

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría Profesional en Derecho Constitucional

El control de constitucionalidad en la reforma a la Constitución y aplicación del dictamen ficto contemplado en el artículo 105 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Enver Stalin Orna Egas

Tutor: Jorge Isaac Benavides Ordóñez

Quito, 2022

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 4.0 Internacional

	Reconocimiento de créditos de la obra No comercial Sin obras derivadas	
-------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------

Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia

Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Enver Stalin Orna Egas, autor de la tesis intitulada “El Control de Constitucionalidad en la reforma a la Constitución y aplicación del dictamen ficto contemplado en el artículo 105 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional”, 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/a 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.

14 de septiembre de 2022

Firma: _____

Resumen

En el marco de la teoría constitucional, esta tesis profundiza el análisis respecto al control de constitucionalidad sobre los procesos de modificación de la Constitución e incursiona en el examen de la aplicación del último inciso del artículo 105 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) de la legislación ecuatoriana. A partir de un estudio doctrinario desarrollamos un estudio de la supremacía constitucional, rigidez constitucional y control constitucional como tres instituciones elementales en todo estado constitucional, su relación recíproca y su función al momento de proteger el texto constitucional, destacando el rol que cumple la justicia constitucional como guardián de la Constitución, de la misma manera a partir de la noción material de la Constitución nos referimos a la relación de derechos como la participación ciudadana y la progresividad y no regresividad en los procesos de reforma constitucional. Sobre la base de un análisis normativo ahondamos en los tres mecanismos de modificación constitucional que contempla la Constitución de la República del Ecuador: enmienda constitucional, reforma parcial y asamblea constituyente, en sus particularidades, sus diferencias y los escenarios en los cuales se aplicarían. Finalmente, llevamos a cabo un análisis respecto a los momentos en los que interviene la Corte Constitucional del Ecuador y su amplio margen de actuación en su ejercicio de control previo y posterior sobre las iniciativas de modificar la Constitución, es decir, al momento de emitir el dictamen de procedimiento, al determinar la constitucionalidad de la convocatoria, considerandos y preguntas en caso de realizarse un referéndum y aquel control ex post una vez que se ha concretado los cambios constitucionales, enfatizando en el último inciso del artículo 105 de la LOGCC, el mismo que prescribe la aplicación de un dictamen ficto en caso de que la Corte Constitucional no se pronuncie en un tiempo fatal, ubicando distintas posiciones sobre este precepto normativo

Palabras clave: supremacía constitucional, rigidez constitucional, control constitucional, justicia constitucional, reforma, modificación constitucional, dictamen ficto

A mi hijo, Matías, fuente de alegría e inspiración diaria en mi crecimiento profesional y en la lucha cotidiana por mejores días para mi pueblo.

Agradecimientos

Agradezo a mi familia, en particular a mi madre, por ser mi pilar de vida, a mi esposa y mi hijo. A todos quienes me han acompañado y apoyado en este proceso académico. A la Universidad Andina Simón Bolívar, institución de alto nivel académico y que bajo un principio democrático cultivó en mí la preferencia por el derecho constitucional. Y a Jorge Benavides por compartir sus conocimientos conmigo.

Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero: Supremacía, rigidez y control constitucional.....	17
1. La supremacía constitucional, el “trono” sobre el que descansa la Constitución.....	20
2. Rigidez constitucional, garantía de la Constitución.....	28
3. Control constitucional para garantizar la rigidez de la constitución.....	37
Capítulo segundo: La regulación de la reforma constitucional en Ecuador.....	45
1. Procedimientos de modificación constitucional que establece la Constitución ecuatoriana.....	50
1.1 La enmienda constitucional.....	53
1.2 La reforma parcial.....	57
1.3 La Asamblea Constituyente.....	62
Capítulo tercero: El dictamen favorable en el control constitucional de modificaciones constitucionales en el Ecuador.....	69
1. La justicia constitucional en el Ecuador.....	69
2. Regulación del control de la reforma constitucional en el Ecuador.....	70
2.1 Constitución de la República del Ecuador.....	71
2.2 Ley Orgánica De Garantías Jurisdiccionales Y Control Constitucional.....	73
2.3 Reglamento De Sustanciación De Procesos De Competencia De La Corte Constitucional.....	75
3. Momentos en los que interviene la Corte Constitucional en el control constitucional de las reformas.....	77
4. Dictamen ficto del artículo 105 de la Ley Orgánica de Garntías Jurisdiccionales y Control Constitucional.....	82
5. Análisis del caso respecto a las enmiendas constitucionales de los años 2017 – 2018.....	85
6. ¿Debe existir o no el dictamen favorable en los procesos de control constitucional de iniciativas de reforma a la Constitución?.....	89
6.1 Su existencia es necesaria para evitar arbitrariedades del poder que se pueden manifestar en la Corte Constitucional.....	89

6.2 La actual Corte Constitucional mediante sus pronunciamientos ha promovido la participación ciudadana y el desarrollo de consultas populares.....	92
6.3 La existencia del dictamen ficto conduce a una mayor flexibilidad constitucional, incluso en reforma indirecta de la Constitución.....	99
6.4 Para precautelar la supremacía constitucional no debería existir dictamen favorable en el control constitucional sobre procesos de reforma.....	100
6.5 La vigencia del dictamen ficto puede menoscabar el ejercicio de derechos constitucionales.....	101
7. Es posible realizar control a posteriori cuando ha existido dictamen favorable previo en un proceso de modificación constitucional.....	102
Conclusiones.....	107
Bibliografía.....	111

Introducción

Nuestro país, a partir de octubre de 2008 cuenta con una nueva Constitución, texto que marcó un hito en la organización jurídico-política y en la concepción del Estado, ya que inauguramos el estado constitucional de derechos y justicia.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de Montecristi, tras su aprobación vía referéndum, sus principales inspiradores y los integrantes de la Asamblea Constituyente anunciaron que el nuevo texto constitucional iba a perdurar por un largo tiempo, con la ilusión que dejaríamos atrás lo vivido en el transcurso del siglo XX, época caracterizada por los constantes procesos de cambio de Constitución.

Sin embargo, la realidad ha sido distinta, en su corta vida, la Constitución del 2008 ha sido sometida a cuatro procesos de modificación constitucional, uno de los cuales se concretizó entre los años 2017 y 2018, el mismo que no contó con el dictamen de constitucionalidad que le corresponde emitir a la Corte Constitucional, en virtud de lo contemplado tanto en la Constitución de la República como en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y que es el que motiva el desarrollo del presente trabajo.

El 02 de octubre de 2017, el Presidente de la República envió a la Corte Constitucional (CC) su iniciativa para modificar la Constitución, con el objetivo de que la Corte, sobre la base de lo prescrito en el artículo 443 de la Constitución de la República, emitiera su dictamen.

Transcurrió el tiempo y dicho dictamen nunca se emitió, por lo que el 29 de noviembre del mismo año, en base a lo dispuesto en el último inciso del artículo 105 de la LOGJCC el gobierno consideró que se emitió un dictamen favorable y convocó a referéndum, el mismo que se realizó el 04 de febrero del 2018.

En el debate político y jurídico-constitucional, varios sectores sociales y de la academia se pronunciaron a favor y en contra acerca de la viabilidad o no de los temas a consultar, sin embargo, el punto que más generó discusión fue la ausencia del dictamen constitucional que debía emitir la Corte Constitucional como principal órgano de interpretación y control constitucional.

Lo ocurrido con la iniciativa de enmienda y referéndum de 2017 – 2018 se constituyó en un hecho bastante particular que abrió la discusión sobre la necesidad o no

de contar con una temporalidad para que la Corte Constitucional emita su dictamen de constitucionalidad en procesos de modificación constitucional, así como lo establece el último inciso del artículo 105 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) respecto a la convocatoria, considerandos y el cuestionario del referendo, el cual dispone que si la Corte Constitucional no se pronuncia dentro del término de veinte días siguientes de haber iniciado el control previo, se entenderá que se ha emitido un dictamen favorable (dictamen ficto), lo cual, genera ciertas inquietudes, en tanto, esta disposición normativa podría tener incidencia respecto de la efectividad o resguardo de instituciones como la supremacía y rigidez constitucional.

No obstante, resulta conveniente determinar que, años más tarde, la Corte Constitucional mediante dictamen 4-18-RC/19, fue enfática al determinar los tres momentos en los cuales interviene mediante el control constitucional en los procesos de modificación de la Constitución, diferenciando la naturaleza y la temporalidad de cada uno de ellos (1. dictamen de procedimiento, 2. Sentencia de constitucionalidad de convocatoria, considerandos y preguntas para referéndum y 3. Control posterior una vez ejecutadas las modificaciones constitucionales) y señaló que “En definitiva, exclusivamente en este segundo momento opera el efecto del “pronunciamiento ficto” por el paso del tiempo legal, que se entiende se inicia desde el avoco de conocimiento de la Jueza o Juez Constitucional Ponente como se indicó en el Dictamen de esta Corte Constitucional No. 1-19-CP/19 de 16 de abril de 2019”¹.

Este dictamen favorable conocido como “dictamen ficto” ¿en qué medida afecta a la supremacía y rigidez constitucional?, ¿el dictamen ficto garantiza que las iniciativas de modificación constitucional se ejecuten?, ¿la aplicación del dictamen ficto podría provocar que ciertos cambios a la Constitución nazcan inconstitucionales y afecten otros derechos contemplados en la norma suprema?

Estas son algunas de las inquietudes que pretendemos resolver en la presente investigación al ser un tema novedoso que contribuirá al derecho constitucional ecuatoriano, partiendo, evidentemente, de analizar el control de constitucionalidad en los procesos de modificación de la Constitución.

El presente trabajo inicia analizando desde el punto de vista teórico y doctrinario a la supremacía constitucional, comprendiéndola en sus dos dimensiones, es decir tanto desde el punto de vista normativo que implica el sometimiento que genera la Constitución

¹ Ecuador Corte Constitucional, “Dictamen No. 4-18-RC/19”, En *Caso No. 4-18-RC*, 09 de julio de 2019, 4.

sobre toda norma de carácter infra constitucional, acto administrativo y comportamiento de todos los componentes del Estado, como también a partir de una perspectiva política que le otorga el poder constituyente como poder originario a la norma suprema, desde aquellos hechos previos que provocan el nacimiento de una nueva Constitución hasta el poder que la misma le otorga al soberano.

De la misma manera se analiza a la rigidez constitucional como garantía de la supremacía constitucional, la misma que posee distintos grados de rigurosidad para modificar el texto constitucional y que están en correspondencia a la dimensión de lo que se pretenda cambiar del texto, luego nos referimos a las cláusulas de intangibilidad y a la intervención democrática en los distintos niveles de rigidez.

Siguiendo la misma línea, estudiamos doctrinariamente al control constitucional y su función de garantizar el cumplimiento de las dos instituciones anteriores, concluimos que sea cual sea el tipo de control, este tiene la tarea de precautelar la supremacía constitucional, más aún en los procesos de modificación constitucional.

También nos referimos al concepto material de la Constitución, a partir del cual resacatamos la relación de derechos como la participación y la no regresividad de los mismos en los procesos de modificación constitucional.

El estudio realizado nos permite afirmar que en los procesos de modificación de la constitución es obligatorio tomar en consideración la naturaleza de la supremacía constitucional, rigidez constitucional y por supuesto valorar el rol que juega el control constitucional ejercido por la justicia constitucional, entendida esta como garantía primaria de la constitución.

Posteriormente, analizamos a la reforma constitucional, como garantía extraordinaria de la Constitución, la misma que le otorga a la norma suprema estabilidad y al mismo tiempo le brinda la posibilidad que su contenido sea modificado, sin embargo, es fundamental comprender que nos referimos a una garantía limitada pues la misma Constitución nos establece las formas de cómo ha de ejecutarse.

A partir de un análisis normativo, desentrañamos la regulación constitucional respecto a los distintos procesos de modificación constitucional en el Ecuador, es decir, enmienda constitucional, reforma parcial y asamblea constituyente, por supuesto ubicando los límites, las especificidades y la naturaleza de cada uno de ellos.

Más adelante nos referimos a las normas que se refieren al control de la reforma constitucional en el Ecuador, desde la misma Constitución de la República hasta la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el Reglamento de

Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional para finalizar con el análisis del último inciso del artículo 105 de la LOGJCC, su aplicación en el proceso de enmienda del 2017 y 2018 y el estudio a partir del análisis de varias posiciones sobre la necesidad o no de la existencia del dictamen ficto.

Desde un análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional detallamos estas posiciones, unas que orientan a afirmar que su existencia es necesaria para evitar arbitrariedades del poder, para incentivar la participación ciudadana, principalmente en los procesos de consulta popular y referéndums y otras que afirman que la existencia del dictamen ficto conduce a una mayor flexibilidad constitucional, atenta a la supremacía de la Constitución y menoscaba el ejercicio de derechos constitucionales.

Capítulo Primero

Supremacía, rigidez y control constitucional

En la actualidad, el modelo de Estado constitucional se ha impuesto ampliamente, en éste, la Constitución es la norma suprema y es el texto que define, entre otras cosas, la naturaleza estatal, el modelo de gobierno, las instituciones existentes, el procedimiento legislativo y por supuesto, los derechos y garantías a las que las ciudadanas y ciudadanos tienen acceso.

Entiendase ésto no desde un punto de vista formal, de estar como norma escrita, sino mas bien, a partir de un concepto material, en el cual, es primordial comprender el contenido que desarrolla la norma suprema para la organización del Estado.

Este concepto parte de que la Constitución contiene, en lo fundamental: aquellas normas que se convierten en el punto de partida para el nacimiento de normas inferiores, particularmente la ley, tanto desde el punto de vista procedimental, como de su contenido; aquellas normas que determinan el funcionamiento, la naturaleza y los límites de las instituciones estatales, es decir, todo el segmento orgánico de la Constitución, y por último, todo lo que envuelva la relación entre el ser humano y el Estado, en donde se incluyen los derechos y las garantías de los ciudadanos, es decir, la parte dogmática de la norma suprema.

Desde el punto de vista de la noción material de Constitución debemos sumar que esta condición implica también valorar al texto constitucional a partir de la legitimidad democrática que le antecede, es decir aquella acción mediate la cual se involucran los pueblos en el proceso de construcción de la norma suprema.

Su condición de norma suprema le permite determinar el contenido de la totalidad del ordenamiento jurídico, es por esta razón que, en caso de que pretenda ser modificada, dichos cambios solamente pueden ejecutarse siempre y cuando cumplan con los preceptos jurídicos que configuran la rigidez constitucional, característica esencial del Estado constitucional, preceptos que son prescritos por la misma Constitución y en donde destaca el respeto irrestricto a los derechos y la capacidad que poseen la ciudadanía y ciertas funciones del Estado para ser legitimados activos de los procesos de reforma a la Constitución.

De la misma manera, para garantizar este cumplimiento, el mismo Estado a través de la propia Constitución, determina las instituciones que se encargarán de ejercer un

control de constitucionalidad en los procesos de modificación de la misma, las cuales componen la justicia constitucional.

Es importante anotar que, la supremacía constitucional como principio, la rigidez constitucional como garantía del mismo y la justicia constitucional como mecanismo de protección de ésta, son componentes fundamentales del Estado Constitucional.

Esta condición de norma suprema otorgada a la Constitución se debe a que es aquel instrumento a través del cual se establece una intersección entre la voluntad política de los pueblos como poder constituyente y aquellas normas jurídicas que regularán al conjunto de la sociedad, por lo que es evidente que a través de la norma suprema se construya una relación dialógica entre dos componentes fundamentales en la vida de un Estado, el proceso político y el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, las normas que compongan el texto constitucional corresponderán a las necesidades, intereses, sujetos y fuerzas que actúen en ese momento concreto de la vida del Estado.

En ese sentido, se debe afirmar que la Constitución es el producto o el resultado de fenómenos y acontecimientos sociales, políticos y jurídicos que configuran su contenido, al mismo tiempo, puede ser el resultado del poder ejercido por determinado o determinados grupos políticos en un momento histórico concreto, quienes configuran un texto constitucional en virtud de sus intereses específicos y particulares.

En virtud de aquello, esta situación abre la posibilidad de contar con Constituciones más o menos garantistas, se puede, por una parte, contar con Constituciones que recogen en mayor medida garantías constitucionales de los derechos, e incluyen a otros colectivos, reconociendo la diversidad y pluralidad interna de la sociedad, promoviendo así mismo mecanismos que fomenten la participación ciudadana y en consecuencia fortalezcan la democracia, con formas estatales que sostengan mecanismos de desconcentración del poder.

Y por otra parte, se puede estar frente a textos constitucionales que no necesariamente dan cuenta de todos los aspectos señalados anteriormente, con una visión corta o limitada de derechos y garantías, que promuevan instituciones concentradas y que no contemplen mayores mecanismos de interacción con la ciudadanía.

En cualquiera de los dos casos, el Estado, a través de sus constituyentes, que son los hacedores del texto constitucional, buscan que sus pretensiones políticas, económicas, sociales y por supuesto jurídicas se vean plasmadas en la Constitución y con ello lograr que perduren en el tiempo, para lo cual, pueden incluir normas que limiten, obstaculicen

o restrinjan de cierta manera los procesos de modificación de dicho texto y de esta forma, dotar al Estado de una “relativa” estabilidad y “armonía” en su vida jurídico – política, pero sobre todo, de garantizar la supremacía de la Constitución.

Para destacar la connotación política de la Constitución, es importante señalar algunas reflexiones: la Constitución no se restringe a la prescripción de normas jurídicas, sino también, a través de ellas a establecer la organización del poder, el mismo que puede ser practicado desde las esferas de quienes gobiernan o a través del ejercicio de la soberanía popular; la Constitución obligatoriamente tiene un pasado, un bagaje y acumulado histórico, el mismo que debe ser valorado, entendido, pero sobre todo, transformado, para proyectarnos hacia el futuro; su texto nos brinda un carácter vinculante para la totalidad de los miembros de la sociedad, pero en particular, para quienes ostentan el poder.

En consecuencia, el texto constitucional debe ser analizado sobre todo desde la noción material del mismo, rebasando aquel cliché de que la Constitución es el texto supremo porque así se autodenomina, sino valorarlo por su contenido en la prescripción de normas que regulan el Estado y sobre todo en la determinación de los derechos y garantías de la ciudadanía.

Estas reflexiones permiten configurar la supremacía política y normativa que hoy caracteriza a gran parte de las Constituciones del mundo, pues, las normas contenidas en los textos constitucionales expresan aquel accionar político ejercido por el poder constituyente, lo que le otorga jerarquía normativa superior.

Ahora bien, aunque el objetivo inicial del constituyente pudiese ser que la Constitución perdure en el tiempo, esta situación puede entrar en contradicción con una realidad innegable: la sociedad no es un “ente estático”, por el contrario, ésta se encuentra en permanente desarrollo y evolución, por consiguiente, las necesidades de los distintos actores de la misma pueden variar, cambiar, renovarse en el tiempo, en ese momento cabe hacerse dos preguntas: ¿el ordenamiento jurídico debe estar acorde a dicha situación?, ¿se debe modificar la Constitución? La respuesta a los dos inquietudes es, sí, la norma jurídica y principalmente la norma constitucional debe estar acorde a las necesidades y aspiraciones de los pueblos en un momento específico y las instituciones del Estado deben estar al servicio de ellos.

Por lo que la Constitución debe ser considerada “como producto de condiciones o supuestos dados en cada sociedad, con los que guarda no sólo una relación de coexistencia

y de influencias recíprocas, sino una relación de derivación, puesto que la determinan y la hacen ser como es”.²

Por lo tanto, la Constitución debe corresponder a cada momento histórico y a cada sociedad en particular, más aún cuando la norma constitucional es producto de la naturaleza misma de dicha comunidad.

En consecuencia, la Constitución podría variar las veces que fuesen necesarias para estar en correspondencia al momento concreto. Bajo esta premisa, surge otra inquietud, ¿estas variaciones pueden afectar sustancialmente el contenido del texto sin límite alguno? Si bien aquello podría ocurrir, también es indispensable comprender que, en la actualidad hay límites que son garantías de la misma Constitución y particularmente de los derechos contenidos en esta y que deben tomarse en consideración, además que, dichos límites se enmarcan, en último término, en la distinción entre lo que puede hacer o no el poder constituido cuando busca reformar la Constitución.

En donde un punto especial tiene que ver con el contenido de los derechos, pues si partimos del principio de progresividad de los mismos, todo cambio que se opere en el texto constitucional obligatoriamente debe tomar en consideración dicho principio.

Por lo tanto, pudiendo modificar la Constitución, los cambios a los que fuese sometida, deben operarse en el marco de la supremacía de la Constitución, la rigidez constitucional y el control constitucional, temas que vamos a ver a continuación. En primer lugar se abordará la supremacía constitucional, a continuación la rigidez constitucional para posteriormente referirnos al control constitucional.

1. La supremacía constitucional, el “trono” sobre el que descansa la Constitución

Cuando se habla de la necesidad de modificar el texto constitucional es importante comprender que éste texto no es uno más del ordenamiento jurídico, que dichos cambios deben tomar en consideración que en un Estado constitucional, la Constitución es la norma suprema y que ésta se encuentra en el punto más alto de la organización jurídica del Estado, es decir, todas las normas inferiores deben someter su contenido a lo que

² Francisco Tomás y Valiente, “Constitución”, en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Filosofía Política II. Teoría del Estado*, Ed. Elías Díaz y Alfonso Ruiz Miguel, (Madrid: Trotta/CSIC, 1996), 47.

prescriba el texto constitucional, por lo que cualquier cambio en el texto de la Constitución, genera repercusiones en las normas infra constitucionales.

En ese sentido, cambiar la Constitución traerá como consecuencia el cambio de todas las normas inferiores que no guarden armonía con el nuevo texto.

Comprendido ésto desde el punto de vista formal, a esta situación debemos añadir que dentro de los procesos de modificación constitucional a los que puede someterse el texto, estos no solamente deben circunscribirse a los aspectos formales o procedimentales sino sobre todo deben tomar en consideración los límites materiales que el mismo texto los contempla.

De principio se debe señalar que la supremacía constitucional se erige como una característica primordial de las Constituciones, en consecuencia, es un componente fundamental de todo Estado constitucional, los ordenamientos jurídicos de los Estados se organizan en virtud de sus Cartas Constitucionales y estas se sustentan como normas predominantes sobre otras normas de orden infraconstitucional, nos referimos, a aquellas normas presentes en leyes orgánicas u ordinarias, decretos presidenciales, acuerdos ministeriales, reglamentos, ordenanzas, resoluciones, etc.

Este carácter supremo de la Constitución “no está basado solo en un requisito de la técnica jurídica o de la organización burocrática del Estado contemporáneo, sino que descansa en un principio político que presta coherencia a éstos: la soberanía popular por encima del poder estatal, el individuo por encima del Estado, la legalidad preñada de legitimidad”.³

Por lo tanto, se entiende que todo acto de carácter legislativo emitido por el poder público, así como todo acto administrativo ejercido y promulgado en todos los niveles de gobierno, debe guardar conformidad con las normas constitucionales y con los límites que estas imponen, de lo contrario, estarán desprovistos de eficacia jurídica, de la misma manera, todas las actuaciones de las Funciones del Estado, las autoridades y la ciudadanía en general, deben estar en correspondencia con las disposiciones constitucionales, las cuales, a su vez, se constituyen en fundamento y límite de los poderes públicos.

Ahora bien, según Javier Pérez Royo, la Constitución alcanza otra connotación tras la segunda guerra mundial, señala que, “sin dejar de continuar siendo el presupuesto político, [...], no se queda confinada en esa función, sino que traspasa ella misma la línea divisoria entre la política y el derecho, convirtiéndose, además de en documento político,

³ Manuel Aragón Reyes. “Sobre las nociones de supremacía y la supralegalidad constitucional”, en *Revista de estudios políticos (nueva época)*. N.º 50 (1986), 17.

en norma jurídica, es decir, en el punto de partida no sólo político, sino también jurídico del ordenamiento estatal”.⁴

Es decir, a partir de ese momento, la Constitución deja de ser únicamente un texto de carácter político y adquiere también una connotación jurídica, pasa a ser la norma suprema política y jurídicamente.

Pero, ¿por qué darle esta predominancia o importancia al texto constitucional?, en el marco de definir a la Constitución, Julio Cesar Trujillo señala: “La Constitución es la norma suprema porque rige la forma y el contenido de todas las otras normas jurídicas, sin depender de ninguna otra norma anterior, y además proviene del pueblo soberano de cuyas decisiones no hay ningún ser superior al que apelar”.⁵

Es decir, por una parte, todo instrumento normativo, desde la más mínima decisión estatal hasta la elaboración de una ley de carácter orgánica debe producirse en el marco de lo contemplado en la Constitución, siguiendo las reglas que ésta prescriba, es decir, la capacidad legislativa de los distintos órganos de poder debe someterse a los procedimientos establecidos, y por otra parte, el contenido de los mismos debe estar acorde al catálogo de derechos y a las normas constitucionales, este sometimiento en la lo formal y lo material lo determina la Constitución sin que exista alguna otra norma en la que ella deba basarse.

De lo manifestado por Trujillo se desprende que la supremacía constitucional debe ser analizada en dos dimensiones: una política y otra normativa, sin embargo, como bien se refiere Manuel Aragón Reyes, el "sentido político y significado jurídico de la Constitución se hallan, y no hace falta decirlo, estrechamente enlazados, pero no mezclados”⁶, lo que nos obliga a realizar una análisis particular de cada uno.

En lo que corresponde a la dimensión política, esta debe ser comprendida en el marco de la expresión y manifestación de la voluntad popular, la misma que evidentemente debe tomar en cuenta aquellos hechos, conflictos, disputas y propuestas que anteceden al nacimiento de una Constitución, a su origen primigenio, pues, en todo el mundo y en distintas etapas históricas de la sociedad han sido los pueblos, su accionar y sus reivindicaciones las que han provocado el surgimiento de las Constituciones, por lo

⁴ Javier Perez Royo, “Del Derecho Político al Derecho Constitucional: Las Garantías Constitucionales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 12, 234.

⁵ Julio Cesar Trujillo, “El Poder Constituyente”, en *Constitucionalismo Contemporáneo, Teoría, procesos, procedimientos y retos* (Quito: Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, 2013), 71.

⁶ Manuel Aragón Reyes. “Sobre las nociones de supremacía y la supralegalidad constitucional”, 9.

que es indispensable valorar aquella fuerza previa a la existencia misma de la Constitución como aquel acumulado histórico, político y social que configuran a cierta sociedad.

Es decir, previo al advenimiento de una Constitución, por lo general, existe una agudización de las conflictividades que determinan el carácter de las relaciones sociales existentes, pues las necesidades y aspiraciones de un momento histórico concreto empiezan a tener contradicciones con la norma constitucional vigente, lo que impulsa el advenimiento de una nueva etapa, por lo que exige el apareamiento de un nuevo texto constitucional.

Si se parte de una visión dialéctica de comprender a la sociedad en permanente avance y en constante evolución, es necesario entender que a lo largo del tiempo se identificarán nuevos grupos humanos, los mismos que contemplarán nuevas inquietudes y necesidades o los grupos ya existentes podrían levantar nuevas reivindicaciones y exigencias, al mismo tiempo, es posible que aparezcan problemas en el ejercicio del poder por parte de las entidades del Estado, como también la coyuntura política nacional e internacional pueden obligar a plantearnos otras perspectivas o enfoques, por lo que urgirá contar con un nuevo texto constitucional que no limite el avance y desarrollo, sino, por el contrario, abra las puertas al mismo.

Es importante añadir que esta concepción dialéctica del desarrollo de la sociedad debe también expresarse en la construcción y posterior normativización de los derechos, es decir se debe partir de una visión progresiva de los mismos.

Es, en ese momento, en el que los pueblos juegan su rol como mandantes principales y asumen el ejercicio de su poder soberano, como poder constituyente, ejerciendo sus funciones, buscando organizarse, planteando perspectivas y aspiraciones legítimas y evidentemente trace las condiciones del ordenamiento futuro, provocando el nacimiento de un texto con la suficiente fuerza política necesaria para estructurar, conducir y organizar a la sociedad en la siguiente etapa.

Por lo tanto, el poder constituyente se manifiesta a través de la acción político – jurídica desarrollada por los pueblos previo a la construcción de un nuevo texto constitucional, ejerce su soberanía edificando una nueva Constitución para su presente y futuro inmediato, y esta circunstancia, es la que le otorga aquella supremacía política a la Constitución.

Para comprender la naturaleza del poder constituyente, es importante recoger lo que Julio Cesar Trujillo indica:

El poder constituyente es la capacidad de una colectividad humana que asentada en lugar determinado del universo se erige en Estado de derecho, es decir, se constituye en Estado y se dota de una organización jurídica que crea órganos o instituciones para que realice las funciones que se le asignan, divide o distribuye las funciones entre los distintos órganos que ha creado para el efecto, fija los procedimientos con arreglo a los cuales han de desempeñar esas funciones y ejercer los poderes de que se les provee.⁷

A partir de esta conceptualización, Trujillo asume que: “Llamamos poder constituyente originario al que funda, erige o constituye un Estado y luego dicta las normas que lo organizan jurídicamente, determina la forma de Estado y la forma de gobierno que adopta”.⁸

Se colige entonces que, el pueblo, en su soberano ejercicio del poder constituyente, materializa su condición y finalmente converge en la creación de una norma suprema llamada Constitución, a través de la cual, se determina su organización jurídica, su forma de gobierno y de Estado, entre las cuales, constan el funcionamiento estatal, su institucionalidad, el ámbito regulatorio, entre otras, en las que por supuesto, constan los mecanismos previstos para los procesos modificatorios del texto constitucional. Así, la Constitución se consolida como el punto de partida de todo el ordenamiento jurídico que rige los destinos del Estado para una época determinada.

Francisco Tomás y Valiente en torno a este tema, recoge lo dicho por Constant y lo plantea de la siguiente forma: “La constitución reconoce “el principio de la soberanía del pueblo, es decir, la supremacía de la voluntad general sobre todas las voluntades particulares” y esa soberanía se expresa con un acto fundante del poder constituyente”.⁹

En ese sentido, con el propósito de construir una Constitución acorde al momento político que se atraviesa y en correspondencia a la sociedad que organiza:

Es prudente que el legislador constituyente tenga en cuenta la historia nacional, la constitución histórica recibida y la realidad económica, cultural, religiosa, lingüística, etcétera, de la sociedad política sobre la cual ha de construir, id est, constituir un estado democrático, para mejor garantizar la vigencia efectiva o material de la ley llamada Constitución, que no es, desde luego que no, una ley como otra cualquiera sino superior a todas.¹⁰

Es decir, para que exista una adecuada y fluida interacción entre lo dispuesto en la Constitución y la sociedad a la que regula, el texto constitucional debe expresar el

⁷ Trujillo., “El Poder Constituyente”, 66.

⁸ *Ibid.*, 72.

⁹ Tomás y Valiente, “Constitución”, 48.

¹⁰ *Ibid.*, 50.

acumulado histórico de esa sociedad y por supuesto la realidad actual, solo así podría existir una plena vigencia de la norma suprema.

Por otra parte, en lo concerniente a la dimensión normativa de la supremacía constitucional, esta se lo concibe como la coherencia, sujeción, sometimiento y respeto de todo el ordenamiento jurídico de menor jerarquía a las disposiciones establecidas en la Constitución.

Tomás y Valiente respecto a este punto indica:

Desde un punto de vista jurídico, la supremacía de la constitución se justifica en virtud del principio kelseniano de jerarquía normativa. En un sentido estricto, la Constitución para Kelsen “*c’est la norme qui régle l’elaboration des lois*” en su sentido propio y originario la Constitución es “*cette régle de la création des normes juridiques essentielles de l’Etat, la détermination des organes et de la procédure de la législation*” (Kelsen, 1928).¹¹

Es decir, la Constitución, además de contener aquellas normas a las cuales todo instrumento jurídico inferior debe considerarlas y someterse, establece el mecanismo que debe aplicarse para la creación y elaboración de dichos instrumentos, y por supuesto establece las instituciones del Estado que contarán con la capacidad legislativa de emitir normas.

Respecto al mismo tema, Tomás y Valiente al referirse a la superioridad normativa de la constitución señala: ““La Constitución de un país no es el acto de su gobierno, sino del pueblo que constituye su gobierno” (Paine, 1791). De ahí arranca su superioridad normativa como obra de ese radical poder constituyente y no de un derivado poder legislativo constituido u ordinario del que procederán las demás leyes”.¹²

Vale decir que, la Constitución no debe ser asimilada como una norma jurídica más, sino que, constituye la norma suprema que marca el destino del Estado, en el que se determinan los cimientos, la hoja de ruta y el futuro al que debe someterse todo proceso normativo.

En este sentido Juan Montaña Pinto, respecto a la supremacía normativa de la Constitución refiere que “se traduce en la conversión de la Constitución en norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas deberán

¹¹ *Ibíd.*, 53.

¹² *Ibíd.*, 49.

en consecuencia, mantener conformidad con las disposiciones constitucionales y en caso de no hacerlo, estas carecen de eficacia jurídica”.¹³

Para Luis Prieto Sanchíz, la supremacía, entendida desde su dimensión normativa es “la cualidad que ostenta una norma para generar un deber de obediencia o acatamiento por parte de otras normas, lo que incluye una vocación de imponerse a las mismas en caso de conflicto, y esto no porque resulte posterior (criterio cronológico) o más adecuada para regular el caso (criterio de especialidad), sino en razón de la mayor fuerza que se la reconoce”.¹⁴

Entonces, todas las normas jurídicas deben estar acorde y sujetarse a los mandamientos establecidos en los preceptos constitucionales y a su vez, debe existir, como señala Montaña, una constitucionalización del principio de interpretación del ordenamiento, a través del cual, “todo el ordenamiento, desde el más ínfimo de los reglamentos de supermercado tiene que estar conforme y debe estar leído en función de lo que dice la Constitución, o lo que es lo mismo, implica la constitucionalización de la totalidad de las fuentes del derecho”.¹⁵

En consecuencia, el Estado debe velar para que todas las instituciones con capacidad legislativa y normativa se sometan y cumplan con lo señalado por la Constitución, absolutamente nadie puede emitir normas que se contrapongan ni que sobrepasen a lo estipulado en el texto constitucional.

En ese sentido, cuando se hace referencia, tanto a la supremacía normativa como a la supremacía política de la Constitución, se debe tomar en consideración quién es el “emisor” de la norma, en consecuencia, aquella supremacía con la que cuenta el texto constitucional se origina en virtud de que son los pueblos, el soberano, expresado como poder constituyente, el que crea la Constitución, de ahí radica su condición de norma suprema, mientras que el resto de normas son emitidas por poderes derivados, llámese congreso, ministerios, municipios, alcaldías, entre otros.

Las dos dimensiones de la supremacía constitucional, también puede ser comprendida como lo hace Aragón Reyes, quien afirma que:

La supremacía podría ser entendida como una cualidad política de toda Constitución, en cuanto que ésta es siempre (al margen de cualquier consideración ideológica) un conjunto

¹³ Juan Montaña Pinto, “Supremacía de la Constitución y Control de Constitucionalidad en la Constitución”, en *Jornadas de Capacitación en Justicia Constitucional*, (Quito: Corte Constitucional, 2008), 118.

¹⁴ Luis Prieto Sanchíz, “Supremacía, Rigidez y Garantía de la Constitución”, en *Control Constitucional y Activismo Judicial*, Ed. Heber Joel Campos Bernal, (Lima: ARA Editores, 2012), 265.

¹⁵ Montaña Pinto, “Supremacía de la Constitución y Control de Constitucionalidad en la Constitución”, 118.

de reglas que se tienen por fundamentales, es decir, por esenciales, para la perpetuación de la forma política. La suprallegalidad no es más que la garantía jurídica de la supremacía y, en tal sentido, toda Constitución tiene vocación de transformar la supremacía en suprallegalidad.¹⁶

Finalmente, es importante anotar en esta parte del trabajo, que, cuando tratamos sobre el acumulado histórico que refleja la Constitución y la necesidad de que esta pueda ser modificada, evidentemente se genera una tensión entre, respetar aquel pasado a nombre de respetar la voluntad constituyente y generar “estabilidad” jurídica o la necesidad de cambiar el texto por las nuevas condiciones de la sociedad, es decir la relación junto al poder de reforma.

En este sentido es necesario afirmar que:

La supremacía constitucional, más que concebirse como un presupuesto, tiende a presentarse como una consecuencia del modo de articular la reforma y la garantía. Dicho de otro modo, cuando una norma prevalece sobre otra, no pudiendo ser reformada por ella y/o cuenta con protección jurisdiccional, es señal de que se halla en una relación de superioridad jerárquica.¹⁷

A esta situación, se debe añadir que, en los procesos de modificación constitucional, las iniciativas que puedan surgir de la ciudadanía como de las funciones del poder, deben tomar en consideración que el respeto a la supremacía constitucional implica someterse tanto los límites formales, es decir, los aspectos procedimentales prescritos por el mismo texto constitucional como también a los límites materiales que la norma suprema establece, en particular, los derechos de las personas.

Otro aspecto esencial en la construcción o modificación de la Constitución y que se encuentra estrechamente vinculado al componente social, tiene que ver con la regulación de los derechos, los mismos que pudiendo ser modificados, dichos cambios no pueden ser regresivos ni mermar avances que contribuyan al perfeccionamiento del ejercicio de los derechos, sino que éstos deben operarse bajo una condición de progresividad y no regresividad.

Luego del repaso doctrinario del principio de supremacía constitucional, es importante destacar la definición que hizo el constituyente ecuatoriano respecto a este tema, el cual consta en el Acta 54 de la Asamblea Constituyente de Montecristi:

Esta supremacía constitucional se garantiza a través de dos mecanismos indispensables: la rigidez constitucional y el control de la constitucionalidad, a efectos de que la misma Constitución pueda establecer los preceptos, los procedimientos para que pueda ser

23. ¹⁶ Manuel Aragón Reyes. “Sobre las nociones de supremacía y la suprallegalidad constitucional”,

¹⁷ Luis Prieto Sanchíz, “Supremacía, Rigidez y Garantía de la Constitución”, 269

reformada; si por el contrario una norma inferior determinase los procedimientos de reforma constitucional, se estaría dejando gran parte de la supremacía de la Constitución en la voluntad del legislador ordinario, por lo que su carácter de norma superior no se encontraría resguardado por la propia carta fundamental. Así mismo, los principios que integran el Estado Social de Derecho, la juridicidad, en este caso la supremacía de la Constitución y su contenido, no será nada más que una declaración de buenas intenciones. Si no existe un órgano que controle dicha supremacía en la especie, anulando las normas inferiores que se opongan.¹⁸

Lo mencionado en la Asamblea Constituyente de Montecristi a través del acta 54 nos muestra como acertadamente los constituyentes ecuatorianos comprendieron que la supremacía constitucional es garantizada tanto por la rigidez constitucional como por el control de constitucionalidad, sin embargo, dicha comprensión no se quedó en un mero reconocimiento.

Así pues, el reconocimiento de la supremacía política y normativa que reviste a la Constitución se expresa también al afirmar que las normas que determinen los procedimientos de reforma constitucional, así como las cláusulas que señalan los distintos grados de rigidez han sido previstas por el constituyente como garantía de estabilidad del texto constitucional y por lo tanto deben ser contempladas en el mismo texto supremo.

Por último, se debe destacar que los constituyentes del Ecuador reivindicaron el rol que debe jugar la justicia constitucional como garantía de la Constitución, al afirmar que la supremacía de la Constitución podría quedarse en una declaración de buenas intenciones si no existiese un organismo que se encargue de ejercer el control de constitucionalidad correspondiente y en consecuencia deseche toda norma inferior que atente a lo normado por la carta suprema.

2. La rigidez constitucional como garantía de la Constitución

Al igual que el principio de supremacía constitucional, la rigidez constitucional, desempeña un rol trascendental en el diseño y estructuración de los textos supremos de cualquier Estado Constitucional, de hecho, se constituye en un mecanismo de protección y garantía del principio de supremacía constitucional, su concreción se manifiesta a través del establecimiento de procedimientos rigurosos y estrictos que deben ser cumplidos al momento de una modificación constitucional.

¹⁸ Ecuador Corte Constitucional, “Dictamen N.º 001-14-DRC-CC”, en *Caso N.º 0001-14-RC*, 31 de octubre del 2014, 26.

La justificación fáctica de la rigidez como medio de protección de la supremacía constitucional se expresa en el proceso de modificación constitucional, tiene que ver con la trascendencia que ello significa y demanda, por lo que a través de ella se pretende precautelar la supremacía y por supuesto evitar las negligencias o facilismos modificatorios que pudieran verse plasmados por la intervención de cambios coyunturales o antojadizos en el texto constitucional.

De allí, que en el marco del Estado constitucional es indispensable que la Carta Suprema, cuente con cláusulas o precedimientos rígidos que protejan contenidos relevantes y así otorgarle rigidez constitucional, normas que se enmarcan en el sentido material de la Constitución.

La rigidez constitucional representa aquellas disposiciones dentro del texto constitucional que contienen dificultades privativas que rigen en los procesos de modificación, dirigidas a determinar ciertas exigencias que deben observarse y aplicarse en este proceso. Desde quienes tienen la activación legítima para presentar iniciativas de reforma, hasta los condicionamientos, requisitos y procedimientos destinados a controlar el proceso de cambio constitucional, estableciendo los requisitos para su aplicación y al mismo tiempo los límites o “techos” a los cuales pueden llegar dichos cambios, capaces de evitar así discrecionalidades, tanto desde los espacios de poder como desde las mismas iniciativas que provengan de los ciudadanos, permitiendo con ello, garantizar la supremacía de la Constitución.

De manera que, la rigidez implica que los procesos de modificación sean complejos para quienes pretendan modificar el texto constitucional, los mismos que se verán obligados a cumplirlos y someterse, solo de esa manera sus actuaciones estarán revestidas de legitimidad.

Cabe insistir que, la rigidez constitucional debe guardar correspondencia con las realidades concretas y a las situaciones específicas, pues si partimos de una visión de desarrollo, las sociedades cambian y en consecuencia también lo hacen los pueblos y el Estado.

Para Ferreres Comella, “la Constitución es rígida en la medida en que su modificación sólo es posible a través de un procedimiento más complejo que el procedimiento legislativo ordinario”, por lo que pasa a preguntarse ¿Por qué debe ser rígida la Constitución?

Ante lo cual, partiendo de reconocer que la Constitución establece la estructura y relaciones de los diversos órganos del Estado, afirma que:

Dada la existencia de una pluralidad de sistemas razonables de gobierno, y dada la necesidad de estabilizar uno de ellos para que la vida política pueda desenvolverse de manera ordenada, es conveniente que la Constitución opte por uno de esos sistemas. La rigidez constitucional asegura entonces la estabilidad de la opción elegida. Es más importante tener establecida una determinada estructura de gobierno, que la mayoría parlamentaria de cada momento no puede alterar, que mantener abierta la posibilidad de discutir y votar constantemente cuál es la mejor estructura de gobierno con la que dotar al país.¹⁹

Partiendo de aquello, la Constitución debe responder a cada momento histórico en una sociedad, si la sociedad cambia, si sus intereses varían o si su modelo de gobierno difiere del modelo que le antecede, la Constitución puede y debe ser modificada, a eso se suma que, bajo una óptica garantista, dichos cambios deben partir de una concepción progresiva de las normas constitucionales, es indispensable trabajar para que los pueblos cuenten con normas que correspondan a sus pretensiones.

Pero, ¿qué significa tener una constitución rígida? Esta condición está estrechamente vinculada a la reforma constitucional e implica que “es aquella que no puede ser reformada por el procedimiento legislativo ordinario, sino por otro más complejo y difícil”,²⁰ los mismos que pueden variar en correspondencia a la profundidad o naturaleza de los cambios que se pretendan hacer.

Con el avance del Estado constitucional y tras cada vez una mejor comprensión del rol que cumple la Constitución dentro de este, “no podemos hablar de constituciones rígidas o flexibles, sino, sobre todo de constituciones con mayor o menor grado de rigidez”.²¹ es decir, lo que cambia son los elementos a ser cumplidos en caso de modificar la Constitución.

Esta situación, respecto a los niveles de rigidez, se expresa en los textos constitucionales a través de dos componentes: el primero tiene que ver con los límites, los requisitos o aspectos que deben cumplir los poderes constituidos y el segundo con el nivel de participación del pueblo, como mandante o soberano.

Según Ferreres Comella, las dimensiones de rigidez de las cartas constitucionales obedecen a una serie de elementos, entre los que señala tres: el número de organismos encargados de emitir su aprobación para poder operar una reforma a la Constitución, las condiciones que deben reunir las mayorías exigidas en el parlamento para el mismo cometido y si se demanda o no la intervención de los pueblos.²²

¹⁹ Víctor Ferreres Comella, “Una Defensa De La Rigidez Constitucional”, *Doxa* 23, (2000), 29.

²⁰ Tomás y Valiente, “Constitución”, 54.

²¹ *Ibíd.*

²² Víctor Ferreres Comella, “Una Defensa De La Rigidez Constitucional”, *Doxa* 23, (2000), 30

De lo aquí mencionado, se puede afirmar que, en lo concerniente a los grados de rigidez constitucional que puede poseer un texto, se debe tomar en cuenta tanto el papel que poseen los poderes estatales como el rol que juega la ciudadanía.

Respecto al primero se debe observar que los niveles de intervención de los organismos estatales deben estar en correspondencia a las potestades y a las restricciones que tienen cada uno de ellos al momento de activar una iniciativa de modificación constitucional como también a su ejercicio de control.

Es decir, no todos poderes constituidos tienen entre sus competencias, la oportunidad de presentar iniciativas de reforma y quienes tienen esa capacidad deben respetar tanto los aspectos formales como los límites materiales señalados por la propia Constitución.

En lo concerniente al segundo, tiene que ver con los grados de participación ciudadana en un régimen democrático, la misma que puede surgir al momento de presentar una propuesta de reforma como también al momento de aprobar su entrada en rigor.

Ahora bien, en casos de que la Constitución cuente con un alto grado de rigidez constitucional, esto puede provocar que, por la dificultad o complejidad de los procesos o requisitos a cumplirse, definitivamente los procesos de reforma constitucional sean postpuestos en el tiempo, lo que configura de cierta forma que determinadas constituciones sean de larga duración y que “con el transcurso del tiempo, se produzca un divorcio entre su contenido material y el consenso mayoritario existente en la sociedad”.²³

Por otra parte, es importante anotar que altos grados de rigidez pueden abrir la puerta a reformas indirectas del texto constitucional a través de “mutaciones de sentido de determinados preceptos constitucionales, algunos de los cuales pueden haberse vaciado de sentido por el desuso de su aplicación actual y otros pueden haber cambiado de significado en virtud de la interpretación judicial”.²⁴

Entiéndase las mutaciones constitucionales como “cambios no formales que operan en el correr de la historia de una Constitución, sin alterar el enunciado formal, sin cambiar la letra del texto”,²⁵ las mismas que se pueden dar por “la fuerza de la

²³ *Ibíd.*, 33

²⁴ Tomás y Valiente, “Constitución”, 57

²⁵ José Alfonso DaSilva, “Mutaciones Constitucionales”, en *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 1, julio – diciembre 1999, párr. 8, DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.1999.1.5561>

modificación de las tradiciones, de la adecuación político social, de las costumbres, de la alteración empírica y sociológica, por la interpretación”.²⁶

Según Konrad Hesse, recogiendo lo que el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha señalado, indica en torno a la mutación que “Un precepto constitucional puede sufrir un cambio de significado cuando en un ámbito surjan hechos nuevos, no previstos, o bien cuando hechos conocidos, como consecuencia de su inserción en el curso general de un proceso evolutivo, se muestran con un nuevo significado o una nueva relación”.²⁷

De hecho establece una clara diferencia entre la mutación y la reforma, o como el la llama, la revisión constitucional, indicando:

La “revisión constitucional” debe ser diferenciada de la “mutación constitucional”, que no afecta al texto como tal -el cual permanece inmodificado- sino a la concretización del contenido de las normas constitucionales; en efecto, dada la amplitud y apertura de las normas constitucionales, las mismas pueden conducir a resultados distintos antes supuestos cambiantes, operando en ese sentido una “mutación”. La problemática de la revisión constitucional comienza allí donde terminan las posibilidades de la mutación constitucional.²⁸

Diferenciándose de los conceptos clásicos de rigidez, Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, a partir de una interpretación alternativa de la rigidez constitucional señalan que “La rigidez constitucional, [...], no busca la perdurabilidad de la Constitución, sino la modificación de esta exclusivamente por el poder constituyente, esto es, el originario”,²⁹ es decir mediante la intervención del pueblo, para de esa forma legitimar las modificaciones constitucionales.

A su discernimiento, la capacidad de modificar el texto constitucional únicamente le corresponde al soberano (pueblo). Cabe insistir que desde la concepción clásica la rigidez surge como un medio de protección de la supremacía constitucional. La rigidez se erige como garantía de la supremacía, lo que no significa que los autores citados no vean sólo a la rigidez como una técnica que protege la supremacía, sino que además de ello, comprenden que la rigidez debe contemplar la intervención democrática de los pueblos para legitimar los cambios constitucionales, ya que la Constitución es suprema debido a que es producto de la soberanía popular, de ahí que todo cambio debe ser

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ Konrad Hesse, "Límites De La Mutación Constitucional", en *18 escritos De Derecho Constitucional*, Eds. Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte Sánchez (Madrid: Coloquio Jurídico Europeo. Centro De Estudios Políticos Y Constitucionales, 2011), 96.

²⁸ *Ibíd.*, 50.

²⁹ Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Política, justicia y constitución*, Ed. Luis Fernando Ávila Linzán (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 178

ratificado por los pueblos, contribuyendo de forma sustancial a la construcción de un estado democrático y soberano.

Al momento en que la Constitución es rígida, los poderes que emergen del texto constitucional, como el poder legislativo ordinario o el ejecutivo, o el poder electoral y de participación, como en el caso del Ecuador, son limitados y se someten a los preceptos constitucionales establecidos por el pueblo soberano, por lo que su iniciativa o capacidad de querer modificar la constitución se limita, en comparación con la capacidad que ostenta el poder constituyente.

Evidentemente esto solo puede ser controlado por la instancia que la misma Constitución determine, pudiendo ser por vía judicial o constitucional como en el caso de nuestro país.

Un aspecto importante a anotar es que al existir en la sociedad distintos grupos económicos, sociales, políticos, etc., las intenciones que cada uno de ellos tenga respecto a la organización del ordenamiento jurídico, se topan con las normas que contemplan la rigidez constitucional, entendida esta como un elemento esencial en el constitucionalismo democrático.³⁰

De ahí que es importante destacar que vivimos en una sociedad de clases sociales, de contradicciones entre grupos económicos, sociales y políticos, los mismos que tienen sus propios intereses y que evidentemente se contraponen.

Es importante mencionar que los procesos constituyentes definitivamente son procesos políticos, las principales fuerzas políticas confluyen, actúan y por supuesto son partícipes del ejercicio constituyente, por lo que es entendible que se establezcan cláusulas constitucionales que doten de rigidez al texto que produjeron.

En otras palabras, como señala Jorge Benavides la estabilidad de la Constitución se adquiere debido a que tratarse de un texto rígido, las mayorías políticas circunstanciales que se forman en el desenvolvimiento gubernamental o en los distintos poderes estatales

³⁰ Javier Pérez Royo, “Del Derecho Político al Derecho Constitucional: Las Garantías Constitucionales”, 245.

Anota el autor: “La rigidez es, pues, como ya intuyó Bryce, un elemento «esencial» del constitucionalismo democrático, algo consustancial con la organización jurídica del poder en una sociedad democrática. Pues el punto de partida de este constitucionalismo no es la «confianza» entre fuerzas sociales hegemónicas, sino la «desconfianza» entre fuerzas sociales heterogéneas y antagónicas, ninguna de las cuales estaría dispuesta a firmar un pacto que quedara a merced de cualquier tipo de mayoría parlamentaria en el futuro. De ahí la universalización de las cláusulas de reforma y la progresiva generalización de la justicia constitucional, así como la importancia cada vez mayor de ambas instituciones en el ejercicio del poder por parte de los órganos supremos del Estado”.

no pueden modificar su texto con las mismas facilidades como se lo haría con cualquier texto legal.³¹

Además, por el mismo hecho de que existen cláusulas de reforma en los textos constitucionales, se abre la puerta a la posibilidad de que su texto pueda ser modificado, sin embargo, los cambios deben ser llevados a cabo de forma ordenada y evidentemente regulados, cuando definitivamente los problemas que se presenten en la comunidad no puedan ser resueltos mediante la interpretación constitucional.³²

Manuel Aragón Reyes, por su parte, señala que “Las reglas constitucionales sobre la rigidez poseen una doble finalidad práctica. De un lado, permiten que la Constitución pueda revisarse y, de otro, impiden que ello pueda hacerse a través de la vía ordinaria de modificación de las leyes”.³³

Es decir, la rigidez constitucional tiene que ser vista desde dos ángulos, el primero como el mecanismo que permita dotar a la Constitución de cierta estabilidad prolongada, para que ésta no sea modificada (sin mayores rigores) por los poderes constituidos creados por ella y en los que se manifiesta una cierta correlación de fuerzas políticas; y, el segundo ángulo, a partir de la reflexión que el solo hecho de que existan normas que permitan la reforma constitucional, significa que esta estabilidad no puede ser vista de forma absoluta ni como sinónimo de perdurabilidad, pues la Constitución puede ser modificada si existiese algún tema que preocupe, inquiete o interese a la sociedad.

Se debe tener presente que la tensión entre el cambio y la permanencia, o binomio movilidad-rigidez planteado por Hesse, que subyace a la reforma constitucional es, en definitiva, una disputa difícil de saldarla en términos absolutos y, que, por tanto, encuentra una solución relativa en términos de mayor rigidez o mayor flexibilidad. De ahí que en el mismo sentido De Vega sostiene que en los tiempos que corren, en lugar de hablar de textos constitucionales rígidos o flexibles, a partir de la clasificación realizada tempranamente por Bryce, se debe a hablar de constituciones con mayor o menor grado de rigidez.³⁴

Un componente importante en la normativización de la rigidez constitucional, tiene que ver con la existencia de cláusulas de intangibilidad, como máximo grado de rigidez, las mismas que son aquellas normas que no pueden ser modificadas de ninguna manera.

³¹ Jorge Benavides, “Los procedimientos de reforma en algunas Constituciones de América Latina. Un estudio normativo con particular énfasis en la Constitución ecuatoriana de 2008”: Estudios Constitucionales, nº 1 (2018), 42.

³² *Ibid.*

³³ Manuel Aragón Reyes, “¿Cambiar la Constitución para adaptarla o para transformarla? Requisitos y Límites de la reforma constitucional”, 315.

³⁴ *Ibid.* 42

Son disposiciones que “tienen por objeto impedir que determinadas previsiones constitucionales puedan reformarse, esto es, declaran que ciertas decisiones de la constitución son intangibles y, por ello, quedan sustraídas al poder de reforma”,³⁵ en “el derecho comparado existen dos técnicas al efecto: los límites expresos, es decir, los que establece la Constitución y los límites implícitos”.³⁶

Por ejemplo, respecto a los límites expresos, Constituciones como la de Alemania y la de Italia prohíben de forma enfática que se pueda cambiar, a través de la reforma constitucional, el régimen de gobierno y el compendio de los derechos fundamentales. “En el caso de Guatemala, se prohíbe expresamente modificar la cláusula constitucional relativa a la reforma constitucional así como el capítulo II del título I de la Constitución, que consagra el régimen de los derechos fundamentales de naturaleza civil”.³⁷

De hecho, en el pasado “ciertos países, con el objetivo de garantizar la perdurabilidad de los textos constitucionales establecían tiempos como es el caso de Constituciones como la española de 1812 o la argentina de 1853, las mismas que establecían un tiempo en que no se podía reformar”.³⁸

Por otro lado, respecto a los límites implícitos, a diferencia de lo que ocurría en el pasado, en la actualidad, España recurre a dicha técnica, donde, al igual que en Costa Rica, establece dos procedimientos para modificar su Constitución: una reforma general y una reforma parcial. La primera se la lleva a cabo a través de la convocatoria a una asamblea constituyente y la segunda mediante un procedimiento complejo que se lo ejecuta en el Parlamento.³⁹

Por lo tanto, las cláusulas de intangibilidad deben ser comprendidas como expresión del máximo grado de rigidez en un texto constitucional, las mismas que impiden modificar los elementos esenciales o sustanciales de una Constitución, establecen límites en los procesos de reforma, como impedir la modificación de aquellas normas que prescriben los derechos fundamentales o los mecanismos para reformar la carta suprema, es así que Aragón Reyes señala:

Es claro que el poder constituyente, mediante la constitución, se ha autolimitado, lo que ha conducido a sostener, coherentemente, que, a partir de la Constitución ya no hay

³⁵ Manuel Aragón Reyes, “¿Cambiar la Constitución para adaptarla o para transformarla? Requisitos y Límites de la reforma constitucional”, *UNED: Teoría y Realidad Constitucional*, n° 36 (2015): 320.

³⁶ Rubén Hernández Valle, “Reforma Constitucional Y Control De Constitucionalidad”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 143 (2015): 5.

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ Tomás y Valiente, “Constitución”, 55.

³⁹ Rubén Hernández Valle, “Reforma Constitucional Y Control De Constitucionalidad”, 5.

soberano, en términos jurídicos, esto es, como poder absoluto sólo regido por normas procedimentales para disponer de toda la constitución sin límites materiales. El poder de reforma se presenta, entonces, no como un poder constituyente juridificado, sino como un poder constituido, sometido a los límites materiales que la propia constitución le impone.⁴⁰

En ese sentido, las mencionadas cláusulas de intangibilidad determinan que el poder constituido, incluido el poder de la reforma, tiene límites al momento de modificar la Constitución, por tanto, solo el constituyente puede reformarlas, a través de un proceso radical y de la magnitud de un nuevo proceso constituyente.

A partir de esta realidad si bien el constituyente puede modificar las cláusulas de intangibilidad, ¿tendría algún tipo de límites respecto de los contenidos que protegían dichas cláusulas?, frente a lo cual, Jorge Benavides, en torno a la realidad ecuatoriana, refiere:

Aquellos elementos característicos de la Constitución del Ecuador que son, por otro lado, compartidos por cualquier democracia constitucional de nuestros días, no pueden ocultar las tensiones que surgen entre la soberanía popular y la supremacía constitucional; o, dicho de otro modo, las tensiones entre democracia y derechos. Ante esta situación, la Carta ecuatoriana hace un esfuerzo por intentar armonizar los principios en tensión en temas como los grados de rigidez selectiva que contempla la Constitución para su reforma. En este sentido, a mayor profundidad de los cambios, principalmente en materia de derechos, mayor debe ser la participación popular.⁴¹

En efecto, quizá las nuevas realidades y necesidades estatales vigentes, sean estas de orden político, jurídico, social, económico, cultural, entre otras, requieran actualizar las estructuras y superestructuras del Estado en los que se incluyen los poderes constituidos, siendo indispensable para aquello la intervención del poder constituyente, el mismo que se ejerce para modificar total o parcialmente la Constitución.

En definitiva, la supremacía es garantizada por la rigidez constitucional, que no es mas que procedimientos que deben seguirse por todo aquel que pretenda modificar la Constitución, procedimientos que son prescritos por la misma Constitución y que se ejecutan en virtud de la magnitud del cambio del texto y que cuentan con la participación del pueblo como soberano.

De la misma manera es imperante concluir en este punto que mediante la rigidez constitucional, al establecer límites en los procesos de reforma, se busca precautelar el

⁴⁰ Aragón Reyes, “¿Cambiar la Constitución para adaptarla o para transformarla? Requisitos y límites de la reforma constitucional”, 320.

⁴¹ Jorge Benavides, “Participación democrática y reforma constitucional. Un análisis del caso ecuatoriano”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2018*, Coord. Daniel Alejandro Pinilla (Colombia: Editorial Temis, 2018), 203

contenido de los derechos, por lo que si la intención fuese modificar aquellos es necesario que los procesos a seguir involucren procesos mas dificultosos, con el objetivo de precautelar el contenido de los mismos.

Entonces, debe quedar claro que, la supremacía constitucional como principio y la rigidez constitucional como técnica que la garantiza, tienen una preponderante incidencia en los procesos de reforma y control constitucional. Cabe destacar que la rigidez se convierte en la garantía primaria, la misma que a su vez se la protege por medio del control que se ejerce sobre las iniciativas de reforma a través de la justicia constitucional.

3. Control constitucional para garantizar la rigidez de la constitución

Comprendido lo que es la supremacía y la rigidez constitucional es necesario reflexionar sobre el rol que juega el Estado, el mismo que a través de la justicia constitucional, es el responsable de garantizar su cumplimiento y trabajar para que estas sean asumidas por todas las instituciones y por la ciudadanía.

En ese sentido, el Estado, a través de distintas funciones o instituciones, a través del diseño de mecanismos claramente establecidos, y a su vez, en la definición de los procesos que deben ser cumplidos para garantizar su observancia, ejerce este mecanismo que se denomina el sistema de control constitucional, cuyo objetivo principal es la garantía de la rigidez como mecanismo jurídico de soporte de la supremacía constitucional.

Como señalamos líneas arriba, la supremacía constitucional es un principio elemental al momento de la organización del ordenamiento jurídico del Estado constitucional, es a través de ella que la totalidad del Estado somete sus comportamientos, actos e instrumentos normativos a lo prescrito por el texto supremo y es a través de la rigidez constitucional que logramos garantizar su existencia,

De hecho “Al existir cierto vínculo entre la supremacía y la rigidez constitucional, resultan necesarios y convenientes los filtros jurídicos de las reformas constitucionales; adicionalmente, debido a la supremacía de las constituciones, debe existir un rígido control formal y procedimental”.⁴²

⁴² Claudia Escobar García, “Del Tribunal a la Corte; ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?”, en *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Ed. Ramiro Ávila Santamaría (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 320.

Para el ejercicio del control constitucional es necesario señalar lo que Reinaldo Vanossi y Pedro Ubertone en su artículo “Control Jurisdiccional de Constitucionalidad” se refieren al denominado encuadre, por el cual, se especifica una serie de aspectos necesarios y obligatorios que se deben cumplir para que se materialice un real y efectivo control constitucional, para ello determinan que: “Todo sistema de control de constitucionalidad debe reunir ciertos elementos que hemos denominado “presupuestos institucionales de control”. Si no los tiene, ese sistema podrá ser puesto en tela de juicio por ser “formas aparentes de control” con escasa o ninguna significación real”.⁴³

Los autores antes referidos asumen que: “Esos presupuestos institucionales del control son básicamente los siguientes: una constitución rígida, un órgano independiente y la existencia de derechos subjetivos. [...]”.⁴⁴

Lo dicho por Vanossi y Ubertone es de gran trascendencia debido a que el ejercicio del control constitucional no puede ser concebido como procesos formales que deben cumplirse para empujar un proceso de modificación constitucional, es decir procesos que no realicen un análisis integral y completo de las pretensiones de los cambios constitucionales, es imperante que en todo Estado constitucional el ejercicio del control corresponda a garantizar el principio de supremacía y la rigidez constitucional.

De hecho, se puede considerar que estos tres presupuestos son los adecuados para comprender metodológicamente en qué consiste el control constitucional y su efectivo ejercicio, a partir de lo cual, correlativamente surgen varias interrogantes, entre ellas las siguientes: ¿Qué busca el control constitucional? ¿Quién debe ejercer el control? y ¿Qué protege el control constitucional?.

Preguntas que deben ser respondidas a la luz de la noción material de la Constitución, pues es ésta a través de su contenido la que determina como ha de ejecutarse el control constitucional, partiendo de las competencias de la justicia constitucional hasta el resguardo de los derechos constitucionales.

Para responder a la primera pregunta, se puede indicar que el control constitucional busca garantizar la supremacía constitucional, principio a través del cual, se pretende hacer respetar su total contenido frente a posibles modificaciones y con ello, evitar que no sea sometida o víctima de coyunturales o subjetivos intereses que pretendan

⁴³ Jorge Reinaldo Vanossi y Fermín Pedro Ubertone, “Control Jurisdiccional de Constitucionalidad”, en *Desafíos de Control de Constitucionalidad*, Coord. Víctor Bazán (Buenos Aires: Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos, Ediciones Ciudad Argentina, 1996), 68.

⁴⁴ *Ibíd.*, 69.

hacer de ella su plataforma política o su “carta abierta” para sus acciones o beneficios particulares o de grupo.

De la misma manera, el control constitucional busca que todas las normas infraconstitucionales, y por supuesto las modificaciones constitucionales recojan lo prescrito por la carta suprema, de allí la necesidad de contar con un texto constitucional que en gran parte de su contenido represente a todo el conglomerado social, tomando en cuenta la situación histórica de su nacimiento y su perspectiva hacia adelante respecto de la protección y garantía de los derechos.

Así mismo, el control constitucional, frente a los procesos de reforma, es la garantía encargada de precautelar que la rigidez que caracteriza a la Constitución sea plenamente respetada. Esta situación se la materializa a través de determinar la naturaleza y la magnitud de las iniciativas de reforma, para de esa manera, indicar la vía adecuada, los procesos a seguir y la participación del soberano, en virtud de la dimensión de lo que se pretende reformar constitucionalmente.

En conclusión, como respuesta a la primera pregunta, y en base al primer presupuesto mencionado por los autores, el control constitucional busca garantizar la aplicación de la supremacía y de la rigidez constitucional.

Evidentemente, la pregunta inmediata que surge en relación a lo señalado por Vanossi y Ubertone respecto a ¿quién debe ejercer el control constitucional?, aquellos autores parten de una afirmación básica, quien lo haga debe ser independiente, lo puede ejercer una función del Estado o un órgano especializado en materia constitucional, el mismo que debe contar con la suficiente independencia para ejercerlo, ¿independiente de quién? De cualquier otra institución o función del Estado, particularmente del ejecutivo y del legislativo, como principales poderes del Estado, en ese sentido, debe contar con autonomía.

Dicha independencia se la puede bregar a través de la prohibición al conjunto de los poderes estatales de incidir en el ejercicio del control y a través del mecanismo de designación de los miembros que conforman la justicia constitucional; es indispensable que esas personas sean designadas mediante concursos que demanden altas exigencias de probidad, de conocimientos jurídicos, constitucionales y políticos y por supuesto que establezcan como requisito fundamental que quienes pretendan asumir la responsabilidad estén revestidos de valores de honestidad y transparencia.

Finalmente, para responder la tercera pregunta, es necesario señalar que el principal objetivo del control constitucional es proteger la Constitución, lo que implica

por supuesto, precautelar el catálogo de derechos que la componen, como lo señala Vanossi y Ubertone, aquellos derechos subjetivos que están íntimamente ligados al ser humano, aquellos que son consustanciales al nacimiento de las personas y que son responsabilidad del Estado protegerlos, y que son concebidos como derechos fundamentales.

En el caso ecuatoriano podemos decir que a través del control constitucional debe protegerse a la totalidad de los derechos constitucionales, conforme así lo ordena nuestro texto constitucional, ya que todos los derechos constantes en nuestra Constitución son de igual jerarquía, de manera que no cabe ninguna gradación en relación a su protección y garantía, por ello, su amparo se dirige a otorgar una integral protección de los derechos, atendiendo los valores, principios (de manera particular el principio de progresividad y no regresividad de los derechos), garantías y demás instituciones que establece la Constitución, más aún en las iniciativas de reforma de la Constitución.

Esta observancia es aún más necesaria asegurarla en los procesos de modificación constitucional, pues como se afirmó líneas arriba, el soberano participa de forma activa en dichos procesos, además que ningún cambio a la Constitución debe representar una regresividad en el contenido de los derechos.

Como se puede observar, a través de la aplicación de estos tres presupuestos se podría contar con un adecuado y eficaz sistema de control constitucional, el mismo que se encuentra estrechamente vinculado a la construcción y realización del Estado constitucional, a su organización institucional y a su ordenamiento jurídico, a efectos de otorgar una propicia protección del texto constitucional y correlativamente alcanzar que todo el ordenamiento jurídico no transgreda los preceptos constitucionales y sólo a partir de aquello proteger y garantizar el principio de supremacía constitucional.

De hecho, como lo señala Humberto Nogueira Alcalá “La supremacía de la Constitución no tendría ninguna aplicación real si no existiera garantías que la hacen efectiva frente a los conflictos constitucionales que se producen al interior de cada sociedad política [...] Esta garantía esta dada por la existencia de diversos mecanismos de control de constitucionalidad”.⁴⁵

⁴⁵ Humberto Nogueira Alcalá, “Hacia una tipología de la jurisdicción constitucional y un concepto de los tribunales constitucionales de América del sur y su estatuto jurídico”, en *Perspectiva del derecho procesal constitucional*, Ed. Gabriel Hernández Villareal (Bogotá: Colección textos de jurisprudencia, Universidad del Rosario, 2007), 56.

La teoría constitucional, como es ampliamente conocido, nos señala dos criterios de clasificación del control constitucional, por una parte, por la forma en cómo se realiza el control, este puede ser concreto o abstracto y por otra parte, en virtud del órgano que lo ejerce, este puede ser difuso o concentrado, los mismos que se fueron consolidando conforme se fue afirmando la Constitución como norma suprema y en consecuencia, la necesidad de hacer respetar su supremacía.

Ahora, si bien las diferencias entre los tipos de control constitucional son claramente manifiestas respecto de sus incidencias en el control constitucional, no es menos cierto que, a través de los dos métodos, es decir, sea difuso o concentrado, cuando nos encontramos frente a procesos de reforma constitucional en los que se debe precautelar la rigidez, ésta se encuentra garantizada, como ocurre tanto en Estados Unidos (control difuso) o en Ecuador, Colombia o Chile (control concentrado).⁴⁶

En este contexto, textos constitucionales rígidos pueden contemplar sea un modelo difuso o un modelo concentrado de control que comparten el objetivo de precautelar por la supremacía constitucional, por ello es necesario que dentro de sus competencias ejerzan control de constitucionalidad sobre las iniciativas de reforma constitucional. En este sentido existen casos en que las Constituciones contemplan dentro del mismo texto la posibilidad de control, y otras en que no lo hacen, como advierte Benavides Ordóñez en la doctrina se señalan tres criterios respecto del control constitucional de las reformas:

La teoría sugiere tres criterios que dan forma al control de las reformas de la Constitución por parte de los tribunales, los cuales consisten en determinar, primero, si los tribunales tienen facultades expresamente establecidas en el Texto constitucional para llevar adelante la tarea del control y, si no las tienen, concretar en virtud de qué fundamentos asumen la facultad de llevar a cabo dicho control; en segundo lugar, determinar si se trata de un control formal o material; finalmente, determinar si se trata de un control preventivo o posterior.⁴⁷

En ocasiones la competencia otorgada a la justicia constitucional surge de la misma Constitución, es decir, el poder constituyente ya se expresó a través de ella y le otorgó dicha facultad, al respecto Luis Grau, citando a Fioravanti señala:

El control de constitucionalidad es esencial e indispensable no solo como instrumento de protección de los derechos de los individuos y las minorías –como el mismo Hamilton afirmaba– en relación con los posibles actos arbitrarios de los legisladores y de las mayorías políticas, sino también y sobre todo con el fin de impedir que uno de los poderes, el más fuerte, que siempre es el poder legislativo, puede aspirar a cubrir y

⁴⁶ Benavides, El control de la reforma constitucional. Una aproximación a las normas que lo regulan en Ecuador, 18

⁴⁷ *Ibid.*, 17.

representar todo el espacio de la constitución, identificándose con su fundamento primero, con el mismo pueblo. Es como si los jueces, actores e instrumentos de aquel control, recordasen continuamente a los legisladores que ellos están allí para ejercer un poder muy relevante pero siempre derivado, al haber sido recibido del pueblo soberano mediante la constitución” (Fioravanti 2001, p.109).⁴⁸

Es importante también indicar que en ciertos países sus Constituciones no han establecido de manera expresa la competencia del ejercicio de control constitucional sobre las reformas a los organismos constitucionales, en esos casos, Sabrina Ragone indica:

Los argumentos que los Tribunales han utilizado sosteniendo que están habilitados para realizar un control material de las reformas en ausencia de atribución explícita son básicamente tres: la existencia de límites expresos y la consecuente necesidad de un superviso, la comparabilidad de las reformas constitucionales con las leyes ordinarias por lo que se refiere a su carácter subordinado respecto de la Constitución.⁴⁹

Por otra parte, es de gran importancia el control de las reformas a la constitución en la medida en que, si bien, la forma en cómo se ejecuta en no es igual en todos los Estados, es un aspecto fundamental a ser considerado en cualquier democracia constitucional, ya que el ejercicio gubernamental ejecutado por las mayorías políticas coyunturales es limitado por los derechos prescritos en la Constitución. En virtud de aquello es determinante el papel que cumple la justicia constitucional en el aseguramiento de dicha forma de gobierno.⁵⁰

Por lo dicho, es indispensable entender a la justicia constitucional como “complemento indispensable de la Constitución rígida y como instrumento ordinario de interpretación de la Constitución y de adaptación de la misma a los cambios que se producen en la sociedad”.⁵¹

Por lo tanto, el primer rol que tiene la justicia constitucional es interpretar el contenido de la Constitución, dentro de sus competencias, obligatoriamente debe contemplarse aquel ejercicio que permita solventar cualquier duda existente en la aplicación de la norma constitucional, en ese sentido, “La justicia constitucional se

⁴⁸ Luis Grau, “Materiales para un curso de historia de las Constituciones” en *El Constitucionalismo Americano* (Madrid: Editorial Dykinson, 2011), 131.

⁴⁹ Ragone, “El control material de las reformas constitucionales en perspectiva comparada”, 393.

⁵⁰ Jorge Benavides, “El control de la reforma constitucional. Una aproximación a las normas que lo regulan en Ecuador”. *Revista ecuatoriana de Derecho Constitucional*, N.º 2 (2018): 15.

⁵¹ *Ibíd.*, 245

convertirá en el mecanismo ordinario de adaptación de la Constitución a las circunstancias históricas cambiantes”.⁵²

El segundo rol que asume la justicia constitucional y que la convierte en guardiana de la Constitución es el control de constitucionalidad que realiza, el mismo que, como señalamos líneas arriba, se lo puede ejercer sobre distintos tipos de instrumentos jurídicos, con el propósito de expulsar cualquier precepto que atente a la norma constitucional, pero sobre todo sobre los procesos de reforma constitucional.

La doctrina constitucional trae una interesante discusión respecto a la facultad de los altos tribunales en el control de la reforma a la Constitución.

Para ciertos autores, la reforma a la Constitución no puede ser sujeta de control y peor aun ser calificada de inconstitucional por el organismo encargado de hacerlo; lo que implicaría que las reformas constitucionales podrían realizarse de cualquier forma y ningún órgano podría determinar si éstas se enmarcan en el contenido constitucional. Esta circunstancia provocaría que las normas de rigidez, que contemplan la reforma no tengan funcionalidad alguna, ya que, quien o quienes tengan la intención de modificar la Constitución podrían violentarlas sin tener ninguna consecuencia jurídica.⁵³

La reflexión realizada por estos autores es entendible, pues de esta se puede desprender dos ideas que se deben analizar en esta tensión, la primera tiene que ver que el proceso de reforma a la Constitución surge directa o indirectamente por el poder constituyente, por lo que no cabría un ejercicio de control constitucional sobre el mismo, ya que el poder constituyente está revestido de legitimidad para empujar los cambios que considere pertinente en la Constitución.

La segunda idea, que se desprende obligatoriamente de la primera, es que la justicia constitucional al ser creada por la misma Constitución, es un poder derivado de la misma, por lo que esa condición no le permitiría ejercer un control sobre el poder de la reforma como poder constituido, pese a que cuente con la intervención del pueblo.

En cualquier caso el control de la reforma constitucional en el Estado Constitucional es de gran importancia, pues “la reforma de la Constitución no tiene sentido si no se la complementa con el control de constitucionalidad de la ley, ya que sin esta resulta imposible impedir que el legislador pueda vulnerar la Constitución sin que su

⁵² Javier Perez Royo, “Del Derecho Político al Derecho Constitucional: Las Garantías Constitucionales”, 239.

⁵³ Rubén Darío Córdoba, *La Asamblea Constituyente Paralela Un Estudio Jurídico-Político* (Ciudad de Panamá: IEPI Instituto De Estudios Políticos e Internacionales, 2009)..

acto encuentre sanción alguna”,⁵⁴ más aún si tomamos en consideración que de por medio está el respeto al principio de supremacía constitucional.

Ahora bien, comprendido el control constitucional, cabe preguntarnos, ¿Qué ocurre cuando el Estado, a través de las instituciones encargadas de realizar el control constitucional en los procesos de reforma, no lo ejercen o no lo cumplen a cabalidad su función?

Esta circunstancia, que pareciera un tanto subjetiva, debe ser contemplada, pues la inacción en la que pueden incurrir puede violentar la norma constitucional, tanto desde el punto de vista procedimental, pero al mismo tiempo podría existir la violación de ciertos derechos constitucionales como la participación, pues los procesos de reforma pueden surgir de la misma ciudadanía, como se lo contempla en el caso del Ecuador, o puede afectar de manera directa a la capacidad del mismo Estado, quien a través del gobierno puede presentar una propuesta de reforma constitucional, atentando de manera directa a aquel contenido material de la Constitución y al régimen democrático.

Como hemos hecho referencia en este capítulo, el Estado constitucional se caracteriza por la supremacía que reviste a la Constitución, supremacía que debe ser entendida tanto en una dimensión normativa como en una dimensión política y que es precautelada por la rigidez constitucional como mecanismo de protección, con mayor razón en los procesos de modificación constitucional.

Se debe afirmar que hay una estrecha relación entre la reforma de la Constitución, como garantía extraordinaria de la misma y la justicia constitucional como garantía primaria, evidentemente esta situación se produce por la existencia de una Constitución rígida, ante la necesidad de provocar un control constitucional y de esa manera precautelar la naturaleza del Estado Constitucional.

⁵⁴ *Ibíd.*, 239

Capítulo Segundo

La regulación de la reforma constitucional en Ecuador

“La Constitución es, pues “un sistema de normas” como señalara García Pelayo”,⁵⁵ las mismas que son fundamentales en la organización del Estado y que están revestidas de superioridad normativa frente al resto de normas del ordenamiento jurídico y que por supuesto no pueden ser modificadas sin antes cumplir con los procedimientos y requisitos previos establecidos por la propia Constitución para aquello. En este sentido, la Corte Constitucional del Ecuador ha señalado:

La Constitución, al igual que otras normas que componen el ordenamiento jurídico, es susceptible de modificación; es así que el propio texto constitucional prevé los mecanismos que deben observarse, dependiendo de la temática para proceder a su reforma. La existencia de procedimientos de reforma de la Constitución responde a la perspectiva del constituyente que las normas se actualizan en concordancia con la realidad, razón por la cual, estos mecanismos se convierten en garantías constitucionales.⁵⁶

Es decir, el mismo texto constitucional contempla los procedimientos a aplicarse en caso que se aspire a modificar su contenido, cambios que evidentemente pudiesen estar en virtud de las condiciones y necesidades de un momento concreto, de esa manera se precautela la supremacía constitucional y se materializa la rigidez como garantía de ésta.

Ahora, si bien, como se ha señalado, cada vez que aparezcan nuevas condiciones y necesidades en una sociedad se debe operar una modificación de la Constitución, en ese sentido, es indispensable, para no caer en un abuso de la reforma constitucional y en consecuencia que exista inestabilidad en el Estado que, previamente, a través de la interpretación constitucional se pueda subsanar o resolver cualquier duda o presunta contradicción que aparezca al momento de la aplicación de la norma y ese es el rol que debe cumplir la justicia constitucional como garantía primaria de la Constitución.

Jorge Benavides lo manifiesta de la siguiente manera:

Ciertamente, tanto la reforma de textos constitucionales rígidos como la justicia constitucional, se trata de dos importantes garantías de la Constitución. Sin embargo, se debe tener presente que transitan en vías distintas, de ahí que la justicia constitucional se integra de modo cotidiano a la vida en comunidad, asegurando la adecuación de la interpretación constitucional a las cambiantes circunstancias sociales dentro del marco de posibilidades interpretativas permitidas por el Texto constitucional. Lo dicho supone, como advierte Pérez Royo, que aquella justicia opera como una garantía ordinaria de la

⁵⁵ Tomás y Valiente, “Constitución”, 48.

⁵⁶ Ecuador Corte Constitucional, “Dictamen N.º 001-14-DRC-CC”, 31 de octubre del 2014, 26.

Constitución, en tanto que la reforma constitucional actuaría como una garantía extraordinaria. En la medida en que a ella solo se debe acudir cuando no es posible encontrar respuesta a un problema a través de la interpretación.⁵⁷

Es decir, la reforma constitucional solamente deber ser vista como un recurso extraordinario al que se puede acudir cuando la justicia constitucional no ha podido solventar la aplicación de la norma constitucional a través de la interpretación e incluso cuando no sea posible recurrir a una mutación constitucional.

Ahora bien, “a decir de Garrorena, el procedimiento de reforma constitucional supone una tesis bifronte, en la medida en que se acude a dicho procedimiento con el fin de estabilizar la Constitución, por un lado, y a hacer posible su modificación, por otro”.⁵⁸

Lo que quiere decir que, al ser la Constitución un resultado del ejercicio del poder constituyente, se entendería que sus normas responden a los intereses de las grandes mayorías conformadas en ese momento, satisfacen las necesidades de éstas, por lo que, la reforma constitucional se presenta como una opción para aquellos grupos humanos que no se sienten representados por el texto, sin necesidad de acudir a un nuevo proceso constituyente que implica necesariamente una nueva Constitución, o podría ser el último recurso al que deberían acudir los poderes constituidos.

Por lo tanto, la reforma constitucional cumple con el criterio de brindarle a la Constitución estabilidad y una mayor permanencia, dejando abierta la posibilidad, a través de sus propios preceptos, de acudir a nuevas reformas, eso sí, mediante procesos complejos y dificultosos.

La finalidad dual del procedimiento de reforma explicita dos de sus principales funciones, a saber, la búsqueda de la permanencia de la Constitución, en el sentido de que puede ser modificada, si, y solo si, se sigue un procedimiento agravado distinto del previsto para las leyes. En otras palabras, la estabilidad viene dada por el hecho de que al tratarse de un Texto rígido las mayorías políticas circunstanciales no pueden cambiarlo con las mismas facilidades como sucede con cualquier texto legal. Por otro lado, la existencia misma de cláusulas de reforma en las Constituciones supone la posibilidad de proceder a un cambio ordenado y debidamente regulado.⁵⁹

Ciertos autores lo manifiestan de la siguiente manera “el poder reformador de la Constitución presenta las mismas características de los poderes constituidos, por lo que

⁵⁷ Benavides, “Los procedimientos de reforma en algunas Constituciones de América Latina. Un estudio normativo con particular énfasis en la Constitución ecuatoriana de 2008”, 41.

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ *Ibíd.*, 42

esa potestad no es jurídicamente ilimitada, sino parcial y reglamentada, debiendo desenvolverse dentro del marco que le fija la propia Constitución”.⁶⁰

En otras palabras la reforma constitucional es una garantía limitada, pues su ejecución es posible solamente si se cumplen con los procedimientos que el mismo texto constitucional preceptúa, en este sentido Pérez Royo, citando a Hesse señala

«Allí donde acaban las posibilidades de una comprensión llena de sentido del texto normativo y donde se produciría una mutación constitucional en inequívoca contradicción con el texto de la norma terminan las posibilidades de la interpretación de la norma y con ellas acaban también las posibilidades de una mutación constitucional.»

Es a partir de este momento cuando entra en juego la institución de la reforma de la Constitución. La reforma constitucional es un instrumento para resolver los problemas que no pueden serlo mediante la interpretación.⁶¹

Por lo tanto, la reforma constitucional es un recurso último al que debe acudir, esta no puede ser vista como la primera opción al momento que surgen problemas en el empleo de las normas, peor aún, la reforma constitucional no puede ser vista como discurso político por quienes ostentan el poder cuando la Constitución no se adapta a sus intereses particulares.

Por otro lado, si partimos de lo ya escrito líneas arriba en donde afirmamos que las sociedades no son estáticas, por el contrario, son entes que se encuentran en constante evolución y desarrollo, tanto por las contradicciones internas entre grupos humanos con intereses de clase distintos así como también por la organización de nuevos grupos o el apareamiento de nuevos intereses, la Constitución debe ser vista de esa manera, por lo que la reforma constitucional es el mecanismo para incorporar normas que satisfagan las nuevas realidades.

O también, apreciada “desde una arista democrática, por otra parte, la reforma constitucional tendría como función, la tarea de arreglar desaciertos que el Texto constitucional pudiera contener. En esa medida, es que el constituyente consciente de su falibilidad decide por medio de la reforma la apertura de la Constitución hacia las decisiones de las mayorías políticas futuras”.⁶²

De hecho, “mediante la reforma de la constitución, ésta puede adaptarse a nuevas circunstancias, corregir pasados errores que la experiencia haya mostrado, mejorar el

⁶⁰ Hernández, “Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad”, 3

⁶¹ Pérez Royo, “Del Derecho Político al Derecho Constitucional: Las Garantías Constitucionales”, 247

⁶² Benavides, “Los procedimientos de reforma en algunas Constituciones de América Latina. Un estudio normativo con particular énfasis en la Constitución ecuatoriana de 2008”, 42.

texto e, incluso, modificar radicalmente algunas de sus partes. Pero igualmente es claro que la finalidad de la reforma no es destruir la constitución sino adaptarla”.⁶³

María Victoria García Atance, por su lado, define la reforma constitucional como “[...] el proceso jurídico que se sigue para producir cambios en la norma fundamental, al fin de adaptarla a las nuevas contingencias por las que atraviesa la comunidad, en la que aquella se inserta”.⁶⁴

A esta situación podemos sumar que la composición política de los poderes constituidos, en una sociedad de clases y con intereses disimiles entre los diferentes grupos sociales, puede modificarse, por lo que las mayorías conformadas en cierto momento, más adelante podrían variar. Lo que no varía es el poder de reforma que poseen, tanto el ejecutivo, como el legislativo, en ese sentido “el ejercicio del poder de reforma por parte de las mayorías, o mejor dicho mayorías calificadas si nos ubicamos ante Constituciones rígidas, deberá enmarcarse dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico, respetando, en consecuencia, los límites tanto materiales, así como procedimentales impuestos por el constituyente originario”.⁶⁵

Ahora bien, las pretensiones de reformar a la Constitución que pueden surgir de cualquier poder constituido o del mismo soberano, deben ejecutarse en el marco de los preceptos que la misma norma suprema contempla, debe seguir a raja tabla cada uno de los procedimientos e incluso limitarse a los aspectos o temas que la propia Constitución disponga.

Por lo que alguien debe controlar que esto se cumpla a cabalidad, que no exista violación alguna a la norma constitucional y que tenga la capacidad de ordenar, restringir u orientar el proceso de reforma, y ese es el papel que juega la justicia constitucional, Pérez Royo señala:

La reforma de la Constitución es, pues, el prius lógico e histórico para la comprensión de la Justicia Constitucional. Pero una vez que ambas existen, se establece entre ambas una relación de excepción y norma, de garantía extraordinaria y ordinaria, de tal suerte que es básicamente la Justicia Constitucional la garantía constitucional operativa, la garantía en la que descansa el funcionamiento práctico de la Constitución. En tanto que la Reforma queda como una garantía de última instancia, a la que sólo se recurre cuando se han

⁶³ Aragón Reyes, “¿Cambiar la Constitución para adaptarla o para transformarla? Requisitos y Límites de la reforma constitucional”, 325.

⁶⁴ Córdoba, *La Asamblea Constituyente Paralela Un Estudio Jurídico-Político*,

⁶⁵ Benavides, “Los procedimientos de reforma en algunas Constituciones de América Latina. Un estudio normativo con particular énfasis en la Constitución ecuatoriana de 2008”, 42.

agotado las posibilidades de adaptación del texto constitucional a la realidad por la vía de la interpretación judicial.⁶⁶

Si se comprende que la capacidad o posibilidad de reforma constitucional se encuentra incluida en el mismo texto de la norma suprema, y que esta es la que determina la forma en cómo ha de ejecutarse la reforma, estableciendo las consideraciones, los requisitos y los procedimientos a seguir se entiende que la reforma constitucional, al igual que el parlamento o el poder electoral es un poder constituido, creado por el poder constituyente. En este contexto Rubén Darío Córdoba plantea algunas ideas al respecto.

Al poder de reforma se lo conoce como poder de revisión, poder constituyente constituido y poder constituyente derivado (entre otras posibles denominaciones). Pero más allá de sus denominaciones, que por cierto podrían prestarse a confusión, debe quedar claro que “mientras el poder constituyente es un poder previo, y se encuentra siempre por encima de la Constitución, el poder de reforma es un poder que se configura, ordena y establece en la propia Constitución, de donde preceden y en donde se legitiman todas sus facultades de actuación”.⁶⁷

Se puede agregar a lo anterior que, los procedimientos o consideraciones que las constituciones establecen para llevar a cabo los procedimientos de reforma están orientados también a establecer límites, lo que conlleva a establecer diferentes procedimientos de reforma constitucional.

Por consiguiente, la complejidad de los procedimientos a ejecutarse para reformar la Constitución dependerá de los límites que se impongan, los mismos que deben tomar en cuenta los aspectos esenciales de los textos constitucionales como: los derechos fundamentales, la naturaleza del Estado, las formas de gobierno, las propias normas de reforma.

Ahora bien, esta circunstancia se enmarca en las posibilidades que una Constitución nos brinda para materializar la reforma constitucional, por otro lado, es imperante también hacer referencia que los procedimientos de reforma pueden variar entre Constituciones, en virtud de los grados de rigidez que están contenga.

Es así que, Aragón Reyes respecto a esto, establece que los textos constitucionales deben evitar incurrir en dos polos, que de hecho los califica como perniciosos, por un lado, no es conveniente tener textos con una gran facilidad para reformarse pues no brindaría de una estabilidad, y por el otro, tampoco es viable contar con normas supremas con una aguda dificultad para ser modificada, es decir, que contengan una rigidez

239 ⁶⁶ Pérez Royo. “Del Derecho Político al Derecho Constitucional: Las Garantías Constitucionales”,

⁶⁷ Córdoba *La Asamblea Constituyente Paralela Un Estudio Jurídico-Político*.

excesiva. Por lo que el autor sugiere que los procedimientos de reforma deben establecerse, de modo que, “de un lado, se diferencie bien la exigencia de una rigidez que salvaguarde la democracia de consenso frente a la democracia de la simple mayoría y, de otro, no se ahogue la capacidad de que la democracia de consenso pueda revisar sus propias decisiones”.⁶⁸

En resumen, la Constitución cuenta con una garantía extraordinaria a la cual los poderes constituidos pueden recurrir en caso de que un problema que se presente en la comunidad no pueda solventarse mediante otros recursos, y esta es la reforma, la misma que brinda a la sociedad la posibilidad de actualizar, cada vez que sea necesario, a la Constitución.

Evidentemente las modificaciones que podrían ejecutarse al texto constitucional deben llevarse a cabo siguiendo las reglas y considerando los límites que la misma Constitución los imponga, es decir, respetando las cláusulas de rigidez constitucional, por consiguiente se está hablando que el poder reformativo es otro poder constituido limitado.

En ese sentido, la justicia constitucional, como garantía primaria de la Constitución, es la encargada, mediante su competencia de control, de observar que en cada iniciativa de modificación constitucional se respeten los límites antes mencionados, en el caso del Ecuador, ese ejercicio lo realiza la Corte Constitucional, como máximo organismo de interpretación y control constitucional del país.

1. Procedimientos de modificación constitucional que establece la Constitución ecuatoriana

En el caso ecuatoriano se contempla tres mecanismos para reformar la Constitución, los mismos que se diferencian por el grado de afectación al texto constitucional, cada uno de ellos delimitado en condiciones cada vez más gravadas en virtud de los que se pretenda reformar y estos son: enmienda constitucional, reforma parcial de la constitución y asamblea constituyente.

La Corte Constitucional del Ecuador en el dictamen N.º 001-14-DRC-CC, dentro del caso N.º 0001-14-RC, manifestó que:

⁶⁸ Aragón Reyes, “¿Cambiar la Constitución para adaptarla o para transformarla? Requisitos y Límites de la reforma constitucional”, 318.

De acuerdo a nuestro esquema constitucional, existe un sistema gradado de rigidez de los mecanismos para la reforma del texto constitucional, según la pretensión que se persiga. La gradación inicia desde el mecanismo de modificación del texto constitucional menos riguroso que es la enmienda constitucional, para pasar a continuación con la reforma parcial de la Constitución, y llegar finalmente al cambio total de la Constitución mediante la instalación de una asamblea constituyente. De igual manera, la propia Constitución establece en cada uno de estos tres procedimientos la legitimación activa para presentar las propuestas de modificación; es decir, para que proceda la enmienda, reforma parcial o asamblea constituyente se debe cumplir con las condiciones dispuestas en la Norma Suprema.⁶⁹

Lo interesante en el pronunciamiento emitido por la Corte Constitucional es que, además de reconocer que la implementación de cada uno de los procesos contemplados para modificar la Constitución, señala que el mismo texto constitucional establece quien puede ser el legitimado activo para implementar una modificación, el cual varía como veremos más adelante.

Años después, la Corte Constitucional, mediante el Dictamen N° 10-19-RC/20 complementó a lo pronunciado, señalando que:

La Constitución establece los procedimientos de modificación de su texto, a través de un sistema jerarquizado en el que se prevén tres mecanismos que se diferencian entre sí. Cada uno de estos contempla diversas limitaciones formales y materiales que inciden en su ámbito y en la profundidad de la modificación que pueden introducir en la Norma Suprema. Al respecto, en el dictamen No. 1-19-RC/19, esta Corte Constitucional señaló que: "La enmienda constitucional... respeta el espíritu del constituyente al proponer cambios no significativos al texto constitucional... En relación a la reforma parcial... a través de este mecanismo es posible efectuar modificaciones a la estructura de la Constitución o al carácter o elementos constitutivos del Estado, sin que esto pueda implicar una restricción de derechos o garantías... el tercero y más riguroso de los mecanismos de modificación de la Constitución, es la Asamblea Constituyente".⁷⁰

Es decir, la aplicación de cada uno de los procedimientos para modificar la Constitución esta en correspondencia con lo que se estima cambiar, tiene que ver con los límites que el mismo texto supremo lo señala, límites tanto formales, es decir procedimentales, como materiales, que están relacionados directamente con los contenidos de la norma.

Como hemos dicho líneas arriba, es a la Corte Constitucional la que le corresponde realizar un control previo para determinar la vía a ser aplicada con cada iniciativa de

⁶⁹ Ecuador Corte Constitucional, "Dictamen N.º 001-16-DRC-CC", en *Caso N.º 0002-14-RC*, 24 de febrero de 2016, 5.

⁷⁰ Ecuador Corte Constitucional, "Dictamen No. 10-19-RC/20", en *Caso N.º 10-19-RC*, 22 de enero del 2020, 4.

modificación constitucional, así tenemos como la Corte a través de la Sentencia N° 018-18-SIN-CC, manifestó:

Este tipo de control, a diferencia del clásico control constitucional previo de normas infra constitucionales, no tiene por efecto el impedir de manera absoluta que el cambio propuesto opere; sino que, permite la aplicación de filtros de rigidez formal a medida que el contenido del mismo sea más "fundamental". Dichos filtros, por un lado, hacen más gravoso y complicado efectuar el cambio para el proponente; y por otro, establecen requerimientos de mayor intervención de actores institucionales y no institucionales en la toma de la decisión, a través de mecanismos de democracia representativa, directa y participativa.⁷¹

Respecto al control previo, esta sentencia es expresa al indicar que su objetivo no es, ni de cerca, el impedir que se ejecute la modificación constitucional, sino ejercer su rol de control al aplicar las cláusulas constitucionales de rigidez, por lo tanto, en virtud de lo que se pretenda modificar se aplicará un procedimiento con menor o mayor gravedad y el rol de los poderes constituidos también será con mayor o menor participación. Más adelante la Corte Constitucional indica:

Los mecanismos de control previo que la Constitución establece en su artículo 443 tienen características únicas, debido a su naturaleza. Primero, parten del reconocimiento que el poder constituyente originario es supremo y, bajo las condiciones adecuadas, no puede ser controlado por medio del ejercicio de poderes constituidos -de ahí la habilitación para establecer, en principio, todo tipo de modificación constitucional a través de la convocatoria a una asamblea constituyente- Ello, sin embargo, no implica que el poder constituyente derivado no deba seguir los mandatos establecidos en la propia Constitución respecto del procedimiento a seguir para establecer determinados cambios, dependiendo de su contenido material; y, que, de haber optado por la aprobación a través del mecanismo del referéndum, éste cumpla con ser un mecanismo que garantice plena libertad e información a los electores respecto de los cambios propuestos.⁷²

En este sentido, respecto al control previo que realiza la Corte Constitucional, en cual determina la vía por la que se debe optar al existir iniciativas de reforma, esta es clara en diferenciar el rol que juega el poder constituyente originario y los poderes constituyentes derivados en los procesos de modificación constitucional.

Respecto al primero es clara al ratificar que su intervención tiene que ver cuando se busque cambiar de texto constitucional, es decir, aparece mediante la realización de una Asamblea Constituyente, mientras que, respecto a los segundos, nos indica que éstos intervienen cuando se quiera realizar determinados cambios al texto supremo, es decir, cuando curse una enmienda o una reforma parcial, al mismo tiempo hace referencia a la

⁷¹ Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia N° 018-18-SIN-CC", en *Casos N.º 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. acumulados*, 01 de Agosto de 2018, 71.

⁷² *Ibíd.*, 70.

intervención democrática en los mismos y con manifiesta claridad afirma que esta debe garantizar plena libertad e información a los electores.

1.1. La enmienda constitucional

Para el caso de enmiendas constitucionales, el Art. 441 la Constitución de la República del Ecuador establece:

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

1. Mediante referéndum solicitado por la Presidenta o Presidente de la República, o por la ciudadanía con el respaldo de al menos el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral.
2. Por iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional. El proyecto se tramitará en dos debates; el segundo debate se realizará de modo impostergable en los treinta días siguientes al año de realizado el primero. La reforma sólo se aprobará si obtiene el respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional.⁷³

Se puede indicar que este es el procedimiento menos “gravado” que contempla nuestra Constitución en caso de posibles modificaciones constitucionales, es decir, su afectación no es de grandes magnitudes, se podría señalar que sus cambios son de forma o algo superficiales y que en consecuencia conserva la esencia del texto constitucional, “y cuyo objetivo principal tiende a garantizar la efectividad de la Norma Suprema en aspectos concretos y puntuales de relevancia constitucional que no impliquen modificaciones sustancialmente complejas”.⁷⁴

En este caso de la enmienda, la Corte Constitucional por medio del Dictamen N.º 1-19-RC/19 señala que:

En lo que se refiere a la enmienda precisó que este constituye el procedimiento menos riguroso, el cual procede en los casos en que la modificación, supresión o incorporación de uno o varios artículos no alteren la estructura de la Constitución; el carácter y elementos constitutivos del Estado; no establezcan restricciones a los derechos y garantías constitucionales; y no alteren el procedimiento de reforma la Constitución. La enmienda constitucional se distingue de los otros procesos, en razón del efecto que persigue, puesto que, respeta el espíritu del constituyente al proponer cambios no significativos al texto constitucional.⁷⁵

⁷³ Ecuador, *Constitución De La República Del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, Art. 441

⁷⁴ Ecuador Corte Constitucional, “Dictamen N.º 001-18-DRC-CC” en *Caso N.º 0002-18-RC*, 20 de junio de 2018, 6.

⁷⁵ Ecuador Corte Constitucional, “Dictamen No. 1-19-RC/19”, En *Caso No. 1-19-RC*, 02 de Abril del 2019, 3.

La Corte es clara al recoger lo que la misma Constitución contempla para determinar cuándo opera una enmienda constitucional, en este sentido, reconoce que este procedimiento en lugar de pretender realizar un cambio que altere la esencia del texto, más bien lo que se busca es de cierta manera “perfeccionar” el contenido de la Constitución, de hecho, mediante el dictamen N.º 001-14-DRC-CC la Corte Constitucional indica:

Este procedimiento tiene como objetivo principal garantizar la efectividad de la Constitución en aspectos concretos y puntuales de relevancia constitucional que no impliquen modificaciones sustancialmente complejas. Según el constituyente y de conformidad con el Acta N.º 087 de la Asamblea Nacional Constituyente de Montecristi, en el artículo 441, previó que pueda ser posible la inclusión o adición de uno o varios artículos, así como la modificación o enmienda que propenda a fortalecer el marco normativo constitucional.⁷⁶

Por consiguiente, el constituyente a través del artículo 441 de la Constitución abre las puertas para que de ser necesario se pueda sumar artículos o modificar alguno de ellos para fortalecer la Constitución, no para menguarla, por lo que contempla límites desde el punto de vista material, pues en los hechos limita la modificación constitucional a través de la enmienda.

Si se desentraña los límites de la norma mencionada, se puede señalar que las cuatro consideraciones que establece la norma lo que pretenden es precautelar el trabajo realizado en la Asamblea Nacional Constituyente y en los hechos garantizar la existencia de un Estado Constitucional de derechos y justicia, es decir abonar a la naturaleza y concepción estatal.

Al indicar que la enmienda no puede alterar la estructura fundamental de la Constitución, dicho postulado nos muestra que la esencia misma del texto no puede ser modificada y entiéndase esta no como las partes que la componen, sino, sobre todo, en el modo en cómo se organizan y articulan cada una de ellas.

En otras palabras, es imposible mediante enmienda afectar la manera en cómo fue redactado el texto constitucional y la relación existente entre cada uno de sus apartados y artículos.

Cuando la norma impide que mediante enmienda se pueda modificar el carácter del Estado y sus elementos constitutivos, tiene que ver en lo principal con el modelo de Estado que se establece la carta suprema, es decir, a través de este proceso de cambio constitucional, no es posible señalar, ni buscar erigir otro tipo de Estado que no sea el

⁷⁶ Ecuador Corte Constitucional “Dictamen 001-14-DRC-CC”, 31 de octubre del 2014, 27.

Estado constitucional de derechos y justicia y todo lo que aquello significa, es decir su visión progresista, garantista de derechos, democrática y participativa.

Si bien los elementos constitutivos del Estado se encuentran señalados de manera expresa en el Título Primero de la Constitución y van desde el artículo uno hasta el artículo diez. Los mismos que se refieren a la caracterización del Estado, al principio de soberanía popular, los símbolos patrios, el idioma oficial, los deberes primordiales del Estado, lo relacionado al territorio, los derechos de los ciudadanos y extranjeros y los aspectos para ser ecuatorianos.

Es decir, son los aspectos bases sobre los cuales se organiza el Estado ecuatoriano, tanto desde los aspectos formales hasta la forma de organización y funcionamiento estatal.

Es importante indicar que los elementos constitutivos del Estado no pueden ser vistos de manera formal y cuantitativa limitándolos a la numeración de artículos, sino más bien, es necesario que sean apreciados de forma cualitativa, e interpretados sistemáticamente.

Por lo que, lo prescrito en el artículo 441 de la Constitución no tiene que ver con la prohibición de modificar textualmente esos artículos, sino más bien con precautelar las bases en las que reposa la naturaleza del Estado Constitucional, las mismas que pueden estar incluidas en otras normas del resto del texto.

Del mismo modo, el artículo 441 es expreso al indicar que la enmienda constitucional no puede restringir el ejercicio de los derechos y las garantías, lo que significa resguardar el catálogo de derechos que contiene nuestra Constitución y por supuesto los mecanismos para precautelar su ejercicio.

Finalmente, a través de enmienda constitucional no es posible modificar los procedimientos de reforma que contiene la Constitución, es decir no es posible cambiar los artículos 441, 442, 443 y 444 del texto, lo que implica garantizar la rigidez constitucional que caracteriza a nuestra Constitución.

Aquellas disposiciones guardan correspondencia con la seguridad jurídica y el orden normativo, sería equivocado que el procedimiento más “sencillo” altere las formas en cómo se puede modificar la constitución, cambiarlos mediante esta vía para alivianar la complejidad de los procedimientos de reforma constitucional, significaría abrir las puertas a una inestabilidad en materia constitucional y de hecho pone en riesgo el principio de la supremacía constitucional.

Ahora bien, los cuatro límites que establece la Constitución al proceso de enmienda constitucional son lo suficientemente claros, sin embargo su interpretación esta

en manos de los jueces de la Corte Constitucional, quienes son los responsables de determinar la vía por la cual ha de concretarse una iniciativa de modificación constitucional, para la cual es importante rescatar lo que la Corte Constitucional ha indicado en el dictamen 1-17-RC/21 a través del voto salvado de la jueza Daniela Salazar, quien indica:

El alcance que la Corte le dé a estos límites no es una cuestión menor y, al contrario, tiene un impacto trascendental para la vigencia de la Constitución. La vara con la cual la Corte determina la vía correspondiente para las propuestas de cambio constitucional influye directamente en el grado de rigidez constitucional. A partir de la mayor o menor extensión que se otorgue a los cuatro límites materiales de la enmienda y los dos límites materiales de la reforma parcial, estos mecanismos de cambio se endurecen o relajan y, consecuentemente, la dificultad de modificar la Constitución se aumenta o se reduce.⁷⁷

Lo dicho por la jueza Salazar es muy importante, pues, la interpretación y consecuente aplicación que se dé a las consideraciones que el proceso de enmienda constitucional debe llevar puede determinar aplicar un proceso con menor o mayor dificultad para materializarse.

Desde el punto de vista procedimental es importante señalar tres aspectos:

El primero tiene que ver con que, enmendar la constitución puede surgir de la iniciativa de la misma ciudadanía, es decir, un grupo de personas podrían presentar una propuesta de enmienda, siempre y cuando ésta cuente con el respaldo de al menos el 8% del padrón electoral, lo cual significa rescatar el papel que posee el pueblo como soberano, así como también su espíritu participativo en el perfeccionamiento de la Constitución.

El segundo aspecto está relacionado a lo prescrito en el primer numeral del artículo, pues, cuando la propuesta de enmienda proviene del Presidente o Presidenta de la República o de la misma ciudadanía, su concreción se condiciona a la realización de un referéndum aprobatorio, es decir, debe ser la mayoría de los votos válidos de la población empadronada la que se pronuncie si cursa o no la modificación, por lo que podemos concluir que la enmienda debe estar revestida de legitimidad otorgada por el soberano.

El tercer aspecto es lo determinado en el segundo numeral del artículo 441, cuando la iniciativa de enmienda proviene del poder legislativo, en donde se hace una clara diferencia entre quienes pueden presentar la iniciativa (al menos la tercera parte de asambleístas) y quienes deben aprobarla (dos terceras partes) lo que significa que la

⁷⁷ Ecuador Corte Constitucional, “Dictamen N.º 1-17-RC/21”, 08 de diciembre de 2021, 24.

iniciativa podría ser presentada por un número inferior, pero al momento de la aprobación, obligatoriamente se requiere del doble de número de asambleístas que la presentaron, lo que podría obligar a generar consensos y acuerdos entre las distintas fuerzas políticas que componen el parlamento, lo que significa evidentemente posibles consensos entre intereses políticos de agrupaciones con distinta representatividad social o ideológica, situación que podría verse complicada si existiese gran dispersión política en la Asamblea.

En este mismo numeral es importante rescatar la temporalidad señalada entre primer y segundo debate, establecer que entre cada uno de ellos debe existir un año de diferencia obliga también a que las iniciativas de enmiendas sean tramitadas con la suficiente antelación del caso, pero que sobre todo no sean valoradas de manera coyuntural.

1.2. La reforma parcial

Cuando la iniciativa constitucional suponga una reforma parcial, el Art. 442 de la Constitución indica:

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

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

Para la aprobación en referéndum se requerirá al menos la mitad más uno de los votos válidos emitidos. Una vez aprobada la reforma en referéndum, y dentro de los siete días siguientes, el Consejo Nacional Electoral dispondrá su publicación.⁷⁸

Para estos casos de reforma parcial, en el mismo Dictamen 1-19-RC/19, la Corte Constitucional manifiesta: “En relación a la reforma parcial, la Corte ha precisado en su jurisprudencia que a través de este mecanismo es posible efectuar modificaciones a la estructura de la Constitución o al carácter o elementos constitutivos del Estado, sin que

⁷⁸ Ecuador, *Constitución De La República Del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, Art. 442.

esto pueda implicar una restricción de derechos o garantías constitucionales ni una modificación al procedimiento de reforma a la Constitución”.⁷⁹

Respecto a determinar qué son y cuáles son los elementos constitutivos del Estado, la reciente composición de la Corte Constitucional nos entrega una respuesta con nuevos y mayores elementos a aquellos que fueron definidos en el pasado por la misma institución (con una composición distinta), en la que esta, se limitó a describir o reproducir aquello que se señala en los artículos del 1 al 9 de la Constitución, profundizando una mejor comprensión en torno a la organización del Estado Constitucional, es así que la actual Corte Constitucional, en el Dictamen 4-18-RC/19 indica que:

El criterio expuesto en el mencionado Dictamen N.º. 001-11-DRC-CC, resulta insuficiente y simplificador, dado que para la actual Corte Constitucional el carácter y elementos constitutivos del Estado no se circunscriben únicamente a características, sino que implica una amplia dimensión espacial, institucional, jurídica, política y social de la organización estatal. Por lo tanto, no se puede reducir a una lista de ítems cuantitativos, en su lugar implica un concepto cualitativo, integral y profundo.⁸⁰

Por otro lado, la Corte constitucional también indica que mediante la modificación de la reforma parcial el “concepto de rigidez constitucional se encuentra resguardado por mandato del constituyente al impedir que vía reforma parcial se pueda modificar el procedimiento de reforma de la Constitución y el contenido de derechos y garantías constitucionales”.⁸¹

En este artículo se puede rescatar que mientras en la enmienda (Art. 441) se establecían 4 límites para que esta pueda ejecutarse, en este caso se restringe a dos, específicamente a que no se restrinjan el ejercicio de los derechos y las garantías ni se modifique la normativa constitucional relacionada a los procesos de reforma de la Constitución, es decir las cláusulas de rigidez.

Por lo tanto, mediante una reforma parcial se podría alterar la estructura de la carta suprema y modificar el carácter y los elementos constitutivos del Estado.

No obstante, desde el punto de vista del procedimiento, la reforma parcial tiene mayores dificultades para ser resuelta, pues en este caso, más allá del origen de la iniciativa, sea que esta provenga de la presidencia de la República, de la ciudadanía (que por cierto se demanda un porcentaje menor de respaldo en relación con la enmienda

⁷⁹ Ecuador Corte Constitucional, “Dictamen No. 1-19-RC/19”, 02 de abril de 2019, 3.

⁸⁰ Ecuador Corte Constitucional, “Dictamen No. 4-18-RC/19”, En *Caso No. 4-18-RC*, 09 de julio de 2019, 5.

⁸¹ Ecuador Corte Constitucional, “Dictamen 001-14-DRC-CC”, 31 de octubre del 2014, 28.

constitucional) o por resolución mayoritaria de la función legislativa, ésta debe obligatoriamente atravesar un primer filtro en el parlamento, pues debe ser aprobada mediante dos debates, existiendo una temporalidad mínima entre uno y otro de al menos 90 días.

Es en este primer filtro en donde la iniciativa debe toparse con el debate y los intereses políticos de cada una de las fuerzas políticas que componen la Asamblea, pues debe arribarse a una aprobación mayoritaria de la misma para que acuda al segundo y definitivo filtro.

Jorge Benavides en torno a este primer filtro, señala:

Un elemento importante de los procedimientos de reforma es el del apoyo requerido entre los miembros de la Asamblea legislativa para la presentación de una iniciativa de reforma constitucional en sede parlamentaria. La exigencia de porcentajes amplios de apoyo revela la intención, no solo de dar rigidez a la Constitución, sino también de obstaculizar el propio debate sobre la posibilidad o conveniencia de reformar la Constitución.⁸²

El siguiente filtro es la realización de un referéndum, el cual debe realizarse máximo 45 días después que la reforma parcial haya sido aprobada en la Asamblea Nacional, mediante un segundo debate, lo que quiere decir que, más allá de que el poder derivado del legislativo la haya aprobado, es indispensable que la reforma parcial cuente con la suficiente legitimidad democrática, pues le corresponde al soberano, a los pueblos, resolver si entra o no en vigencia la reforma, dotándole de protagonismo una vez más a la ciudadanía.

Desde el punto de vista procedimental es importante recoger lo que la Ley Orgánica de la Función Legislativa contiene en torno al tema.

El artículo 66, respecto a la iniciativa ciudadana para tramitar una reforma parcial, prescribe:

[...] En el caso de que la Función Legislativa no trate la propuesta en el plazo de un año, los proponentes podrán solicitar al Consejo Nacional Electoral que convoque a consulta popular, sin necesidad de presentar el ocho por ciento de respaldo de los inscritos en el registro electoral. Mientras se tramite una propuesta ciudadana de reforma constitucional no podrá presentarse otra.⁸³

Lo contenido en la ley es importante, pues establece un tiempo máximo para que inicie el tratamiento de la modificación constitucional, evitando que la iniciativa quede

⁸² Benavides, “Los procedimientos de reforma en algunas Constituciones de América Latina. Un estudio normativo con particular énfasis en la Constitución ecuatoriana de 2008”, 47.

⁸³ Ecuador, *Ley Orgánica de la Función Legislativa*, Registro Oficial Suplemento 642, 27 de Julio de 2009, art. 66

en el limbo, al mismo tiempo es importante recoger la prohibición de presentar una iniciativa ciudadana de reforma mientras se esté tramitando otra, lo cual es acertado.

En torno al trámite de enmienda o reforma parcial de la Constitución, el artículo 73 de la Ley, además de recoger lo que la norma suprema contempla respecto al tema, en lo concerniente al procedimiento, llena algunos vacíos del artículo 442 de la Constitución.

Es así que en su tercer párrafo precisa que “La iniciativa para la reforma parcial de la Constitución procede mediante resolución tomada por la mayoría absoluta de los integrantes de la Asamblea Nacional”.⁸⁴

Además de eso, respecto al trámite interno en la asamblea prescribe:

[...]Los proyectos de enmienda o de reforma parcial de la Constitución deberán ser acompañados de un escrito en el que se sugiera el procedimiento por seguir y las razones de derecho que justifican esta opción y serán presentados a la o el Presidente de la Asamblea Nacional, quien ordenará a la Secretaría General la distribución del mismo a las y los asambleístas y la publicación de su contenido en el portal web oficial de la Asamblea Nacional.

La o el Presidente de la Asamblea Nacional remitirá el proyecto de enmienda o reforma parcial y el escrito que sugiera el procedimiento por seguir y las razones de derecho que justifican esta opción, al Consejo de Administración Legislativa, para que avoque conocimiento y se envíe a la Corte Constitucional.

La Presidenta o el Presidente de la Asamblea Nacional, pondrá en conocimiento del Consejo de Administración Legislativa el dictamen de la Corte Constitucional con el procedimiento que se seguirá.

El Pleno de la Asamblea, con el voto de la mayoría absoluta de sus integrantes, creará una comisión especializada ocasional, para el análisis de la reforma parcial o enmienda constitucional. Instalada la comisión, por Secretaría, se le remitirá el proyecto de enmienda o reforma parcial de la constitución, adjuntando el dictamen de la Corte Constitucional.

Para el caso de los proyectos de enmienda o reforma parcial de la Constitución, la comisión especializada ocasional dentro del plazo máximo de sesenta días, contada a partir de la fecha de inicio del tratamiento del proyecto, presentará a la Presidenta o al Presidente de la Asamblea Nacional, su informe con las observaciones que juzgue necesarias introducir. Dentro del referido plazo, se deberá considerar uno no menor a los quince días, para que las ciudadanas y los ciudadanos que tengan interés en la aprobación del proyecto o que consideren que sus derechos puedan ser afectados por su expedición, puedan acudir ante la comisión especializada ocasional y exponer sus argumentos. En ningún caso, la comisión especializada ocasional podrá emitir su informe en un plazo menor a los treinta días. [...]

En la tramitación de proyectos de enmienda o reforma parcial de la Constitución por iniciativa de la Asamblea Nacional, la votación se realizará respecto de cada uno de los artículos propuestos, quedando prohibida la votación del texto por secciones o bloques.⁸⁵

⁸⁴ Ecuador, *Ley Orgánica de la Función Legislativa*, art. 77

⁸⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de la Función Legislativa*, art. 77

De lo contemplado en la norma es interesante que se haya incorporado que hecho que quienes propongan la iniciativa de enmienda o reforma sustenten su propuesta, sugiriendo el camino de modificación a seguir ante el Presidente de la Asamblea Nacional, así como también la conformación de una comisión ocasional para que traten la modificación a la norma suprema, en donde lo más destacado es la inclusión en el debate de la misma de sectores ciudadanos, lo que provoca en los hechos que la iniciativa de modificación que proviene del parlamento no se restrinja a las valoraciones de los asambleístas.

Finalmente es trascendente también que el último párrafo del artículo 73 de la LOFL especifique la forma en como el pleno de la Asamblea Nacional debe llevar a cabo la votación, para de esa manera evitar una votación en “bloque” como ocurrió con las enmiendas constitucionales del año 2015 y que posteriormente fueron declaradas inconstitucionales por la forma por ese mismo hecho.

En resumen, respecto de los procesos de enmienda y reforma constitucional y sus particularidades, Jorge Benavides, señala:

Respecto a los límites formales a la reforma constitucional destacan la exigencia de dos tercios en el Parlamento, así como la exigencia de doble deliberación parlamentaria, mediando un año entre el primer y segundo debate en el caso de la enmienda, y de 90 días entre el primero y el segundo en caso de la reforma parcial. En cuanto a los límites materiales, el artículo 84, así como los artículos 441 y 442 de la Constitución operan como cláusulas de intangibilidad, al prescribir, entre otras cosas, que la reforma de la Constitución no podrá restringir el alcance de los derechos.⁸⁶

A modo de conclusión, como bien lo indica Benavides Ordoñez, la Constitución ecuatoriana es parte de aquellas constituciones en las que se establecen requisitos especiales cuando se pretende modificar un segmento determinado de la Constitución, que por lo general tiene que ver con la naturaleza y esencia del Estado. Es así que cuando de pretenda afectar a la estructura fundamental de la Constitución o al carácter y los elementos constitutivos del Estado, cursa una reforma parcial, la misma que exige aprobación parlamentaria y referéndum de manera obligatoria y consecutiva, es decir, son vistos de forma complementaria, a diferencia de lo que se contempla en el caso de la enmienda, donde la tramitación parlamentaria y el referéndum son concebidos como vías alternativas.⁸⁷

⁸⁶ Benavides, “Los procedimientos de reforma en algunas Constituciones de América Latina. Un estudio normativo con particular énfasis en la Constitución ecuatoriana de 2008”, 47, 43

⁸⁷ *Ibíd.*, 52.

Definitivamente en la reforma parcial, el legitimado activo varía sustancialmente de la enmienda constitucional, particularmente cuando la iniciativa surge de la ciudadanía o del poder legislativo, en el primer caso hay una reducción considerable del número de firmas de respaldo, pues se reducen siete números porcentuales, brindando una relativa mayor facilidad en el trabajo de recolectar las firmas, en el segundo en cambio se demanda un mayor número de asambleístas para presentar la iniciativa, mientras que en la enmienda se requiere del respaldo de 46 parlamentarios, en la reforma se requiere que la asamblea discuta la iniciativa y esta sea resuelta favorablemente por la mayoría, es decir 69 votos afirmativos.

Sin embargo, la gravedad del procedimiento no se restringe únicamente a quien presente la iniciativa sino a su tramitación, pues esta debe obligatoriamente atravesar por dos espacios, tanto por la asamblea nacional como por la realización de un referéndum, evidenciando que se trata de un proceso más complicado y riguroso cuando se aspire modificar la estructura de la Constitución o los elementos constitutivos del Estado.

Expuestos los dos procesos de modificación constitucional menor gravosos, entendiendo que solamente a través de ellos es posible realizar modificaciones al contenido de la Constitución, ya que con la Asamblea Constituyente se abre paso a un cambio total del texto, es importante indicar que:

Una función esencial de los mecanismos de enmienda y reforma parcial es justamente permitir que la Constitución se adapte a los nuevos cambios y necesidades, para evitar así que el texto constitucional se desfase de la realidad a la que está llamado a regular. Si los mecanismos de enmienda y reforma no cumplen adecuadamente sus propósitos, más aún en un texto constitucional tan reglamentario como el de la Constitución de 2008, aumenta la necesidad de que se acuda a cambios totales y abruptos de la Constitución, como tantas veces ha ocurrido en nuestra historia constitucional. Esta Corte no puede ignorar que en nuestra cultura constitucional existe una tendencia, casi una obsesión, por el cambio constitucional.⁸⁸

1.3. La Asamblea Constituyente

Por último, cuando la magnitud de los cambios constitucionales nos demanda una nueva Constitución, la Constitución de la República del Ecuador mediante el artículo 444 señala:

Art. 444.- La asamblea constituyente sólo podrá ser convocada a través de consulta popular. Esta consulta podrá ser solicitada por la Presidenta o Presidente de la República, por las dos terceras partes de la Asamblea Nacional, o por el doce por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. La consulta deberá incluir la forma de elección

⁸⁸ Ecuador Corte Constitucional, “Dictamen N.º 1-17-RC/21”, 08 de diciembre de 2021, 24.

de las representantes y los representantes y las reglas del proceso electoral. La nueva Constitución, para su entrada en vigencia, requerirá ser aprobada mediante referéndum con la mitad más uno de los votos válidos.⁸⁹

La Corte Constitucional ha manifestado que “el tercero y más riguroso de los mecanismos de modificación de la Constitución, es la Asamblea Constituyente. Este se activa sólo cuando la modificación que se pretende implica una restricción en los derechos o garantías constitucionales, o cuando altera el procedimiento de reforma de la Constitución”.⁹⁰

Lo que quiere decir que, solamente mediante una asamblea constituyente se podría modificar el catálogo de derechos y establecer otros mecanismos de reforma del texto constitucional, lo cual guarda correspondencia plena en virtud de que, si el origen de la Constitución nació de un proceso constituyente, solo una nueva Asamblea Constituyente, de similar proceso y valor jurídico, es decir, constituyente originario, podría emprender un cambio de tal magnitud.

Procedimentalmente la convocatoria a la Asamblea Constituyente, libremente de quién provenga la iniciativa y la definición de una entrada en rigor de una nueva Constitución solamente se lo puede hacer mediante una consulta popular y un referéndum, respectivamente.

Una vez más es el pueblo, como soberano en un Estado constitucional y como poseedor del poder constituyente, será quien resuelva si se construye o no, una nueva Constitución, es por esta razón que este vendría a ser el procedimiento más complejo.

“La asamblea constituyente de un país es un órgano compuesto de representantes de la población. Este conjunto de personas, impuesto o elegido por los ciudadanos poseen la legitimidad necesaria para cambiar la configuración del Estado, constituyendo otro completamente nuevo”.⁹¹

La naturaleza de las asambleas constituyentes tienen su origen en el siglo XVIII en Europa, así tenemos como Alfredo Marín lo recoge así:

En Francia, hasta el año 1789, imperaba el absolutismo, encabezado por la monarquía absoluta de Luis XVI. Era un periodo de pobreza y miseria para el pueblo francés, quien reclamó más poder para el pueblo llano, ya que constituían el 98% de la población y solo estaban representados un tercio de ellos en los Estados Generales (la asamblea de la época).

⁸⁹ Ecuador, *Constitución De La República Del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 De octubre De 2008, Art. 444.

⁹⁰ Ecuador Corte Constitucional, “Dictamen No. 1-19-RC/19”, 02 de abril de 2019, 3.

⁹¹ Alfredo Marín García, “Asamblea Constituyente, qué es, definición y concepto”, 2022, párr.1, <https://Economipedia.Com > Definiciones > Asamblea-Co>.

Ante la desigualdad que suponía contar con un voto de tres que había, siendo un número tan elevado, formaron la Asamblea Nacional Constituyente de Francia. Esta estaba compuesta por el pueblo llano, con el fin de realizar un cambio de régimen y de redactar una nueva constitución. Su primera medida fue la de establecer una división de poderes aprobar la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; y la redacción de la Constitución de 1791.⁹²

Como podemos observar, la asamblea constituyente tiene una naturaleza democrática, de hecho es la principal expresión del poder constituyente, en ella confluyen los anhelos y expectativas del poder popular y soberano, es el espacio en el que se plasman las “reglas del juego” para un futuro, posiblemente a mediano plazo, por lo que su realización significa en la práctica rehacer la Constitución.

De hecho, al ser la Asamblea Constituyente manifestación viva y práctica del poder constituyente, este “no puede ser regulado jurídicamente por la Constitución misma ni, en consecuencia, pueden establecerse de un modo fijo sus formas de manifestación. Tiene y mantiene siempre un carácter originario, inmediato e incluso elemental; y de acuerdo con ello, es él mismo quien es capaz de buscar y crear sus propias formas de manifestarse”.⁹³

En el caso de nuestro país, la convocatoria a una asamblea constituyente es un acto de índole jurídico-político que tiene la participación del poder constituyente como un aspecto transversal. En los hechos la ciudadanía puede participar, en cuatro momentos: a través de la iniciativa para su realización, al momento de decidir su convocatoria, al elegir a los constituyentes y al momento de aprobar o no el nuevo texto constitucional.

En ese sentido, “el artículo 444 de la Constitución ecuatoriana se puso a tono con las perspectivas doctrinales que observan la importancia legitimadora de la participación democrática directa en los cambios constitucionales y, por otro, se sumó a las aportaciones más recientes del constitucionalismo latinoamericano”.⁹⁴

Más aún si partimos de que en un Estado constitucional, desde una dimensión política, la supremacía de la Constitución se produce por el ejercicio de participación y decisión del pueblo como soberano. “En efecto, la introducción de mecanismos de

⁹² *Ibíd.*, Párr. 7 - 8

⁹³ Ernst Wolfgang Böckenförde, "El poder constituyente del Pueblo. Un concepto límite del derecho constitucional", en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, (Madrid: Ed. Trotta, 2000), 167.

⁹⁴ Benavides, “Los procedimientos de reforma en algunas Constituciones de América Latina. Un estudio normativo con particular énfasis en la Constitución ecuatoriana de 2008”, 58.

democracia directa en el trámite de las reformas constitucionales proporciona un fuerte ascendente de legitimidad al procedimiento de reforma”.⁹⁵

A modo de resumen en torno a los tres mecanismos de modificación constitucional que propone nuestra Constitución podemos decir que:

La enmienda al ser el mecanismo menos rígido tiene como límites los elementos constitutivos del Estado, la estructura fundamental de la Constitución, el cambiar el procedimiento de reforma y el restringir los derechos constitucionales. La reforma parcial, por su lado, al tratarse de un procedimiento que supone un mayor grado de rigidez, tiene como límites exclusivamente el cambiar el procedimiento de reforma y el restringir los derechos constitucionales. Finalmente, la Asamblea Constituyente, el trámite más agravado de los tres, está prevista para cambiar el procedimiento de reforma, así como en caso de una modificación restrictiva de los derechos constitucionales, Asamblea que solo puede nacer por consulta popular.⁹⁶

Por lo tanto, “La Constitución ecuatoriana suscribe los avances más actuales de los textos constitucionales latinoamericanos, en la medida en que apuesta por una Constitución normativa que abraza distintos grados de rigidez, dependiendo de los temas que se vayan a modificar”.⁹⁷

¿Qué procedimiento se debe seguir cuando se presente una iniciativa de modificación constitucional? La Corte Constitucional, respecto al control sobre estos procedimientos de reforma contemplado en la Constitución del 2008 se ha pronunciado y ha sido enfática en precautelar el principio de supremacía constitucional, señalando que, una vez que se ha materializado la modificación, la Corte no puede realizar un control sobre el contenido, pero si lo puede hacer de manera preventiva al determinar la vía a seguir en virtud de la rigidez constitucional, es así que ha manifestado:

Es necesario recordar 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. Por tanto, el principio de supremacía constitucional es tan aplicable a su contenido como el de cualquier otra norma constitucional.

Si bien no es posible efectuar un control sobre el fondo de una disposición constitucional ya promulgada como tal, sí se puede efectuar dicho control respecto de la propuesta de enmienda, reforma o cambio, con anterioridad. Este tipo de control de orden preventivo se ejerce a través de la emisión del dictamen de procedimiento respecto de la propuesta de modificación constitucional, así como de su cumplimiento integral; asimismo, se ejerce respecto de la convocatoria a referéndum, de ser este el mecanismo por medio del cual se efectúe la modificación constitucional.⁹⁸

⁹⁵ *Ibíd.*, 63

⁹⁶ *Ibíd.*, 43

⁹⁷ *Ibíd.*, 63

⁹⁸ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia N.º 018-18-SIN-CC”, 01 de agosto de 2018, 69.

La realización de una asamblea constituyente como tercer mecanismo de modificación constitucional contemplado en la constitución ecuatoriana y concebido como el de mayor complejidad evidencia la decisión del constituyente ecuatoriano de precautelar los aspectos esenciales de la Constitución, principalmente lo relacionado a los derechos constitucionales, a la concepción del estado y a las cláusulas de reforma.

Al mismo tiempo reivindica el rol del poder constituyente expresado en el pueblo y manifestado mediante la asamblea constituyente, pues es solo el pueblo el que podría cambiar totalmente el texto constitucional, derogar la constitución vigente y construir un nuevo texto, ratificando el carácter de poder originario y fundante del poder constituyente.

Conceptualmente se podría afirmar que una Asamblea Constituyente como expresión del poder constituyente que representa el pueblo podría prácticamente refundar el Estado, en consecuencia, debería tener todos los poderes necesarios para construir un nuevo texto constitucional y de ser el caso establecer un nuevo Estado, es decir, la Asamblea Constituyente se presume debe ser de plenos poderes.

Sin embargo, la Corte Constitucional ha señalado que:

La reforma a la Constitución, de acuerdo con los mecanismos previstos en su texto, no permite que un órgano, como la asamblea constituyente, pueda ejercer competencias propias de los órganos que ejercen el poder constituido. Una asamblea constituyente, en este sentido, no podría, por ejemplo, legislar, ejecutar leyes o juzgar. Además, la concentración de poder en un solo órgano propiciaría que el órgano sea juez y parte, e impediría la actuación de los órganos de control constituidos. Finalmente, los “plenos poderes” se podrían superponer a las garantías constitucionales e impediría prevenir, corregir y reparar potenciales violaciones a los derechos emitidas por el órgano concentrador de poder.⁹⁹

De hecho, de forma tajante afirma que “La convocatoria a una asamblea constituyente de “plenos poderes” para reformar la Constitución no está prevista en el mecanismo de modificación constitucional regulado por el artículo 444 de Constitución”.¹⁰⁰ Situación que prácticamente anula las potestades que puede tener una Asamblea Constituyente.

Sin embargo, la misma Corte Constitucional, a través del voto concurrente de la Jueza Carmel Corral dentro del dictamen 5-20-RC/21 establece una diferencia entre un carácter plenipotenciario de la Asamblea Constituyente con que ésta pueda sumir potestades omnicompetentes y señala:

⁹⁹ Ecuador Corte Constitucional, “Dictamen N.º 5-20-RC/21”, 23 de junio de 2021, 4.

¹⁰⁰ *Ibíd.*

El carácter plenipotenciario de una Asamblea Constituyente debe entenderse desde la posibilidad de profundizar el pacto social en una nueva Constitución, que reemplaza a la anterior por referéndum popular, es decir, el propio pueblo decide cambiar la configuración de la Carta Fundamental.

Es la decisión democrática del mandante soberano el fundamento para que una nueva Constitución reemplace a la anterior, de tal forma que desconocer que una Asamblea Constituyente cuenta con “plenos poderes” para efectuar el cambio constitucional, exclusivamente para esto, devendría en reducir la posibilidad del pueblo soberano de ejercer el poder constituyente originario transformador.

Es así que considero que el cambio constitucional cuenta con carácter plenipotenciario para construir una nueva Constitución, sin que ello implique que la Asamblea Constituyente pueda asumir potestades omnícompetentes del poder constituido como queda indicado.¹⁰¹

De la misma manera, es importante señalar que, la forma en como están contemplados los tres mecanismos de modificación en la constitución del Ecuador demuestra una adecuada manera de precautelar la supremacía constitucional, otorga un importante rol al establecer en los tres la posibilidad que sean propuestos por la ciudadanía y a la vez establece claras diferencias al papel que cumple ésta en cada uno de ellos al momento de materializar los cambios constitucionales.

Ratificando que en el caso de la enmienda y de la reforma, la intervención popular mediante la realización de referéndums aprobatorios se trata de poderes constituidos creados por la misma Constitución, mientras que con la asamblea constituyente se confirma el rol de la participación popular como poder constituyente originario.

Finalmente me parece muy importante la conclusión a la que llega Daniela Salazar en su voto salvado dentro del dictamen 1-17-RC/21 respecto a la necesidad de canalizar las iniciativas de modificación constitucional con el propósito de evitar el desarrollo de asambleas constituyentes. La jueza lo manifiesta así:

En este contexto, una excesiva rigidez al aplicar los límites materiales de la enmienda y reforma, que impida a estos mecanismos cumplir sus fines de adecuación y adaptación constitucional, muy probablemente derivará en que cada vez más se intenten reformas totales y drásticas de la Constitución.

Por ello, creo que la Corte debe ser cuidadosa al dotarle de contenido a los límites materiales de la enmienda y la reforma parcial, para solo excluir aquellas modificaciones que, en realidad, solo podrían ocurrir a través de un cambio de la magnitud de una Asamblea Constituyente.¹⁰²

¹⁰¹ Ecuador Corte Constitucional, “Dictamen N.º 5-20-RC/21”, 23 de junio de 2021, 6.

¹⁰² *Ibid.*, 25.

Capítulo Tercero

El dictamen favorable en el control constitucional de modificaciones constitucionales en el Ecuador

Previo a analizar la aplicación del dictamen favorable en los procesos de modificación constitucional es necesario conocer ciertos aspectos históricos sobre la justicia constitucional ecuatoriana y la regulación normativa respecto al control de constitucionalidad en los procesos de reforma.

1. La justicia constitucional en el Ecuador

La justicia constitucional como garantía primaria u ordinaria con la que cuenta la Constitución tiene como tarea fundamental el ejercer el control de constitucionalidad a todo instrumento normativo inferior.

En el caso de nuestro país, para arribar a la integralidad del ejercicio de control que en la actualidad realiza la Corte Constitucional tuvimos que recorrer un largo camino, es así que en nuestro país, desde su creación como Estado en el año de 1830 hasta la Constitución de Montecristi expedida en el año 2008, el control constitucional ha sido ejercido por distintas funciones del Estado, desde el legislativo y el judicial, hasta por el mismo ejecutivo, hasta arribar a un organismo especializado como el Tribunal Constitucional y posteriormente la Corte Constitucional.

En 1945 se creó el Tribunal de Garantías Constitucionales, el cual es un hecho histórico en la región, pues, “La República del Ecuador, a través de la Constitución de 1945, crea por primera vez en América del Sur un tribunal de garantías constitucionales, cuya función se limitaba a suspender, provisoriamente, la norma impugnada, correspondiendo al Congreso decidir definitivamente sobre ella”,¹⁰³ eran los primeros pasos de ir configurando al máximo órgano de justicia constitucional en nuestro país.

Con la Constitución de 1978 y el “retorno a la democracia” se estableció nuevamente el Tribunal de Garantías Constitucionales, sin embargo, fue la reforma constitucional de 1983 la que permitió dar un paso importante en el control constitucional ejercido por una institución independiente y autónoma, Agustín Grijalva al referirse a esta

¹⁰³ Nogueira, “Hacia Una Tipología De La Jurisdicción Constitucional Y Un Concepto De Los Tribunales Constitucionales De América Del Sur y Su Estatuto Jurídico”, 88.

reforma lo plantea así: “Al ser reformada en 1983 transfirió de la Corte Suprema al Tribunal de Garantías Constitucionales la facultad de suspender los efectos de preceptos inconstitucionales por el fondo y por la forma, para que el Congreso decida luego definitivamente”.¹⁰⁴

Sin embargo, fueron las reformas constitucionales de 1995 y 1996 las que definitivamente otorgaron la capacidad de control al más alto tribunal en materia constitucional, ya que fueron éstas las que “declaran al Tribunal Constitucional como instancia final de decisión en materia de control constitucional y priva de este rol al Congreso. Tal competencia es ratificada por la Constitución de 1998”.¹⁰⁵

Si bien las reformas constitucionales de los años 90 y la Constitución del 98 contribuyen a contar con un órgano de última instancia en materia constitucional, el control se lo siguió ejerciendo de cierta forma difusa, no es sino hasta la Constitución del 2008 que en realidad existe una definición de un solo organismo como el espacio encargado de determinar la constitucionalidad de las normas.

En efecto, a través de la Constitución de Montecristi se evidencia un mayor desarrollo fáctico y normativo respecto del control y su rol determinante en el proceso de reforma de la Constitución.

La vigente Constitución, es producto de todas esas experiencias normativas dispuestas en las anteriores Constituciones referentes al control y reformas constitucionales, lo que le ha permitido solventar aquellas inconsistencias jurídicas, institucionales y fácticas que impedían materializar un efectivo control constitucional.

Y hoy en día, evidentemente, una de las principales funciones que cumple la Corte Constitucional es el proceso de control sobre las iniciativas de modificación constitucional, función que la ejerce en virtud de lo que la norma suprema y otros instrumentos normativos la facultan.

2. Regulación del control de la reforma constitucional en el Ecuador

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el control de constitucionalidad de las iniciativas de modificación constitucional está normado principalmente en la Constitución de la República, en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control

¹⁰⁴ Agustín Grijalva Jiménez, “Evolución Histórica Del Control Constitucional En Ecuador”, En *Constitucionalismo En Ecuador*, (Quito: Centro De Estudios Y Difusión Del Derecho Constitucional, 2011), 183.

¹⁰⁵ *Ibid.*, 184

Constitucional y desde el punto de vista procedimental como instrumento interno de la institución, en el Reglamento de Sustanciación de Procesos de la Corte Constitucional.

2.1. Constitución de la República del Ecuador.

La actual Constitución ecuatoriana, recoge la concepción del Estado Constitucional, en ese sentido, su articulado en torno a los procesos de modificación constitucional está orientado a garantizar la supremacía constitucional, que se respete sus cláusulas de rigidez y especificar el rol del pueblo soberano como fundamento del control.

El Artículo 1 de la Constitución prescribe:

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. [...].¹⁰⁶

Lo señalado en el primer artículo de nuestra Constitución es muy importante pues establece el modelo constitucional del país, determina la naturaleza del Estado y al mismo tiempo señala claramente que quien ejerce la soberanía es el pueblo, es decir, es el pueblo el mandante, quien ejerce el poder constituyente, por lo tanto, es quien participa en los procesos de modificación constitucional, sea como poder constituido mediante referéndums aprobatorios en caso de la enmienda y la reforma parcial o como poder constituyente en la realización de la asamblea constituyente.

En consecuencia, la participación ciudadana es un ariete sustancial en el proceso de fortalecimiento y desarrollo del Estado democrático, más aún, en los procesos de modificación constitucional.

Como señalamos líneas arriba, la actual Constitución determina que somos un Estado constitucional, en ese sentido, en estricto cumplimiento del principio de supremacía constitucional, el artículo 424 del texto constitucional establece: “Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. [...]”.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 1.

¹⁰⁷ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 424.

Posteriormente el artículo 425 indica: “Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. [...]”¹⁰⁸

Como se puede observar, la Constitución es bastante clara al determinar que la Constitución es la norma que prevalece sobre cualquier otra norma, incluso específica ante que normas se sobrepone, lo cual responde a que la Constitución es la expresión de la voluntad popular.

Respecto al organismo encargado de precautelar el cumplimiento de la Constitución y de ejercer el respectivo control de constitucionalidad, el texto a través del artículo 429 especifica: “Art. 429.- La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito. [...]”¹⁰⁹

Es decir, en el caso ecuatoriano, a partir del 2008, el control constitucional se lo ejerce de forma concentrada en la Corte Constitucional,¹¹⁰ es el organismo que posee la última voz en esta materia, es el órgano especializado encargado de velar que toda disposición normativa respete los preceptos constitucionales y se enmarque en un Estado constitucional de derechos y justicia. Es la Corte Constitucional la que “tiene entonces que garantizar el carácter normativo y la supremacía de la Constitución y lo hace a través de la interpretación de la Constitución”.¹¹¹

En la actualidad tenemos un control de constitucionalidad concentrado, Hernán Salgado lo describe así:

El texto constitucional vigente consagra un sistema de control concentrado en el cual solamente la Corte Constitucional tienen atribución expresa para establecer una incompatibilidad entre disposiciones infraconstitucionales y la Norma Fundamental. En nuestra Constitución no se reconoce un sistema mixto y mucho menos un modelo difuso de control constitucional, debido a que el constituyente no mantuvo ni siquiera una regulación similar a la de la Constitución de 1998; al contrario, la cambió expresamente tal como se desprende de la redacción del artículo 428 de la Constitución de 2008, que refleja la postura de la Asamblea Constituyente que fue ratificada por la ciudadanía en referéndum.¹¹²

¹⁰⁸ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 425.

¹⁰⁹ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 429.

¹¹⁰ La Corte Constitucional he emitido varias sentencias que consolidan el ejercicio de control constitucional de manera concentrada, entre ellas: 001-13-SCN-CC del 06 de febrero de 2013 y 034-13-SCN-CC del 30 de mayo de 2013.

¹¹¹ Juan Montaña Pinto, “Supremacía de la Constitución y Control de Constitucionalidad en la Constitución”, 119.

¹¹² Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia N° 1116-13-EP/20”, 18 de noviembre de 2019, 21.

La Constitución otorga a la Corte Constitucional ejercer el control de constitucionalidad de forma integral, es el órgano responsable de verificar que las normas infra constitucionales, los actos administrativos con efectos erga omnes y otros actos excepcionales como las declaratorias de estado de excepción no transgredan normas constitucionales, no afecten derechos y cumplan con los procedimientos determinados para su expedición, es un ejercicio de control tanto por el fondo como por la forma. Es importante anotar que este tipo de control se lo ejerce a posteriori de la emisión de dichos instrumentos.

En torno a los procesos de modificación de la Constitución, el texto, como lo vimos en el capítulo anterior, contempla tres mecanismos para operativizar la modificación constitucional, contemplados en los artículos 441, 442 y 444.

La Constitución a través de lo contemplado en el artículo 443 otorga al máximo órgano de justicia constitucional la competencia para determinar, a través del control de constitucionalidad, la vía que cada iniciativa debe tomar, la norma prescribe: “Art. 443.- La Corte Constitucional calificará cual de los procedimientos previstos en este capítulo corresponde en cada caso”,¹¹³ situación que es desarrolla por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y que como veremos a continuación se le otorga a la Corte Constitucional un amplio margen de actuación, provocando incluso que existan ciertos vacíos.

2.2. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Tras la aprobación de la Constitución de Montecristi en octubre de 2008, se emitió la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), instrumento que regula el ejercicio de control ejercido por el máximo órgano de interpretación constitucional en el país.

En varios de sus artículos se contempla el tipo de control, los instrumentos sobre los cuales recae el mismo y los procedimientos que se debe seguir para activar el control de constitucionalidad.

¹¹³ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 443.

Es así que en la LOGJCC se define con claridad en qué consiste el control abstracto de constitucionalidad, tipo de control que se encamina a determinar la existencia de normas que riñen con los preceptos constitucionales, sean por el contenido de éstas o por el proceso que llevó a su expedición.

El artículo 74 de la LOGJCC determina:

Art. 74.- Finalidad. - El control abstracto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico.¹¹⁴

Lo estipulado en la norma mencionada tiene el objetivo de garantizar la supremacía constitucional, comprendiendo que todo ordenamiento jurídico debe reunir un aspecto de unidad entre todos sus instrumentos normativos, toda norma inferior debe estar acorde al contenido constitucional y su proceso de legislación debe ser en virtud de lo dictaminado por la carta suprema, caso contrario debe ser expulsada del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, el control abstracto ejercido por la Corte Constitucional no se limita a los instrumentos normativos infra constitucionales, se lo extiende a una serie de instrumentos y disposiciones propias del ejercicio del poder, cuya característica primordial es que sus efectos son de carácter general, en donde se incluye los procesos de cambio constitucional, es así que el artículo 75 de la LOGJCC señala:

Art. 75.- Competencias. -Para ejercer el control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional será competente para:

1. Resolver las acciones de inconstitucionalidad en contra de:
 - a) Enmiendas y reformas constitucionales. [...]
3. Ejercer el control de constitucionalidad en los siguientes casos:
 - a) Proyectos de reformas, enmiendas y cambios constitucionales.
 - b) Convocatorias a referendo para reforma, enmienda y cambio constitucional. [...]
4. Promover los procesos de inconstitucionalidad abstracta, cuando con ocasión de un proceso constitucional, encuentre la incompatibilidad entre una disposición jurídica y las normas constitucionales.¹¹⁵

Este artículo es de gran valía debido a que amplía el radio de acción de la Corte Constitucional en torno al control abstracto de constitucionalidad, ya que no se limita a aspectos de carácter legal, sino también a procesos de modificación constitucional.

¹¹⁴ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009, art. 74.

¹¹⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 75.

Pero al mismo tiempo establece dos momentos para ejercer el control abstracto de constitucionalidad, un control posterior a petición de parte, pero también contempla un control previo, tanto a proyectos de modificación constitucional como a las convocatorias a referendos que se inscriben en dichas modificaciones, en este último caso, se ejerce un control de oficio por tratarse de una modalidad de consulta popular.

En el caso específico de los procesos de modificación constitucional, el control de constitucionalidad se lo realiza en tres momentos, la LOGJCC en su artículo 99 indica:

Art. 99.-Modalidades de control constitucional. -Para efectos del control constitucional de las enmiendas, reformas y cambios constitucionales, la Corte Constitucional intervendrá a través de los siguientes mecanismos:

1. Dictamen de procedimiento.
2. Sentencia de constitucionalidad de la convocatoria a referendo.
3. Sentencia de constitucionalidad de las enmiendas, reformas y cambios constitucionales.¹¹⁶

Lo que quiere decir que la Corte Constitucional ejerce su control, en primer lugar, en el dictamen previo para determinar la vía a seguirse, en segundo lugar, mediante la sentencia en torno a la convocatoria, considerandos y cuestionario del referéndum y, en tercer lugar, con un control posterior a hacerse una vez que los cambios constitucionales hayan entrado en vigencia. Tema que lo desarrollaremos más adelante.

Sin embargo, la ley no especifica el procedimiento a seguir en cada uno de los momentos en los que interviene la Corte Constitucional, siendo que en cada uno de ellos la institución emite un fallo, tampoco nada se refiere a si las iniciativas de modificación constitucional tienen un tratamiento prioritario en el organismo, entendiéndose que las mismas son fundamentales en el proceso de construcción del estado y de consolidación de la democracia.

2.3. Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional

Un tercer instrumento, pero no menos importante, es el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, el mismo que sobre todo estipula los tiempos en los cuales debe tramitarse los procedimientos señalados en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, tiempos que

¹¹⁶ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 99.

deben tomarse en cuenta, más aún cuando existe un tiempo fatal contemplado en el último inciso del artículo 105 de la LOGJCC.

El reglamento en su artículo 78, respecto al dictamen de procedimiento de enmiendas y reformas a la Constitución señala:

Art. 78.-Trámite. -El proyecto de enmienda o reforma constitucional, cuya iniciativa provenga de la presidenta o presidente de la República, de la Asamblea Nacional o de la ciudadanía, según lo establecido en el artículo 100 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, será presentado en la Secretaría General de la Corte Constitucional, conjuntamente con una solicitud fundamentada y la acreditación de quien comparece.

En cuanto a la recepción, registro, admisión, sorteo y sustanciación se seguirá el trámite previsto en los Capítulos I y V del Título II de este Reglamento.

La jueza o juez ponente, una vez devuelto el expediente a su despacho, emitirá su proyecto de dictamen en el plazo de quince días a partir del momento en que el expediente se encuentre al despacho y lo remitirá a Secretaría General. El Pleno de la Corte lo resolverá dentro de diez días.¹¹⁷

El artículo 79 menciona:

Art. 79.-Trámite. -El Control previo de constitucionalidad a los procedimientos de convocatoria a referendo para enmienda, reforma o cambio constitucional deberá seguir el trámite establecido en los artículos 102 al 105 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En cuanto a la recepción, registro, sorteo y sustanciación se seguirá el trámite dispuesto en los Capítulos I y V del Título II de este Reglamento.

La jueza o juez sustanciadora emitirá su proyecto de dictamen en el término de diez días luego de lo cual pondrá en conocimiento del Pleno de la Corte quien lo resolverá dentro del término de diez días.¹¹⁸

Lo que significa que el término de 10 días contemplado en el último inciso del artículo 105 de la ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se divide en dos momentos, 10 días lo tendrá en sus manos el juez ponente y 10 días lo tratará el pleno del organismo, días que se cuentan a partir del avoco de conocimiento del juez sustanciador, aunque este reglamento nada indica en torno a la inmediatez con la cual debe realizarse el avoco de conocimiento por parte del juez ponente.

En esta parte del trabajo podemos concluir con lo que señala Jorge Benavides:

Se puede colegir que el control de la reforma constitucional en Ecuador respecto a los otros países señalados es de lo más completo, toda vez que contempla las distintas modalidades. En consecuencia, se prevé un control explícito, esto es, que aparece regulado expresamente en la Constitución; el control formal, por su parte, controla el cumplimiento de las reglas procedimentales; de su lado el control material supone, que la

¹¹⁷ Ecuador Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, Registro Oficial 613, Suplemento, 22 de octubre del 2015, art. 78.

¹¹⁸ Ecuador Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, art. 79.

Corte se encarga de vigilar la concordancia de los contenidos de las reformas con el texto constitucional; el control previo, por otra parte, implica que la revisión se da previo a la aprobación de la reforma y, el control posterior, finalmente, alude a un control de los cambios ya operados al texto constitucional.¹¹⁹

3. Momentos en los que interviene la Corte Constitucional en el control constitucional de las reformas

Como se ha advertido en los capítulos anteriores del presente trabajo, la Corte Constitucional, como máximo organismo de la justicia constitucional del Ecuador, tiene el deber de precautelar el respeto a la supremacía constitucional y velar por la rigidez del texto constitucional, para lo cual, en el marco de sus competencias, se encuentra el ejercer el control abstracto de constitucionalidad y entre los instrumentos sobre los que recae este ejercicio se encuentran los proyectos o iniciativas para modificar la Constitución.

Su objetivo, por supuesto, es que toda intención de cambiar el texto constitucional, venga de quién venga, sea del Presidente o Presidenta de la República, del legislativo o de la ciudadanía no violenten normas constitucionales y cumplan los aspectos procedimentales para modificar la norma suprema.

La Constitución del Ecuador desde el punto de vista material es clara al establecer quiénes pueden presentar las iniciativas de reforma, como también es explícita al señalar los momentos en los que debe intervenir la Corte Constitucional para ejercer su control de constitucionalidad, normas que son complementadas con lo que manda la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, pero en la cual existen ciertos vacíos.

Esta ley especifica los momentos en los cuales interviene la Corte Constitucional, y que han sido correctamente desarrollados por la actual conformación de la Corte Constitucional en su dictamen N°4-18-RC/19. El dictamen de la Corte Constitucional a través de párrafo 16 parte de ubicar los momentos en los que interviene la Corte:

16. El artículo 99 de la LOGJCC distingue estos tres mecanismo y los momentos en los que actúa la Corte Constitucional, al disponer: “Art. 99.- Modalidades de control constitucional.- Para efectos del control constitucional de las enmiendas, reformas y cambios constitucionales, la Corte Constitucional intervendrá a través de los siguientes mecanismos: 1. Dictamen de procedimiento. 2. Sentencia de constitucionalidad de la convocatoria a referendo. 3. Sentencia de constitucionalidad de las enmiendas, reformas

¹¹⁹ Benavides, “El control de la reforma constitucional. Una aproximación a las normas que lo regulan en Ecuador”, 19.

y cambios constitucionales.¹²⁰

Para a continuación explicar con detenimiento cual es el rol de la Corte en cada uno de los momentos y nos indica:

Existen tres momentos claramente diferenciados de la actuación de la Corte Constitucional, el primero en cuanto a la determinación de la vía para proceder a la modificación constitucional, esto es para establecer si el procedimiento es el de enmienda, reforma o cambio constitucional (dictamen de procedimiento); el segundo en referencia al control constitucional de la convocatoria a referéndum popular para que se apruebe la modificación constitucional (sentencia de constitucionalidad de la convocatoria a referendo); y, el tercero en relación al control de la constitucionalidad de la modificación constitucional ya aprobada (sentencia de constitucionalidad de las enmiendas, reformas y cambios constitucionales).¹²¹

En torno al primer momento, que tiene que ver con la emisión del dictamen de la Corte, respecto a la vía que debe tomar la iniciativa de modificación constitucional y que es regulado por el artículo 101 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Corte Manifiesta: “En esta primera etapa no se establece una temporalidad para la emisión del dictamen de procedimiento de la modificación constitucional, su única regulación es la antes citada, por lo tanto, no se puede confundir con los efectos de los otros dos momentos”.¹²²

Es decir, para que la Corte Constitucional indique la vía adecuada para la modificación constitucional no se establece ningún plazo fatal que deba cumplirse por parte de esta para que pueda expedir su dictamen, lo cual es inadecuado, pues, al no existir un tiempo para que la Corte se pronuncie, el tratamiento de las iniciativas de reforma constitucional pueden “quedarse en el limbo” de manera prolongada, generando la posibilidad de mermar derechos constitucionales como la participación ciudadana mediante la capacidad otorgada al pueblo para que proponga modificaciones constitucionales, como también vulnerando aquella potestad que tiene el poder para a través de funciones específicas proponer reformas constitucionales, lo que definitivamente resulta una afectación a la democracia.

Es importante anotar que el artículo 100 de la LOGJCC es de fundamental notabilidad desde el punto de vista procedimental, ya que este artículo complementa y especifica el momento exacto en que el promotor del cambio constitucional debe enviar su proyecto a la Corte.

¹²⁰ Ecuador Corte Constitucional, “Dictamen N.º. 4-18-RC/19”, 09 de julio de 2019, 3.

¹²¹ *Ibíd.*

¹²² *Ibíd.*, 4.

Pero también es destacable la disposición de que el promotor anexe el escrito en el cual fundamenta y motive el procedimiento que considera debe seguir su proyecto de cambio constitucional, debido a que debemos entender que la rigidez constitucional que caracteriza a nuestra carta suprema debe ser respetada.

Al mismo tiempo se debe considerar que, si el Estado, sea a través del ejecutivo o el legislativo o un grupo de ciudadanos aspiran modificar la Constitución, deben tener los suficientes argumentos jurídico constitucionales para hacerlo y en los hechos defender su propuesta y sugerir la vía a ser aplicada, pues como conocemos, en virtud de la magnitud del cambio constitucional la vía a seguir es más compleja.

Del artículo 101 se pueden desprender dos ideas centrales, la primera tiene que ver con que la Corte Constitucional, una vez que ha recibido el proyecto de cambiar la Constitución, en virtud de lo que establece el artículo 441 y siguientes de la Constitución, a través de su dictamen se debe señalar la vía a seguirse, es decir, se debe determinar si se trata de una enmienda, de una reforma parcial o si debe convocarse a una asamblea constituyente, evidentemente su definición debe ser debidamente justificada al respecto del porqué de esa vía.

La segunda idea tiene que ver con que, a través del presente artículo, se determina las causas por las cuales la vía es la convocatoria a una asamblea constituyente, su numeral primero condiciona: si el proyecto de modificación constitucional pretendiese limitar el ejercicio de los derechos, es decir, si se buscare afectar los principios de directa e inmediata aplicación y de progresividad de los mismos o si el proyecto pretendiera modificar o alterar aquellas cláusulas constitucionales que garantizan la rigidez constitucional el único camino es una asamblea constituyente, que viene a hacer una expresión del poder constituyente.

Una vez que se ha determinado la vía, en caso de que la propuesta de modificación constitucional implique la convocatoria a un referéndum, la Corte Constitucional continúa ejerciendo su control previo.

Sin embargo, se debe indicar que la normativa no especifica absolutamente nada en torno a si los procesos de modificación constitucional tienen preeminencia en su tratamiento, lo que provoca que estas sean tratadas a “la cola” del resto de procesos constitucionales, vulnerando incluso una posible legitimidad contenida en la propuesta de reforma.

Dicho control de constitucionalidad, recae sobre la convocatoria, los considerandos y el cuestionario a aplicarse en el proceso de participación y decisión de la ciudadanía.

En torno a la convocatoria, ésta debe regirse a los aspectos procedimentales que contempla la Constitución, la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional y otros instrumentos reglamentarios respecto a la realización de consultas populares o referéndums, de la misma manera, se debe verificar el ejercicio de la competencia y las garantías para que el ciudadano pueda elegir.

Sobre el control a los considerandos, la ley es clara al establecer los parámetros que deben cumplir los considerandos introductorios a cada una de las preguntas del referéndum, en los cuales, sobre todo, debe existir: neutralidad, imparcialidad, transparencia y concordancia con las preguntas y los textos normativos que serían modificados.

Respecto al segundo momento en el que interviene la Corte, el dictamen en su párrafo 19 lo expresa de la siguiente forma:

El segundo momento, el del control constitucional de la convocatoria a referendo, se rige por los artículos 102 a 105 de la LOGJCC, que abarca al control constitucional de los considerandos que introducen la pregunta y el cuestionario. En esta segunda fase es aplicable el inciso final de la disposición del artículo 105 de la LOGJCC que establece: “Si la Corte Constitucional no resolviere sobre la convocatoria, los considerandos y el cuestionario del referendo, dentro del término de veinte días siguientes a haber iniciado el respectivo control previo, se entenderá que ha emitido dictamen favorable. Esta omisión dará lugar a las sanciones administrativas que correspondan”. En definitiva, exclusivamente en este segundo momento opera el efecto del “pronunciamiento ficto” por el paso del tiempo legal, que se entiende se inicia desde el avoco de conocimiento de la Jueza o Juez Constitucional Ponente como se indicó en el Dictamen de esta Corte Constitucional No. 1-19-CP/19 de 16 de abril de 2019.¹²³

Sin embargo, es necesario preguntarse ¿en qué momento se genera el avoco de conocimiento por parte del juez ponente? ¿cuál es el tiempo máximo a contemplarse desde el dictamen de definición de la vía de la modificación y el avoco de conocimiento del juez ponente? Al no especificarse aquello el tiempo en el tratamiento de la iniciativa puede alargarse aún más.

A esta situación podemos sumar la reflexión respecto al rol que tiene el juez ponente y posteriormente el pleno de la Corte Constitucional ya en el momento en que corre el tiempo establecido por la ley, pues ¿Qué podría ocurrir si el juez intencionalmente sobre pasa los 10 días para presentar su proyecto de sentencia? Frente a esta situación

¹²³ *Ibíd.*

¿Cuál es el deber del pleno? ¿Y si el pleno no discute la sentencia dentro del término de los días que le resta? La Ley poco señala respecto a esto.

Para responder las primeras inquietudes se debe decir que los procesos de modificación constitucional deben ser vistos como oportunidades para enmendar, corregir, perfeccionar o desarrollar el contenido de la Constitución, lo que significa fortalecer el Estado Constitucional, en ese sentido es necesario que los tiempos y las disposiciones de hacer algo hacia el magistrado deben ser mucho más explícitas y precisas.

Por lo que las iniciativas de modificación constitucional deben tener prioridad en el tratamiento por parte de los jueces constitucionales.

Para responder a las siguientes preguntas, debemos partir que, si bien el mismo artículo 105 de la LOGJCC en su parte final indica que en caso de cumplirse el tiempo y aplicarse un dictamen ficto se generarán sanciones administrativas, esta sanción definitivamente es insuficiente, sobre todo si valoramos que los procesos de modificación constitucional implican un alto grado de participación del soberano, tanto en la iniciativa como en su aprobación, sea de forma directa o a través de los poderes constituidos.

En lo concerniente al tercer momento en el que interviene la Corte es una vez que ya hayan sido ejecutadas las modificaciones constitucionales, es decir es un control a posteriori y que debe seguir las reglas contempladas en el artículo 106 de la LOGJCC.

Se puede constatar que el control posterior que realiza la Corte Constitucional en los procesos de modificación constitucional tiene que ver con los aspectos de carácter procedimental, con el propósito de garantizar el cumplimiento de los aspectos de forma que contempla el ordenamiento jurídico ecuatoriano para estos casos, eso sí, dicho control se restringe a la presentación de una demanda de inconstitucionalidad presentada exclusivamente en los 30 días posteriores de la entrada en vigencia de los cambios.

Es decir, se refiere al procedimiento ex post que la Corte Constitucional podría desarrollar, es decir, una vez que ya se ha materializado la modificación constitucional y esta haya sido publicada.

El dictamen se refiere como se transcribe a continuación:

El control de constitucionalidad de la modificación constitucional ya aprobada, es el tercer momento de la actuación de la Corte Constitucional que se regula por el artículo 106 de la LOGJCC, a través de una sentencia de constitucionalidad de las enmiendas,

reformas y cambios constitucionales aprobados, se trata de un control posterior sujeto a sus propias reglas, como señala esta norma en su primer inciso.¹²⁴

Respecto a los tres momentos en los que interviene la Corte Constitucional, la propia institución, mediante Sentencia N.º 018-18-SIN-CC señala:

El conjunto de dispositivos de control anterior y posterior, ex officio o a instancia de parte, cuando funciona adecuadamente, asegura que las diversas modificaciones propuestas al texto constitucional, respeten los grados de rigidez constitucional establecidos dependiendo de la materia, y sean operadas con estricta observancia del procedimiento constitucionalmente establecido en cada caso. Así, la emisión de un dictamen previo respecto del procedimiento que debe seguir un cambio propuesto, constituye un mecanismo de control de constitucionalidad previo sobre la materia de la propuesta, el cual tiene efectos en la vía de modificación constitucional, conforme al sistema gradado de rigidez establecido en la Constitución de la República.¹²⁵

Estos son los tres momentos en los cuales la Corte Constitucional interviene en los procesos de modificación constitucional y en los que claramente se particulariza el rol que juega el máximo organismo de interpretación y control constitucional del país, siendo solamente en el segundo momento, en la constitucionalidad de la convocatoria a referendium en donde existe un plazo explícito para el pronunciamiento de la Corte y es lo que analizo a continuación.

4. Dictamen ficto del artículo 105 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Todos los momentos en los que interviene la Corte en los procesos de modificación constitucional son de gran importancia para garantizar la rigidez constitucional contemplada por mandato constitucional, cada uno de ellos son necesarios para que exista un adecuado ejercicio del control constitucional, sin embargo, hay un punto que ha provocado discordia y que a criterio de algunos, su aplicación puede menoscabar principios como la supremacía constitucional, así como la rigidez de la norma suprema, puede provocar una afectación a derechos como la participación ciudadana y tiene que ver con el último inciso del artículo 105 de la LOGJCC y que es el que ha motivado el presente trabajo y que por su utilidad se transcribe el artículo de forma íntegra:

Art. 105.- Control constitucional del cuestionario. - Para garantizar la libertad del elector

¹²⁴ *Ibíd.*

¹²⁵ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia N.º 018-18-SIN-CC”, 01 de agosto de 2018/67.

o electora, la Corte Constitucional verificará que el cuestionario sometido a votación cumpla, entre otros, con los siguientes parámetros:

1. La formulación de una sola cuestión por cada pregunta, salvo que exista una interrelación e interdependencia entre los distintos componentes normativos; 2. La posibilidad de aceptar o negar varios temas individualmente en la misma consulta. Se prohíbe la aprobación o rechazo en bloque; 3. La propuesta normativa no esté encaminada a establecer excepciones puntuales que beneficien un proyecto político específico; y, 4. La propuesta normativa tenga efectos jurídicos y modificaciones al sistema jurídico.

*Si la Corte Constitucional no resolviera sobre la convocatoria, los considerandos y el cuestionario del referendo, dentro del término de veinte días siguientes a haber iniciado el respectivo control previo, se entenderá que ha emitido dictamen favorable. Esta omisión dará lugar a las sanciones administrativas que correspondan.*¹²⁶

Lo señalado por el último inciso del Art. 105 de la LOGJCC, es crucial al momento de ejercer el control de constitucionalidad respecto de los cambios del texto de la Constitución, pues si la Corte Constitucional no cumple con el plazo establecido para emitir su dictamen sobre el cuestionario del referéndum, se sobreentiende que la iniciativa de modificación constitucional cumple con lo establecido por la norma suprema, no la transgrede y se asume como dictamen favorable.

Esta circunstancia ha provocado opiniones distintas que las veremos más adelante y que son sustentadas con fundamentos lo suficientemente válidos en materia constitucional.

Ahora bien, es importante indicar que los 20 días a los cuales se refiere el artículo 105 de la LOGJCC son contabilizados a partir del conocimiento avocado por la jueza o juez ponente como se señala en el Dictamen N°. 4-18-RC/19.

De acuerdo con este fallo, la CCE no tiene límite temporal alguno para la expedición del dictamen de procedimiento, pero sí debe observar estrictamente los veinte días del art. 105 de la LOGJCC respecto de la constitucionalidad de la convocatoria a referendo. Por otro lado, es importante recalcar que el hecho de que el término de veinte días —tanto en los casos de modificación constitucional como de consultas populares de carácter plebiscitario— inicie desde el avoco de conocimiento y no desde la presentación de la solicitud, también le puede otorgar cierto margen de tiempo adicional a la Corte para emitir el correspondiente pronunciamiento.¹²⁷

A criterio de Jorge Benavides:

El segundo momento de control opera una vez que la Corte ya definió el procedimiento, es decir, tanto cuando se ha determinado que la modificación es una enmienda que tiene como origen la iniciativa del presidente de la República o de la ciudadanía, como en los casos de reforma parcial y de cambio o sustitución de la Constitución por medio de

¹²⁶ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Art. 105.

¹²⁷ Emilio Suarez, “Consulta popular: cambio de precedente constitucional y dictamen “ficto””, *Corte Constitucional del Ecuador: IUS CONSTITUTIONALE, Revista de Derecho Constitucional*, n°2 (2021):19.

Asamblea Constituyente, en los que el referéndum es obligatorio. Ya que cuando la iniciativa de enmienda corresponde a la Asamblea, aquella debe tramitarse de modo exclusivo en sede legislativa, prescindiéndose del referéndum.¹²⁸

Sin embargo, es importante indicar que la Corte nada ha dicho en torno a si es necesario esperar la determinación de la vía para arrancar con el segundo momento, lo que quiere decir que en los hechos puede ocurrir dos escenarios, el uno, ya mencionado líneas arriba, en que la Corte se demore de sobre manera en el primer momento, o el otro, que los dos momentos puedan ser tratados de forma paralela, en el primero sin un tiempo específico y el segundo con los 20 días legalmente establecidos.

Evidentemente, es necesario comprender que el primer momento es un proceso de carácter material, sustancial en todo proceso de iniciativa de reforma, pues es indispensable identificar el contenido de la misma para decir cuál es el camino, mientras que en “el control de la convocatoria a referéndum supone un control formal, como lo dispone el artículo 103 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en donde la Corte vela por el cumplimiento de las reglas procesales, así como por la competencia en el ejercicio del poder de reforma y por la garantía de libertad del elector”.¹²⁹

Por otro lado, es importe indicar que:

No obstante, como el procedimiento correspondiente (enmienda o reforma parcial, o cambio de Constitución) ya ha sido iniciado, este trámite debe ser resuelto por sentencia. Por otra parte, se debe señalar que se establece un control tanto de los considerandos que introducen a la pregunta, así como del cuestionario puesto a consideración de los ciudadanos, como lo establece los artículos 104 y 105 de la referida Ley. En este sentido, en el caso de los considerandos la Corte protege que no se induzca la respuesta del elector, que exista, además, concordancia entre el considerando y la pregunta, esto es, que exista la debida relación de finalidad entre ambos elementos; por otro lado, la Corte vigila que se utilice un lenguaje valorativamente neutro, así como no se proporcione información que no guarde relación con el texto normativo a ser aprobado. Respecto del cuestionario, la Corte tiene como finalidad el impedir que se formule más de una cuestión por cada pregunta, contemplando la posibilidad de aceptar o negar varios temas individualmente en la misma consulta, así como que la propuesta normativa no tenga como objetivo el establecer excepciones a beneficio de un proyecto político específico.¹³⁰

Lo que quiere decir que, la Corte Constitucional desarrolla un control de constitucionalidad de manera íntegra y multilateral, no solo se desenvuelve en el ámbito material, sino también, en los aspectos de carácter procedimental y formal, todo

¹²⁸ Benavides, “El control de la reforma constitucional. Una aproximación a las normas que lo regulan en Ecuador”, 22.

¹²⁹ *Ibid.*, 23

¹³⁰ *Ibid.*

enmarcado en que los procesos de iniciativa de modificación constitucional cumplan con lo determinado por la Constitución, siendo el gran problema los tiempos en los que se trata cada momento.

La doctrina al respecto señala:

A partir de las regulaciones señaladas se puede ver, en suma, que la Corte Constitucional se erige como la institución encargada de salvaguardar la regularidad de los procedimientos de reforma constitucional en todos sus momentos claves, tanto desde un plano formal procedimental, así como desde uno de corte sustancial. Lo cual, por otro lado, es coherente con el modelo constitucional en su conjunto, caracterizado por la importancia que se le atribuye a los derechos y garantías constitucionales, así como a la participación de los ciudadanos en la construcción de la voluntad pública.¹³¹

A partir de la promulgación de la Constitución de Montecristi, el dictamen favorable contemplado en el artículo 105 de la LOGJCC ha sido ejecutado en dos ocasiones, en el proceso de consulta popular llevado a cabo en el cantón Girón, provincia del Azuay, el 24 de febrero de 2019 y en la propuesta de modificación constitucional enviada por el presidente Lenin Moreno en octubre de 2017, a continuación, vamos a analizar esta última

5. Análisis del caso de las enmiendas constitucionales de los años 2017 – 2018

“El 2 de octubre de 2017 y mediante oficio No. T. 141-SGJ-17-0330, el Presidente de la República solicitó que la Corte Constitucional emita dictamen previo y vinculante respecto de (i) la determinación del procedimiento aplicable a su propuesta de modificación constitucional a la que calificó de enmienda [...]”.¹³² Es decir, solicitaba que la Corte Constitucional ejerza el primer momento de control constitucional en los procedimientos de modificación de la Constitución, que como hemos dicho, no existe una temporalidad para su pronunciamiento.

En el mismo oficio, el Presidente de la República solicitó que se determine “la constitucionalidad de la convocatoria a referendo y el cuestionario (con sus respectivas consideraciones introductorias y anexos) relativos a cinco preguntas”,¹³³ es decir, demandaba a la Corte que actúe también en su segundo momento de control constitucional, en el cual ya dispone de un tiempo máximo, 20 días.

¹³¹ *Ibíd.*, 26

¹³² Ecuador Corte Constitucional, “Auto No. 2-17-RC/10”, en *Caso No 2-17-RC*, 09 de abril de 2019, 1.

¹³³ *Ibíd.*

Las cinco preguntas que propuso el Presidente de la República, buscaban a su criterio, enmendar la Constitucional y se referían a los siguientes temas: lucha contra la corrupción, participación ciudadana e institucionalidad, reelección indefinida, ámbitos sociales y ambientales.

Y enfatizamos que es a criterio de él, pues si bien en su propuesta justificaba los motivos, al no haber existido pronunciamiento de la Corte Constitucional, se desconoce si efectivamente la propuesta del Presidente de la República se enmarcaba en una enmienda constitucional y no constituyó ni reforma, ni cambio de Constitución.

Desde el punto de vista procedimental es necesario recordar algunas fechas en el presente caso, “A través de auto de 5 de octubre de 2017, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional admitió a trámite el presente caso y dispuso que se sortee la causa para la sustanciación correspondiente”,¹³⁴ lo que quiere decir que transcurrieron 3 días desde que se emitió el oficio desde la Presidencia de la República.

“El 18 de octubre de 2017 se designó a la jueza ponente quien, mediante providencia de 6 de noviembre de 2017, avocó conocimiento de la causa y convocó a audiencia pública, la que se realizó el 15 de noviembre del mismo año”¹³⁵, de lo relatado en el presente auto se desprende que el 18 de octubre de 2017, es decir 13 días después de que la Corte había admitido a trámite, el pleno de la Corte Constitucional, después del sorteo respectivo, designó a la jueza ponente, por lo que ya había transcurrido 16 días desde que la propuesta de enmienda del Presidente arribó a la Corte Constitucional.

También se puede identificar que el 6 de noviembre del 2017 la jueza avocó conocimiento de la causa y ese mismo día convocó a audiencia, por lo tanto, desde el arribó del oficio del Presidente hasta el avoco de conocimiento de la jueza ponente, habían transcurrido 35 días.

Como se menciona en los antecedentes del auto mencionado, se convocó para el 15 de noviembre de 2017 la audiencia del caso al que nos referimos, audiencia en la cual participaron decenas de intervinientes, entre terceros interesados y *amicus curiae*.

El 29 de noviembre de 2017 mediante Oficio No. T. 141-SGJ-17-0492 la Presidencia de la República del Ecuador le señalaba al Doctor Alfredo Ruiz, Presidente de la Corte Constitucional:

La Corte Constitucional debe abstenerse de continuar con el conocimiento del proceso de Reforma Constitucional, presentado por el señor Presidente Constitucional de la República el 2 de octubre de 2017 mediante oficio Nro. T.141-SGJ-17-0330, debido a

¹³⁴ *Ibíd.*

¹³⁵ *Ibíd.*

que ha existido una injustificada y excesiva dilación en la tramitación del control previo, lo que ha ocasionado que se superen en demasía los plazos previstos por el artículo 105 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, aplicable en este caso, de conformidad con el artículo 425 de la Constitución de la República.¹³⁶

Con es misma fecha, mediante decreto ejecutivo 229, el Presidente de la República convocó a referendo y entre los considerandos del decreto señaló:

Que habiéndose a la presente fecha superado en demasía el término de 20 días que dispone el artículo 105 de la Ley orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para que el máximo organismo de control en materia constitucional del país, emita un dictamen sobre la constitucionalidad del referéndum remitido por el Presidente de la República; resulta imperante aplicar los efectos legales previstos ante esta omisión, esto es, que se entenderá que se ha emitido un dictamen favorable; Que el dictamen ficto comprende una favorabilidad tácita sobre la constitucionalidad de la convocatoria, los considerandos y el cuestionario del proyecto presentado ante la Corte Constitucional, por lo que en estricto respeto a los derechos de participación de los ecuatorianos y el debido acatamiento a la estructura e institucionalidad del ordenamiento jurídico vigente y los procedimientos previstos para el ejercicio de la democracia, expresado en forma más plena mediante los mecanismos de participación directa.¹³⁷

Como se puede evidenciar, a criterio del Presidente de la República se cumplieron los tiempos establecidos en el artículo 105 de la LOGJCC y se aplicó el dictamen ficto, además podemos constatar que uno de los argumentos del Presidente es el respeto del derecho a la participación y ejercicio de la democracia.

Es importante anotar que “Si bien en los Decretos 229 y 230, ambos de fecha 29 de noviembre de 2017, el Presidente de la República no especificó cómo realizó el conteo del término de veinte días, de ambos decretos se desprende que el término se ha contabilizado desde la recepción de la solicitud en la CCE (es decir, desde el 2 de octubre de 2017)”.¹³⁸

De hecho, si se parte de lo dispuesto en el Dictamen N°. 4-18-RC/19 se debe indicar que “Bajo el estándar de la actual conformación de la Corte, no existiría dictamen ficto en este caso, pues se debería contar el término desde el avoco de conocimiento, que se produjo el 06 de noviembre de 2017”.¹³⁹

En este punto cabe mencionar que un aspecto de discordia fue el inicio de la fecha con la que se contabilizaban los días para que se aplique o no el dictamen favorable, más

¹³⁶ Ecuador Presidencia de la República, Oficio No. T. 141-SGJ-17-0492, 29 de noviembre de 2017, párr. 3.

¹³⁷ Ecuador, Decreto Ejecutivo 229, 29 de noviembre de 2017, 15.

¹³⁸ Suarez, “Consulta popular: cambio de precedente constitucional y dictamen “ficto””, 20.

¹³⁹ *Ibíd.*

aún si consideramos que el propio artículo 105 de la LOGJCC establece sanciones de carácter administrativo en caso de aplicarse.

La Corte Constitucional mediante Auto No. 2-17-RC/19 dentro del caso No.2-17-RC señaló en su párrafo 12 y subsiguientes lo que transcribo a continuación:

12. De igual forma, en el auto de 18 de marzo de 2019 y dentro de la causa N° 0008-15-CP, el Pleno de esta Corte Constitucional estableció que los anteriores jueces de la Corte Constitucional no podían justificar su retardo con la aplicación del artículo 9 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, por cuanto dicho procepto reglamentario imponía ilegítimamente condicionamientos no previstos en la ley de la materia, alterando, por lo tanto, su contenido

13. Con base en los anteriores fundamentos y dados los antecedentes expuestos en la primera sección de este auto, en el presente caso se evidencia que los miembros de la anterior Corte Constitucional no emitieron su decisión en el término previsto en el último inciso del artículo 105 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control Constitucional, por lo que el Presidente de la República dispuso la convocatoria a referendo el 29 de noviembre de 2017.

14. En consecuencia, la solicitud del Presidente de la República de un control de constitucionalidad del procedimiento de modificación constitucional, convocatoria a referéndum, consideraciones previas, cuestionario y anexos, contó con un dictamen favorable de constitucionalidad, como consecuencia del decurso del término correspondiente y la omisión de la entonces Corte Constitucional. Adicionalmente, y como consecuencia de ello, las preguntas del referendo que son materia de la presente causa ya fueron objeto de pronunciamiento popular el 4 de febrero de 2018 y proclamados sus resultados. Por lo tanto, no procede que esta Corte Constitucional efectúe el control previo que se solicitó.¹⁴⁰

Por lo que en el presente caso, la Corte Constitucional en la parte resolutive decidió: “Por las razones anotadas, se dispone ARCHIVAR el presente caso, al haberse materializado el dictamen favorable de conformidad con el artículo 105 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, e inclusive se ha efectuado el respectivo referendo”.¹⁴¹

Pero no se limitó a archivarlo, sino también indicó: “16. Remítase esta decisión a la Contraloría General del Estado para que se determinen las responsabilidades a las que hubiere lugar por la omisión de los anteriores jueces de la Corte Constitucional, en cumplimiento de la parte final del artículo 105 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional”.¹⁴²

En el presente caso es evidente que el dictamen favorable se aplicó en virtud de que los 20 días que contempla el artículo 105 de la LOGJCC fueron contabilizados a

¹⁴⁰ Ecuador Corte Constitucional, “Auto No. 2-17-RC/10”, 3.

¹⁴¹ *Ibid.*, 4

¹⁴² *Ibid.*

partir del 2 de octubre de 2017, fecha en la que se entregó a la Corte Constitucional la propuesta de enmiendas constitucionales y no desde el avoco de conocimiento de la jueza ponente.

Si bien en esas fechas, la Corte Constitucional no había determinado el modo de contabilizar los días para el desarrollo de su actuación, en este tipo de procedimientos es lamentable que desde el ejecutivo no se haya tomado en consideración las actuaciones que hasta ese momento había tenido la Corte Constitucional, principalmente el desarrollo de la audiencia del 15 de noviembre de 2017, que según reportajes de ese entonces desarrollados por distintos medios de comunicación, ésta contó con gran participación de la ciudadanía y de autoridades del Estado con posiciones a favor y en contra.

Por otra parte, lo ocurrido en el presente caso deja al descubierto el retraso en el tratamiento de los procesos constitucionales, pues no es concebible que a partir del arribo de la iniciativa de reforma hasta el avoco de conocimiento de la jueza ponente haya pasado más de un mes, evidenciando negligencia de la Corte Constitucional de ese entonces, definitivamente esa demora violenta normas procedimentales y desmedra derechos constitucionales como la participación de la ciudadanía.

6. ¿Debe existir o no el dictamen favorable en los procesos de control constitucional de iniciativas de reforma a la Constitución?

La aplicación del dictamen favorable en las enmiendas constitucionales de los años 2017 – 2018 en el Ecuador ha generado un debate sobre si es adecuada la existencia de esta figura, hay quienes justifican su existencia con el objeto de evitar posibles arbitrariedades del poder que pueden manifestarse en la Corte Constitucional y que podrían tener incidencias directas en la vulneración de los preceptos constitucionales, además que su aplicación permitiría materializar de forma adecuada la participación popular en las iniciativas para cambiar el texto constitucional, siendo esta un aspecto sustancial en el fortalecimiento del régimen democrático, ya sea que provengan directamente de la ciudadanía o a través del mismo poder constituyente derivado como la Asamblea Nacional o el Presidente o Presidenta de la República.

De otra parte, existen criterios relativos a que el dictamen ficto de constitucionalidad puede provocar graves afectaciones a la Constitución, en tanto, puede violentar principios, entre otros, la supremacía constitucional, el de progresividad y no regresividad de los derechos o también el espíritu contra mayoritario de los mismos,

asumen que se podría incurrir en una flexibilidad constitucional o hasta en una reforma de la Constitución sin contar con el respectivo control de constitucionalidad.

6.1 Su existencia es necesaria para evitar arbitrariedades del poder que se pueden manifestar en la Corte Constitucional

Es importante empezar señalando que nuestra Constitución surgió en un momento jurídico – político bastante interesante, habían transcurrido casi 30 años del “retorno a la democracia” y el sentimiento en importantes sectores de la población era de cuestionar la institucionalidad del Estado debido a la aplicación de políticas gubernamentales que se encaminaron al desmedro de las condiciones de vida de la población y en donde un aspecto en común de los distintos sectores era reclamar una mayor participación en la toma de decisiones, que parte de la participación directa en mecanismos como una consulta popular hasta los procesos de designación de las autoridades del Estado.

En ese sentido, la Constitución ecuatoriana contempló la conformación del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, institución que se conformaba con representantes de la ciudadanía bajo una visión bastante democrática, situación que fue manipulada por el gobierno de turno para que dicha institución trabaje en virtud de sus intereses, sin embargo, entre las funciones que le compete al CPCCS es organizar los procesos de designación de las principales autoridades del Estado, entre ellas, a los miembros de la Corte Constitucional, a través de una comisión calificadora .

Es decir, la conformación de la Corte Constitucional es el resultado de una participación indirecta de la ciudadanía, por lo que sería fundamental que, en las distintas casusas constitucionales, en el ejercicio de sus competencias como máximo órgano de justicia constitucional, se precautele y garantice un efectivo ejercicio de los derechos constitucionales.

Mas aún si se tiene en consideración lo que señala la doctrina:

El carácter democrático participativo que asumen tanto la forma de Estado como la forma de Gobierno en Ecuador se refleja en el artículo 1 de la Constitución, cuando en el segundo párrafo sostiene: “La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”. El postulado de la disposición en cuestión supone a la soberanía popular como base del sistema político estatal, ya sea que aquella se exprese por medio de órganos del poder constituido o por la

intervención directa de la ciudadanía. Lo dicho implica que el modelo constitucional ecuatoriano está ligado, con particular interés, al principio de soberanía popular.¹⁴³

Por lo tanto, aplicar el dictamen favorable como está concebido en la actualidad, para algunos implica evitar que la Corte Constitucional incurra en prácticas como la ocurrida en las enmiendas constitucionales del 2017 – 2018, es decir, que exista una evidente dilación en el tratamiento de la iniciativa de modificación de la Constitución, evidenciando arbitrariedades ejercidas desde el poder, que pueden menoscabar el ejercicio de la participación ciudadana.

Situación que se vería agravada si se plantea la posibilidad de que las iniciativas de modificación constitucional nazcan o sean propuestas por sectores de la ciudadanía.

Por lo tanto, la aplicación del dictamen ficto garantiza que las iniciativas ciudadanas en las modificaciones constitucionales se concreten, situación que se vería fortalecida si dichas modificaciones contribuyen al fortalecimiento de los derechos, incluso, bajo el principio de no regresividad.

Más aun si se recoge lo que Juan Francisco Guerrero, citando la misma Constitución de la República plantea:

La participación ciudadana implica que las personas se involucren —ya sea a través de mecanismos de democracia directa o al elegir a sus representantes— en las decisiones de interés público. La participación ciudadana conlleva, entonces, el ejercicio de los derechos políticos que están reconocidos en el artículo 61 de la Constitución y entre los cuales se encuentran tanto el derecho a participar en asuntos de interés público como el derecho a ser consultados.¹⁴⁴

Lo que quiere decir que la participación ciudadana en los procesos de modificación constitucional, no se circunscribe a tener la capacidad de presentar iniciativas, sino también, partiendo de la vía de reforma a la que se incurra, se participe en una figura de consulta popular, que es el referéndum.

Es necesario señalar que:

La Carta ecuatoriana hace un esfuerzo por intentar armonizar los principios en tensión en temas como los grados de rigidez selectiva que contempla la Constitución para su reforma. En este sentido, a mayor profundidad de los cambios, principalmente en materia de derechos, mayor debe ser la participación popular, con lo cual el diseño normativo ecuatoriano perseguiría encontrar las relaciones de reciprocidad entre la democracia y los derechos.¹⁴⁵

¹⁴³ Jorge Benavides, “Participación democrática y reforma constitucional. Un análisis del caso ecuatoriano”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XXIV* (2018): 203

¹⁴⁴ Guerrero del Pozo, J.F., Yépez Idrovo, M.V., “Los límites materiales de la consulta popular en el Ecuador”, *USFQ: Law Review*, Vol 8, n° 2, (2021): 186

¹⁴⁵ Benavides, “Participación democrática y reforma constitucional. Un análisis del caso ecuatoriano”, 203.

Lo que significa que mientras mas profunda sea la modificación constitucional, mayor debe ser la participación de la ciudadanía, de hecho, “El referéndum constitucional es particularmente importante dentro de los mecanismos de democracia directa, en la medida en que supone la intervención del pueblo, sin contar con la intermediación de los representantes, en la adopción final de una reforma constitucional”.¹⁴⁶

6.2 La actual Corte Constitucional mediante sus pronunciamientos ha promovido la participación ciudadana y el desarrollo de consultas populares

Para desarrollar este punto es necesario recoger lo que el primer inciso del artículo 127 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional determina respecto al control constitucional que la Corte Constitucional debe realizar en las consultas populares:

Art. 127.-Alcance. – La Corte Constitucional realizará un control automático de constitucionalidad de todas las convocatorias a consulta popular. El control de constitucionalidad se ejercerá en los mismos términos y condiciones que el control previsto en la Sección Tercera del Capítulo Cuarto del presente Título, y estará encaminado a garantizar la libertad de la electora o elector y la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas o las medidas a adoptar a través de este procedimiento.¹⁴⁷

Por lo tanto, en los procesos de control constitucional que se deben hacer a las convocatorias de consulta popular se debe contemplar de la misma manera el último inciso del artículo 105 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, es decir, también hay un tiempo fatal de 20 días que se deben respetar para emitir su constitucionalidad o no.

En ese sentido “De acuerdo con dicho precepto normativo, se establece un término máximo en el cual la Corte Constitucional debe emitir su dictamen previo y vinculante respecto de las convocatorias a consulta popular”.¹⁴⁸

Por lo tanto:

La norma en referencia constituye una regla procedimental que contiene dos presupuestos que, de verificarse, producen una consecuencia jurídica claramente establecida; el primero consiste en el transcurso del término de 20 días; y, el segundo, la no resolución de la Corte Constitucional. De este modo, si transcurre aquel término y no se hubiere emitido la resolución, se entenderá que existe un dictamen favorable que permite llevar a cabo el proceso electoral.

¹⁴⁶ *Ibíd.*, 215.

¹⁴⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Art. 127

¹⁴⁸ Ecuador Corte Constitucional, *Casos No. 0001-12-CP y 0008-15-CP*, 18 de marzo de 2019, 3.

El propósito de esta norma es imponer a la Corte Constitucional un límite temporal para que se pronuncie respecto a una propuesta de consulta popular, sin que su omisión o retardo injustificado pueda provocar una afectación al derecho de participación de los ciudadanos a ser consultados, contemplado en el artículo 61 numeral 4 de la Constitución de la República.

En tal virtud, la materialización de un dictamen favorable, en aplicación del artículo 105 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, priva de competencia a este Organismo para pronunciarse o emitir un juicio de constitucionalidad respecto de las propuestas cuya tramitación haya excedido el término previsto en aquel enunciado normativo.¹⁴⁹

Adicionalmente hay que decir que el legislador, con el propósito de armonizar la norma constitucional con el ejercicio del control de constitucionalidad de la Corte Constitucional y de garantizar el espíritu de la participación ciudadana en la toma de decisiones a través de las consultas populares contempló la aplicación del dictamen ficto.

Una de las características más importantes de la Constitución ecuatoriana tiene referencia a su amplio catálogo de derechos de participación, dirigidos hacia una efectiva participación ciudadana en las decisiones políticas, tanto a nivel nacional, como local, a través de mecanismos de democracia directa. De acuerdo a la Norma Fundamental, todas las ciudadanas y ciudadanos, ya sea de forma individual o colectiva, tienen el derecho de participar de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos.

Bajo este nuevo paradigma, la consulta popular constituye uno de los más eficaces mecanismos de democracia directa.

En efecto, la consulta popular constituye la mejor forma de participación en la democracia directa, dado que las ciudadanas y los ciudadanos deciden o emiten su opinión en las urnas a través del sufragio universal y secreto, más allá del proceso electivo regular de autoridades. Por lo tanto, puede considerarse a este mecanismo como la forma más desarrollada de un sistema democrático avanzado.¹⁵⁰

Lo dicho por la Corte Constitucional en el presente dictamen invita a romper el estereotipo de que el derecho a la participación en una sociedad democrática, va más allá de contar con el derecho elegir a tus gobernantes o candidatizarte para ocupar cierto cargo público de elección popular, tiene que ver también con la capacidad del ciudadano de ser partícipe de la toma de decisiones en el Estado, lo que se puede materializar a través de la ejecución de consultas populares.

Más aún si tomamos en cuenta que:

El artículo 1 de la Carta Constitucional determina que el carácter democrático de nuestro sistema político se fundamenta en la participación del pueblo como

¹⁴⁹ *Ibíd.*, 4

¹⁵⁰ Ecuador Corte Constitucional, “Dictamen 001-13-DCP-CC”, en *Caso N.º 0002-10-CP*, 25 de septiembre de 2013, 5.

mandante soberano. Así mismo, el artículo 95 de la Constitución determina que la participación protagónica de las personas en los diversos espacios de interés público, constituye un principio constitucional que podrá ser materializado a través de mecanismos de democracia representativa, directa o comunitaria.

En este contexto uno de los mecanismos de participación democrática es la consulta popular, que involucra la participación sin intermediarios de los ciudadanos en el debate y la toma de decisiones en aspectos que atañen al interés colectivo, a través de su voluntad mayoritaria.¹⁵¹

La Corte Constitucional a través del Dictamen No. 1-19-CP/19, en torno a la consulta popular manifiesta lo siguiente:

En definitiva, además de ser un mecanismo participación democrática, la consulta popular es un derecho constitucional. En razón de aquello, como premisa fundamental para el análisis que prosigue, esta Corte Constitucional advierte que, por tratarse de un derecho, las normas que regulan su ejercicio, deberán ser leídas e interpretadas, en todos los casos, en consonancia y plena armonía con los principios de aplicación de los derechos previstos en el artículo 11 de la Constitución.¹⁵²

Respecto a la convocatoria para el desarrollo de consultas populares y el control de constitucionalidad respectivo que debe desarrollar la Corte Constitucional, es importante, además de tomar en consideración lo preceptuado tanto en el artículo 105 como el artículo 127 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales, el cambio de precedente que tuvo la Corte Constitucional respecto a la legitimidad democrática que debe reunir las iniciativas de consulta popular cuando estas provengan de la ciudadanía, pues dicho cambio definitivamente va a provocar dos aspectos, el primero a ser analizado en este punto es que se abre la posibilidad de que surjan una mayor cantidad de iniciativas de consulta popular y el segundo a ser analizado más adelante, la carga procesal que podría tener la Corte Constitucional.

Con el propósito de comprender lo ocurrido, se debe traer a colación distintos pronunciamientos que el máximo órgano de interpretación constitucional del país ha promulgado respecto a este tema.

Mediante Dictamen 001-13-DCP-CC dentro del caso CASO N° 0002-10-CP, la Corte Constitucional en el año 2013 manifestó:

Para que el órgano de control constitucional pueda emitir su dictamen de control constitucional, como es el caso de la consulta popular de iniciativa ciudadana, necesariamente debe contar con la verificación por parte del órgano correspondiente,

¹⁵¹ Ecuador Corte Constitucional, “Dictamen No. 1-19-CP/19” en *Caso No. 1-19-CP*, 16 de abril de 2019, 2.

¹⁵² *Ibid.*, 2.

Consejo Nacional Electoral, del cumplimiento del respaldo, ya sea del 5% o del 10% según sea el caso, para acreditar la legitimación democrática.

El control de constitucionalidad de las convocatorias a consultas populares, previsto en los artículos 104 y 438 de la Constitución, se efectúa previo a la convocatoria de consulta popular, y no antes de la verificación del presupuesto constitucional de legitimación democrática por parte del Consejo Nacional Electoral cuando estas provengan de la iniciativa ciudadana.¹⁵³

Por lo tanto, para la Corte Constitucional de ese entonces, previo a que ese organismo pueda ejercer su control de constitucionalidad y emitir su respectivo dictamen, los ciudadanos interesados en impulsar una iniciativa de consulta popular, debían previamente recoger el número de firmas necesarios para llevar a cabo la consulta, garantizando así el requisito de legitimidad democrática que prescribe la Constitución, sin embargo, esa situación iba a generar situaciones adversas para el ejercicio de derechos, como va a ser valorado más adelante por los miembros de la Corte Constitucional del año 2019.

La Corte Constitucional mediante dictamen No. 1-19-CP/19, la jueza sustanciadora, Carmen Corral Ponce Quito, dentro del Caso No. 1-19-CP, en abril de 2019 señaló:

La interpretación de los artículos 104 y 438 numeral 2 de la Constitución, a la luz del derecho de participación reconocido en los artículos 61 numeral 4 y 95 de la Norma Suprema, debe ser resuelta en aplicación del artículo 11 numeral 5 del texto constitucional, que establece: “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. “. De esta manera, la propia Constitución fija el mecanismo hermenéutico para resolver una duda sobre la aplicación o interpretación de un derecho, lo cual, además, guarda armonía con el artículo 427 de la Norma Suprema.

En esta perspectiva, si se exige la acreditación del porcentaje de respaldo ciudadano previo al control de constitucionalidad, se está imponiendo un obstáculo para el ejercicio de este derecho, pues se obliga a que los proponentes agoten un proceso de recolección de firmas respecto de una pregunta cuya constitucionalidad ni siquiera se ha establecido por parte de la Corte Constitucional.

En otras palabras, se impone que los ciudadanos desarrollen un complejo proceso de socialización de una propuesta de consulta y así obtengan el respaldo requerido, sin todavía tener certeza si su planteamiento se encuentra conforme con el texto constitucional, generándose expectativas en quienes promovieron y también en quienes respaldaron las preguntas. Es decir, podría ocurrir que luego de este proceso se determine que su cuestionamiento no se adecúa al marco constitucional, con lo cual, el proceso de recolección de firmas habría sido un esfuerzo innecesario.¹⁵⁴

¹⁵³ Ecuador Corte Constitucional, “Dictamen 001-13-DCP-CC”, 25 de septiembre de 2013, 10.

¹⁵⁴ Ecuador Corte Constitucional, “Dictamen No. 1-19-CP/19”, 16 de abril de 2019, 4.

El análisis realizado por la Corte Constitucional en el 2019 es acertado, pues es ilógico que la Corte, en el año 2013, haya determinado que previo a que ese organismo manifieste si la consulta popular, los considerandos y preguntas que se pretenden poner a consideración de la población, no atenten a normas constitucionales y se enmarquen en el ordenamiento jurídico nacional, se demande el requisito de la recolección de firmas, pues todo ciudadano o ciudadana que hay firmado su adhesión o respaldo a la propuesta, posiblemente lo estaba haciendo a una iniciativa inconstitucional, que podía posteriormente ser desechada por la Corte Constitucional, frustrando el interés de miles de ecuatorianas y ecuatorianos.

Mas adelante, en el mismo dictamen la Corte manifestó:

La Corte Constitucional anterior, en el Dictamen No. 001-13-DCP-CC, argumentó: “Se evidencia entonces una confusión acerca del momento en el que debe acompañarse el respaldo popular que acredite la legitimidad democrática para presentar una consulta popular a nombre de la ciudadanía...”.

En torno a dicha “confusión”, la entonces Corte Constitucional, se inclinó por considerar que la exigencia del respaldo ciudadano debía acreditarse antes del control de constitucionalidad, pues entendió que: “...el control constitucional de la convocatoria a consulta popular de iniciativa ciudadana precede a la convocatoria, pero no antes de la recolección de firmas, es decir el control de constitucionalidad de la o las preguntas a ser consultadas mediante iniciativa popular no procede si no se verifica previamente la legitimidad democrática de la que estas, las preguntas, se encuentren investidas...”

En consecuencia, la Corte anterior fijó la siguiente regla: “Para la emisión del dictamen previo y vinculante de constitucionalidad de las convocatorias a consulta popular provenientes de la iniciativa ciudadana, el Consejo Nacional Electoral deberá remitir a la Corte Constitucional, junto con la petición de consulta, el informe favorable del cumplimiento de la legitimación democrática, en observancia a lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 104 de la Constitución; requisito que deberá ser verificado por la Sala de Admisión en funciones conforme al Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional”.¹⁵⁵

Ratificando lo mencionado anteriormente, sin embargo, de forma acertada, la Corte Constitucional observa lo hecho por sus antecesores en el año 2013 y señala lo siguiente:

La interpretación realizada por la anterior Corte Constitucional provoca dos efectos lesivos con relación al derecho de participación, uno directo y otro indirecto: el primero ocasiona un obstáculo injustificado que altera y agrava el proceso de consulta popular de iniciativa ciudadana. Y, el otro efecto, como consecuencia del primero, podría conducir a un desincentivo sistemático que disuada a los ciudadanos de promover consultas populares, debido a una exigencia previa que dificulta innecesariamente su derecho de participación.

¹⁵⁵ *Ibíd.*, 4 - 5

Este precedente, deja entrever la intención política de limitar la participación ciudadana, situación que vulnera derechos constitucionales, ya que los principios de la Norma Suprema deben estar resguardados de esta influencia.

Es por ello que una interpretación en el sentido establecido por la anterior Corte Constitucional no favorece la efectiva vigencia del derecho de participación objeto de análisis, por lo que no se ajusta con el principio que consta en el artículo 11 numeral 5 de la Constitución.¹⁵⁶

Por lo que a continuación se aleja del precedente del año 2013 bajo una visión democrática y participativa y manifiesta:

Esta Corte Constitucional, contrariamente a la posición anterior, aprecia que, si el requisito en referencia es exigido después de realizado el control de constitucionalidad, a simple vista se favorece el ejercicio del derecho de participación, pues se garantiza que quienes pretendan solicitar la convocatoria a una consulta popular tengan certeza sobre la constitucionalidad o no de su planteamiento, antes de que busquen el respaldo mínimo previsto en el artículo 104 de la Norma Suprema.

Esta interpretación dotada de coherencia es la correcta, ya que está implícita en el texto constitucional, debido a que el principio democrático y el derecho de participación deben irradiar a todas las disposiciones constitucionales. Consiguientemente, trae como consecuencia que los ciudadanos inicien el proceso de socialización y respaldo de su propuesta de consulta, una vez que la Corte Constitucional haya dictaminado sobre su constitucionalidad, lo cual propicia un ejercicio más adecuado del derecho de participación, ya que evitará llevar a cabo un proceso complejo que podría ser innecesario.

En tal virtud, esta Corte Constitucional está en la obligación de alejarse del precedente fijado en el Dictamen No. 001-13-DCP-CC, por tratarse de un criterio incompatible con la Constitución, que además de carecer de un sustento jurídico, ha sido empleado como un mecanismo para dificultar y coartar la participación ciudadana”.¹⁵⁷

Por lo que en aplicación del numeral tercero del artículo 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional concluye:

En aras de favorecer un pleno ejercicio y vigencia de este derecho, corresponde que este organismo de control e interpretación constitucional modifique la regla jurisprudencial contenida en el Dictamen No. 001-13-DCP-CC. Como consecuencia, no debe exigirse la acreditación del porcentaje de respaldo popular, como un requisito para efectuar el control previo de constitucionalidad al cual hacen referencia los artículos 104 y 438 numeral 2 de la Norma Suprema. PAG 6

V. Dictamen

3. Cambiar el precedente contenido en el Dictamen No. 001-13-DCP-CC de 25 de septiembre de 2013, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 93 de 02 de octubre de 2013, en los siguientes términos:

¹⁵⁶ *Ibíd.*

¹⁵⁷ *Ibíd.*, 5 – 6.

3.4. Ante un pedido de dictamen previo y vinculante de constitucionalidad sobre convocatorias a consultas populares, la Corte Constitucional procederá a realizar el control constitucional de los considerandos introductorios y las preguntas de la misma, sin requerir el respaldo de la recolección de firmas.

1.2. En caso de que las preguntas estén enmarcadas en el texto constitucional, la Corte notificará su Dictamen al Consejo Nacional Electoral, organismo que deberá facilitar los formularios para la recolección de firmas y constatar el requisito de respaldo electoral, a fin de que continúe el trámite de acuerdo con la Constitución y la Ley.¹⁵⁸

Respecto a estos dictámenes de la Corte Constitucional, coincido con lo señalado por Emilio Suarez que indica:

Esta interpretación dotada de coherencia es la correcta, ya que está implícita en el texto constitucional, debido a que el principio democrático y el derecho de participación deben irradiar a todas las disposiciones constitucionales. Consiguientemente, trae como consecuencia que los ciudadanos inicien el proceso de socialización y respaldo de su propuesta de consulta, una vez que la Corte Constitucional haya dictaminado sobre su constitucionalidad, lo cual propicia un ejercicio más adecuado del derecho de participación, ya que evitará llevar a cabo un proceso complejo que podría ser innecesario

No solo es rescatable el hecho de que la Corte, a través de esta interpretación, buscó favorecer el efectivo ejercicio del derecho a participar en asuntos de interés público y a ser consultados, sino que también debe aplaudirse la forma clara y argumentada en la que se apartó de su precedente. Conforme al art. 2.3 de la LOGJCC, la Corte puede “alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada”, lo cual es una garantía de seguridad jurídica y de claridad en las líneas jurisprudenciales de la CCE.

Las consecuencias de este cambio de precedente son muy importantes. Consideramos que este nuevo criterio jurisprudencial podría llevar a que se visibilice el problema del dictamen “ficto” de constitucionalidad, contenido en el art. 105 de la LOGJCC. En teoría, la eliminación de obstáculos para el ejercicio de los derechos de participación podría tener como consecuencia que se incentive el ejercicio de estos derechos y, como tal, que se planteen más solicitudes de consultas populares. A su vez, si se plantean más solicitudes de consultas populares, se requiere de un esfuerzo mayor por parte de la CCE, con el fin de cumplir el término de veinte días previsto en el art. 105 de la LOGJCC.¹⁵⁹

Este cambio de precedente de la Corte Constitucional es importante tomarlo en cuenta en el análisis de la aplicación del dictamen ficto contemplado en el artículo 105 de la LOGJCC, porque como bien lo señala Suárez, la Corte Constitucional está en la obligación de tramitar en los tiempos correspondientes las convocatorias a consultas populares.

Esta circunstancia junto a su aplicación en los procesos de control de las iniciativas de modificación constitucional nos permite comprender que la existencia del dictamen ficto tiene el propósito intrínseco de reconocer al pueblo como el legítimo soberano y el

¹⁵⁸ *Ibíd.*, 10.

¹⁵⁹ Suarez, “Consulta popular: cambio de precedente constitucional y dictamen “ficto””, 13.

de garantizar su derecho a la participación en la vida del Estado, tanto en la toma de decisiones ordinarias, como en el ejercicio del poder de reformar la Constitución.

Estas dos posiciones aquí expuestas nos permiten arribar a ciertas conclusiones, la primera tiene que ver con que la existencia de un dictamen ficto en el segundo momento de intervención de la Corte Constitucional en los procesos de reforma a la Constitución es indispensable con el propósito de garantizar la participación ciudadana en la construcción del texto constitucional a través de las modificaciones que puedan ejecutarse, vistas estas desde la presentación de iniciativas hasta la aprobación en los procesos de referéndum.

La segunda tiene que ver con que la participación de los pueblos a través del voto en la aprobación o el rechazo de una modificación a la Constitución es parte del ejercicio de la democracia por parte del soberano.

La tercera definitivamente es afirmar que la existencia del dictamen ficto es indispensable para evitar negligencias por parte de los magistrados de la Corte Constitucional, incluso si establecemos una posible omisión intencional.

Esta última situación debe permitir reflexionar en torno a la responsabilidad que tienen los jueces constitucionales, su actuación puede provocar un desarrollo de los derechos y un fortalecimiento de la democracia, como también pueden contribuir a mermar el ejercicio de los derechos de los ciudadanos.

6.3 La existencia del dictamen ficto conduce a una mayor flexibilidad constitucional

Esta reflexión establece como punto de inicio que, si la Corte Constitucional no logra cumplir con los tiempos determinados para emitir su sentencia de constitucionalidad contemplada en el artículo 105 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, definitivamente se abre paso a que los cambios constitucionales que se propongan no sean susceptibles de control y que incluso puedan ser contrarios al texto constitucional, provocando que la rigidez constitucional contemplada en nuestra carta fundamental pueda ser menoscabada.

Por otro lado, incluso se podría plantear un escenario complejo para la rigidez constitucional, sobre todo si partimos de una idea de que la inacción de la Corte Constitucional puede realizarse de forma intencional y consciente, lo que provocaría que la Corte Constitucional deje de ser guardiana de la Constitución.

Juan Francisco Guerrero y María Victoria Yépez lo plantean así:

Consideramos que el dictamen “ficto” introducido por el artículo 105 de la LOGJCC constituye un mecanismo para evitar el control de constitucionalidad y parte de la premisa —errónea— de que un texto que es inconstitucional podría adecuarse a la Constitución por el mero paso del tiempo. Además de contrariar el contenido del artículo 104 de la CRE —que no admite excepciones respecto del control previo de constitucionalidad de las consultas populares— la vigencia del artículo 105 de la LOGJCC implica que, transcurrido el término previsto en dicha norma, se podrían considerar constitucionales eventuales decisiones que anulen o restrinjan injustificadamente los derechos de las personas, que desconozcan el régimen de competencias, que vacíen de contenido a los demás mecanismos de participación previstos en la CRE o, incluso, que modifiquen el contenido de la Constitución.¹⁶⁰

Según estos autores, la aplicación del dictamen ficto en los procesos de modificación constitucional trae consigo la idea de que dicha modificación a la final se irá acoplado a la norma suprema, pero evidentemente el hecho de que la Corte Constitucional no se pronuncie sobre la constitucionalidad del referéndum, de los considerandos y de las preguntas de los mismos abre paso a que estos aspectos sean abiertamente inconstitucionales y transgredan la supremacía constitucional.

Generando una fuerte tensión, por un lado, la existencia del dictamen favorable puede contribuir a la democracia evitando que las iniciativas de reforma sean olvidadas en la Corte pero por otro parte se puede estar dando paso a aspectos totalmente inconstitucionales que incluso signifique la afectación de derechos, incluida la participación.

Por lo que los autores consideran necesario que la Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad del inciso final del artículo 105 de la LOGJCC

6.4 Para precautelar el principio de supremacía constitucional, no debería existir dictamen favorable en el control constitucional sobre procesos de reforma

En torno a esta situación, Juan Francisco Guerrero y Emilio Suarez, esgrimiendo la necesidad de garantizar la supremacía constitucional que caracteriza a nuestro Estado, presentaron una demanda de inconstitucionalidad. La Corte Constitucional en el auto de admisión de dicha demanda señaló:

Los accionantes señalan que “mediante una norma de rango legal se ha incluido una excepción al control de constitucionalidad previo y obligatorio previsto en la Constitución”. Al respecto, indican que en otro caso la Constitución sí reguló la

¹⁶⁰ Guerrero del Pozo, J.F., Yépez Idrovo, M.V., “Los límites materiales de la consulta popular en el Ecuador”, 210.

posibilidad de la existencia de dictamen favorable ficto, referente al control previo de constitucionalidad del Estatuto de una Región Autónoma (artículo 245 de la Constitución), mientras que en el caso de control de constitucionalidad previo a consultas populares no (artículo 105 de la LOGJCC), por lo que es inconstitucional al vulnerar el principio de supremacía constitucional.¹⁶¹

Frente a lo cual es importante señalar que, si bien la Constitución de forma explícita establece tiempos para que la Corte Constitucional emita su dictamen respecto a la conformación de regiones autónomas, la misma Constitución a través del artículo 430 señala que “La Corte Constitucional gozará de autonomía administrativa y financiera. La ley determinará su organización, funcionamiento y los procedimientos para el cumplimiento de sus atribuciones”.¹⁶²

Por lo tanto, será a través de la ley, en este caso, mediante la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que se determinará los procedimientos para que la Corte Constitucional cumpla con sus atribuciones, entre ellas el desarrollar el control de constitucionalidad en las iniciativas de modificación constitucional.

En el auto de admisión de la demanda de inconstitucionalidad mencionada también se indica:

Respecto al fundamento de la pretensión, como disposiciones constitucionales presuntamente infringidas señaladas en la demanda, con especificación de su contenido y alcance, se tiene a las normas de la Constitución referentes a: el principio de supremacía constitucional (artículo 424); garantías normativas sobre la obligación de todo órgano con potestad normativa de adecuar las normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución (artículo 84); el principio a que ninguna norma podrá restringir el contenido de los derechos y garantías constitucionales (numeral 4 del artículo 11); y principio de progresividad y prohibición de regresividad de derechos (numeral 8 del artículo 11). En tal sentido, se da cumplimiento al literal a) numeral 5 del artículo 79 de la LOGJCC.¹⁶³

De las normas presuntamente infringidas planteadas por los demandantes, es importante señalar que aquellas relacionadas a la aplicación de los derechos si podrían verse de cierta forma violentadas y es lo que se analizará a continuación.

6.5 La vigencia del dictamen ficto puede menoscabar el ejercicio de derechos constitucionales

¹⁶¹ Ecuador Corte Constitucional, Sala de Admisión, *Caso No. 19-19-IN*, 16 de agosto de 2019, 2.

¹⁶² Ecuador, *Constitución de la República*, Art. 430.

¹⁶³ Ecuador Corte Constitucional, Sala de Admisión, *Caso No. 19-19-IN*, 16 de agosto de 2019, 1.

Se podría llegar a esta conclusión sobre todo si partimos de la reflexión que “la vigencia del dictamen ficto puede menoscabar el ejercicio de derechos constitucionales, sobre todo si, con el cambio de precedente, aumentan las solicitudes de consultas populares y, con ello, la probabilidad de que la Corte no cumpla el referido término legal”.¹⁶⁴

Los elementos referidos guardan una correspondencia lógica, pues es evidente que con el cambio de precedente de la Corte Constitucional puede existir una ola de iniciativas, tanto de consultas populares como de modificaciones al texto constitucional lo que puede generar una gran carga procesal a los jueces de la Corte Constitucional, y evidentemente si ellos no logran atender todas las demandas ciudadanas, podrían vulnerar el derecho de estos ciudadanos, además que se generaría un segundo problema, que tiene que ver con la constitucionalidad de aquello que podría proponer la ciudadanía como preguntas modificatorias.

En referencia al artículo 105 de la LOGJCC, Juan Francisco Guerrero y María Victoria Yépez señalan que:

De acuerdo con esta norma, entonces, si la Corte Constitucional no se pronuncia respecto de la constitucionalidad de la solicitud de consulta popular dentro de cierto tiempo, existirá un dictamen “ficto” de constitucionalidad que será favorable a la consulta. Este límite temporal para el ejercicio de la competencia de control de constitucionalidad de las consultas populares ha sido entendido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y por cierta doctrina como un mecanismo para evitar que los derechos de participación de los ciudadanos —en particular el derecho a ser consultados— sean coartados por la inactividad de la Corte Constitucional. Sin embargo, en nuestro criterio, no se puede sostener que los derechos de participación se garantizan cuando se pone a consideración de la ciudadanía un texto que es materialmente inconstitucional o que no permite que el elector tome una decisión libre e informada.¹⁶⁵

Definitivamente poner a consideración de los pueblos, en el caso de modificaciones constitucionales, considerandos y preguntas que presumiblemente pudiesen ser inconstitucionales y que puedan traer consigo una regresión de derechos, indefectiblemente se afectaría el principio de progresividad y no regresividad y afectar con ello la supremacía constitucional.

Sin embargo, la situación no termina ahí, pues de ser el caso, se podría realizar un control constitucional posterior a la aprobación de modificaciones constitucionales que hayan cursado con un dictamen ficto, como veremos a continuación.

¹⁶⁴ Suarez, “Consulta popular: cambio de precedente constitucional y dictamen “ficto””, 40.

¹⁶⁵ Guerrero del Pozo, J.F., Yépez Idrovo, M.V, “Los límites materiales de la consulta popular en el Ecuador”, 209.

7. ¿Es posible realizar control a posteriori cuando ha existido dictamen favorable previo en un proceso de modificación constitucional?

Como se hizo referencia en páginas anteriores, el tercer momento en el que interviene la Corte Constitucional en el control constitucional en los procesos de modificación de la Constitución es el que se desarrolla posteriormente a la aprobación de dichas modificaciones, y este se lo ejerce a petición de parte y solo sobre aspectos procedimentales que se hayan violado en el proceso de aprobación.

Es así que la Corte Constitucional, mediante Sentencia señaló:

Entre los actos normativos que el artículo 436, número 2 de la Constitución de la República establece como susceptibles de ser objeto de control de constitucionalidad a través de una acción pública de inconstitucionalidad, están las enmiendas a la Constitución de la República el Ecuador. El control constitucional posterior de enmiendas constitucionales, a través de la resolución de demandas de inconstitucionalidad, forma parte de un conjunto de mecanismos encaminados a asegurar el principio de supremacía constitucional en el evento que exista la propuesta de modificarla; o que, dicha propuesta haya pasado por el procedimiento de formación y forme ya parte del texto constitucional.¹⁶⁶

Este momento de control, al igual que los dos anteriores está encaminado a garantizar la supremacía de la Constitución, sin embargo, se limita a cuestionar aspectos formales en el proceso del trámite que se siguió.

Vistas, así las cosas, el alcance del control a través de la resolución de demandas de inconstitucionalidad en contra de enmiendas, reformas o cambios constitucionales, no puede estar dirigida a cuestionar el contenido material de las disposiciones constitucionales promulgadas, ni de la vía por la que se las adoptó; sino, más bien, de cómo esa vía fue transitada en el caso específico, esto es si existen vicios de procedimiento y aprobación.¹⁶⁷

La Corte Constitucional, por otra parte, en el año 2018, mediante auto de admisión en el Caso N° 0012-18-IN señaló:

En relación con el cargo ii), este Tribunal considera que, en general, el examen de posibles vulneraciones a derechos fundamentales en el texto de un proyecto de modificación constitucional debe ser materia del dictamen sobre la vía correcta para su tramitación. Por lo que, cuando el dictamen es expreso, la Corte Constitucional carece de competencia para efectuar nuevamente y expost aquel examen de fondo. Sin embargo, si se aplicara esto mismo a un caso como el presente, donde el dictamen señalado es ficto, quedarían sin control posibles violaciones de los límites materiales impuestos a las distintas vías de modificación constitucional. Esto justifica que en tales casos la Corte sea competente para realizar un control constitucional expost y de fondo acerca de la observancia de los límites

¹⁶⁶ Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia N° 018-18-SIN-CC", 01 de agosto de 2018, 66.

¹⁶⁷ *Ibid.*, 71

antes indicados. Por lo que, en este caso concreto, la Corte es competente para examinar la pretendida regresión de derechos fundamentales que implicaría la vigencia de la Disposición General Segunda de la Constitución, producto del referéndum realizado el 4 de febrero de 2018.¹⁶⁸

Lo que quiere decir que, en caso de que la iniciativa de modificación constitucional haya cursado a través de dictamen ficto, contemplado en el artículo 105 de la LOGJCC, el examen ex post que realiza la Corte Constitucional no se circunscribe a los aspectos formales de procedimiento, sino también puede entrar a analizar el contenido material de las modificaciones constitucionales efectuadas, por lo que deja abierta la puerta para desechar cualquier modificación de la Constitución que se haya realizado, y que haya tenido como antecedente el dictamen ficto de constitucionalidad.

En suma, tomando en consideración las valoraciones esgrimidas por distintos autores, así como lo señalado por la Corte Constitucional en sus distintos dictámenes y sentencias, en el presente trabajo se considera que el control de constitucionalidad que se ejerce sobre las iniciativas de modificación constitucional es indispensable para garantizar la supremacía y la rigidez constitucional en un Estado constitucional de derechos como es el nuestro.

La Corte Constitucional ha sido enfática en determinar cuales son los tres momentos en los que interviene para ejercer dicho control y ha sido expresa al señalar que únicamente en el segundo momento, es decir en determinar la constitucionalidad de la convocatoria, considerandos y preguntas del referendun donde curso el plazo fatal de 20 días para pronunciarse.

Es evidente que en virtud de los precedentes generados por la misma Corte Constitucional, de manera particular en las propuestas de consulta popular se puede generar una carga procesal en el organismo, sin embargo, es también importante destacar que estos promueven la participación ciudadana, mas aún si tomamos en cuenta que como bien lo indica el artículo primero de la carta suprema, el pueblo es el soberano y su ejercicio se lo ejecuta a través de distintos mecanismos de participación directa.

Se considera, asimismo, que la existencia del dictamen ficto contemplado en el artículo 105 de la LOGJCC es legal, constitucional, pero sobre todo legítimo, pues no se puede permitir que existan arbitrariedades frente a iniciativas de reforma, más aun si consideramos la real posibilidad de que estas iniciativas provengan de la ciudadanía, sería inconcebible que las propuestas surgidas del pueblo, titular del poder constituyente, para

¹⁶⁸ Ecuador Corte Constitucional, Sala de Admisión, *Caso No. 19-19-IN*, 16 de agosto de 2019, 4.

modificar la constitución se queden “dormidas en los laureles”, la existencia del dictamen ficto contribuye al ejercicio de derechos constitucionales y su inexistencia puede provocar un desmedro de los mismos.

Por lo tanto es necesario la existencia del dictamen ficto, sin embargo, con el objeto de bridle mayor margen de actuación al máximo organismo de interpretación y control constitucional del país se considera ampliar su término al mismo que se contempla en el artículo 245 de la Constitución de la República, el cual señala 45 días y se puede convertir en una referencia, en la medida en que trata sobre la constitucionalidad que debe determinar la Corte Constitucional en torno a la creación de regiones autónomas.

Conclusiones

1. Vivimos en una sociedad en constante cambio y movimiento, las relaciones sociales y las contradicciones entre distintos grupos humanos provocan que los intereses y necesidades de los distintos sectores y componentes de la sociedad con el paso del tiempo cambien o se renueven. En ese sentido, es imperante que la norma suprema, la Constitución, esté en correspondencia con estas circunstancias, por lo que las modificaciones constitucionales son necesarias para lograr ese cometido.

2. La Constitución debe ser analizada desde el punto de vista material como aquel instrumento que a través de su contenido desarrolla la relación del ser humano con el Estado a través de los derechos, derechos que en los procesos de modificación constitucional no pueden ser afectados sino mas bien desarrollados bajo el principio de progresividad y no regresividad.

3. Para garantizar que toda iniciativa de modificar la constitución cumpla con lo que los preceptos normativos constituciones y legales determinan y al mismo tiempo que éstas se materialicen mediante el procedimiento adecuado, la justicia constitucional, representada en nuestro país por la Corte Constitucional, ejerce el control de constitucionalidad, mecanismo mediante el cual se garantiza la rigidez constitucional y se precautela la supremacía del texto. Para esto se han configurado varias normas que determinan la naturaleza, los límites y los alcances de cada vía para modificar la constitución, nuestra Corte Constitucional ha tenido la capacidad de a través de sus pronunciamientos, de desarrollar cada procedimiento, de afinar los momentos en los cuales interviene y de calificar su ejercicio de control.

4. El control constitucional que se ejerce sobre los procesos de reforma constitucional debe tener como un ariete sustancial el respeto a los derechos constitucionales y a la legitimación activa que tienen ciertas funciones del Estado (ejecutivo y legislativo), mas aun si las comprendemos como expresión de la democracia.

5. A partir de la entrada en vigencia de la Constitución del 2008 se han presentado un sin número de intenciones de modificar el texto constitucional, apenas cuatro han logrado concretizarse y una de ellas sin contar con el dictamen que la Corte Constitucional, por mandato constitucional, debía emitir. Nos referimos al proceso

propuesto por el gobierno de Lenin Moreno a fines del 2017 e inicios del 2018 y que fuera analizado en el presente trabajo. Por primera ocasión, un proceso de modificación constitucional se llevaba a cabo sin saber si su contenido transgredía o no el texto constitucional. A partir de ese momento varios estudiosos del derecho constitucional han presentado sus opiniones respecto al dictamen ficto, esgrimiendo valoraciones como: su existencia es necesaria para impedir arbitrariedades del poder y promover la participación ciudadana, o, su aplicación atenta a la supremacía constitucional y puede menoscabar el contenido de los derechos constitucionales. Dichas posiciones son válidas y muy importantes para profundizar su estudio.

6. Si bien la Corte Constitucional ha desarrollado jurisprudencia en torno al rol que debe cumplir esta en cada uno de los momentos que participa en los procesos de modificación de la Constitución, no es menos cierto que la Corte tiene un amplio margen de actuación, ya que, no hay preeminencia en su tratamiento, plazos fatales solamente existe en el segundo momento, la interpretación que se pueda dar a cada uno de los límites en los mecanismos de reforma pueden ser de cierta manera discrecionales, a esto debemos añadir que hay ciertos vacíos en los procesos que pueden provocar un alargamiento en el tratamiento de la iniciativa afectando abiertamente derechos constitucionales.

7. A mi criterio la existencia de un plazo fatal en el segundo momento de intervención de la Corte Constitucional en su ejercicio de control, me parece necesaria, pues, vivimos en una sociedad democrática y participativa, la Constitución otorga tanto al ejecutivo, al legislativo como a la ciudadanía la capacidad de presentar propuestas para modificar la Constitución. Por lo tanto, es indispensable que las iniciativas no se pierdan en el tiempo, que su tratamiento no se vea dilatado por aspectos de carácter político al interior del máximo organismo de justicia constitucional del país, en otras palabras, que no sea víctima de las arbitrariedades del poder.

8. Sin embargo, la forma de actuación de la Corte en los procesos de modificación constitucional, el cambio de precedente ocurrido en el organismo en torno a la legitimidad democrática como requisito indispensable tanto en los procesos de reforma constitucional como en las consultas populares, como el dictamen ficto ocurrido en el proceso de reforma de los años 2017-2018 nos deben llevar a perfeccionar la legislación y los procedimientos.

9. En ese sentido me parece indispensable provocar una reforma legal que contemple: preeminencia en el tratamiento en los procesos de reforma constitucional, establecimiento de términos y plazos y cada una de las fases en que se desarrollan los momentos en los que interviene la Corte, aumento del tiempo del dictamen ficto contemplado en el artículo 105 de la LOGJCC, de la misma forma generar procesos disciplinarios en contra de los magistrados en caso de que se identifique acciones intencionales que provoquen dictámenes fictos, procesos que deben incluir su destitución, pues dicho comportamiento merma derechos y pone en riesgo la democracia.

10. En definitiva, la aplicación del dictamen ficto contribuye significativamente al ejercicio del control de constitucionalidad en los procesos de reforma a la Constitución.

Bibliografía

- Aragón Reyes, Manuel. “¿Cambiar la Constitución para adaptarla o para transformarla? Requisitos y Límites de la reforma constitucional”. *UNED: Teoría y Realidad Constitucional*, n° 36 (2015): 313-327.
- . “Sobre las nociones de supremacía y la supralegalidad constitucional”. *Revista de estudios políticos (nueva época)*. N.º 50, 1986: 9-27
- Benavides Ordoñez, Jorge. “El control de la reforma constitucional. Una aproximación a las normas que lo regulan en Ecuador”. *Revista ecuatoriana de Derecho Constitucional*, n° 2 (2018): 15-27.
- . “Los procedimientos de reforma en algunas Constituciones de América Latina. Un estudio normativo con particular énfasis en la Constitución ecuatoriana de 2008”. *Estudios Constitucionales*, n° 1 (2018): 39-66
- . “Participación democrática y reforma constitucional. Un análisis del caso ecuatoriano”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Coordinado por Daniel Alejandro Pinilla. Colombia: Editorial Temis, 2018: 201-216.
- Böckenförde, Ernst Wolfgang “El poder constituyente del Pueblo. Un concepto límite del derecho constitucional”. En *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Ed. Trotta, 2000: 159-181.
- Córdoba, Rubén Darío. *La Asamblea Constituyente Paralela Un Estudio Jurídico-Político*. Ciudad de Panamá: IEPI Instituto De Estudios Políticos e Internacionales, 2009.
- DaSilva, José Alfonso. “Mutaciones Constitucionales”. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 1, julio – diciembre 1999. DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.1999.1.5561>
- Ecuador. *Constitución De La República Del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009.
- . *Ley Orgánica de la Función Legislativa*, Registro Oficial 642, Suplemento, 27 de Julio de 2009.

- . *Decreto Ejecutivo 229*. Registro Oficial 133, Suplemento, 04 de diciembre de 2017.
- . *Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional*. Registro Oficial 613, Suplemento, 22 de octubre de 2015.
- Ecuador Presidencia de la República. *Oficio No. T. 141-SGJ-17-0492*. Registro Oficial 133, Suplemento, 04 de diciembre de 2017.
- Ecuador Corte Constitucional. “Dictamen 001-13-DCP-CC”. En *Caso N° 0002-10-CP*, 25 de septiembre de 2013.
- . “Dictamen N° 001-14-DRC-CC”. En *Caso N° 0001-14-RC*. 31 de octubre del 2014.
- . “Dictamen N.º 001-16-DRC-CC”. En *Caso N.º 0002-14-RC*. 24 de febrero de 2016.
- . “Dictamen N° 001-18-DRC-CC”. En *Caso N° 0002-18-RC*. 20 de junio de 2018.
- . “Sentencia N° 018-18-SIN-CC”. En *Casos N.º 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. acumulados*. 01 de Agosto de 2018.
- . “Dictamen N°. 1-19-RC/19”. En *Caso No. 1-19-RC*. 02 de abril del 2019.
- . “Dictamen N°. 1-19-CP/19”. En *Caso No. 1-19-CP*. 16 de abril de 2019.
- . “Dictamen N°. 4-18-RC/19”. En *Caso No. 4-18-RC*. 09 de julio de 2019.
- . “Sentencia N° 1116-13-EP/20”. 18 de noviembre de 2019.
- . “Dictamen N°. 10-19-RC/20”. En *Caso N° 10-19-RC*. 22 de enero del 2020.
- . “Dictamen N.º 5-20-RC/21”, En *Caso 5-20-RC*. 23 de junio de 2021.
- . “Dictamen N.º 1-17-RC/21”, En *Caso 1-17-RC*. 08 de diciembre de 2021.
- . “Auto”. En *Casos No. 0001-12-CP y 0008-15-CP*. 18 de marzo de 2019.
- . “Auto No. 2-17-RC/10”. En *Caso No 2-17-RC*. 09 de abril de 2019.
- . Sala de Admisión. *Caso No. 19-19-IN*. 16 de agosto de 2019.
- Escobar, Claudia, “Del Tribunal a la Corte; ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?”. En *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Editado por Ramiro Ávila Santamaría. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008: 285-362
- Ferreres Comella, Víctor, “Una Defensa De La Rigidez Constitucional”. *Doxa* 23, Madrid, 2000: 29-47.
- Grau, Luis, “Materiales para un curso de historia de las Constituciones”. En *El Constitucionalismo Americano*. Madrid: Editorial Dykinson, 2011: 130-136.

- Guerrero del Pozo, Juan Francisco y Yépez Idrovo, María Victoria. “Los límites materiales de la consulta popular en el Ecuador”, *USFQ: Law Review* 8, n° 2 (2021): 183-211.
- Hernández Valle, Rubén. “Reforma Constitucional Y Control De Constitucionalidad”. *Boletín Mexicano De Derecho Comparado*, n°143 (2015): 833-850.
- Hesse, Konrad, "Limites De La Mutación Constitucional". En *Escritos De Derecho Constitucional*, Editado por Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte Sánchez, Madrid: Coloquio Jurídico Europeo. Centro De Estudios Políticos Y Constitucionales, 2011: 95-114.
- Marín, Alfredo. “Asamblea Constituyente, qué es, definición y concepto”. 2022. <https://Economipedia.Com › Definiciones › Asamblea-Co>.
- Montaña Pinto, Juan. “Supremacía de la Constitución y Control de Constitucionalidad en la Constitución”. En *Jornadas de Capacitación en Justicia Constitucional*. Quito: Corte Constitucional, 2008: 109-123.
- Nogueira Alcalá, Humberto. “Hacia una tipología de la jurisdicción constitucional y un concepto de los tribunales constitucionales de América del sur y su estatuto jurídico”. En *Perspectiva del derecho procesal constitucional*. Editado por Gabriel Hernández Villareal. Bogotá: Colección textos de jurisprudencia, Universidad del Rosario, 2007: 55-153
- Pérez Royo, Javier, “Del Derecho Político al Derecho Constitucional: Las Garantías Constitucionales”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 12 (1992): 233-249.
- Prieto Sanchíz, Luis, “Supremacía, Rigidez y Garantía de la Constitución”. En *Control Constitucional y Activismo Judicial*. Editado por Heber Joel Campos Bernal, Lima: ARA Editores, 2012: 261-283
- Ragone, Sabrina. “El control material de las reformas constitucionales en perspectiva comparada”. *UNED: Teoría y Realidad Constitucional*, n° 31 (2013): 385-406.
- Suarez, Emilio. “Consulta popular: cambio de precedente constitucional y dictamen “ficto””. *Corte Constitucional del Ecuador: IUS CONSTITUTIONALE, Revista de Derecho Constitucional*, n°2 (2021): 11-24.
- Tomas y Valiente, Francisco. “Constitución”. En *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Filosofía Política II. Teoría del Estado*. Editado por Elías Díaz y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta/CSIC, 1996: 45-61.

- Trujillo, Julio Cesar. “El Poder Constituyente”. En *Constitucionalismo Contemporáneo, Teoría, procesos, procedimientos y retos*. Quito: Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, 2013: 49-87.
- Vanossi, Jorge Reinaldo y Ubertone, Fermín Pedro. “Control Jurisdiccional de Constitucionalidad”. En *Desafíos de Control de Constitucionalidad*. Coordinador por Víctor Bazán. Buenos Aires: Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos, Ediciones Ciudad Argentina, 1996: 43-96.
- Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén. “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”. En *Política, justicia y constitución*. Editado por Luis Fernando Ávila Linzán. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012: 157-186.