

ECUADOR Y SU METAMORFOSIS CONSTITUYENTE

Hernán PÉREZ LOOSE*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El poder constituyente y sus encantos*. III. *La experiencia ecuatoriana*. IV. *Reflexiones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

Si en la década de los ochenta las energías políticas de las naciones latinoamericanas estuvieron dedicadas a los complejos procesos que marcaron la transición de las dictaduras militares a los gobiernos civiles,¹ en la década siguiente la región aparece volcada más bien hacia la reforma del marco constitucional con el afán de buscar la consolidación y asegurar la supervivencia de sus nuevas democracias.²

* Doctor en derecho. Profesor en la Universidad Católica de Guayaquil, Ecuador.

¹ Los procesos de transición de las dictaduras militares a gobiernos civiles democráticos que se dieron entre fines de la década de 1970 y mediados de la década de 1980 (República Dominicana 1978, Perú, 1978, Ecuador 1979, Bolivia 1982, Argentina 1983, Uruguay 1984) y que en algunos demoraron un poco más (Brasil 1989, Paraguay 1989 y Chile 1990) fueron objeto de una abundante literatura. La obra de Guillermo O'Donnell sobre las transiciones políticas puede señalarse como la más completa. Véase la serie de cuatro libros de O'Donnell, G. y Schmitter, P. C., *Transiciones desde un gobierno autoritario*, Paidós, 1991. Véase, también, Terrra, J. P. y Wonsewer, I., *Apertura y concertación*, Montevideo, Ediciones de la Banda Oriental, 1985; O'Brien, P. y Cammack, P., *Generals in Retreat: the Crisis of Military Rule in Latin America*, Manchester, Manchester University Press, 1985; Higley, J. y Gunther R. (eds.), *Elites and Democratic Consolidation in Latin America and Southern Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992. Una visión más general del proceso de democratización no sólo de América Latina puede encontrarse en Huntington, S. P., *La tercera ola. La democratización a finales del siglo XX*, Barcelona, Paidós, 1994.

² Completados los procesos de transición la preocupación de los actores políticos de la región comenzó a centrarse más bien en la consolidación, limitaciones y viabilidad de las nuevas democracias. Esta preocupación se reflejó en el giro que toma-

Cada uno de estos procesos de reforma constitucional ha tenido su propia historia y peculiaridades. Quizás entre las cosas que podrían decirse que le fueron comunes fue la escasa experiencia que las naciones latinoamericanas han tenido, y hasta cierto punto siguen teniendo, en materia de reforma constitucional. Más allá del grado de rigidez o flexibilidad para facilitar o dificultar la aprobación de reformas constitucionales que tenga cada uno de sus sistemas, el hecho es que la región ha demostrado mayor propensión a romper sus Constituciones que a reformarlas. Con la salvedad de aquellas naciones en las que ha dominado un único partido político, y en cuyo caso la reforma constitucional no se presenta como necesidad ni como problema, en la mayoría de los países latinoamericanos los cambios constitucionales se han dado a través de sustitución de Constituciones.

Uno de los factores que puede explicar este hecho es la poca inclinación de las fuerzas políticas en América Latina para consensuar acuerdos y su propensión más bien al conflicto. Esto puede ser un serio obstáculo para cualquier proceso de reforma constitucional. Como se sabe, los procedimientos de reformas constitucionales se caracterizan precisamente por exigir acuerdos que deben materializarse en votaciones calificadas más altas que aquellas necesarias para la aprobación de leyes ordinarias. A esta ausencia de una cultura de consenso y al predominio de la conflictividad han contribuido, sin duda, las serias inequidades económicas y exclusiones sociales que han predominado tradicionalmente en la región.

Por lo general las Constituciones no establecen limitaciones materiales a sus reformas.³ Tales cambios quedan al arbitrio de las preferencias políticas que prevalezcan en un momento determinado. En lo que no existe la

ron los estudios académicos. Véase Alcántara, M. y Crespo, I. (eds.), *Los límites de la consolidación democrática en América Latina*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1995; Salinas, Darío, *Problemas y perspectivas de la democracia en América Latina*, México, Triana Editores, 1999; Moreno, Alejandro, *Political Cleavages: Issues, Parties and the Consolidation of Democracy*. Boulder, Westview Press, 1999. Hay importantes contribuciones en el número 2 de la Revista *Política* dedicado a “La democratización y sus límites. Después de la tercera Ola”, *Política*, Paidós, segundo semestre, 1996. Temas que recibieron especial atención fueron la reforma electoral, el parlamentarismo como alternativa, la descentralización. Véase Linz, J. J., “Democracia: presidencialismo o parlamentarismo, ¿hace alguna diferencia?”, en Godoy Arcaya, O. (ed.), *Hacia una democracia moderna. La opción parlamentaria*, Santiago, Universidad Católica de Chile, 1990; Nohlen, D. y Fernández, M. (eds.), *El presidencialismo renovado. Instituciones y cambio político en América Latina*, Caracas, Editorial Nueva Sociedad, 1998.

³ Hay excepciones como veremos luego.

misma libertad es en el procedimiento que se debe seguir para introducir reformas a las Constituciones. Aquí rige el principio contrario. La legitimidad de los cambios constitucionales viene dada por el cumplimiento de las reglas que la Constitución contempla para su reforma.

En los últimos años, sin embargo, la región ha sido testigo de procesos de cambios constitucionales que se han efectuado a través de mecanismos no previstos en las respectivas Constituciones. Estos cambios han ocurrido siguiendo procedimientos ubicados en los extramuros de los respectivos sistemas constitucionales. El caso más paradigmático ha sido el de convocar a asambleas o congresos constituyentes no obstante que estos mecanismos no estaban previstos en las respectivas cartas fundamentales.

Este camino de asambleas constituyentes lo han seguido el Perú entre 1992 y 1993,⁴ Colombia en 1991 y 1992,⁵ Venezuela en 1999⁶ y Bolivia en 2006.⁷ A ellos se suma también Ecuador donde se dieron dos procesos similares, uno en 1997, que culminó con la aprobación de una constitución que entró en vigencia en agosto de 1998, y el otro que comenzó en 2007. En esta ponencia vamos a referirnos exclusivamente a éste último.⁸ A diferencia de los otros países —sobre la mayoría de los cuales otros participantes de este seminario han preparado sus ponencias— el proceso ecuatoriano todavía no concluye. Al día de hoy la Asamblea Constituyente ecuatoriana que se instaló en diciembre de 2007 no ha aprobado aún el

⁴ Véase Planas, Pedro. “La Constitución peruana de 1993 ¿Es una Constitución de consenso?”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bonn, Konrad-Adenauer-Stiftung, CIDEA, 1999, pp. 557- 581.

⁵ Véase Sáchica, Luis Carlos, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Temis, 1992.

⁶ Para el caso venezolano véase Brewer Carías, Allan, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000; Russell Crandall, Guadalupe Paz y Roett, Riordan (eds.), *The Unraveling of Representative Democracy in Venezuela Boulder and London*, Lynne and Rienner Publishers, 2005.

⁷ Un temprano análisis del caso boliviano es Verdoso, Luis, *El proceso constituyente en Bolivia-a horcajadas entre la nación y sus partes*, La Paz, Plural Editores, 2005.

⁸ Para los antecedentes y dinámica del proceso de 1998 puede verse en Salgado, Hernán, “Ruptura, legitimación y Asamblea Constituyente en el Ecuador”, *Memorias. VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, t. I., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 323-337; Noboa, Ricardo, *En busca de una esperanza. Análisis de la Constituyente de 1998*, Guayaquil, Edino, 1999.

texto de la nueva constitución. Es más, una vez que la asamblea apruebe dicho texto se deberá convocar a un referéndum popular y solo entonces sabremos si entrará en vigencia la nueva Constitución.

Esta doble incertidumbre no debe ser obstáculo para nuestro trabajo en estos días. Después de todo es probable que el proceso jurídico y político que llevó a la instalación de la asamblea constituyente ecuatoriana sea tan importante como el texto mismo de la nueva Constitución. Es más, para los propósitos de esta ponencia nos es suficiente detenernos en esta primera fase de gestación.

La siguiente parte está dedicada a recorrer analítica e históricamente el concepto de poder constituyente. Nos detendremos en su dinámica en el contexto de tres escenarios: el de los Estados Unidos, el de Europa continental y el de América Latina. En la tercera parte haremos un resumen de los eventos que han tenido lugar durante el último año en Ecuador. Procuraremos enfatizar aquellas circunstancias y condiciones propias de la experiencia ecuatoriana, algo que podría contribuir luego a un ejercicio comparativo con otros casos similares. Nuestro objetivo es llamar la atención sobre la conducta que exhibieron los principales actores políticos durante este proceso y verificar los riesgos, oportunidades y limitaciones del mismo. El trabajo concluye con algunas reflexiones finales sobre lo ocurrido en Ecuador y procura extraer algunas lecciones para el futuro.

Lo que emerge de nuestro estudio no es un cuadro alentador. En el caso ecuatoriano es posible observar que el proceso constituyente sirvió más bien como un mecanismo de concentración de poder y no de institucionalización del mismo, un problema recurrente en Ecuador y, en general, en América Latina. En buena medida esta suerte que ha corrido el discurso constituyente podría deberse la atracción que despierta el concepto del “poder constituyente” como una fuerza absoluta, ilimitada, suprema, con una virtualidad transformadora casi mesiánica.

La nota que probablemente distingue la experiencia ecuatoriana es, en efecto, la poca o ninguna lealtad de quienes auspiciaron la “vía constituyente” para con las reglas que habían preestablecido y que estaban llamadas a guiar un procedimiento de por sí lleno de riesgos. Podrían discutirse sobre las bondades o deméritos de los procedimientos que se acordaron en alguno de los otros países que han ensayado la “alternativa constituyente”. Pero fueron procedimientos que en términos generales se respetaron. En Ecuador no sucedió esto.

Como veremos luego las reglas originalmente aprobadas para guiar el proceso constituyente se fueron abandonando en el camino para ser sus-

tituidas por nuevas a tal punto que en la actualidad el proceso constituyente difiere sustancialmente de aquél que fue consensuado en un inicio. Nos referimos especialmente al instrumento (el llamado “Estatuto”) que estaba llamado a guiar el funcionamiento de la asamblea, sus poderes y sus límites. Como hemos señalado el recurso de convocar a asambleas constituyentes cuando ellas u órganos similares no están previstos en los sistemas constitucionales es una situación anómala, pues, contrario a lo que generalmente sucede, dichos órganos no nacen del vacío sino de un marco ya constituido y de reglas pactadas. De ahí que se torna crítica la fase de transición, en particular las reglas que legitimarán el funcionamiento de dichas asambleas así como los mecanismos de control para asegurarnos que esos procedimientos se respeten. Esto es lo que fracasó en el caso ecuatoriano.

El otro hecho visible en el proceso ecuatoriano es el entrecruce que el “discurso constituyente” ha sufrido con la praxis política coyuntural. Las cuestiones relacionadas con una reforma a la Constitución pertenecen, siguiendo a Bruce Ackerman, a la “alta política” (*high politics*). Las cuestiones que se debaten durante estos excepcionales y cruciales momentos de la historia de una nación (“momentos constituyentes”) son cuestiones que por su naturaleza afectan, y por lo tanto involucran a toda la sociedad; trascienden a aquellos de la “política ordinaria” (*ordinary politics*), que por lo general más bien interesan a segmentos o grupos sociales específicos. En época de cambios constitucionales los individuos asumen plena ciudadanía: dejan de ocuparse de sus asuntos individuales y se involucran en un proceso que afectará a su comunidad y a futuras generaciones.⁹

En el proceso constituyente ecuatoriano ambos niveles del quehacer político se han confundido. El gobierno aprovechó la narrativa fundacional del “poder constituyente” (poder pleno, ilimitado, incondicionado, y otros adjetivos similares) para más bien consolidar su posición en el tablero político coyuntural: desbarató la poca oposición que tenía, clausuró el Congreso, mantiene bajo amenaza a la Corte Suprema, neutralizó al Tribunal Constitucional, reemplazó al ministro fiscal general y asumió prácticamente el control total de las instituciones políticas. Inclusive se

⁹ Esta distinción de Ackerman puede encontrarse desarrollada en Ackerman, B., “Revolution on a Human Scale”, *The Yale Law Journal*, vol. 108, núm. 8, Symposium: Moments of Change: Transformation in American Constitutionalism, enero de 1999, pp. 2279-2349.

observa una perturbadora injerencia militar en la política.¹⁰ Es más, la Asamblea Constituyente ha dedicado buena parte de su tiempo y energías a aprobar legislación ordinaria preparada por el Ejecutivo (creación de impuestos, reforma de salarios de empleados públicos, ley de tránsito, amnistías, etcétera) que nada tienen que ver con una reforma institucional.

En definitiva, el debate constitucional ha sido prácticamente opacado y absorbido por la “política ordinaria”. Al no tener los temas constitucionales la centralidad o el protagonismo propios del “momento constituyente”, buena parte de la sociedad ecuatoriana ha optado por desentenderse del debate constitucional. Todo apunta que cuando sea sometida a referéndum el proyecto de nueva Constitución no sea ella la que esté en juego sino la suerte del actual gobierno y la reelección del presidente. El resultado ha sido una perversión del proceso constituyente. Llamado a ser un espacio de diálogo, participación y creatividad constitucional, de inclusión democrática y de consenso, dicho proceso ha sufrido una suerte de metamorfosis para convertirse en la simple plataforma de un gobierno.

II. EL PODER CONSTITUYENTE Y SUS ENCANTOS

No obstante su centralidad en el fenómeno constitucional, el concepto de poder constituyente ha permanecido casi invariable a lo largo del tiempo. Una somera revisión de los pertinentes tratados de derecho constitucional y opiniones que han jalonado su desarrollo da esa impresión. Por lo general, la atención académica sobre el poder constituyente se encuentra al inicio de los cursos de derecho constitucional, como antecedente que explica la vigencia y legitimidad de una Constitución, y al final, cuando se abordan los temas relacionados con su reforma. Curiosamente algo parecido ha sucedido en la arena pública. Del poder constituyente se ha discutido generalmente al momento de fundar un Estado constitucional, y del mismo se vuelve a escuchar al momento de reformar la Constitución. Dos momentos claves en la vida de cualquier sociedad: el momento en que ella decide convertirse en Estado y en el momento en que ella resuelve reformar su andamiaje jurídico constitucional.

¹⁰ Cuantiosos contratos de vialidad y de infraestructura gasífera han sido entregados a las fuerzas armadas para que ellas a su vez subcontraten las obras y servicios sin previa licitación. Es más, en abierta violación de las leyes militares, la propia administración de la empresa estatal de petróleos (Petroecuador) fue entregada a varios oficiales en servicio activo.

Durante el intervalo entre estos dos momentos críticos parecería que el concepto de poder constituyente entra en reposo. Desde una visión exclusivamente analítica hasta podría decirse que los problemas del poder constituyente realmente se hacen presentes en toda su magnitud en el primero de estos momentos, pues los procesos de reforma constitucional ocurren dentro del marco de poderes ya constituidos.

1. *Concepto*

Se ha entendido tradicionalmente al poder constituyente como la potestad del pueblo soberano de darse su ordenamiento jurídico y político fundamental u originario por medio de una Constitución, y a revisar a ésta total o parcialmente, cuando lo crea necesario.¹¹ El titular de este poder es el pueblo. Su ejercicio es un ejercicio extraordinario, pues, únicamente entra en operación en dos momentos nada ordinarios en la vida de una sociedad (nacimiento del Estado y reforma de su Constitución) y concluye una vez que su propósito ha sido obtenido. No obstante esto último, se trata de un poder permanente. El poder constituyente no se extingue con la aprobación de una Constitución o su reforma, ya que ésta no puede anularlo. Es, además, un poder originario e inmanente, pues, no se deriva de ningún otro poder ni puede encontrar su fundamento fuera de sí mismo, y es, a su vez, un poder superior a los demás y autónomo, pues, él es la instancia superior de la cual nace la Constitución y sirve de fuente de las demás normas.¹²

El poder constituyente es quizás mejor apreciado cuando se lo contrasta con el resultado de su ejercicio, es decir, con los poderes constituidos. Los poderes constituidos se configuran a través de ese haz de instituciones públicas y del orden normativo que ellas producen dentro de un orden jerárquico. Los poderes constituidos implican, en consecuencia, la existencia de una norma que califica como válidas ciertas conductas o legítimo el ejercicio de una competencia. Al poder constituido le son ajenas, le repugnan podría decirse, cualquier idea de un poder incondicional, algo que se predica generalmente del poder constituyente.

¹¹ Quintana Linares, Segundo, *Teoría e historia constitucional*, Buenos Aires, Alfa, 1958, t. I, p. 82. De allí que la clásica distinción entre poder constituyente “originario” (establecimiento de una Constitución) y “derivado” (reforma constitucional). Este último se ejerce a través de órganos y procedimientos ya establecidos en la respectiva Constitución.

¹² Badeni, Gregorio, *Instituciones de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, pp. 145 y 146.

La doctrina tradicionalmente ha visto al concepto de poder constituyente como concepto puramente político, pues su existencia precede al ordenamiento legal. Lo precede y, además, lo explica y legitima. Para muchos no podría entenderse una Constitución sin un poder constituyente que la antecede. Pero este último puede entenderse sin necesidad de la primera. Ambos conceptos están unidos como el del creador (poder constituyente) y la criatura (poderes constituidos).¹³

Pero no por ser un concepto político que antecede la formación de un Estado es necesariamente un concepto que escapa a lo jurídico. Dos elementos esenciales para la existencia de un poder constituyente, el pueblo y el territorio donde ese pueblo se asienta son nociones políticas ciertamente, pero no por ello son nociones ajenas a la órbita jurídica. No debe confundirse, además, la soberanía, que radica, sin duda, en el pueblo, con el poder que de él emana. El pueblo es el soberano, es el titular de la soberanía. Pero no, así, su poder. El poder que de él nace es un poder superior, sin duda, pero no absoluto o ilimitado. Toda la historia del derecho constitucional moderno está escrita de su lucha por desterrar la idea de que existen poderes absolutos e ilimitados.¹⁴ No vemos por qué hay que hacer una excepción con el concepto poder constituyente. Esto adquiere mayor relevancia cuando observamos que con frecuencia el ejercicio del poder constituyente tiene lugar en estados ya existentes, con territorio y población definidos, y, en no pocas ocasiones, gracias a decisiones de los poderes constituidos.

El segundo aspecto que debemos tener en cuenta es que cuando el ejercicio del poder constituyente no se hace de forma inmediata y directa sino a través de asambleas éstas últimas no pueden confundirse con el poder que les dio origen. Ellas no son espejos del primero. No negamos que la misión de estas asambleas sea una misión extraordinaria, especial y única. Pero no dejan sus miembros de ser simples representantes. Ni en ellos ni en las asambleas radica la soberanía, sino en el pueblo, por lo que no pueden invocar para sí poderes “plenos”, “ilimitados” o “absolutos”. Si semejantes adjetivos pueden predicarse —cosa que no aceptamos en esta etapa de la evolución del derecho constitucional— podría ser del poder que emana directamente del pueblo, pero no de las asambleas que

¹³ Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, 7a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 115.

¹⁴ Loewenstein, K., *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallegos Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1964, p. 29.

elige. Más aún si el pueblo ha establecido reglas para el funcionamiento de tales asambleas.

Buena parte de esa suerte de “mistificación” del poder constituyente se debe al contexto histórico de su nacimiento. A ellos dedicaremos las próximas secciones.

2. Escenario general

Ha sido común al hablar de la doctrina del poder constituyente recordar la contribución que hizo al respecto el abate Sieyès durante los turbulentos meses de la Revolución francesa. A él se le debe, sin duda, el haber formulado por primera vez algunos de sus elementos. En el opúsculo de su autoría, *¿Qué es el Tercer Estado?*¹⁵ que circuló en la víspera del estallido revolucionario, así como en la “Exposición razonada” que presentó ante la Comisión de la Constitución de la Asamblea Nacional el 20 y 21 de julio de 1789, Sieyès elaboró algunos principios e ideas que hoy son comúnmente aceptados sobre el poder constituyente y que han sido esbozados antes.

Debe advertirse, sin embargo, que el mérito de Sieyès radica más en su esfuerzo de sistematización —acompañado, además, de un estilo fulminante— que en la originalidad de sus argumentos. Entre las líneas de sus apasionados escritos es fácil observar la presencia, por una parte, del pensamiento de Rousseau, en particular sus observaciones sobre la representación política, la voluntad general y la sociedad civil que forman la matriz de su celebre “Contrato Social”.¹⁶ Como diría Sánchez Viamonte, es como si las teorías de Rousseau “se simplifican y se clarifican en la pluma del abate Sieyès. El sistema ideológico se transforma en sistema institucional”.¹⁷

El otro hecho que debe tenerse en cuenta es la del experimento político que acababa de suceder al otro lado del Atlántico. En realidad, antes

¹⁵ Tanto el mencionado panfleto (“¿Qué es el Tercer Estado?”) como su “Ensaya sobre los Privilegios” puede consultarse en una publicación de editorial Oikos-tau de Barcelona (1989) que lleva una nota introductoria de Edme Champion.

¹⁶ Un análisis de estos tres ingredientes en la obra de Rousseau y su influencia en Sieyès puede verse en Chevalier, J. J., *Los grandes textos políticos*, Madrid, Aguilar, 1967, pp. 145-189; véase, también, Fralin, Richard, *Rousseau and Representation*, Columbia University Press, 1978.

¹⁷ Viamonte Sánchez, C., *Derecho constitucional (I)*, Buenos Aires, 1945, p. 253.

de la formulación de Sieyès sobre el poder constituyente y, en particular las diferencias que él marca entre éste y los poderes constituidos, ya los revolucionarios de las ex colonias inglesas habían no solamente concebido dicha diferenciación —piedra angular de la garantía de libertad y por ende del constitucionalismo— sino que, además, la habían llevado a la práctica.¹⁸

Pero más allá de estas y otras precisiones históricas que pueden hacerse, lo cierto es que la doctrina del poder constituyente germinó durante ese arco de tiempo en el que se gestó el derecho constitucional moderno y que tuvieron como protagonistas dos hechos políticos, la Revolución americana y la francesa, y una cascada de aportes intelectuales que van desde el *Leviatán* de Hobbes hasta los iracundos escritos del abate Sieyès.

Si bien es cierto que en sus orígenes la formulación doctrinal del poder constituyente habría gozado de un generalizado consenso, y que dicho consenso podríamos decir que perdura hasta hoy, lo mismo no puede decirse sobre el papel que le tocó jugar en los diferentes escenarios donde echó raíces el movimiento constitucionalista. La suerte que corrió el concepto de poder constituyente no fue tan pareja como la convergencia ideológica de su formulación. Para los efectos de este trabajo nos interesa referirnos en particular a tres contextos: el de los Estados Unidos, el de Europa y el de América Latina.

3. Estados Unidos

Como hemos señalado antes los ex colonos de Inglaterra afincados en la costa Este de Americana fueron los primeros en esbozar algunas ideas sobre poder constituyente. Inspirados en los escritos de Locke y de Montesquieu, gente como Hamilton, Madison, y en especial Adams, vieron con claridad que el problema del poder constituyente venía resuelto mediante la representación.¹⁹ A la convención asistirían delegados elegidos con el sólo propósito de aprobar una Constitución. De esta manera la soberanía popular adquiriría una forma concreta y operacional. Era la peculiar naturaleza de esta convención —su unicidad en el propósito— la que haría que la Constitución que allí se apruebe sea una

¹⁸ Linares Quintana, *op. cit.*, p. 84; Ayuso Torres, Miguel et al., *Manual de derecho constitucional (I)*, COLEX, 1997, p. 112.

¹⁹ Butta, Giuseppe, *John Adams e gl'inizi del constituzionalismo americano*, Milán, Giuffré, 1988, p. 128.

ley muy diferente, muy especial, frente a aquellas que luego apruebe la legislatura ordinaria. Tanto el proceso revolucionario como la superioridad normativa de la nueva Constitución quedaron legitimados mediante este mecanismo.²⁰ Esto que hoy nos puede parecer algo normal fue en su momento un invento audaz.

Una vez aprobada la Constitución federal en Filadelfia, y disuelta la confederación luego de que las legislaturas estatales ratificaron la nueva carta, el poder constituyente americano podría decirse que cumplió su objetivo político primordial: la fundación de una República. El poder quedó transformado en autoridad. Fue un proceso complejo, intenso, lleno de compromisos entre las diferentes facciones que al final produjo un sorprendente resultado para la época. Un proceso que se vio favorecido por el hecho de haber comenzado su empresa sobre un terreno despejado y virgen, una vez que la dependencia de la metrópolis inglesa había desaparecido. Fue, para usar la metáfora hegeliana, uno de esos raros casos en que la razón y la historia se encontraron.²¹ Probablemente esto explique la escasa atención que el concepto de poder constituyente haya recibido en los Estados Unidos; logrado su fundamental cometido fundacional no se percibió la necesidad de formular doctrinas que lo expliquen.²² Desde el plano estrictamente jurídico podría decirse que el poder constituyente volvería emerger únicamente durante los escasos procesos de cambios constitucionales que le sucedieron a la fundación de la República. No sería ya el poder constituyente originario sino el derivado el que canalizaría su fuerza creativa.²³

²⁰ Véase Palmer, R. A., *The Age of Democratic Revolution*, Princeton University Press, 1964, pp. 213-35; Wood, Gordon, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, North Carolina Press, 1998, pp. 306-43.

²¹ La idea también la expone Mora-Donatto, Cecilia, *El valor de la Constitución normativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 24.

²² Para un interesante análisis sobre el poder constituyente en los Estados Unidos y sus formas de expresarse véase Griffin, Stephen, “Constituent Power and Constitutional Change in American Constitutionalism”, en Loughlin, Martin y Walter, Neil (eds.), *Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

²³ Es más, si por tales cambios entendemos profundas transformaciones constitucionales, ya sea que se plasmen en formales enmiendas o en posiciones de la jurisprudencia constitucional, pero que en esencia implicaron un alto grado de movilización popular, serios conflictos políticos y arriesgadas maniobras institucionales, tales cambios quedarían reducidos realmente a dos. El ocurrido con las aprobaciones y ratificaciones de las enmiendas 13, 14 y 15, durante el periodo de la Reconstrucción luego de la Guerra Civil,

4. *Europa continental*

Una suerte diferente corrió el poder constituyente en Europa. Los revolucionarios franceses, a diferencias de sus pares americanos, tuvieron que enfrentar a un régimen monárquico y a un orden feudal demasiado poderosos. Los intentos de implantar una República como la que se había iniciado al otro lado del Atlántico se vieron constantemente frustrados. El poder constituyente no perdió su protagonismo en la medida en que el conflicto entre la antigua clase dominante, la aristocracia, y la nueva, la burguesía, con respecto a la monarquía se prolongó por casi un siglo. Con su narrativa de una fuerza originaria, ilimitada, incondicional y soberana, de una fuerza que parece habitar en un estado de naturaleza y de pureza —aquí la figura del “buen salvaje” es inevitable—, el poder constituyente devino en un ingrediente casi religioso en esta prolongada lucha. Schmitt encuentra en la formación religiosa del abate Sieyès una explicación de esta visión casi mística de un poder pleno, supremo y puro del que con tanta vehemencia escribiera y hablará.²⁴ Es probable que haya algo de cierto en ello, como, en general, en la observación de Schmitt en el sentido de que los conceptos políticos muchas veces son abordados como la teología aborda a Dios. Pero creemos que esa visión mesiánica del poder constituyente fue fundamentalmente producto de una necesidad política ante la presencia de un régimen que se resistía a desaparecer.

Es más, una y otra vez a lo largo del siglo XIX en el escenario francés, y el de la entera Europa, fue necesario invocar la doctrina del poder constituyente para vencer esa resistencia. Pero el curso de los eventos, especialmente en Francia luego de la Revolución, iba a dar al poder constituyente un giro inesperado. Lejos de convertirse en la expresión más pura de un proyecto democrático, el poder constituyente terminó siendo un factor en el reforzamiento de la autoridad estatal. Una vez que concluyó la etapa más violenta de la Revolución, el poder constituyente quedó aso-

y la apertura jurisprudencial que exhibió la Corte Suprema con respecto al “New Deal” de F. D. Roosevelt luego de años de un conflicto sin precedentes. Si a estos dos momentos le añadimos el del advenimiento de la nueva república podría decirse que las décadas de 1780, 1860 y 1932 fueron momentos en los que la problemática del poder constituyente se hizo presente. Ver en general Ackerman, Bruce, *We the People: Volume I*, Cambridge, Foundations Harvard University Press, 1993, y *We the People: Volume II, Transformations*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.

²⁴ Schmitt, Carl, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, trad. De George D. Swam, Cambridge, MIT Press, 1985 (originalmente publicada en 1922).

ciado en el imaginario colectivo de la burguesía con los excesos del jacobinismo. Los temores que esa turbulencia inspiraba fueron aprovechados para diluir al poder constituyente en la representación parlamentaria. Pero también sucedió lo contrario. Que el poder constituyente fue aprovechado para consolidar la dictadura bonapartista. De esta manera al finalizar el siglo XIX, y en el ocaso del Imperio, el poder constituyente siguió siendo uno de los asuntos no resueltos luego de la Revolución.²⁵ Esta situación explica en buena parte la atención intelectual que recibió este elusivo concepto. Los esfuerzos por construir una dogmática coherente alrededor de este fenómeno, entre los que sobresale la obra Carré de Malberg,²⁶ fueron de la mano con los esfuerzos no siempre exitosos de instituir democracias constitucionales republicanas, de sus fracasos y transacciones.

En efecto, no teniendo ninguna de las dos fuerzas la capacidad de derrotar a la otra el resultado fue una serie de compromisos. Quizás el más visible de ellos fue la ausencia de un efectivo control constitucional sobre la legislación secundaria y los actos de gobiernos. La supremacía de la ley, y por ende del parlamento, fue el puesto de más avanzada que lograron las fuerzas democráticas. Habrá que esperar el fin de la Segunda Guerra Mundial para comenzar la fase final de este truncado proceso.

En realidad, la sociedad francesa y el Estado francés se desarrollarán hasta 1946 con sus códigos, sus restantes leyes, y su administración sin necesidad de Ley suprema alguna. Las “constituciones” francesas del XIX son expresiones de un *constitutionalismo sin Constitución*. Y siendo el “constitutionalismo francés” fuente y tronco del europeo, la conclusión es que en la Europa del siglo XIX, con la excepción helvética... solo se dio ese *constitutionalismo*, integrado por Estatutos y “Cartas”, leyes políticas u orgánicas del Estado, en suma, con frustrados intentos de otras cosas (la Francia de 48 y la España del 69).²⁷

²⁵ Este doble giro es analizado en detalle en Jaumen, Lucien “Constituent Power in France: the Revolution and its Consequences”, en Loughlin, Martin y Walter, Neil (eds.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

²⁶ No es una coincidencia que los más connotados iuspublicistas europeos anteriores a la Segunda Guerra Mundial haya centrado sus esfuerzos en el estudio del Estado más que en el de la Constitución. La más reciente edición de la principal obra de Malberg data de 1998. Carré de Malberg, R., *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998; Jellinek, G., *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1954; Heller, H., *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica.

²⁷ Acosta Sánchez, J., *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 149.

No obstante las frustraciones que sufrió el proceso europeo, las intermitentes invocaciones al poder constituyente, como fuente de legitimación total y con virtualidades ajenas al proceso político ordinario, le dieron a este concepto un aire casi omnipotente. El poder constituyente todo lo podía, pues, él garantizaba una suerte de renacer. Un borrón y cuenta nueva. Siendo un concepto extra jurídico, se decía, no estaba sujeto a control, justificación o límites.

Los riesgos de una fuerza con estas connotaciones no demoraron en aparecer en el horizonte europeo. El que las experiencias del fascismo y el nazismo se hayan sustentado precisamente en un arrollador apoyo popular puso en crisis el dogma casi religioso del poder constituyente. La idea de que el poder constituyente debía conocer ciertos límites pasó a primera fila una vez terminada la conflagración mundial.²⁸

El poder constituyente conocerá límites de carácter material, en la medida en que habrá un núcleo de derechos y garantías que no los podrá afectar. Tendrá límites de carácter internacional, en la medida en que ciertos principios del derecho internacional los deberá respetar. Y tendrá límites de carácter procesal, en la medida en que el ejercicio del poder constituyente se deberá sujetar a procedimientos previamente consensuados que garanticen un mínimo de predictibilidad y un máximo de participación. En definitiva, el poder constituyente no debía convertirse en el futuro ni en un salto al vacío, ni en una puerta por donde se instalen regímenes que son la antítesis de su función histórica.²⁹

²⁸ Sobre el tema de los límites del poder constituyente puede verse Quintana Linares, *op. cit.*, pp. 90-93; Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y problemática del Poder Constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985; Gambino, Silvio y D'Ignazio, Guerino (eds.), *La revisione costituzionale e i suoi limiti*, Milán, Giuffré, 2007. Esta preocupación por los límites del poder constituyente puede verse inclusive en algunas de las cartas constitucionales que se aprobaron luego de la Segunda Guerra Mundial. El caso más paradigmático es probablemente la ley fundamental de Bonn que declara inadmisible cualquier reforma que relativa a la organización federal, la cooperación de los países en la legislación o los principios básicos contenidos en el capítulo de la declaración de derechos. El artículo 89 de la constitución francesa declara que “No podrá la forma republicana de gobierno ser objeto de reforma”. La Constitución italiana de 1947 traía una disposición idéntica en su artículo 130 que es la misma que hoy consta en el artículo 139 del texto reformado y codificado. En esto también los Estados Unidos dio un primer paso. Su Constitución federal (artículo V) prohíbe que mediante una enmienda constitucional se afecte la igualdad de voto en el Senado sin el consentimiento del respectivo Estado.

²⁹ Una polémica visión sobre las normas preconstitucionales puede verse en Requejo Pagés, Juan Luis, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, 1998.

En los últimos años puede observarse en Europa un regresar sobre la doctrina poder constituyente. Esta vez lo han provocado en buena medida la transición española,³⁰ la instalación de democracias constitucionales en Europa Central³¹ y el intento de coronar el proceso de unión europea con la aprobación de una Constitución.³² Desde sus perspectivas cada una de estas circunstancias políticas ha abierto nuevas o reabierto antiguas interrogantes sobre el poder constituyente.

5. América Latina

En América Latina otra ha sido la experiencia del poder constituyente. Los líderes políticos de las guerras de independencia estaban bastante familiarizados con las doctrinas del derecho constitucional tal cual venían formulándose en Inglaterra, Francia y los Estados Unidos.³³ Sin embargo, la tarea de organizar los nuevos gobiernos e instituciones políticas de acuerdo a ese paradigma constitucionalista tuvo enormes obstáculos. Si los revolucionarios europeos tuvieron que enfrentar una y otra vez a un régimen monárquico que no terminaba de extinguirse, y aprender a forjar una serie de compromisos a lo largo de este conflicto, las democracias latinoamericanas tuvieron que enfrentar situaciones muy diversas. El desorden que siguió a la retirada de España, la política de centralización que había implantado la metrópolis y la poca experiencia en los colonos hispanos en el auto gobierno, abonaron al surgimiento del fenómeno caudillista.

La fundación de las nuevas Repúblicas, y por ende sus Constituciones, fue obra de caudillos. Cada uno de ellos consolidaba la legitimidad de su

³⁰ Soto, Álvaro y Tussel, Javier (eds.), *Historia de la transición (1975-1986)*, 2a. ed., Madrid, Alianza, 1996; Attard, Emilio, *La Constitución por dentro: evocaciones del proceso constituyente. Valores, derechos y libertades*, Valencia, 2003.

³¹ Gambino, Silvio, “Potere costituente e potere costituito: riflessioni sul processo costituente nelle recente transizioni costituzionali degli statuti ex-socialisti”, en Catania, Alfonso (coord.), *Dimensioni della effettività. Tra teoria generale e politica dell’diritto*, Milán, Giuffrè, 2005, pp. 159-213.

³² Ruiperez, Javier, *La Constitución Europea y la teoría del poder constituyente*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2000; Della Valle, Sergio, *Una Costituzione senza popolo? La Costituzione Europea alla luce delle concezioni del popolo come “potere costituyente”*, Milán, Giuffrè, 2002.

³³ Beyhaut, Gustavo y Hélène, *América Latina. III De la Independencia a la Segunda Guerra Mundial*, México, Siglo XXI, 1999; Lewin Boleslao, *Rousseau en la independencia de Latinoamérica*, Buenos Aires, Depalma, 1980.

autoridad bajo una o más Constituciones que eran de su inspiración. No es infrecuente encontrar en la región que la historia política de muchas de sus naciones venga dividida según el liderazgo de caudillos y que, a su vez, cada una de estas etapas venga asociada con una Constitución. Salvo raras excepciones, las Constituciones en América Latina no se han escrito pensando en la oposición, en el otro político. Ellas han sido vistas más bien como el trofeo de los ganadores que se impone sobre los perdedores. Las Constituciones así pensadas no están llamadas a organizar el Estado sino a facilitar un gobierno. Ellas pasan entonces a formar parte de lo que Ackerman llama “política ordinaria”. Más que organizar el poder, terminaron reflejando el poder. Y como éste muta de manos con frecuencia, igual suerte han corrido las Constituciones.

Pero un problema más serio radica en la noción misma de poder constituyente. El poder constituyente es un concepto que presupone una sociedad civil. Cuando los doctrinarios del derecho constitucional europeo se refieren al “poder constituyente” lo que tienen en mente es un cuerpo social más o menos homogéneo que ha compartido experiencias históricas comunes, que ha deliberado y resuelto organizarse políticamente en un Estado democrático. Sociedades que estuvieron listas para constituir sus estados. Sociedades donde sus individuos pueden reconocerse como integrantes de un proyecto común. Ese presupuesto no existe en buena parte de América Latina. Acá podría decirse que el proceso siguió en sentido contrario. Los Estados antecedieron a las sociedades. Sociedades fragmentadas, donde buena parte de la población está excluida, donde sus miembros carecen de referentes comunes que posibiliten consensos y donde predominan iniquidades económicas difícilmente podían ser compatibles con el concepto de poder constituyente tal como venía siendo formulado por el constitucionalismo anglo europeo. Y, en consecuencia, difícilmente iban a tener éxito su vocación fundacional.³⁴ Y no por alguna fisura en su construcción dogmática sino por fisuras de sus premisas sociológicas.

Los riesgos del poder constituyente en América Latina no son menores, entonces. La idea de un poder originario, fundacional, ilimitado, incondicional y supremo, en una región fértil de populismos y caudillajes puede devenir fácilmente en una puerta que consolide formas autoritarias

³⁴ Una crítica en esta línea puede encontrarse en Sáchica, Luis, *Esquema para una teoría del poder constituyente*, 2a. ed., Bogotá, Temis, 1985.

de gobierno bajo la apariencia de legitimidad. La imagen casi omnipo-tente del poder constituyente puede despertar grandes expectativas en sociedades que reclaman urgentes cambios así como fatales frustraciones cuando dichos cambios no se materializan por el hecho de aprobar una nueva Constitución. En la medida en que los procesos constituyentes queden anclados en la política coyuntural el riesgo es que terminen siendo instrumentos de ella.

Minimizar estos riesgos es un complejo desafío del derecho constitucional latinoamericano. Si en la región los procesos constituyentes están destinados a formar parte de los procesos políticos “ordinarios” probablemente sea necesario no sólo repensar su formulación dogmática, sino someterlos a principios consensuados en el seno del derecho constitucional y a reglas y procedimientos pre establecidos en los ordenamientos jurídicos.

Finalmente, es necesario advertir que la temática del poder constituyente ha comenzado a suscitar interés en el contexto más general de la filosofía política. La connotación fundacional que históricamente se ha asociado con el poder constituyente roza con algunos temas que son hoy materia de un intenso debate, liderado por Habermas, sobre la democracia y las condiciones de su legitimidad.³⁵

Concentramos nuestra atención ahora en el actual proceso constituyente ecuatoriano.

III. LA EXPERIENCIA ECUATORIANA

1. *Antecedentes*

El antecedente inmediato del actual proceso constituyente ecuatoriano es el estado de descomposición de su sistema político.³⁶ Sus principales

³⁵ La obra de Habermas se centra en el estudio de los procesos tradicionales de la democracia, la crítica por su falta de espacio para la toma de decisiones colectivas y sus propuestas de alternativas que superen esta falencia. Una incursión interesante que hace Habermas en el campo del derecho puede encontrarse en Habermas, J., *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de discurso*, Madrid, Trotta, 1998.

³⁶ En general puede verse Pachano, Simón, *Democracia sin Sociedad*, Quito, ILDIS, 1996.

actores habían forjado un sistema de bloqueos permanentes.³⁷ Las crisis políticas no se resolvían como crisis de gobierno sino que terminaban en crisis de estado que, a su vez, desembocaban en cismas constitucionales. Entre 1996 y el 2006 el Ecuador tuvo ocho presidentes, soportó una profunda crisis económica y permaneció por casi un año sin Corte Suprema de Justicia. Un sistema electoral que alentaba y alienta la fragmentación parlamentaria, de una nación ya fragmentada por fisuras regionales, conspiraba en contra de un Ejecutivo que no obstante ser elegido por mayoría absoluta no lograba casi nunca tener mayoría relativa en el Congreso. Una vez en funciones el presidente quedaba virtualmente secuestrado por el resto del andamiaje institucional que permanecía bajo el férreo control de la llamada “partidocracia”.

No obstante los importantes cambios que se habían introducido en la Constitución de 1998, especialmente el reconocimiento constitucional de derechos colectivos a las etnias indígenas, la incorporación del derecho internacional en el sistema de fuentes normativas, la declaración del valor normativo de la Constitución y ciertos avances en materia de descentralización, dicha Constitución dejó relativamente intocados muchos de los nudos gordianos que afectaban las relaciones entre las diferentes instituciones políticas: relaciones Ejecutivo-Congreso, independencia del Tribunal Constitucional, Corte Suprema y Tribunal Supremo Electoral, régimen de partidos políticos, sistema electoral y organismos de control.³⁸ Las élites políticas no demostraron interés en abordar estos puntos. Un refuerzo del presidencialismo —uno de los aportes de la nueva Carta Fundamental—, creyendo que con ello se ganaba en “gobernabilidad”, de nada sirvió. De hecho, en los años que siguieron a la entrada en vigencia de la nueva Constitución dos presidentes (Jamil Mahuad en 2000 y Lucio Gutiérrez en 2005) no terminaron sus mandatos.

³⁷ Un buen análisis de esta marcada tendencia es Cañate, María Fernanda (comp.), *La crisis ecuatoriana: sus bloqueos económicos, políticos y sociales*, Quito, CEDIME, 2000.

³⁸ Véase Rodríguez, Vicén, “Ecuador: algunas reformas constitucionales de la Asamblea Nacional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bonn, Konrad-Adenauer-Stiftung, CIDELA, 1999, pp. 483-502; Alcívar Santos, Orlando, *Comentarios a la Constitución Política del Estado (La Asamblea itinerante)*, Guayaquil, Offset Abad, 1998; Chávez, Ángel Polibio, *Reforma constitucional: ¿más gobernabilidad?*, Quito, Fundación Ecuatoriana de Estudios Sociales, 1998; Hurtado, Osvaldo, *Una Constitución para el futuro*, Quito, Fundación Ecuatoriana de Estudios Sociales.

2. *El intento del presidente Gustavo Noboa*

En agosto de 2001 el entonces presidente Gustavo Noboa —quién como vicepresidente había sustituido al derrocado Jamil Mahuad— presentó al Congreso Nacional un proyecto de reformas constitucionales bastante ambicioso.³⁹ En general, las reformas buscaban destrabar el funcionamiento institucional que aquejaba el sistema. Noboa huérfano de respaldo parlamentario —había llegado al poder en sustitución de Mahuad cuya coalición, a su vez, se había evaporado— no logró que el Congreso discutiera su proyecto. Según la Constitución vigente Noboa hubiese podido someter el proyecto a consulta popular, pues el Congreso no había conocido su proyecto por un año. Pero para esa fecha su gobierno estaba por concluir. Su sucesor, el coronel Lucio Gutiérrez —que había participado en el derrocamiento de Mahuad— tampoco tuvo una mayoría relativa en el parlamento por lo que se vio forzado a llegar a un compromiso con los partidos tradicionales.

3. *Los intentos del presidente Alfredo Palacio*

En abril de 2005, sin embargo, el presidente Lucio Gutiérrez fue derrocado por una combinación de protestas populares e intervención militar. Pocos meses atrás, y en franca violación constitucional, una mayoría de diputados —con el apoyo del Ejecutivo—, había cesado en sus funciones a los magistrados de la Corte Suprema y los había reemplazado por otros con los que tenían afinidad. La sospecha de que estos cambios en la Corte Suprema tenían como finalidad facilitar el regreso del ex presidente Bucaram se confirmaron cuando el presidente de la nueva Corte declaró nulo el proceso judicial que contra dicho líder se había iniciado años atrás. Con la caída de Gutiérrez los nuevos magistrados tuvieron que abandonar sus cargos. Sin un mecanismo constitucional claro para llenar las vacantes, la Corte Suprema dejó de funcionar por casi un año hasta que se encontró una salida a la crisis.⁴⁰

³⁹ Oficio No. T.1413-DAJ-2001-3995. 21 de agosto de 2001. Sobre la iniciativa véase McConnell, Shelley, “Ecuador’s centrifugal politics”, en *Current History*, febrero de 2001, pp. 73-79.

⁴⁰ La Constitución de 1998 había establecido el sistema de cooptación. Los magistrados que fueron destituidos venían ejerciendo sus funciones desde 1997 y permanecieron en sus cargos una vez que la Constitución entró en vigencia en agosto de 1998. Una

Durante este tiempo la idea de una asamblea constituyente de “plenos poderes” comenzó a ganar adeptos, en especial en los movimientos sociales e indígenas. A los pocos días después de que Lucio Gutiérrez fuera obligado a abandonar el cargo de presidente, su sucesor Alfredo Palacio —otro vicepresidente al que le había tocado asumir la Presidencia— anunció que convocaría a una asamblea constituyente que a juicio de muchos era la única salida a la endémica crisis ecuatoriana. Palacio demoró algunos meses en concretar su anuncio. Finalmente en octubre de 2005 dicta un decreto ejecutivo convocando a una consulta popular para que el pueblo resuelva sobre la instalación de la asamblea y estableciendo una serie de reglas sobre la elección de los asambleístas en el evento que ganara el “sí”.⁴¹ Palacio termina exhortando al Tribunal Supremo Electoral (en adelante TSE) para que la consulta tenga lugar en diciembre de 2005.

Sin embargo, días más tarde el TSE declaró “inaplicable” el mencionado decreto.⁴² Según este organismo la Constitución de 1998 no facultaba al presidente de la República a convocar a una asamblea constituyente. El 2 de diciembre del mismo año Palacio insistió en su propósito dictando otro decreto ejecutivo pero ésta vez sin hacer exhortación alguna al organismo electoral sino disponiendo que éste organice el evento electoral.⁴³ Dos semanas luego el TSE volvió a rechazar el pedido presidencial aduciendo similares razones.⁴⁴

4. ¿Era posible la convocatoria a una asamblea constituyente?

La falta de independencia del TSE de los partidos políticos echó una sombra de dudas sobre los argumentos que esgrimió para negarse a or-

salida a la crisis habría sido que los Magistrados que fueron inconstitucionalmente removidos regresen a sus cargos. Sin embargo, muchos sectores insistieron en que ello no era posible, pues, la elección de algunos de ellos en 1997 se debió gracias a la presión partidista.

⁴¹ Decreto Ejecutivo núm. 705. Registro Oficial núm. 133 del 26 de octubre de 2005. De aprobarse el plebiscito la Asamblea estaría formada por 100 miembros de los cuales 50 iban a ser elegidos por el voto popular y los demás deberían ser designados “por los representantes de la sociedad civil”

⁴² Resolución PLE-TSE-1-20-10-2005. Registro Oficial núm. 137 del 10. de noviembre de 2005.

⁴³ Decreto Ejecutivo 893. Registro Oficial núm.. 158 del 2 de diciembre de 2005.

⁴⁴ Resolución PLE-TSE-1-4-12-2005. Registro Oficial núm. 167 del 16 de diciembre de 2005

ganizar el convocado plebiscito. Debe anotarse, sin embargo, que sobre el tema ya se había venido discutiendo en Ecuador y los criterios no eran homogéneos. A diferencia de otras Constituciones (Argentina y Costa Rica) la ecuatoriana no contempla la posibilidad de que una asamblea constituyente pueda convocarse. Además, si bien la Constitución faculta al presidente a convocar a consultas populares sobre asuntos que él o ella considere de “trascendental importancia” dichos asuntos no pueden versar sobre una reforma constitucional, pues, ella tiene un tratamiento diferente.⁴⁵

En efecto, para los casos de reformas constitucionales la Constitución regula un procedimiento relativamente rígido en el que el Congreso Nacional juega un papel insoslayable. Entre el primer y el segundo debate de un proyecto de reformas debe transcurrir al menos un año. Aprobada la reforma con el voto calificado de dos tercios ella pasaba al presidente quien en un plazo de 10 días debe objetarlas o sancionarlas.

La otra vía implica una consulta popular. Ella quedaba expedita cuando habiendo sido el presidente quien presenta el proyecto de reformas el Congreso Nacional, éste no lo discuta en el plazo de un año. Este fue el caso del presidente Gustavo Noboa. La otra posibilidad es que el

⁴⁵ Los artículos de la Constitución que inciden en este asunto son los siguientes: Artículo 104.- El Presidente de la República podrá convocar a consulta popular en los siguientes casos: 1. Para reformar la Constitución, según lo previsto en el artículo 283. 2. Cuando, a su juicio, se trate de cuestiones de trascendental importancia para el país, distintas de las previstas en el número anterior.

Artículo 108.- Los resultados de la consulta popular, luego de proclamados por el tribunal electoral correspondiente, se publicarán en el Registro Oficial dentro de los quince días subsiguientes.

En ningún caso las consultas convocadas por iniciativas popular se efectuarán sobre asuntos tributarios.

Artículo 171.- Serán atribuciones y deberes del Presidente de la República los siguientes:... 6. Convocar a consultas populares de acuerdo con lo preceptuado en la Constitución.

Artículo 283.- El Presidente de la República, en los casos de urgencia, calificados previamente por el Congreso Nacional con el voto de la mayoría de sus integrantes, podrá someter a consulta popular la aprobación de reformas constitucionales. En los demás casos, la consulta procederá cuando el Congreso Nacional no haya conocido, aprobado o negado las reformas en el término de ciento veinte días contados a partir del vencimiento del plazo de un año, referido en el artículo anterior.

En ambos eventos se pondrán en consideración del electorado textos concretos de reforma constitucional que, de ser aprobados, se incorporarán inmediatamente a la Constitución.

presidente al enviar su proyecto solicite al Congreso que lo declare “de urgencia”. Si el Congreso accede a este pedido se convoca la consulta y el pueblo decide.

En la orilla opuesta estaba la tesis de que siendo la instalación de una asamblea constituyente un asunto de “trascendental importancia” y no siendo su misión “reformar” la Constitución sino elaborar una “nueva”, el presidente podía convocar directamente a un plebiscito para que el pueblo decida sobre su convocatoria e instalación. Después de todo, se decía, en el pueblo reside la soberanía.

Como puede verse una suerte de conflicto de principios estaba latente. O el proceso de cambio constitucional se ajustaba al texto constitucional, con lo que se respetaba el principio de “supremacía constitucional” o una consulta al pueblo soberano podía abrir un cauce no previsto en la Constitución con lo que predominaba el principio de “soberanía popular”.

El conflicto habría de resolverse luego de pocos meses.

5. La elección de Correa

A finales de 2006 tuvo lugar la elección presidencial en Ecuador. Aunque los dos candidatos de centro izquierda, Roldós y Correa, llevaron el tema de la reforma constitucional a sus agendas, únicamente el segundo de ellos —que había sido ministro en el gobierno de Alfredo Palacio— propuso la instalación de una asamblea constituyente como la vía para “refundar” el país. La coalición de Correa no presentó inclusive candidatos al Congreso para dejar en claro su rechazo a dicha institución.

Correa ganó las elecciones presidenciales en segunda vuelta electoral en octubre de 2006 derrotando al candidato populista de derecha Álvaro Noboa. Su compromiso de convocar a un plebiscito para decidir la instalación de una Asamblea Constituyente se materializó el día que asumió el cargo presidencial, el 15 de enero de 2007. Invocando, al igual que Palacio, el artículo 104 (1) de la Constitución, Correa dictó un decreto ejecutivo en el que convocó a una consulta popular para que se apruebe o no la instalación de una asamblea constituyente con “plenos poderes”.⁴⁶ En el decreto incluyó una serie de reglas, recogidas en el “Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Constituyente”, que

⁴⁶ Decreto Ejecutivo núm. 2 del 15 de enero de 2007. Registro Oficial núm. 8 del 25 de enero de 2007.

habrían de regular la elección de los asambleístas y funcionamiento de la asamblea en el evento de una respuesta favorable, y dispuso, así mismo, que el TSE prepare el evento electoral para el 18 de marzo de 2005.

En el Congreso Nacional la reacción fue de cierta resignación. Debilitado institucionalmente frente a la enorme popularidad del presidente, los partidos políticos tradicionales tuvieron que al menos aparentar su adhesión al tren de la constituyente. Correa, por su parte, en lo que aparentemente fue producto de un entendimiento político con ciertos partidos, dispuso en su decreto que una copia del mismo sea remitido al Congreso simplemente “para su conocimiento”.

6. El compromiso sobre las reglas del juego. El estatuto

Varios reparos se hicieron al “Estatuto” que Correa había incluido en su decreto. En especial no estaba claro cual era el alcance de los “plenos poderes” de la asamblea y sobre todo el marco constitucional que regiría durante su funcionamiento. A fines de enero de 2006 Correa reformó el borrador del Estatuto.⁴⁷ Entre dichas reformas constaron: *i)* el aumento del número de asambleístas de 87 a 130, de los cuales 100 serían elegidos por provincias, 24 a nivel nacional y 6 por los ciudadanos ecuatorianos registrados en el exterior, y *ii)* que las decisiones de la asamblea debían tomarse por mayoría absoluta del número de sus integrantes, y no por la simple mayoría de los presentes en la votación.

En vista que Correa no abordó en esta reforma los mencionados reparos sobre el alcance de la Asamblea, el Congreso Nacional lo hizo. En los días siguientes al decreto presidencial, el TSE había enviado al Congreso “el expediente de la consulta popular” no ya para su simple conocimiento sino para que el Congreso “se pronuncie sobre el cumplimiento de lo establecido en el artículo 283 de la Constitución Política”.

El Congreso aprobó el 13 de febrero una resolución. En ella invocando como antecedente el pedido del TSE y el hecho de la convocatoria a consulta realizada por el presidente, los diputados calificaron como “urgente” la convocatoria a consulta popular “para que el pueblo se pronuncie la instalación de una Asamblea Constituyente...”. En realidad no lo podía hacer. La calificación de “urgente” sólo corresponde hacerla al presiden-

⁴⁷ Decreto Ejecutivo núm. 54 del 23 de enero de 2007. Registro Oficial núm. 12 del 31 de enero de 2007.

te sobre un proyecto de reformas constitucionales, y que de ser aceptado por el Congreso pasaría a consulta popular. La calificación de urgencia a la convocatoria de consulta por el presidente fue una manera del Congreso de subirse al tren de la Asamblea —que había ganado enorme popularidad— y reclamar para sí cierta influencia sobre su rumbo.

Y así sucedió. El Congreso introdujo algunos cambios en el texto del Estatuto elaborado por el presidente. El más importante fue uno por el que se aclaró que “la transformación del marco institucional del Estado y la nueva Constitución solo entrarán en vigencia con la aprobación en referéndum de la nueva Constitución”. En otras palabras, las decisiones de la asamblea en los dos ámbitos para el que habría de ser convocada no surtían efectos inmediatos.

El presidente aceptó los cambios aprobados por el Congreso. Tanto es así que el 27 de febrero codifica en un solo texto dichos cambios —a los que respeta en su integridad— con su texto original.⁴⁸ Y ese texto codificado acompañará a la consulta popular que días más tarde la convocará el TSE.⁴⁹

Como puede verse la importancia del llamado “Estatuto” radica en que la Constitución no contemplaba la figura de una Asamblea Constituyente. Las reglas que se elaboraron fueron reglas *ad-hoc*, con todos los riesgos que ello implica. El Estatuto se transformó entonces en el único puente por el que el país iba a transitar de un régimen constitucional a otro. Con la aceptación del Ejecutivo de los cambios del Congreso quedó claro que mientras no se apruebe en referéndum la nueva Constitución, la de 1998 seguiría en vigencia. Así lo declaró, además, el propio presidente durante la campaña electoral que se inició de inmediato para aprobar o no la instalación de la Asamblea Constituyente.

Finalmente no puede dejar de anotarse el cambio radical que tuvo el TSE con respecto a un mismo asunto en materia de un año. Mientras que en a fines de 2005 el TSE había argumentado extensamente que la convocatoria a consulta del presidente Palacio era inconstitucional —y creemos que no le faltaban razones—, en 2007 la misma entidad, bajo la misma Constitución y frente a una convocatoria de consulta virtualmente idéntica, llegó a la opuesta conclusión. La clave está en que eran otros

⁴⁸ Decreto núm. 148 del 27 de febrero de 2007. Registro Oficial (Segundo Suplemento) núm. 3 del 5 de marzo de 2007

⁴⁹ PLE-TSE-2-1-3- 2007 (10. de marzo de 2007). Registro Oficial núm. 37 del 9 de marzo de 2007.

los actores y distinta la coyuntura, un testimonio más de la débil institucionalidad.

7. La primera crisis: la oposición es eliminada

A pesar de que la convocatoria a la consulta popular estaba hecha y que el evento electoral debía tener lugar el 15 de abril, la oposición seguía temiendo que una vez instalada la asamblea constituyente el Congreso Nacional sería disuelto. Al parecer los partidos opositores apostaron, entonces, a dilatar el proceso electoral lo más posible, a pesar de que no existía fundamento legal para hacerlo. Para ello contaban con su influencia sobre el TSE. Las presiones para que el TSE dilate el proceso electoral no tuvieron éxito. Su presidente adoptó una línea muy cercana a la del gobierno. Además, no existía base legal para tal dilatoria. La mayoría de diputados adoptó una resolución por la que removía de sus funciones a cuatro de los siete vocales del TSE y los reemplazaba por otros.⁵⁰ La decisión, adoptada el 6 de febrero de 2007, era a todas luces inconstitucional. La ley suprema exige un enjuiciamiento previo a la remoción de los vocales del TSE.

Sin embargo, al día siguiente la mayoría de los vocales del TSE adoptaron una resolución no menos inconstitucional y no menos grave: resolvió no solamente desacatar la decisión del Congreso (la encontró “inaplicable”) sino destituir a los 57 diputados titulares de los partidos de la oposición y llamar a sus suplentes para que los reemplacen.⁵¹ El TSE argumentó que tenía potestad para ello en vista de que durante los procesos electorales dicho organismo debe velar por la realización de los eventos electorales y que lo resuelto por el Congreso apuntaba a detener la consulta popular ya convocada.⁵²

Correa declaró su apoyo al TSE. Un grupo de policías fue enviado a las afuera del Congreso para que impida el ingreso de los diputados

⁵⁰ Resolución 28-053 del 6 de marzo de 2007.

⁵¹ PL-TSE- 2-7-3. Registro Oficial No. 39, Suplemento, del 12 de marzo de 2007. El texto de la resolución puede verse también en <http://www.oem.com.mx/elmexicano/notas/n196017.htm>.

⁵² Lo interesante del caso fue que algunos de los diputados destituidos no habían votado a favor de la resolución que adoptó el Congreso, y en uno de ellos ni siquiera había asistido a la sesión. El Tribunal simplemente destituyó a los diputados titulares de los partidos de oposición.

destituidos. El Congreso permaneció prácticamente cerrado por varias semanas. Su presidente intentó infructuosamente una solución: que a los diputados de mayoría les sea permitido su ingreso y que aprueben una resolución dejando sin efecto aquélla por la que destituyeron a los cuatro vocales del TSE, y que éste último deje sin efecto la suya destituyendo a los diputados. El TSE se negó. Los diputados destituidos intentaron sesionar fuera del Congreso pero fueron perseguidos por grupos simpatizantes del Ejecutivo. La Unión Interparlamentaria Mundial aprobó una resolución condenando lo sucedido luego de que una comisión visitara el país para conocer de cerca lo sucedido.⁵³ El hecho y el precedente fueron muy graves: el mandato a los parlamentarios se vio revocado por un organismo que carece de esa potestad y sin un juicio previo. La clave fue el uso de la fuerza pública.

Con el apoyo del Ejecutivo, los diputados suplentes ingresaron al recinto parlamentario, tomaron posesión de sus nuevas dignidades, y plegaron su lealtad al Ejecutivo, y no a los partidos de oposición que los habían patrocinado como candidatos suplentes. El Ejecutivo había llegado a un acuerdo con la mayoría de ellos en una hostería ubicada en las afueras de Quito. De esta forma la oposición prácticamente desapareció. En menos de tres meses Correa había logrado tener el control del TSE y del Congreso.

8. La segunda crisis: el Tribunal Constitucional es descabezado

Un grupo de los diputados destituidos iniciaron varias acciones para recuperar sus dignidades. Luego de algunos fallidos intentos de obtener un amparo constitucional —los jueces fueron advertidos por el TSE de severas sanciones si admitían al trámite un petitorio de amparo en este caso—,⁵⁴ cincuenta de ellos obtuvieron que un juez admita al trámite una

⁵³ Véase la resolución adoptada por unanimidad por el Consejo Directivo en su 181a. sesión (Ginebra, 10 de octubre de 2007).

⁵⁴ El 24 de marzo de 2007, por ejemplo, el TSE destituyó de su cargo a un juez que había admitido una demanda de amparo constitucional y le suspendió sus derechos políticos por un año. El 4 de abril de 2007 otro juez corrió peor suerte, pues, a instancia del Ejecutivo el Ministerio Público inició una indagación penal por prevaricato. Había simplemente recibido una solicitud de amparo constitucional presentada por un ciudadano que invocaba como interés legítimo el que el diputado por el que había votado había sido destituido.

demandó y les concedió una audiencia la misma que tuvo lugar el 15 de marzo de 2007. Dos diputadas fueron perseguidas e impedidas de asistir al acto por un grupo de simpatizantes del Ejecutivo. El juez de instancia negó en su sentencia el amparo aduciendo que estando el país en un periodo electoral las resoluciones del TSE no eran susceptibles de revisión. Los afectados apelaron y el caso llegó al Tribunal Constitucional. El 23 de abril de 2007 el Tribunal Constitucional revocó la sentencia de instancia, declaró inconstitucional la resolución del TSE y dispuso que los actores recuperen sus derechos políticos y regresen al Congreso.⁵⁵

Parecía que con esta decisión la crisis habría terminado. Además, ya no existía razón para acusar a los diputados titulares de obstruir la consulta popular, pues el 15 de abril ella ya había tenido lugar. Los resultados de la consulta habían sido, además, ampliamente favorables a que se instale una Asamblea Constituyente.

Sin embargo, la crisis institucional se profundizó. La resolución del Tribunal Constitucional fue desconocida por el Ejecutivo. La policía impidió a los diputados “restituidos” reingresar al recinto parlamentario. A su vez, los diputados que habían reemplazado a los destituidos y que eran leales al Ejecutivo adoptaron una resolución por medio de la cual removían de sus cargos a los vocales del Tribunal Constitucional. Los destituidos magistrados fueron desalojados del Tribunal a la fuerza por una multitud simpatizante de Correa. El Tribunal Constitucional permaneció acéfalo hasta el 31 de mayo de 2007 fecha en la que el Congreso llenó las vacantes con personas afines al Ejecutivo. Pocos días después, invocando nulidades procesales, los nuevos magistrados dejaron sin efecto la resolución de sus antecesores y ratificaron lo resuelto por el TSE.⁵⁶ Correa ahora controlaba también al Tribunal Constitucional.

9. El nuevo Tribunal Constitucional y una sentencia histórica

En vista de los cuestionamiento que se habían hecho sobre la constitucionalidad del procedimiento para instalar una Asamblea Constituyente,

⁵⁵ El Tribunal hace una clara diferencia de que el asunto en cierne no era un “asunto electoral” sino de garantías del debido proceso y de legalidad. La decisión del Tribunal no llegó a publicarse oficialmente, por los sucesos que sobrevivieron.

⁵⁶ Tribunal Constitucional. Resolución núm. 448 del 24 de julio de 2007, publicada en el Registro Oficial núm. 138, Suplemento, del 31 de julio de 2007.

y el temor de que en el evento de que la asamblea se instale el Congreso sea disuelto, el presidente del Congreso, Jorge Cevallos, había presentado el 2 de marzo de 2007 una demanda de inconstitucionalidad de la convocatoria a consulta popular.

Obsérvese que a la fecha de presentación de la demanda de inconstitucionalidad la oposición aún controlaba el Congreso y la consulta no había aún tenido lugar, pues, ésta última ocurrió el 15 de abril. El Tribunal Constitucional no atendió esta demanda sino hasta el 18 de julio de 2007.

Al momento en que el nuevo Tribunal dictó su sentencia la consulta popular ya había ocurrido, con una victoria arrolladora a favor de la asamblea, y la campaña electoral para elegir a los asambleístas constituyentes estaba por comenzar.⁵⁷ Aunque se daba por descontado que la primera mayoría la iba a tener el partido de gobierno aún no estaba claro si iba a tener el control de la asamblea.

El Tribunal encontró que la demanda carecía de fundamento pues los “plenos poderes” de los que iba a estar investida la asamblea no puede significar el cierre del Congreso, ni la asunción por parte de la asamblea de las funciones legislativas, ni le daba a ella la potestad de remover funcionarios. Para el Tribunal nada de esto le será posible hacer a la futura Asamblea, y por lo tanto la consulta no podía ser declarada inconstitucional. Veamos qué dijo el Tribunal.

Décimo primero.- ... Cosa diferente sería el pretender que los plenos poderes de que está investido el órgano extraordinario del poder constituyente originario para elaborar una Constitución, se entiendan como facultad o atribución para designar funcionarios, juzgar a las personas o dictar leyes, *en razón que tal proceder resultaría arbitrario y concentrador del poder (efectos que precisamente por definición una Constitución quiere evitar), en primer lugar, porque el poder constituyente originario es extraordinario y por lo mismo excepcional y limitado a dictar el nuevo texto constitucional*. La doctrina y ciencia política lo han estimado así, por considerar que en el actual momento del desarrollo histórico, *tal poder constituyente originario (y no fundacional) se lo ejerce mientras existe un poder constituido, por tanto, mientras se plasma el nuevo orden constitucional, el orden establecido continúa vigente. En segundo lugar, por encontrarse el orden*

⁵⁷ Los comicios para votar en la consulta popular se realizaron el 15 de abril de 2007.

constituido vigente las atribuciones para designaciones corresponde a los órganos constituidos. En tercer lugar, en el evento de que el nuevo orden entrase en vigencia, las tareas de designación de funcionarios del Estado, de administración del Estado y de la justicia, etc. corresponden, precisamente, a los nuevos poderes constituidos por el nuevo orden constitucional que deben ser conformados de acuerdo con los nuevos lineamientos constitucionales, por lo cual, hay que proceder a elecciones generales para conformar los nuevos organismos que se encuentran ya constituidos, para lo cual, el constituyente dicta las pertinentes disposiciones constitucionales generales y transitorias que permitirán la pronta conformación de los nuevos poderes constituidos. *Del mismo modo, la pretensión de formular la norma constitucional y directamente aplicarla o pretender ejercer atribuciones que son del poder constituido o del poder que está constituyéndose resulta arbitrario*, tornando cuestionable el accionar del constituyente, pues concentraría el poder en un solo órgano: la Asamblea Constituyente (siendo dicha concentración de poderes la semilla de la arbitrariedad, que es precisamente lo que la Constitución destierra a través de la división de las funciones del poder), volviendo a la actuación mediática e interesada a abrir la posibilidad de aplicar por sí y ante sí el poder que ha constituido, sin división de poderes y sin los demás mecanismos de control propios de los poderes democráticos constituidos; convirtiendo al constituyente en Juez y parte, cuando su accionar debe ser desinteresado e independiente. Por tal motivo, el derecho político establece que el órgano extraordinario que crea la nueva Constitución debe abstenerse de aplicarla (pues, está creando atribuciones que deben ser ejercidas por los órganos que se crean para el efecto), siendo necesario la convocatoria a elecciones generales para aplicar el nuevo orden constitucional...⁵⁸

En otras palabras, en la transición hacia una nueva Constitución los poderes constituidos iban a ser respetados. La nueva carta fundamental y el haz de instituciones que al amparo de ella debían crearse comenzarían a funcionar una vez que el pueblo apruebe en referéndum el trabajo de la constituyente. Esta última, a su vez, iba a dedicarse exclusivamente al trabajo de preparar un borrador para ser sometido a referéndum. La tan anunciada clausura del Congreso no tenía asidero.

Esta resolución del Tribunal es de enorme trascendencia. Es una de esas sentencias de naturaleza interpretativa, pues, en este caso desestimó

⁵⁸ Tribunal Constitucional. Resolución No. 0008-07-TC. Registro Oficial No. 133 del 24 de julio de 2007 (enfasis del autor).

la demanda de inconstitucionalidad con base en una interpretación distinta de aquella que el demandante le ha dado a los textos en juego.⁵⁹ Según el Tribunal, el demandante había errado en su lectura de la convocatoria a consulta, el Estatuto y la Constitución, así como igualmente partía de premisas equivocadas con respecto al alcance de los poderes que la asamblea iba a tener.

Después de todo, el Estatuto, una vez aprobado por el pueblo en la consulta popular del 15 de abril de 2007, no solamente estableció una suerte de puente entre los poderes constituidos y el nuevo sistema sino que constitucionalmente adquirió un rango constituyente. Mediante él se preparó, si se quiere, el camino a la asamblea constituyente, un camino previamente inexistente, una suerte de vía “pre-constituyente”, para que funcione un órgano no reconocido por la Constitución vigente.⁶⁰

De alguna manera el Estatuto vino a llenar un vacío constitucional y significó un interesante aporte a los procesos constituyentes que escogen esta vía. Como igual de importante fue el aporte significó la sentencia del Tribunal Constitucional. Las reglas del juego no habían sido impuestas por el Ejecutivo unilateralmente, ni tampoco por el Congreso, a pesar que ambos participaron en el procedimiento, como tampoco iban a quedar al arbitrio de los futuros asambleístas —como si se tratase de un “cheque en blanco”—, sino que había sido el pueblo, el soberano, el que había fijado el procedimiento a seguirse. No se había adoptado el procedimiento ortodoxo de primero implementar una reforma constitucional que habilite la convocatoria a un órgano de extraordinaria naturaleza como es el caso de una asamblea constituyente sino que en un ejercicio típico de democracia participativa se había seguido la vía más expedita, la de un plebiscito. Una vez instalada, la Asamblea quedaba habilitada para dictar sus

⁵⁹ Serra, María Mercedes, *Procesos y recursos constitucionales*, Buenos Aires, Depalma. (“Estas sentencias operan a la manera de “influyo”, es decir, son “precedentes persuasivos”, sobre los operadores jurídicos y, esencialmente, sobre los jueces, ya que el propósito del tribunal es que se siga la interpretación que es considerada por él como la única conforme a la Constitución (empleando así el criterio de “interpretación adecuada” p. 84). Gozaíni, Osvaldo, *La justicia constitucional. Garantías, proceso y tribunal constitucional*, Depalma, p. 356-7; Morelli, Sandra, *La Corte Constitucional: ¿un legislador complementario?*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1997.

⁶⁰ Para este concepto de poder pre-constituyente puede verse Castro Patiño, Nicolás, *Poder Constituyente, Constitución y control de la constitucionalidad*, Guayaquil, Offset Graba, 1997.

normas de funcionamiento interno. El resto del marco regulador había quedado plasmado en el Estatuto.

Lamentablemente estas seguridades no funcionaron.

10. *Tercera crisis. La Asamblea se instala y rompe el Estatuto*

En las elecciones de asambleístas, que tuvieron lugar el 30 de septiembre de 2007, la coalición del Ejecutivo (“Acuerdo País”) logró captar 80 de los 130 escaños. La popularidad del presidente, el protagonismo que él tuvo durante la campaña electoral, los recursos económicos de los que dispuso el gobierno, el evidente desgaste de la oposición, las enormes expectativas que se tejieron alrededor de lo que la asamblea iba a hacer y los deseos de cambio de la mayoría de la población, fueron factores decisivos en este triunfo.

La Asamblea inició sus labores el 28 de noviembre de 2007. En su primera resolución la Asamblea Constituyente declaró que siendo ella la “legítima representante de la soberanía popular”, asumía y ejercía sus “PLENOS PODERES”.⁶¹

En virtud de esta declaración la Asamblea dispuso lo siguiente:

- a) Sus decisiones son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma del orden jurídico y de cumplimiento obligatorio para todas las personas y para los poderes constituidos.
- b) Ninguna decisión de la Asamblea era susceptible de control o impugnación.
- c) Los jueces o tribunales que tramiten cualquier acción contraria a sus decisiones serán destituidos y sometidos a enjuiciamiento. Igual suerte correrán los funcionarios que desacaten tales decisiones.
- d) Ratificar en sus funciones al presidente y vicepresidente de la República.
- e) Asumir las atribuciones y deberes de la función legislativa. En consecuencia, declaró en receso a los diputados y les prohibió autoconvocarse.

⁶¹ Mandato Constituyente núm. 1. Registro Oficial núm 223, Suplemento, del 30 de noviembre de 2007. Puede verse también el documento en la página web de la Asamblea Constituyente.

- f) Declarar concluidos los cargos de varios altos magistrados del Estado (contralor, procurador, etcétera) pero los volvió a designar a todos con excepción del superintendente de bancos y el ministro fiscal general a quienes reemplazó con otras personas.
- g) Declarar que los magistrados de la Corte Suprema, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo Electoral podían seguir en sus cargos “mientras la Asamblea Constituyente no disponga lo contrario”.

Días más tarde hizo una declaración no menos asombrosa. En el Reglamento de Funcionamiento que aprobó el 12 de diciembre, la Asamblea estableció que el ordenamiento jurídico se mantendría vigente —debemos entender incluyendo la Constitución— pero “con la excepción de lo que resuelva en sentido contrario la Asamblea Constituyente”.⁶² Esta fórmula tiene una tradición en la historia ecuatoriana. Es la que han invariablemente invocado las dictaduras militares cuando han asumido el poder. Palabras más, palabras menos ella reza así: declaramos que tal o cual Constitución está vigente en la medida que no se oponga a los fines del presente gobierno.⁶³

Como puede apreciarse entonces la Asamblea se descarriló. El Estatuto aprobado por el pueblo fue violado, la Constitución de 1998 fue quebrantada y la sentencia del Tribunal Constitucional de julio de 2007 desconocida. El Ejecutivo cerró así un círculo que había comenzado a tejerse un año atrás y logró una concentración de poderes pocas veces vista en la historia ecuatoriana. Este golpe de la Asamblea se vio combinado por dos hechos relacionados con las Fuerzas Armadas. Pocos días antes de

⁶² Registro Oficial núm. 236, Suplemento, del 20 de diciembre de 2007. Primera Disposición Final.

⁶³ Así, por ejemplo, la dictadura militar de 1963 en uno de sus primeros bandos anunció: “Artículo Único: Declaráse en vigencia la Constitución Política expedida por la Asamblea Constituyente, el 31 de Diciembre de 1946... en todo cuanto no se oponga a los fines de la transformación política y los bandos expedidos y que se expedieren durante el imperio de la Ley Militar.” (Junta Militar de Gobierno. Decreto núm. 14 Registro Oficial núm. 3 del 13 de julio de 1963). Otra dictadura, la del doctor José María Velasco Ibarra, expidió un decreto similar con parecido anuncio: “Art. 2o. Declaráse en vigencia la Constitución Política... en todo cuanto no se oponga a los fines que persigue la actual transformación del Estado...” (José María Velasco Ibarra. Decreto núm. 1. Registro Oficial núm. 1 del 22 de junio de 1970). Igual cosa dijeron las dos dictaduras militares que le siguieron a la de Velasco. (General Guillermo Rodríguez Lara. Decreto núm. 1 Registro Oficial núm. 1 del 16 de febrero de 1972. Consejo Superior de Gobierno. Decreto núm. 1. Registro Oficial No. 1 del 12 de enero de 1976)

la instalación de la Asamblea Constituyente el ministro de defensa anunció que las Fuerzas Armadas iban a ser leales con ella. Una declaración innecesaria y cuestionable. La lealtad de los militares como de todos los ciudadanos es hacia la Constitución. Y el día anterior al en que la Asamblea se instaló el presidente de la República dispuso que la empresa de petróleos de Ecuador, Petroecuador, pase a ser administrada por oficiales en servicio activo de la fuerza naval, en violación de las leyes castrenses que prohíben que personal en servicio activo de las fuerzas armadas ocupen cargos en la administración civil.

Desde su instalación la Asamblea ecuatoriana ha dedicado buena parte de sus labores a producir normas jurídicas (unas llamadas formalmente “leyes” otras “mandatos”) sobre asuntos propios de una legislatura ordinaria: aprobación de una ley tributaria,⁶⁴ aprobación de un régimen de remuneraciones para los trabajadores del sector público,⁶⁵ postergación de elecciones de diputados en dos nuevas provincias,⁶⁶ así como el conocimiento y discusión de proyectos de ley sobre tránsito vial, reformas de las leyes orgánicas sobre la Procuraduría General del Estado y la Contraloría General del Estado, reformas a la Ley de Contratación Pública y pedido de amnistías políticas. En la actualidad, además, se ha anunciado que se discutirá una ley sobre recursos petroleros y otra sobre monopolios.

No obstante los plenos poderes que la Asamblea declaró estar investida, el presidente Correa ejerce un fuerte control sobre ella. En su Estatuto de Funcionamiento antes mencionado se estableció un procedimiento para la aprobación de leyes en el que el presidente de la República goza de iniciativa y de voto. Pero quizás lo más preocupante es que ella no ejerce fiscalización alguna al Ejecutivo. Esto quedó en evidencia cuando a mediados de diciembre de 2007 quiso entrar a conocer varias denuncias de violación de derechos humanos con motivo de un operativo militar que acaba de suceder en la localidad de Dayuma, en la amazonía ecuatoriana. La Asamblea tuvo que dar marcha atrás luego de que Correa advirtió públicamente que él renunciaría a su cargo si la Asamblea entraba

⁶⁴ Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador. Registro Oficial núm. 242, Tercer Suplemento, del 29 de diciembre de 2007.

⁶⁵ Mandato núm. 2. Registro Oficial núm. 261, Suplemento, del 28 de enero de 2008. Este mandato fue luego reformado por otro que se dictó luego, el Mandato núm. 4. Registro Oficial núm. 273 del 14 de febrero de 2008.

⁶⁶ Mandato núm. 3. Registro Oficial núm. 261, Suplemento, del 28 de enero de 2008.

a conocer estas denuncias. En general, el poder del Ejecutivo no tiene en la actualidad ningún contrapeso institucional.

11. El Tribunal Constitucional cambia de opinión luego de la Asamblea

Un último peldaño de este camino ha sido la lamentable resolución que adoptó el Tribunal Constitucional en los días en que este trabajo está por terminar. En una decisión sin precedentes los mismos magistrados que en julio de 2007 habían proferido la sentencia a la que hemos hecho referencia antes en el sentido de que la asamblea que estaba por instalarse no podía desconocer la Constitución de 1998, ahora desestimaron una demanda de inconstitucionalidad en contra del Mandato Constituyente núm. 1 argumentando que la Asamblea Constituyente sí tiene autoridad para clausurar el Congreso, asumir funciones legislativas ordinarias, remover a funcionarios y, en general, poner de lado los poderes constituidos, pues, ella goza de un poder supremo.⁶⁷ Es evidente que entre julio de 2007 y febrero de 2008 el escenario político dio un giro que no puede ignorarse. En julio de 2007 no se sabía con certeza qué fuerzas políticas iban a controlar la asamblea. En febrero de 2008 esa duda ya estaba despejada. Habrá tiempo de analizar en detalle esta resolución en otro momento. Pero lo cierto que con ella la ruptura del Estado de derecho en el Ecuador ha sido legitimada nada menos por el órgano llamado a vigilar por evitarlo.⁶⁸

⁶⁷ Con el respaldo de más de 3000 ciudadanos el Mandato Constituyente núm. 1 fue materia de una demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional el 21 de diciembre de 2007. El texto de la demanda puede verse en *Goberna*, año 1, núm. 12, diciembre de 2007 (Ecuador) www.goberna.org. Los demandantes, entre los que se incluye el autor de este trabajo, argumentaron que sus normas violaban la Constitución de 1998 (violación de la cláusula de supremacía, de la garantía de tutela judicial efectiva, etcétera) y el Estatuto aprobado por el pueblo. El 4 de enero de 2008, la Comisión de Recepción y Calificación del Tribunal Constitucional no quiso admitir la demanda al trámite invocando que en la Constitución de 1998 no aparecen los “mandatos constituyentes” como normas sujetas a control constitucional y que el propio Mandato Constituyente núm. 1 le prohibía ejercer control sobre sus disposiciones. Los demandantes apelaron. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue notificada de estos hechos y una audiencia fue solicitada. Luego de unos días, el Tribunal en pleno aceptó conocer la apelación.

⁶⁸ La sentencia aún no se publica en el Registro Oficial. El caso está signado con el número 0043-07-TC. 26 de febrero de 2008.

IV. REFLEXIONES FINALES

Como señalamos en la introducción el proceso constituyente ecuatoriano no ha concluido aún. La Asamblea ha avanzado muy poco en la discusión de la nueva carta fundamental. Tampoco la sociedad ecuatoriana está involucrada en este proceso, ni parece interesada en estarlo. Es probable que esta situación cambie. Pero son mínimas estas probabilidades. El presidente Correa ha declarado que la nueva Constitución deberá estar lista el 24 de mayo próximo, y que deberán convocarse a nuevas elecciones en octubre de este año. Este cronograma deja poco espacio para un debate como el que se necesita para una nueva Constitución.

Aunque la Asamblea no ha tomado una decisión con respecto a la reelección de Correa, tanto él como algunos de sus partidarios han hecho público su deseo de que la Asamblea permita al actual presidente postularse nuevamente para ese cargo. Es decir, las nuevas elecciones en octubre incluirían las de presidente de la República y en ellas Correa podría presentarse como candidato. Algo que no lo podría hacer bajo la Constitución de 1998 que siguiendo una tradición ecuatoriana no ha permitido la reelección presidencial inmediata.

Esto último es un ejemplo más de uno de los problemas que ha sufrido el proceso constituyente ecuatoriano hasta ahora. La de su excesiva imbricación con la política coyuntural, y en particular con la suerte del gobierno del presidente Correa. No pretendemos creer que un proceso constituyente pueda llevarse adelante sin líderes. Pero lo que sí se observa es que en el caso ecuatoriano dicho liderazgo ha sido tal que prácticamente ha absorbido a la propia Asamblea. No será la primera vez que tengamos una Constitución hecha a la medida de un líder.

Otra nota que se observa es el hecho de que en cada esquina de este proceso hay una acumulación de poderes en manos de un solo individuo. Varios factores han facilitado este proceso de concentración de poder. Uno de ellos es el colapso de los partidos políticos. Luego de años desgaste por obra de sus propios errores, por la creciente complejidad de los problemas sociales o por la feroz competencia de otras fuerzas deseosas de ocupar el espacio de lo público (movimientos sociales que no lograban representación política, medios de comunicación, etcétera), lo cierto es que los partidos prácticamente desaparecieron en el Ecuador. El terreno para la aparición de un líder carismático y caudillista estaba listo. Otro factor ha sido ciertamente los errores de la oposición.

Pero el que aquí nos interesa subrayar es esa narrativa con la que se revistieron algunos conceptos e instituciones del derecho constitucional, como es el caso del poder constituyente y de la asamblea constituyente. Desde la caída de Gutiérrez en abril de 2005 hasta el triunfo de Correa en Ecuador se tejió una suerte de mesianismo sobre las virtudes de una asamblea constituyente en vista de los poderes de los que iba a estar revestida. Toda una tradición conceptual que fue elaborada en determinados contextos históricos, y recibida en otros sin un sentido crítico, calzó bastante bien en un proyecto que hasta ahora no ha exhibido una vocación democrática.

Gracias a una asamblea “de plenos poderes” en el Ecuador iba a suceder una suerte de “refundación”. Nada podía estar por encima de ella. Ningún límite podría impedir su fuerza creadora. Todo le está permitido. Nada le está negado. El propio Correa hizo un gesto de sumisión ante el altar de la Asamblea al poner su cargo de presidente “a disposición” de ella, a sabiendas obviamente de que iba ser “ratificado” en su cargo. Y es que ella está por encima de todos nosotros, inclusive del primer mandatario. Durante la campaña en la consulta a favor del “Sí”, el gobierno se empeñó en asociar la instalación de la Asamblea con la creación de empleo, vialidad, educación, salud, seguridad y desarrollo económico en general. Las referencias a la asamblea llegaban a tener un tinte casi religioso. Todo esto contribuyó a darle legitimidad a los abusos y arbitriedades.

La experiencia ecuatoriana debe llamarnos a la reflexión. Ella ha evocado varias aristas. Una de ellas tiene que ver con la problemática del cambio constitucional. ¿Cómo evitar que los cambios constitucionales a través de asambleas constituyentes se conviertan en una puerta trasera por la que ingresen sistemas autoritarios? El momento de cambios constitucionales debe ser un momento de intenso diálogo entre los ciudadanos. ¿Cómo asegurarse de ello? ¿Cómo podríamos desmitificar el concepto de poder constituyente y darle una dimensión racional? ¿Qué lugar ocupan las minorías o el disenso? Aquí valdría reflexionar sobre algo que se ha tomado como una simple curiosidad histórica: la presencia intelectual de Rousseau detrás de la dogmática construcción del abate Sieyès sobre el poder constituyente, construcción que sigue siendo la piedra angular de este concepto en el derecho constitucional hasta el día de hoy.⁶⁹

⁶⁹ Las consecuencias totalitarias que pueden derivarse del pensamiento de Rousseau, especialmente de su idea de una religión civil, (Rousseau, J. J., *El contrato social*, Mexi-

Llamado a ser un espacio de diálogo, participación y creatividad constitucional, el proceso constituyente ha terminado de alfombra de un proyecto autoritario donde la disidencia no tiene cabida. ¿Cómo evitar esto? ¿Cómo evitar que las asambleas constituyentes se conviertan en un instrumento más de lucha política coyuntural del presidente de turno? ¿Cómo lograr que ellas promuevan diálogo y de consenso sobre asuntos que afectan a toda la sociedad y a las futuras generaciones? ¿Podemos seguir hablando en el siglo XXI de un “poder originario” como lo visionó el abate Sieyès, más aún, cuando se convocan asambleas constituyente durante la vigencia de Estados de derecho?

Los procesos constituyentes abren, sin duda, enormes oportunidad de cambios institucionales. Ellos llevan igualmente el germen de serios riesgos a la convivencia democrática en naciones de frágil institucionalidad. Ecuador ha conocido solamente de los segundos, al menos hasta ahora.

co, Porrúa, 2000 (Libro IV. Cap. 8), su romanticismo e hiperoptimismo no han pasado inadvertidas. Grondona, Mariano, *Bajo el imperio de las ideas morales*, 3a. ed., Buenos Aires, Sudamericana, 1993, pp. 50-63. Himmelfarb, Gertrude, *The Roads to Modernity. The British, French and American Enlightenments*, Nueva York, Alfred Knoff, 2004, pp. 172-187.