el dictamen de modo previo a la realización del proceso de consulta popular, cauce normal al que se vuelve con el cambio de línea jurisprudencial en 2019, que retoma el esquema original consistente en la emisión del dictamen previo y la posterior recolección de firmas ciudadanas para su validación, lo que, ciertamente, evita los predicamentos comentados en este trabajo.

Bibliografía:

- Acosta Quiroz, Enrique, *Teoría de la Constitución*, 5ª ed., México, Porrúa, 2012.
- Aláez Corral, Benito, *Los Límites Materiales a la Reforma de la Constitución Española de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000
- Álvarez Conde, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional*, vol. I., 3ª Ed., Madrid, Tecnos, 1999.
- Aragón Reyes, Manuel, *Estudios de Derecho Constitucional*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- Bachof, Otto; *Normas constitucionales inconstitucionales?*, Lima, Palestra Editores, 2008.
- Badeni, Gregorio, *Reforma constitucional e instituciones políticas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1994.
- Bayón, Juan Carlos, “Derechos, Democracia y Constitución”, en *Discusiones*, N° 1, Bahía Blanca, Universidad Nacional del Sur, , 2000.
- Benavides Ordóñez, Jorge, “Reforma Constitucional y Límites en la Constitución ecuatoriana de 2008” (Tesis doctoral inédita), Sevilla, Universidad de Sevilla, 2016.
- Bidart Campos, Germán J., *Compendio de Derecho Constitucional*, 1ª Ed., Buenos Aires, Ediar, 2008.
- Lecciones Elementales de Política*, 11ª reimpresión, Buenos Aires, Ediar, 2002.
- Biscaretti di Ruffía, Paolo, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- Blumenwitz, Dieter y Gaete Rojas, Sergio, *La Constitución de 1980, su Legitimidad*, Santiago, Editorial Andrés Bello, 1981.
- Böckenförde, Ernst Wolfgang, “El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del Derecho Constitucional”, en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, trad. Rafael de Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000.
- Borja, Rodrigo, *Derecho Político y Constitucional*, Tomo II, Quito, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1971.
- Bryce, James, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.
- Caballero Sierra, Gaspar y Anzola Gil, Marcela, *Teoría Constitucional*, Bogotá,

Editorial Temis S.A., 1995.

Carbonell, Miguel, *Constitución, Reforma Constitucional y Fuentes del Derecho en México*, México Porrúa, 2008.

Colombo Murúa, Ignacio, *Límites a las reformas constitucionales*, Buenos Aires, Astrea, 2011.

De la Cueva, Mario, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., México, Porrúa, 2008.

De Otto, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Barcelona, Ariel, 2008.

-----*Defensa de la Constitución y Partidos Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1985.

De Vega, Pedro, *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, Madrid, Tecnos, 1991.

Díaz Revorio, Francisco J., *La Constitución como Orden Abierto*, Madrid, McGraw Hill, 1997.

Ronald Dworkin, *El Imperio de la Justicia*, 3a reimp., Barcelona, Gedisa, 2008.

Elster, Jon, *Ulises Desatado. Estudios sobre Racionalidad, Precompromiso y Restricciones*, Barcelona, Gedisa, 2002.

Ely, John Hart, *Democracia y Desconfianza, Una Teoría del Control Constitucional*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997.

Ferreres Comella, Víctor, “Una Defensa de la Rigidez Constitucional”, en *Doxa* N° 23, Barcelona, 2000.

-----“Integración Europea y Crisis del Modelo Centralizado de Justicia Constitucional”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, Vol. 2, N° 65, 2003.

Ferreya, Raúl Gustavo, *Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad. Límites a la Judiciabilidad de la Enmienda*, México, Porrúa, 2007.

García de Enterría, Eduardo, “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el Sistema Español: posibilidades y perspectivas”, en *El Tribunal Constitucional*, Vol. I., Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981.

García Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, 2ª Ed., Madrid, Manuales de la Revista de Occidente, 1951.

García Toma, Víctor, *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, 2ª ed., Lima, Editorial Palestra, 2008.

Gargarella, Roberto, *La Justicia Frente al Gobierno. Sobre el Carácter Contramayoritario del Poder Judicial*, Barcelona: Ariel 1996.

Garrorena Morales, Ángel, *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

Hamilton, Alexander, Madison, James y Jay, John, *El Federalista*, 2ª Ed., 5ª Reimp. Trad. Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.

Jellinek, Georg, *Reforma y Mutación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Moisés Nilve, (Buenos Aires: Eudeba, 1999).

Linares Quintana, Segundo, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970.

Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1970.

Martínez, Antonio Luis y De Domingo, Tomás, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, Lima, Palestra Editores, 2010.

Martínez Dalmau, Rubén, “Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional”, en *Desafíos Constitucionales. La Constitución Ecuatoriana del 2008 en Perspectiva*, Quito, Ministerio de justicia y Derechos Humanos y Tribunal Constitucional, 2008.

Naranjo Mesa, Vladimiro, *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, 10ª Ed., Bogotá, Editorial Temis, 2006.

Nogueira, Humberto, *La democracia, el orden constitucional democrático y las reglas de su modificación*, en *XX Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Tomo I, Valparaíso, Edeval, 1990.

Oyarte, Rafael, *Derecho Constitucional ecuatoriano y comparado*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.

-----*Curso de Derecho Constitucional, Fuentes del Derecho Constitucional, poder constituyente y derechos políticos*, Tomo I, Quito, Fundación Andrade&Asociados, 2007.

-----*Derecho Constitucional*, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.

----- *Curso de Derecho Constitucional. Tomo II. La Función Legislativa*, 1ª Reimp., Quito, Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2005.

Páez Velandia, Dídimo, *El Control de Constitucionalidad en los Estados Latinoamericanos y fundamentalmente en la República de Colombia*, Bogotá, Revista de Derecho Colombiano, 1985.

Pereira Menaut, Antonio Carlos, *Teoría Constitucional*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1998.

Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, 9ª Ed., Madrid, MarcialPons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2003.

Prats, Jorge Eduardo, *Derecho Constitucional*, vol. I., Santo Domingo, IusNovum, 2010.

Quintana, Ismael, *La Acción de Protección*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015.

-----*Las Acciones por Incumplimiento y de Inconstitucionalidad por Omisión*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.

-----*Ejecución y Acción de Incumplimiento de Sentencias Constitucionales*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.

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

Ragone, Sabrina, *El Control Judicial de la Reforma Constitucional. Aspectos Teóricos y Comparativos*, México, Porrúa, 2012.

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

Ramírez Cleves, Gonzalo, *Límites de la Reforma Constitucional en Colombia. El Concepto de Constitución como Fundamento de la Restricción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Requejo Pagés, Juan Luis, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

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

Sagüés, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, 1ª reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004.

Salgado Pesantes, Hernán, *Lecciones de Derecho Constitucional*, 4ª Ed., Quito, Ediciones Legales, 2012.

Sánchez Bringas, Enrique, *Derecho Constitucional*, 2ª Ed., México, Porrúa, 1997.

Sánchez Viamonte, Carlos, *Manual de Derecho Constitucional*, 4ª Ed., Buenos Aires, Kapelusz, 1959.

Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 2011.

Sieyés, Emmanuel, *¿Qué es el Tercer Estado?*, Madrid, Aguilar, 1973.

Spota, Alberto A. *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1981-1983.

Stern, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

Trujillo, Julio César, *Teoría del Estado en el Ecuador. Estudio de Derecho Constitucional*, 2ª Ed., Quito, Corporación Editora Nacional, 2006.

Vanossi, Jorge R. *Teoría Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1975.

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

Villaverde Menéndez, Ignacio, “Los Límites a los Derechos Fundamentales”, en *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Francisco J. Bastida Freijedo, et. al., Madrid, Tecnos, 2004.

Zarini, Helio Juan, *Derecho Constitucional*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2009.

Jurisprudencia constitucional:

Ecuador, Corte Constitucional, Dictamen N° 001-14-DRC-CC, dictado en el caso N° 0001-14-RC, suplemento del Registro Oficial N° 371, 10 de noviembre de 2014.

Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia N° 010-09-SEP-CC, dictada en los casos acumulados N° 0125-09-EP y 0171-09-EP, suplemento del Registro Oficial N° 625, 9 de julio de 2009.

Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia N° 018-18-SIN-CC, dictada en los casos acumulados N° 0099-15-IN. 0100-15-IN. 0102-15-IN. 0001-16-IN. 0002-16-IN, 0003-16-IN. 0004-16-IN. 0005-16-IN. 0006-16-IN v 0008-16-IN.

Corte Constitucional, Dictamen N° 001-11-DRC-CC, dictado en el caso N° 0001-11-RC, publicado en el suplemento del Registro Oficial N° 391 de 23 de febrero de 2011.

Ecuador, Corte Constitucional, Dictamen N° 001-13-DCP-CC, emitido en el caso N° 0002-10-CP, suplemento del Registro Oficial N° 93, 2 de octubre de 2013.

Ecuador, Corte Constitucional, Dictamen N° 003-16-DCP-CC, emitido en el caso N° 0001-16-CP, suplemento del Registro Oficial N° 885, 18 de noviembre de 2016.

Ecuador, Corte Constitucional, Dictamen N° 001-DCP-CC-2011, emitido en el caso N° 0001-11-CP, suplemento del Registro Oficial N° 391, 23 de febrero de 2011.

Ecuador, Corte Constitucional, Auto de 16 de diciembre de 2015, suplemento del Registro Oficial N° 651, 17 de diciembre de 2015.

Ecuador, Corte Constitucional, Dictamen N° 1-19-CP/19, emitido en el caso N° 0001-19-CP de 16 de abril de 2019.

Ecuador, Corte Constitucional, Auto N° 8-16-IN/19 y acumulados, de 17 de abril de 2019.

Ecuador. Corte Constitucional, Dictamen N° 1-19-RC/19, de 2 de abril de 2019.

Ecuador, Tribunal Constitucional, Resolución N° 065-1-97.

Ecuador, Tribunal Constitucional, Resolución N° 0008-07-TC, Registro Oficial N° 133, 24 de julio de 2007.

Ecuador, Tribunal Constitucional, Resolución N° 097-1-97.

Normatividad:

Ecuador, Constitución de la República, Registro Oficial N° 449, 20 de octubre de 2008.

Constitución Política de la República del Ecuador, Registro Oficial, N° 1, 11 de agosto de 1998.

Constitución Política de la República del Ecuador, Registro Oficial, N° 800, 27 de marzo de 1979.

Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre de 2009.

Ecuador, Ley Orgánica de la Función Legislativa, suplemento del Registro Oficial N° 642, 27 de julio de 2009.

Ecuador, Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, suplemento del Registro Oficial N° 578, 27 de abril de 2009.

Ecuador, Ley Orgánica de Participación Ciudadana, suplemento del Registro Oficial N° 175, 20 de abril de 2010.

Ecuador, Mandato Constituyente N° 1, suplemento del Registro Oficial N° 223, 30 de noviembre de 2007.

Ecuador, Mandato Constituyente N° 7, segundo suplemento del Registro Oficial N° 321, 22 de abril de 2008.

Ecuador, Mandato Constituyente N° 11, suplemento del Registro Oficial N° 362, 18 de junio de 2008.

Ecuador, Mandato Constituyente N° 18, suplemento del Registro Oficial N° 393, 31 de julio de 2008.

Ecuador, Mandato Constituyente N° 19, suplemento del Registro Oficial N° 393, 31 de julio de 2008.

Ecuador, Mandato Constituyente N° 22, segundo suplemento del Registro Oficial N° 458, 31 de octubre de 2008.

Ecuador, Mandato Constituyente N° 2, suplemento del Registro Oficial N° 261, 28 de enero de 2008.

Ecuador, Mandato Constituyente N° 4, suplemento del Registro Oficial N° 263, 14 de febrero de 2008.

Ecuador, Reglamento para el Ejercicio de la Democracia Directa a través de la Iniciativa Popular Normativa, Consultas Populares, Referéndum y Revocatoria del Mandato, suplemento del Registro Oficial N° 124, 15 de noviembre de 2013.

Ecuador, Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, suplemento del Registro Oficial N° 613, 22 de octubre de 2015.