

## EL PODER CONSTITUYENTE EN EL ECUADOR: EL CASO DE LA ENMIENDA CONSTITUCIONAL VÍA PARLAMENTARIA DEL AÑO 2015 Y PERSPECTIVAS PARA AFIANZAR LA DEMOCRACIA

DIEGO F. MOGROVEJO JARAMILLO.\*

**Sumario: 1. La modificación de la Constitución y la rigidez constitucional. 2. La modificación constitucional en el constitucionalismo clásico y en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. 3. El proceso constituyente democrático originario plenipotenciario transformador de 2007-2008 en el Ecuador. 4. La modificación constitucional en el Ecuador: enmienda, reforma y cambio. 5. La enmienda constitucional vía parlamentaria como expresión del poder constituyente derivado. 6. La enmienda constitucional vía parlamentaria del año 2015 en el Ecuador. 7. Perspectivas de modificación constitucional para afianzar la democracia. 8. La enmienda constitucional para la elección democrática de las altas cortes desde el constitucionalismo andino.**

### 1. LA MODIFICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

La Constitución es el resultado del ejercicio del poder constituyente del pueblo, que construye en ella un pacto de convivencia social. El poder constituyente es la expresión más alta de la soberanía popular, siendo originario cuando crea o establece una Constitución, y derivado cuando introduce ajustes a las disposiciones constitucionales.

El que el Constituyente Originario imponga de forma eterna su voluntad a las nuevas generaciones, desde siempre fue apreciado como un inconveniente, siendo necesaria la instauración de un Constituyente Derivado.

Como aprecia Pedro de Vega, históricamente en la Independencia Norteamericana de 1776 que se expresó en la Constitución de EE.UU de 1787 bajo la concepción de los Padres Fundadores, entre ellos Jefferson, se consideró fundamental la modificación constitucional. De igual manera en la Revolución Francesa de 1789, tanto en la concepción girondina de Sieyès reflejada en la Constitución de 1791 y en la convicción jacobina de Rousseau traducida en la Constitución de 1793, se defendió la importancia de la modificación constitucional, así el artículo 23 de esta última establece: *“Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras”*.<sup>1</sup>

En este punto, claro está, que se debe diferenciar las dos tendencias del constitucionalismo francés, ya que es conocido que en la concepción girondina la soberanía se la radicó en la nación, considerada como un estamento de ciudadanos y funcionarios encargado de representar al pueblo mediante un voto censitario (soberanía nacional expuesta por Sieyès); y, que luego en la convicción jacobina el pueblo reivindica su derecho a decidir y deliberar democráticamente por el sufragio universal en su calidad de mandante originario (soberanía popular expuesta por Rousseau).

La rigidez de la Constitución, entonces, no puede llevar a concebirla como estática, pues conservando las cuestiones esenciales puede dar paso a especie de flexibilización concreta y evolutiva, a través de modificaciones constitucionales. Contemporáneamente varios autores aprecian esta necesidad.

Hermann Heller afirma que la teoría constitucional es una ciencia de la realidad ya que *“no es suficiente su normatividad ideal sino una normalidad social”*.<sup>2</sup>

Georg Jellinek aprecia que la Constitución sin contrariar a la rigidez: *“puede adaptarse...a las necesidades y relaciones existentes...puede abrir el camino para que se reconozcan los obstáculos...y se puedan llevar a cabo las modificaciones necesarias”*.<sup>3</sup>

Niklas Luhmann caracteriza socialmente a las instituciones como *“un complejo de expectativas fácticas de conducta que se actualizan en conexión con un rol social”*.<sup>4</sup>

\* Diego F. Mogrovejo Jaramillo, abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE); Diploma Superior, Magíster en Derecho, con mención en Derecho Constitucional y estudios doctorales en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E); se ha desempeñado como asesor en el Ministerio de Gobierno, la Corte de Justicia de Pichincha, la Corte Constitucional y la Asamblea Nacional del Ecuador; es docente de la PUCE y UASB-E.

<sup>1</sup>Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente* (Madrid: Editorial Tecnos, 1985), 28, 58 y 59.

<sup>2</sup>Hermann Heller, *Sittslehre*, 1934, p. 63, citado por Peter Häberle, *El Estado Constitucional* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003), 107.

<sup>3</sup>Georg Jellinek, *Teoría General del Estado* (México: Editorial Continental, 1958), 438.

<sup>4</sup>Niklas Luhmann, *Derechos Fundamentales como Institución* (Berlín: Duncker & Humblot, 1965), 13.

Karl Loewenstein evidencia que: “*las modificaciones que experimentan las relaciones sociales, económicas o políticas son las responsables de que una norma constitucional, que parecería razonable y suficiente en el momento de crear la Constitución, haya perdido su capacidad funcional y tenga que ser, por lo tanto, completada, eliminada o acoplada de alguna manera a las nuevas exigencias*”.<sup>5</sup>

Konrad Hesse expone la naturaleza dinámica del derecho constitucional “*que pretende normar (la) vida histórica y en tanto que tal sometida a cambios históricos*”.<sup>6</sup>

Peter Häberle indica que la Constitución reivindica la realidad para sí: “*El Estado constitucional pretende que sus textos se hagan realidad, que se cumplan socialmente...su normatividad debe convertirse en normalidad*”.<sup>7</sup>

Esto implica que la modificación constitucional parte de los hechos para arribar a la norma jurídica, de una manera dinámica y evolutiva, busca que los textos se ajusten a la realidad, propugna ir de los hechos a la normatividad.

Pedro de Vega manifiesta que: “*Es incuestionable, en primer lugar que la realidad política que la Constitución debe regular es una realidad en permanente devenir...La necesidad de adecuar la realidad política a la realidad jurídica se presentará de este modo como la primera exigencia del sistema constitucional*”.<sup>8</sup>

Miguel Carbonell menciona que: “*La rigidez constitucional se identifica con la existencia de procedimientos diferenciados para la reforma constitucional (normalmente más agravados) y para la creación de leyes. Hoy en día, la distinción entre Constituciones flexibles y rígidas ha perdido gran parte de su importancia, ya que la mayoría de Constituciones contemporáneas son rígidas. Por tal motivo, se ha dicho que más que hablar de rigidez o flexibilidad de la Constitución, debe considerarse su mayor o menor grado de rigidez*”.<sup>9</sup>

En definitiva la modificación de la Constitución se efectúa para adaptar el texto y rigidez constitucional a la realidad. Las modificaciones se efectúan para dotarle de capacidad funcional a la Constitución, para acoplar sus disposiciones a las exigencias sociales.

## 2. LA MODIFICACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL CONSTITUCIONALISMO CLÁSICO Y EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

El constitucionalismo clásico estableció a la rigidez constitucional como un atributo, una cualidad que debía conservarse, por lo que las modificaciones debían ser específicamente puntuales. Para Roberto Gargarella esto implicó que “*la vieja filosofía se haya traducido en cantidad de arreglos institucionales e interpretaciones que, en los hechos, han obstaculizado o hecho más difícil el desarrollo de una nueva filosofía constitucional*”.<sup>10</sup>

La Constitución del Ecuador de 1979, por ejemplo desde mayo de 1980 a julio de 1998, fue objeto de 22 modificaciones, entre interpretaciones, reformas y codificaciones constitucionales, por parte del Legislativo, es decir de un poder constituido, que aprobó los textos que no pasaron a referéndum popular.

En el mismo sentido, la Constitución del Ecuador de 1998, no fue sometida a referéndum popular, es más en el artículo 283 se agravó el proceso de reforma constitucional vía ciudadana, implementado un blindaje o candado a la consulta popular, que quedaba relegada en caso de no haya sido tratada la reforma en el Congreso Nacional que debía calificarla de urgente.<sup>11</sup>

Las falencias democráticas del constitucionalismo clásico generaron el surgimiento del nuevo constitucionalismo latinoamericano, que propugna el empoderamiento de la ciudadanía en los asuntos públicos, en atención de sus demandas y exigencias, que se han traducido en los últimos procesos constituyentes de la región, como es el caso de la Constitución colombiana de 1991, la Constitución ecuatoriana de 2008 y la Constitución boliviana de 2009.

<sup>5</sup>Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución* (Barcelona: Ediciones Ariel, 1970), 170.

<sup>6</sup>Konrad Hesse, “Concepto y Calidad de la Constitución”, en *Escritos de Derecho Constitucional* (Madrid: Centro de Estudio Constitucional, 1983), 19.

<sup>7</sup>Peter Häberle, *El Estado Constitucional* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003), 122.

<sup>8</sup>Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente* (Madrid: Editorial Tecnos, 1985), 67.

<sup>9</sup>Miguel Carbonell, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho de México*, Serie G Estudios Doctrinales, No. 197 (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998), 178.

<sup>10</sup>Roberto Gargarella, “Democracia, representación y participación política”, en *La Constitución en 2020* (México: Grupo Editorial Siglo XXI, 2011), 229.

<sup>11</sup>Constitución Política del Ecuador publicada en el RO 1 de 11 de agosto de 1998.

Roberto Gargarella expone que el actual constitucionalismo latinoamericano cuenta como característica esencial, la instauración de procesos constituyentes democráticos de cambio y transformación, como los iniciados en 2007-2008 en Ecuador y en 2009 en Bolivia, así:

*la enorme mayoría de las Constituciones latinoamericanas que trascendieron al siglo XX, parecieron vaciadas de molde...extremadamente escéptica frente a capacidades de la ciudadanía para actuar concertadamente (...) al menos dos de las nuevas Constituciones, las de Bolivia y Ecuador, que son las que muestran los principales cambios en su organización interna...representan la expresión más visible de un constitucionalismo que buscó cambiar los ejes fundamentales -las condiciones materiales del constitucionalismo-, antes que proponer ciertos cambios sin hacerse cargo de las consecuencias que tales cambios conllevan<sup>12</sup>*

En el Ecuador desde 1979 a 2006, las ofertas de una reforma política profunda no fueron canalizadas, ni debatidas con el pueblo ecuatoriano, que ante ello propició un proceso constituyente democrático originario plenipotenciario transformador, para cambiar la estructura estatal y colocarla al servicio de la garantía de los derechos de las personas, en especial de los derechos sociales que habían sido postergados.

La modificación constitucional debe entenderse entonces como un mecanismo con un eminente carácter democrático, así lo expone Miguel Carbonell al señalar:

*De hecho, la posibilidad de que una Constitución sea reformada es una de las mejores y más acabadas expresiones de su propia legitimidad (...) tan nefasto es una hiperreformabilidad continua...como una inmovilidad irrazonable. Entre ambos extremos, la reforma constitucional puede desempeñarse con éxito. Sin deteriorar la normatividad y el sentimiento constitucional, pero sin detener el cambio cuando sea necesario, la reforma constitucional puede constituir -y constituye de hecho en muchos casos- la mejor garantía del propio sistema constitucional, lo que equivale a decir que la reforma constitucional es también una garantía de la democracia<sup>13</sup>*

En el Ecuador el poder constituyente democrático originario plenipotenciario transformador lo ejerció el pueblo ecuatoriano a través de la Asamblea Constituyente de Montecristi que redactó una nueva Constitución que fue aprobada en referéndum popular y promulgada el 20 de octubre de 2008.

La Constitución del Ecuador de 2008 representa un cambio de paradigma, un salto cualitativo de un constitucionalismo clásico al constitucionalismo garantista. Roberto Gargarella concluye al respecto:

*Las largas y detalladas listas de derechos individuales, sociales, económicos y culturales que incluyen nuestras nuevas Constituciones representan, en tal sentido, una reacción frente a un constitucionalismo que, más que austero, era avaro; más que moderado, reaccionario, un constitucionalismo que, con razón, podía ser acusado de estar al servicio de unos pocos<sup>14</sup>*

Este poder constituyente originario se ejerció para que las instituciones sirvan a los derechos, propugnando que la parte orgánica esté al servicio de la parte dogmática de la Constitución.

### **3. EL PROCESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO ORIGINARIO PLENIPOTENCIARIO TRANSFORMADOR DE 2007-2008 EN EL ECUADOR**

El proceso constituyente de 2007-2008 en el Ecuador afrontó el bloqueo desde el poder constituido que anquilosado en la anterior institucionalidad pretendió seguir frustrando la participación ciudadana.

La convocatoria a la consulta popular fue emitida a través del Decreto Ejecutivo No. 002 de 15 de enero de 2007 publicado en RO-S 08 de 25 de enero del 2007, a fin de que el pueblo ecuatoriano se pronuncie respecto de la instalación de una Asamblea Nacional Constituyente de Plenos Poderes para la transformación del marco institucional del Estado y redacción de una nueva Constitución, según el Estatuto para su Instalación y Funcionamiento.

<sup>12</sup>Roberto Gargarella, Algunas preguntas sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano, en *América Latina en los albores del siglo XXI* (México: Flacso, 2012), 354 y 364.

<sup>13</sup>Miguel Carbonell, "Sobre la reforma constitucional y sus funciones", en Miguel Carbonell (comp), *Teoría de la Constitución: ensayos escogidos* (México: Editorial Porrúa, 2008), 372 y 377.

<sup>14</sup>Roberto Gargarella, "Prólogo", en *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, No. 2 (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2008), 14.

El Tribunal Supremo Electoral el 24 de enero del 2007 remitió al Congreso Nacional el expediente de la indicada convocatoria, para que se pronuncie respecto del cumplimiento del artículo 283 de la Constitución de 1998, referente a la calificación de urgencia de la consulta popular, habiéndose el Legislativo pronunciado al respecto mediante Resolución No. R-28-038 del 13 de febrero del 2007 publicada en RO 25 de 21 de febrero del 2007, con lo cual se dio cumplimiento a esta formalidad.

La declaratoria de periodo electoral emitida por Tribunal Supremo Electoral mediante Resolución No. PLE-TSE-13-13-2-2007 de 13 de febrero del 2007 publicada en RO-S 26 de 22 de febrero del 2007, así como la convocatoria a consulta popular mediante Resolución No. PLE-TSE-2-1-3-2007 de 01 de marzo del 2007 publicada en RO 37 de 09 de marzo del 2007, no obstante fue desconocida por el Congreso Nacional.

Esto propició una pugna del poder constituido que pretendía obstaculizar el proceso constituyente, que derivó en la destitución por parte del Tribunal Supremo Electoral de 57 Diputados por interferencia al proceso electoral mediante Resolución No. PLE-TSE-2-7-3-2007 de 07 de marzo del 2007 publicada en RO-2S 39 de 12 de marzo del 2007.

La Resolución del Tribunal Constitucional No. 0448-07-RA de 24 de julio de 2007 publicada en RO-S 138 de 31 de julio de 2007 confirmó la constitucionalidad de esta sanción.

El pueblo ecuatoriano en la consulta popular efectuada el 15 de abril del 2007, como titular soberano del poder constituyente democrático originario plenipotenciario transformador, impulsó la instalación de una Asamblea Nacional Constituyente con el voto afirmativo del 81,72% de los ciudadanos, la misma que una vez electa popularmente el 30 de septiembre de 2007, se instaló el 30 de noviembre de 2007 y aprobó la Constitución de la República del Ecuador el 24 de julio de 2008.

La Constitución de Montecristi fue ratificada en referéndum popular de 28 de septiembre de 2008 con el voto afirmativo del 63,93% de los ciudadanos, habiéndose promulgado el 20 de octubre de 2008.<sup>15</sup>

Esta Constitución es expresión del constitucionalismo democrático ya que fue de iniciativa ciudadana, al contar con el mecanismo de activación de una consulta popular; su ejercicio le correspondió a una Asamblea Constituyente de Plenos Poderes elegida por el pueblo; y, el texto constitucional fue ratificado en referéndum popular.

#### **4. LA MODIFICACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR: ENMIENDA, REFORMA Y CAMBIO**

La Constitución de 2008 consagra al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, democrático y soberano, en el cual la soberanía radica en el pueblo, siendo el fundamento de la autoridad, que se ejerce de forma directa y de manera representativa a través de los órganos de poder público (artículo 1).

El Constituyente Originario de Montecristi reconoce que el titular del poder constituyente es el pueblo como mandante soberano, superando el blindaje y candado que impedía la participación ciudadana, como ocurría en las Constituciones anteriores.

La Constitución de 2008 en los artículos 441 a 444 regula los mecanismos y procedimientos para el ejercicio del poder constituyente originario y el poder constituyente derivado.

En el sistema ecuatoriano el concepto genérico “modificación constitucional”, abarca tres procedimientos: enmienda, reforma y cambio, que se encuentran diferenciados por su alcance en el artículo 106 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de 2009.<sup>16</sup>

El poder constituyente derivado de enmienda constitucional se efectúa cuando no implica alteración orgánica de los elementos constitutivos y estructura fundamental estatal, ni una restricción dogmática a los derechos y garantías, ya sea por vía popular (artículo 441.1) o por vía parlamentaria (artículo 441.2).

El poder constituyente derivado de reforma constitucional se efectúa cuando implica una alteración orgánica pero no restricción dogmática, requiere de aprobación legislativa y de ratificación por referéndum (artículo 442).

El poder constituyente originario para el cambio de la Constitución requiere de una consulta popular para la instalación de una Asamblea Constituyente que una vez elegida por el pueblo redactará la nueva Constitución y la someterá a referéndum (artículo 444).

<sup>15</sup> Constitución de la República del Ecuador publicada en RO 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>16</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional publicada en RO-S 52 de 22 de octubre de 2009.

La Corte Constitucional dictamina si el trámite es de enmienda, reforma o cambio (artículo 443).

La propia Constitución del Ecuador de 2008 expresamente contempla los mecanismos por los cuales se pueden modificar sus disposiciones, es decir el mismo pueblo ecuatoriano, como mandante soberano, aprobó el procedimiento de modificación constitucional.

El pueblo ecuatoriano en las urnas definió que la enmienda y la reforma constitucional son expresión del poder constituyente derivado, y que el cambio constitucional es manifestación del poder constituyente originario plenipotenciario transformador.

## **5. LA ENMIENDA CONSTITUCIONAL VÍA PARLAMENTARIA COMO EXPRESIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO**

La anterior Constitución del Ecuador de 1998 no fue sometida a referéndum popular, no establecía el dictamen del órgano de control constitucional, y en su lugar la reservaba al órgano político que efectuó interpretaciones y reformas constitucionales de forma inconulta con el pueblo y sin contar con esta legitimación de origen.

La Constitución ecuatoriana de 2008 en su lugar consagra que la enmienda como adaptación específica y funcional del texto constitucional a la realidad puede aprobarse tanto por vía popular en referéndum como por vía parlamentaria con la misma legitimidad; en tanto que la reforma y el cambio constitucional requieren siempre de la ratificación por referéndum popular.

El Constituyente Originario de Montecristi abrió la participación ciudadana en los procesos de modificación constitucional, ya que el pueblo está presente en todas las etapas del ejercicio del poder constituyente.

En la enmienda vía popular mediante la iniciativa y el referéndum popular; y, en la enmienda vía parlamentaria en la socialización de las propuestas de iniciativa de la Asamblea Nacional.

En la reforma a través de la iniciativa y la ratificación de la aprobación legislativa en referéndum; y, en el cambio constitucional en la consulta popular para la instalación de la Asamblea Constituyente, la elección de la misma y en el referéndum de la nueva Constitución.

La enmienda constitucional en el Ecuador tiene dos opciones de efectuarse, la primera de manera directa por vía popular acorde al artículo 441.1 de la Constitución, y la segunda de manera representativa a través de la Asamblea Nacional por vía parlamentaria conforme el artículo 441.2 de la Norma Suprema.

Es decir el propio pueblo ecuatoriano en ejercicio del poder constituyente originario delegó a la Asamblea Nacional el poder constituyente derivado para enmendar la Constitución mediante adaptaciones específicas, es decir se encuentra limitado ya que no puede incurrir en alteración orgánica ni en restricción dogmática.

Este asunto no ha estado exento de polémica, porque a priori se estaría confiriendo a un poder constituido el ejercicio del poder constituyente.

Segundo Linares Quintana sobre el ejercicio del poder constituyente derivado por el órgano legislativo aprecia que: *“una Constitución rígida pueda ser enmendada por el mismo órgano legislativo, pero observando un método más estricto que el seguido para la aprobación de las leyes comunes”*.<sup>17</sup>

Manuel Aragón indica que la soberanía es *“un poder que se expresa ordenadamente (Poder Constituyente) mediante una decisión racional, general, jurídica, estableciendo una norma, la Constitución, reguladora del Estado (del poder representativo)...Por ello el poder del Estado tendría que ser un poder representativo (elegido), pero también, e inexcusablemente limitado”*.<sup>18</sup>

Miguel Carbonell señala que la enmienda constitucional vía parlamentaria implica el ejercicio del poder constituyente derivado mediante un procedimiento agravado y riguroso, así expone:

<sup>17</sup>Segundo Linares Quintana, *Teoría e Historia Constitucional*, Tomo I (Buenos Aires: Alfa Editores, 1958), 61.

<sup>18</sup>Manuel Aragón, “Constitución y derechos fundamentales”, en Miguel Carbonell (comp), *Teoría de la Constitución: ensayos escogidos* (México: Editorial Porrúa, 2008), 225,226.

*De hecho, en la historia del constitucionalismo se observan tantas variedades configurativas de la reforma constitucional que es difícil establecer pautas generales que la identifiquen de manera unívoca, más allá de las obvias que existen en cualquier sistema con una Constitución rígida. De esta forma, la reforma constitucional, vale insistir en ello, debe ser estudiada y comprendida a la luz de las disposiciones particulares de cada orden constitucional concreto (...) Por lo anterior, parece quizá más razonable que el poder de reforma constitucional se integre por los órganos constituidos, y fundamentalmente, por el Poder Legislativo...con...procedimientos dificultados y mayorías supercalificadas para la aprobación de las reformas por el órgano legislativo (que) debe ser expresa, es decir, que siempre quede bien claro en qué momento el Legislativo actúa como Poder Constituyente Derivado...De todos modos, como instrumentos que son, tanto la iniciativa popular como el referéndum no son en sí mismos ni buenos ni malos.*<sup>19</sup>

Jorge Carpizo estima que: “a la Constitución la reforma el propio Poder Constituyente o un órgano que creó el Poder Constituyente (que) actúa de acuerdo con las normas y procedimientos que el Poder Constituyente decidió”.<sup>20</sup>

En Colombia la Corte Constitucional en la Sentencia No. C-397/10 de 25 de mayo de 2010 ha enfatizado que “el constituyente derivado solo tiene la capacidad de modificar la Constitución dentro de los parámetros preestablecidos en la misma” y que cada mecanismo de modificación constitucional: “permite en mayor o menor grado una expresión plural y democrática de ese poder constituyente”.<sup>21</sup>

En Bolivia el Tribunal Constitucional Plurinacional en la Declaración No. 0003/2013 de 25 de abril de 2013 ha indicado que: “el constituyente derivado, que de igual forma representa la voluntad del soberano, debe no sólo enmarcar las normas que emite al contenido de la Constitución Política del Estado, sino que su función implica también materializar dicho contenido y el espíritu de la Norma Suprema”.<sup>22</sup>

En Ecuador la enmienda vía parlamentaria es un mecanismo contemplado en el artículo 441. 2 de la Norma Suprema y por lo tanto cuenta con legitimidad originaria, ya que la propia Constitución del Ecuador de 2008 aprobada por referéndum con el 63,93% de respaldo popular, confiere a la Asamblea Nacional del Ecuador, órgano de representación política del pueblo ecuatoriano, el ejercicio del poder constituyente derivado.

La enmienda constitucional vía parlamentaria en el Ecuador es por lo tanto un mecanismo de modificación constitucional limitado por el artículo 441. 2 de la Constitución ya que no puede incurrir en alteración orgánica ni en restricción dogmática y se sujeta a un procedimiento más riguroso que el de la modificación legal, ya que requiere de la iniciativa de al menos 1/3 del Parlamento y la aprobación por una mayoría calificada de 2/3.

En definitiva en el constitucionalismo democrático para el ejercicio del poder constituyente derivado y limitado de enmienda a la Constitución se valida tanto el mecanismo popular directo, como el mecanismo representativo, siempre que se encuentre expresamente consagrado en la propia Constitución ratificada por el pueblo.

## 6. LA ENMIENDA CONSTITUCIONAL VÍA PARLAMENTARIA DEL AÑO 2015 EN EL ECUADOR

En el Ecuador el ejercicio del mecanismo representativo de la enmienda constitucional vía parlamentaria fue ejercido por la Asamblea Nacional previa calificación del procedimiento por parte de la Corte Constitucional del Ecuador, al siguiente detalle.

El 26 de junio de 2014 la Presidenta de Asamblea Nacional presentó a la Corte Constitucional un proyecto para modificar la Constitución respaldada por 100 Asambleístas, cumpliendo con el 1/3 del Parlamento para esta iniciativa.

El 31 de octubre de 2014 la Corte Constitucional emitió el Dictamen No. 001-14-DRC-CC de 31 de octubre de 2014 publicado en la Gaceta Constitucional No. 009 de 10 de noviembre de 2014, estableciendo que el procedimiento aplicable es el del Art. 441.2 de la Norma Suprema, esto es la enmienda vía parlamentaria, sin alteración orgánica de los elementos constitutivos y la estructura fundamental estatal, ni una restricción dogmática de los derechos y garantías.<sup>23</sup>

<sup>19</sup>Miguel Carbonell, “Sobre la reforma constitucional y sus funciones”, en Miguel Carbonell (comp), *Teoría de la Constitución: ensayos escogidos*, (México: Editorial Porrúa, 2008), 380, 387,393.

<sup>20</sup>Jorge Carpizo, “Algunas reflexiones sobre el Poder Constituyente”, en Miguel Carbonell (comp), *Teoría de la Constitución: ensayos escogidos* (México: Editorial Porrúa, 2008), 210.

<sup>21</sup>Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-397/10 de 25 de mayo de 2010, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-397-10.htm>

<sup>22</sup>Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Declaración No. 0003/2013 de 25 de abril de 2013, disponible en: [http://blogs.ua.es/boliviadoxa/files/2014/11/Declaraci%C3%B3n0003\\_2013-TC-Bolivia.pdf](http://blogs.ua.es/boliviadoxa/files/2014/11/Declaraci%C3%B3n0003_2013-TC-Bolivia.pdf)

<sup>23</sup>Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 001-14-DRC-CC de 31 de octubre de 2014, publicado en la Gaceta Constitucional No. 009 de 10 de noviembre de 2014, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/contenidos/gaceta-constitucional/Gaceta009.pdf>

Las 16 enmiendas calificadas por la Corte Constitucional abarcaron asuntos como el desarrollo de consultas populares, las funciones de la Contraloría, Defensoría del Pueblo, Fuerza Pública, Gobiernos Autónomos Descentralizados y la postulación de autoridades de elección popular a la reelección.

El 11 de noviembre de 2014 el Pleno de la Asamblea Nacional aprobó la conformación por parte del Consejo de la Administración Legislativa de la Comisión Ocasiona el Tratamiento de la Solicitud de la Enmienda Constitucional.

El 02 de diciembre de 2014 en el Pleno de la Asamblea Nacional se efectuó el Primer Debate de la Enmienda Constitucional en el cual se debatió las connotaciones jurídicas, políticas y sociales de la modificación constitucional.

El 03 de diciembre de 2015 se efectuó el Segundo Debate en el Pleno Legislativo, luego de un año de efectuado el primero, en que se discutió el Informe de la Comisión Ocasiona que sistematizó el proceso de socialización de la enmienda constitucional efectuado en todo el país, configurando los textos de las 16 enmiendas que fueron aprobadas con 100 votos, cumpliendo con el voto favorable de las 2/3 del Parlamento, esto es 91 Asambleístas.

La enmienda constitucional vía parlamentaria aprobada por la Asamblea Nacional del Ecuador fue publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 653 de 21 de diciembre de 2015.

En este sentido no se aprecia que la enmienda constitucional vía parlamentaria aprobada en el Ecuador en el año 2015 se encuadre estrictamente en la figura expuesta por el constitucionalista Néstor Pedro Sagües para los casos en los que se configura un poder constituyente irregular *“que alude al ejercicio de tal competencia estatal sin hallarse sujeto a reglas jurídicas que lo condicionan, o por haber actuado en contravención de ellas”*.<sup>24</sup>

## 7. PERSPECTIVAS DE MODIFICACIÓN CONSTITUCIONAL PARA AFIANZAR LA DEMOCRACIA

El pueblo elige a sus dignatarios en las urnas, en los procesos electorales se da una construcción del poder ciudadano que es extensivo tanto a las personas que ejercen su derecho a elegir como a otras personas que aspiran a ser electos.

En este punto se ha venido discutiendo si algunos mecanismos para profundizar la democracia en el Ecuador deben ser procesados mediante una consulta popular o una modificación constitucional.

En específico se han expuesto inquietudes en torno a la legitimidad democrática del órgano administrativo de la Función Judicial (Consejo de la Judicatura CDJ), del órgano de cierre de la Justicia Ordinaria (Corte Nacional de Justicia CNJ), del órgano cúspide de la Justicia Constitucional (Corte Constitucional del Ecuador CCE), así como de los principales órganos de la Función Electoral (Consejo Nacional Electoral CNE) y de la Función de Transparencia (Consejo de Participación Ciudadana y Control Social CPCCS).

Las competencias y designación de estos órganos: CDJ, CNJ, CCE, CNE y CPCCS, se encuentran en la Constitución, por ello se vislumbra que la vía para que puedan ser electos por el pueblo en las urnas implicaría una modificación constitucional.

La enmienda a la Constitución como queda indicado no debe incurrir en alteración orgánica ni en restricción dogmática, esto es que no puede alterar la estructura estatal ni restringir derechos o garantías

La reforma constitucional si puede incurrir en una alteración orgánica pero no en una restricción dogmática; en tanto que el cambio constitucional es plenipotenciario transformador y no tiene estas limitaciones extrínsecas, solo las intrínsecas.

La definición de la vía para procesar estas propuestas gira en torno a determinar si se está regulando una regla o un principio constitucional, entendiendo que las reglas hacen operar y están supeditadas a los principios.

El principio que se encuentra involucrado en el tema de dotar de una directa legitimidad democrática originaria a los órganos que actualmente solo cuentan con una legitimidad indirecta funcional, es el de la participación soberana del pueblo en su elección.

<sup>24</sup>Néstor Pedro Sagües, “Notas sobre el poder constituyente irregular”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Montevideo: Konrad-Adenauer Stiftung E.V., 2009), 152.

Esto implicaría la adaptación de la actual regla que es de designación al principio constitucional de la participación democrática por medio de la elección popular, apreciando la teoría de Gustavo Zagrebelsky que indica que hay que determinar “la dirección en que debería colocarse a la regla para no contravenir el valor contenido en el principio”.<sup>25</sup>

En este sentido la adecuación de la actual designación de estos órganos a una elección popular, no implicaría restricción de los derechos, sino por el contrario, ampliación de la participación, se estaría maximizando este principio democrático, considerando la tesis de Robert Alexy que menciona que “los principios exigen la máxima realización posible”.<sup>26</sup>

El núcleo esencial de la democracia es la participación soberana del pueblo y con la elección popular de estos órganos se estaría irradiando la soberanía popular en todo el ordenamiento, estimando el planteamiento de Luis Prieto Sanchís que señala: “es lo que se ha dado en llamar efecto impregnación o irradiación, que justamente significa el desbordamiento de un derecho constitucional que ahora inunda el conjunto de ordenamiento”.<sup>27</sup>

El principio de participación del sistema político democrático debería por lo tanto aplicarse a través de una regla de elección popular de los principales órganos de las 5 Funciones del Estado, ya que el pueblo tiene el derecho de legitimar originariamente con su voto a las autoridades.

La regla de designación del CDJ, CNJ, CCE, CNE y CPCCS, se adecuaría entonces al principio democrático de la soberanía popular, para conferirle un carácter progresivo a la participación democrática, conforme la dinámica e interacción social, no pudiendo convertirse en este sentido el actual textual de la Constitución que en una contención o dique, en un documento inmovible y pétreo frente al acontecer social.

La vía por lo tanto para implementar la elección democrática popular de los órganos que han actualmente son designados indirectamente por intermediarios de otras Funciones del Estado, esto es: CDJ, CNJ, CCE, CNE y CPCCS, a priori sería el de enmienda constitucional.

Ello para adaptar la institucionalidad a la plena garantía de los derechos y adecuar el texto constitucional a las exigencias de la ciudadanía, ya que no incurriría en una alteración orgánica ni en una restricción dogmática de la Constitución, pudiendo ser procesada por vía popular mediante la convocatoria a un referéndum acorde al artículo 441.1 o por vía parlamentaria conforme al artículo 441.2 de la Norma Suprema.

Esta enmienda constitucional constituiría un avance, una consolidación de la democracia y de los derechos que acorde a la doctrina neoconstitucional garantista expuesta por Luigi Ferrajoli deben actuar como “límites y vínculos”<sup>28</sup>; y, por ello siguiendo a Robert Alexy los principios que los sustentan deben maximizarse en su calidad de “mandatos de optimización”<sup>29</sup>.

## **8. LA ENMIENDA CONSTITUCIONAL PARA LA ELECCIÓN DEMOCRÁTICA DE LAS ALTAS CORTES DESDE EL CONSTITUCIONALISMO ANDINO**

En relación a la integración de los máximos órganos de la justicia constitucional y de la justicia ordinaria a escala latinoamericana, específicamente en el constitucionalismo andino, esto es Ecuador y Bolivia se denota lo siguiente.

La Constitución ecuatoriana de 2008 en el artículo 183 establece que la Corte Nacional de Justicia será elegida por el Consejo de la Judicatura en un concurso de méritos y en el artículo 434 indica que la Corte Constitucional será designada por una Comisión Calificadora integrada por delegados de la Función Ejecutiva, Legislativa y de Transparencia y Control Social a través de un concurso público de selección de entre las candidaturas presentadas por estas funciones.

En tanto que la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia promulgada el 07 de febrero de 2009 establece en los artículos 158.I.5, 182.I y 198 que las candidaturas del Consejo de la Magistratura, Tribunal Agroambiental, Tribunal Supremo de Justicia y Tribunal Constitucional Plurinacional serán preseleccionadas por la Asamblea Legislativa Plurinacional y finalmente electas por sufragio universal.

<sup>25</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia* (Madrid: Editorial Trotta, 2005), 118.

<sup>26</sup> Robert Alexy, “La fórmula del peso”, en *El principio de proporcionalidad*, Serie Neoconstitucionalismo y Sociedad, No. 6 (Quito: Ministerio de Justicia, 2008), 15.

<sup>27</sup> Luis Prieto Sanchís, “Constitucionalismo y garantismo”, en *Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli* (Madrid: Editorial Trotta, 2005), 48.

<sup>28</sup> Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: la ley del más débil* (Madrid: Editorial Trotta, 2001), 66.

<sup>29</sup> Robert Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), 95.



En este contexto el autor Julio Bustillos, que analiza la designación de los jueces constitucionales en 23 países y regiones de América, denota lo siguiente:

*“Tabla 7. Autoridades, órganos y otros participantes en el proceso de nombramiento de los jueces constitucionales en América (2010)”*

País	Propone:				Designa:			
	Poder Ejecutivo	Poder Legislativo	Poder Judicial	Otros	Poder Ejecutivo	Poder Legislativo	Poder Judicial	Otros
Argentina	X					X		
Bolivia				X		X		
Brasil	X					X		
Canadá					X			
Caribe I					X			
Caribe II					X			
Chile					X	X	X	X
Colombia	X		X			X		
Costa Rica						X		
Ecuador	X	X	X	X		X		
El Salvador						X		
Estados Unidos	X					X		
Guatemala					X	X	X	X
Haití		X			X			
Honduras						X		
México	X					X		
Nicaragua						X		
Panamá	X					X		
Paraguay			X		X	X		
Perú						X		
Puerto Rico					X	X		
Uruguay						X		
Venezuela	X		X			X		
Total : 23	8	2	4	2	8	19	2	2

*Con sustento en la respectiva normativa constitucional, la tabla 7 expone los actores y órganos que participan en el proceso de nombramiento (propuesta-designación) de los jueces de los tribunales constitucionales en América”.*<sup>30</sup>

En definitiva mientras que en el Ecuador persiste el mecanismo de designación de las altas cortes por órganos intermediarios de otras Funciones del Estado, formando parte de los 22 países latinoamericanos que mantienen esta modalidad, en la que 19 países delegan esta nominación al Legislativo a propuesta del Ejecutivo en 8 países; Bolivia es el único país a nivel de Latinoamérica en el que previa selección de la Asamblea Legislativa Plurinacional el pueblo elige en las urnas a sus altas cortes, como ocurre en Norteamérica con la mayoría de las Cortes Supremas Estatales de los EE.UU.

El autor Ignacio Posse indica que los EE.UU cuenta con más de 150 años de experiencia en elegir popularmente a los jueces, 39 de sus 50 Estados contemplan la elección de las Cortes Supremas estatales, el sistema judicial integrado por 30.000 jueces de apelación electos representan un 87%, mecanismo que opera con un sistema de elección no partidaria, por el cual los partidos políticos no pueden presentar candidatos, ni apoyar a candidato alguno, debiendo las papeletas de elecciones contener los nombres de los candidatos, sin símbolos o nombre de agrupación alguna; y, precisa que esto no se compadece con designación de la Corte Suprema Federal que la decide el Presidente de EE.UU. con acuerdo de los 2/3 del Senado.<sup>31</sup>

Ello ha generado, como expone Roberto Gargarella, que en el sistema norteamericano existan dos posiciones disímiles sobre el rol de la Corte Suprema Federal de los EE.UU. La primera expuesta por los defensores del “judicial review” en el sentido de que los jueces constitucionales son garantes de los “canales representativos” en los casos que resuelven (Dworkin, Ely). Y la segunda expuesta desde el “constitucionalismo popular” que reclama la adopción directa del pueblo de las decisiones constitucionales, propugnando incluso la eliminación de este órgano jurisdiccional (Kramer, Parker, Tushnet). Como tesis intermedia se plantea que la Corte supere su aislamiento por medio de una agenda progresista (Post, Siegel, Chemerinsky).<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Julio Bustillos, *El Juez Constitucional en el Mundo: Perfil, carrera judicial, nombramiento, remuneración, desempeño y costos* (México: Editorial Porrúa, 2011), 23 y 24.

<sup>31</sup> Ignacio Posse Molina, “Elección de los jueces de la Corte Suprema por el voto directo del pueblo (mediante elecciones no partidarias)”, en *La ley* (Paraguay: Revista Jurídica Año 26 N° 7, 2003), 28 y 38, en: <http://www.grupoevos.com/revistajuridicapanama/articulos201001/elec-jueces-post-edic.pdf>.

<sup>32</sup> Roberto Gargarella, “El nacimiento del constitucionalismo popular”, en Roberto Gargarella, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Tomo I Democracia* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009), 249-261.

La posibilidad de que el pueblo ecuatoriano elija por voto popular a sus altas cortes, sin intermediarios, involucra una profunda reflexión procesada a través de un proceso constituyente, que en el Ecuador no ha estado exento de complicaciones y dificultades.

La vía a priori para su implementación sería la enmienda constitucional, ya sea por referéndum popular o por aprobación parlamentaria, procedimiento que debe estar claramente determinado para su aplicación eficaz como se ha expuesto en el presente análisis, pues la propuesta de la elección democrática de las altas cortes debe completarse necesariamente con la determinación de su mecanismo de operación.

En este sentido Ernst Böckenförde expone que la soberanía implica que las autoridades cuenten una cadena de legitimidad que se retrotraiga al pueblo, que en todo caso se reserva el ejercicio del poder constituyente de forma directa o representativa, así:

*el principio de la soberanía popular se refiere de manera primaria a la cuestión de la titularidad del poder del Estado. Con él se afirma que la instauración y la organización del dominio que ejerce el poder político tienen que retrotraerse al pueblo mismo, esto es, a una legitimación y a una decisión que surgen del pueblo. Esto no quiere decir que tenga que ser el pueblo el que gobierne de forma inmediata, pero sí que el pueblo tiene que ser y tiene que mantenerse en todo caso como titular del poder constituyente. En el ejercicio de este poder constituyente, el poder de gobernar puede luego transferirse... a una Asamblea y esto puede hacerse con un alcance mayor o menor y de una forma temporal o permanente. El principio de la soberanía popular no queda cancelado por esta transferencia, mientras la decisión del poder de gobernar se mantenga jurídicamente como algo revocable (...) La legitimación orgánica personal consiste en que los cargos públicos que tienen encomendada la gestión de los asuntos estatales han de reposar sobre una cadena de legitimación ininterrumpida que puede retrotraerse hasta el pueblo.<sup>33</sup>*

La elección democrática de la alta corte implementada a través del mecanismo de enmienda constitucional, es decir del ejercicio de un poder constituyente derivado, implica dotarle al poder jurisdiccional de legitimidad democrática originaria, además de la legitimidad funcional evidenciada en la fundamentación y motivación de sus sentencias.

Esta enmienda permitiría que el principio democrático que sustenta al poder jurisdiccional se efectivice, tanto más que el pueblo ecuatoriano en la consulta popular de 25 de mayo de 1997 se pronunció con un 61% a favor de que el poder político no designe a las altas cortes (en específico que la Corte Suprema de Justicia se designe de manera profesional no política).

La Constitución ecuatoriana de 2008 en el artículo 167 refleja este principio de la soberanía popular al establecer expresamente que “*La potestad de administrar justicia emana del pueblo*”, debiéndose plasmar en una regla de elección popular de las altas cortes u otro mecanismo que operativice el principio democrático en el poder jurisdiccional, como por ejemplo que el Consejo de la Judicatura CDJ sea electo en las urnas y éste legitimado de forma originaria lleve los procesos de méritos y oposición para nombrar las altas cortes que se legitimarían de manera funcional.

En este sentido, se debe acudir a fuentes comparadas indicadas de una manera crítica para determinar la aplicación específica de las figuras a nuestra propia realidad cultural, jurídica y social, ya que como señala Peter Häberle tratándose de temas constitucionales: “*Su interpretación debe ser específica, debe desentrañar dimensiones culturales profundas*”.<sup>34</sup>

Las posiciones extremas, que por una parte se anquilosan en la improcedencia de esta elección popular de las altas cortes casi que por costumbre y por otra se aferran a su operación incluso radical, deben atenuarse; por ello resultará importante incursionar en una labor de modulación por parte del Constituyente Derivado, el que según la Sentencia de Corte Constitucional colombiana No. C-801/05 de 02 de agosto de 2005 debe asegurar la eficacia jurídica de la enmienda que se logra cuando “*ha sido modulada por el constituyente derivado*”.<sup>35</sup>

En todo caso la modalidad que se adopte, a priori vía enmienda constitucional, debe estar dirigida a afianzar la democracia y el Estado constitucional de derechos y justicia en el Ecuador, como es la demanda y exigencia del pueblo ecuatoriano.

<sup>33</sup>Ernst Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia* (Madrid: Editorial Trotta, 2000), 50 y 58.

<sup>34</sup>Peter Häberle, *El Estado Constitucional*, traducción de Héctor Fix Fierro (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003), 111 y 122.

<sup>35</sup>Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-801/05 de 25 de agosto de 2005, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2005/C-801-05.htm>