

Andrés Cervantes Valarezo* (Ecuador)

Avances y desafíos del constitucionalismo ecuatoriano: la garantía de rigidez y construcción de identidad constitucional

RESUMEN

En 178 años de vida republicana, Ecuador ha instrumentado 20 constituciones, algunas con periodos de vigencia extremadamente cortos, y otras que han logrado extenderse hasta aproximadamente dos décadas. La flexibilidad del texto constitucional es un elemento importante para su permanencia en el tiempo. El objeto de la investigación es analizar los cambios normativos entre las constituciones ecuatorianas de 1978, 1998 y la de 2008 (actualmente vigente) en lo relativo al control de la reforma constitucional, dando cuenta de los principales avances que apareja la norma e identificando nuevos desafíos: garantizar la rigidez de la norma fundamental y construir una identidad constitucional nacional.

Palabras clave: reformas constitucionales inconstitucionales, rigidez, identidad constitucional nacional.

ZUSAMMENFASSUNG

Im Verlauf seiner 178 Jahre als Republik hat Ecuador 20 Verfassungen in Kraft gesetzt, einige von ihnen mit extrem kurzer Lebensdauer, während andere bis zu 20 Jahre gültig blieben. Ein wesentliches Element für das Fortbestehen eines Verfassungstextes ist seine Flexibilität. Gegenstand dieser Untersuchung ist die Analyse der in die ecuadorianischen Verfassungen von 1978, 1998 und 2008 (zur Zeit gültig) eingeführten normativen Änderungen bezüglich der Kontrolle von Verfassungsreformen. Dabei werden neben den wichtigsten Weiterentwicklungen der Norm auch deren neue

* Abogado, máster en Ciencias Jurídicas Avanzadas de la Universitat Pompeu Fabra (UPF) de Barcelona y máster en Derecho Constitucional de la Universitat de Valencia; candidato a doctor y docente-investigador en la UPF. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Especialidades Espíritu Santo (UEES) en Ecuador. andres.cervantes@upf.edu
orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4644-3977>.

Herausforderungen herausgearbeitet: die Garantie der Stetigkeit der grundsätzlichen Norm und die Entwicklung einer nationalen Verfassungsidentität.

Schlagwörter: Verfassungswidrige Verfassungsreformen, Stetigkeit, nationale Verfassungsidentität.

ABSTRACT

In 178 years of republican life, Ecuador has implemented 20 constitutions, some with extremely short lives, and others that have lasted for approximately two decades. The flexibility of the constitutional text is an important element for its permanence over time. The purpose of the research is to analyze the normative changes between the Ecuadorian constitutions of 1978, 1998 and 2008 (currently in force) with regard to the control of constitutional reform, identifying their main advances and new challenges: guaranteeing the rigidity of fundamental provisions and building a national constitutional identity.

Key words: Unconstitutional constitutional reforms, rigidity, national constitutional identity.

Introducción

La historia constitucional de la República del Ecuador se caracteriza por la corta duración en el tiempo de los textos que en su momento se concibieron como norma fundamental del Estado. El país suramericano ha tenido, en solamente 178 años de vida republicana, 20 constituciones, desde la otorgada por el Congreso Constituyente de Riobamba, el 23 de septiembre de 1830, hasta la Constitución vigente, producto de la Asamblea Constituyente de Montecristi y que entró en vigor el 20 de octubre de 2008 con su publicación en el registro oficial. Aunque la historia ecuatoriana se contraponga a la intuición generalizada de que las constituciones son pactos sociales básicos diseñados para sobrevivir el paso de las generaciones, lo cierto es que este país no es un caso excepcional, sino uno más dentro de una constelación bastante amplia que demuestra la corta vigencia de los textos constitucionales en el mundo.

En un riguroso trabajo desde la perspectiva metodológica que, además, resulta de sumo interés para el estudio del derecho constitucional comparado, Elkins, Ginsburg y Melton¹ demuestran, tras el análisis de todas las constituciones a nivel

¹ Zachary Elkins es profesor de la Universidad de Texas (Austin); Tom Ginsburg es profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago y James Melton es profesor del Instituto para Estudios Avanzados (IMT). Escribieron en conjunto *The Endurance of National Constitutions*, libro que refleja una parte de los resultados del proyecto de constitucionalismo comparado a cargo de los autores y que compila y cataloga las constituciones del mundo con base en distintos criterios.

mundial desde 1789 en adelante, que generalmente las cartas nacionales tienen un tiempo de vida de 19 años y que tan solo un puñado de ellas ha logrado mantenerse durante más de cinco décadas.

Curiosamente, el plazo de 19 años de vigencia promedio de las constituciones coincide con la tesis que defendía Thomas Jefferson en su conocido debate epistolar con James Madison que, como vale la pena recordar, se produjo cuando Jefferson era embajador de los Estados Unidos en la Francia revolucionaria, mientras que Madison se encontraba en Norteamérica implementando, no exento de resistencias y debate, la nueva Constitución.² En ese contexto, se entiende la tesis de Madison de que las constituciones deben tener una pretensión de longevidad, en tanto que Jefferson razona que “los muertos no deben gobernar a los vivos” y que cada generación tiene derecho a una nueva norma fundamental.

Partiendo de la conclusión alcanzada por Elkins, Ginsburg y Melton, cabe preguntarse por qué determinadas constituciones se mantienen vigentes durante mayor tiempo que otras. En el caso ecuatoriano, una reflexión en este sentido resulta importante si se considera, por ejemplo, que la Constitución de 1851 tan solo estuvo vigente durante un año, seis meses y nueve días. Similarmente, ya a mediados de siglo XX, la Constitución de 1945 tan solo se mantuvo vigente durante un año, nueve meses y veinticinco días. De otro lado, la historia constitucional ecuatoriana también presenta ejemplos de textos que han logrado mantenerse vigentes alrededor de 22 años, como la Constitución de 1906; o 20 años, en el caso de la Constitución de 1946. Desde mi perspectiva, identificar y reflexionar sobre aquellos motivos que determinan la sustitución formal de una constitución por otra es vital a fin de solventar los desafíos venideros, tanto para el constitucionalismo ecuatoriano como para el regional.

Elkins, Ginsburg y Melton defienden que factores externos y de ingeniería constitucional influyen en la vida útil de las constituciones nacionales. Mientras los factores externos son, por regla general, incontrolables desde el punto de vista jurídico (por ejemplo, guerras, crisis económicas, gobiernos dictatoriales, pérdida o adquisición de territorio), los aspectos de ingeniería constitucional (flexibilidad, especificidad e inclusión), que reflejan el diseño de cada constitución sobre las normas de la parte dogmática y orgánica y su interacción, resultan relevantes para analizar, en el plano jurídico, la capacidad de un texto constitucional de sobrevivir a lo largo del tiempo.³ En ese sentido, la flexibilidad se refiere a la capacidad del texto constitucional para ser ajustado a través del tiempo, permitiendo su adaptación a las cambiantes circunstancias no previstas por el constituyente.⁴

² Zachary Elkins, Tom Ginsburg y James Melton, *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 1-2.

³ *Ibid.*, pp. 134-139 y 207.

⁴ “Una constitución está dotada de resistencia si es capaz de producir el acoplamiento entre la realidad jurídica normativa en que ella misma consiste y la siempre cambiante realidad

En cambio, la especificidad se refiere a que la constitución cuente con normas de suficiente detalle que faciliten su aplicación y el entendimiento básico sobre el contenido y significado del texto. Finalmente, la inclusión se refiere a los mecanismos previstos por el texto constitucional para incorporar a diferentes grupos de la sociedad en el diseño y mantenimiento de la constitución. La idea clave es que el debate y la deliberación pública e inclusiva tienden a mantener una constitución antes que a sustituirla por medio de la regla de la mayoría.

Sin lugar a dudas, la flexibilidad, especificidad e inclusión son elementos en permanente tensión. Si la constitución se vuelve un código omnicompreensivo –como la Constitución ecuatoriana vigente–, poco espacio habrá para incorporar criterios flexibles por medio de la interpretación judicial. Tampoco parece conveniente caer en el populismo ontológico so pretexto de inclusión y deliberación. Sin embargo, el diseño de un camino medio es posible si se combina la especificidad con mecanismos de modificación constitucional que permitan adaptar el pacto social y mantenerlo vigente sin trastocar su esencia.

En esta situación, la Corte Constitucional del Ecuador tiene un rol fundamental pues debe determinar el procedimiento de modificación de la Constitución. Si se trata de un cambio que respete la identidad de la carta,⁵ el control judicial puede tener una función positiva que permita la adaptación del texto constitucional. Sin embargo, no respetar la identidad constitucional podría conducir a que por medio de modificaciones –y so pretexto de la flexibilidad de la constitución– se sustituya informalmente la norma fundamental, lo que representa un problema tanto desde la perspectiva teórica como práctica.

Desde la perspectiva teórica, la rigidez de la norma fundamental es distinguida por otras de orden infraconstitucional pues refleja un pacto básico de la sociedad que debe ser respetado por su valor intrínseco.⁶ En la práctica, modificar la cons-

política, es decir, en su capacidad para asumir mutaciones” (Francisco Tomás y Valiente, “La resistencia constitucional y los valores”, *Doxa*, núms. 15-16, 1994, p. 639). Por su parte, Aguiló añade que “la resistencia constitucional tiene que ver con la rigidez constitucional en cuanto que ambas responden al objetivo de garantizar la supremacía de la constitución y de conseguir su duración a lo largo del tiempo; pero no puede reducirse a ella porque la resistencia no es sólo una cuestión de dificultar el cambio de la constitución (no es una cuestión meramente estructural)” (Josep Aguiló, “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, *Doxa*, núm. 26, 2003, p. 296).

⁵ Concepto que se desarrolla ampliamente en la sección 3 del ensayo. Por ahora, basta entender que la identidad constitucional refleja las opciones fundamentales de una comunidad frente al resto de los Estados y organizaciones internacionales o supranacionales.

⁶ El valor intrínseco de la rigidez constitucional puede y debe predicarse también de la parte orgánica de la constitución, como trataré de demostrar más adelante cuando aluda al caso ecuatoriano. Por ahora, vale mencionar la explicación de Víctor Ferreres “¿Por qué debe ser rígida la constitución? La respuesta es relativamente sencilla con respecto a aquella parte de la misma que establece la estructura y relaciones de los diversos órganos del Estado. En efecto: dada la existencia de una pluralidad de sistemas razonables de gobierno, y dada la necesidad de estabilizar uno de ellos para que la vida política pueda desenvolverse de manera

titudin incorporando normas que violenten su identidad arroja como resultado un texto cargado de antinomias y lagunas normativas, precisamente, porque no se desarrolla una adaptación sistemática del texto.

El objeto de la presente contribución es bastante modesto. De un lado, se expondrán los cambios más importantes en las tres constituciones (1978, 1998 y 2008), desde el retorno a la democracia en Ecuador en relación con la modificación del texto constitucional y su método de control.⁷ Adelantando conclusiones, la Constitución vigente demuestra una evolución importante, toda vez que incorpora el control judicial concentrado de las modificaciones constitucionales e instituye un sistema de gradación con límites materiales y reglas competenciales (enmienda, reforma parcial y asamblea constituyente).

A pesar de esta evolución, el control judicial no ha logrado garantizar que las modificaciones a la Constitución se realicen por medio de los procedimientos debidos, lo que afecta la rigidez de la norma fundamental. Frente al problema descrito, se sugiere incorporar a la jurisprudencia constitucional ecuatoriana el test de sustitución desarrollado por la Corte Constitucional de Colombia, así como conceptualizar la identidad nacional de la norma fundamental ecuatoriana a efectos de distinguir entre un intento de modificación y un intento de sustitución informal de la constitución.⁸ En mi opinión, las herramientas mencionadas podrían resultar útiles a efectos de asegurar el nivel mínimo de deliberación pública requerido para cada caso y evitar modificaciones que entren en profunda tensión con el resto del ordenamiento constitucional.

ordenada, es conveniente que la constitución opte por uno de esos sistemas. La rigidez constitucional asegura entonces la estabilidad de la opción elegida. Es más importante tener una determinada estructura de gobierno, que la mayoría parlamentaria de cada momento no puede alterar, que mantener abierta la posibilidad de discutir y votar constantemente cual es la mejor estructura de gobierno con la que dotar al país” (V́ctor Ferreres, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa*, núm. 23, 2000, p. 29). A ello cabría agregar el comentario de Bayón, en el sentido de que “la adopción *originaria* de una regla de decisión –incluso si es estrictamente procedimental– sólo puede hacerse por y desde razones sustantivas, y en ausencia de acuerdo al respecto, la implantación de una de ellas obedecerá a una compleja mezcla de motivos morales y prudenciales entre los miembros de la comunidad. Nada impide entonces la adopción originaria de una regla de decisión ya con restricciones sustantivas” (Juan Carlos Bayón, “Derechos, democracia y constitución”, en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003).

⁷ Véase en el anexo de este ensayo la tabla que resume esquemáticamente las diferencias entre los procedimientos de enmienda, reforma parcial y asamblea constituyente en la Constitución de la República del Ecuador de 2008.

⁸ “Como ocurre con todas las normas que son resultado de una decisión, la constitución formal puede tener contenidos muy diversos. Ahora bien, de lo dicho anteriormente se sigue que la decisión constitucional es una decisión relativa a qué cuenta como fundamental en la vida jurídica y política de esa comunidad. Es decir, el código opera como un criterio formal del reconocimiento de lo que es fundamental en esa comunidad. Ello hace que para el constitucionalismo como ideología se plantee inevitablemente la cuestión de qué es esencial en una constitución, porque es obvio que los criterios formales de constitucionalidad (fundamentalidad) pueden resultar sobreincluyentes o infraincluyentes” (Aguiló, *op. cit.*, p. 297).

1. Modificaciones constitucionales en Ecuador (1978 y 1998)

Siguiendo el planteamiento de Agustín Grijalva, actualmente juez de la Corte Constitucional de Ecuador, es sensato y apropiado a efectos expositivos señalar que Ecuador atravesó tres etapas en lo que concierne al control de constitucionalidad. La primera etapa histórica corresponde a la soberanía parlamentaria (1830-1945), en la que las modificaciones a la Constitución se adoptaban con base en criterios puramente políticos; la segunda concierne al surgimiento y desarrollo del Tribunal Constitucional ecuatoriano (1945-1996); y la tercera etapa atañe al control jurídico (basado en un análisis motivado desde el derecho) y judicial (con la última palabra a cargo de un órgano jurisdiccional y no del Legislativo) de la regularidad constitucional, que se conceptualiza desde 1966 hasta la actualidad.⁹

La Constitución ecuatoriana de 1978 establecía en su artículo 143 que la iniciativa de reforma constitucional correspondía al presidente de la República, a la Cámara Nacional de Representantes, a la Corte Suprema de Justicia y a la iniciativa popular. De tal suerte, correspondía al pleno de la Cámara Nacional de Representantes conocer, discutir y aprobar las reformas a la Constitución. Para ello, se exigía una mayoría de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Cámara. Tras la aprobación del proyecto de reforma en dos debates, la Cámara Nacional de Representantes debía remitirlo al presidente de la República para su dictamen. En caso de dictamen presidencial favorable, correspondía la promulgación de la reforma constitucional. En caso de discrepancia por parte del presidente de la República, este debía convocar una consulta popular –que solamente podía versar sobre los puntos de discrepancia entre la Cámara y el Ejecutivo– para decidir el futuro de la reforma constitucional.

Un segundo escenario en el que correspondía convocar consulta popular tenía lugar cuando la iniciativa de reforma constitucional del presidente de la República fuera rechazada –total o parcialmente– por la Cámara Nacional de Representantes. Como podrá notarse, el criterio de admisibilidad de la modificación constitucional era, siguiendo a Grijalva, puramente político y guiado por “criterios de oportunidad, conveniencia y necesidad de los actos y políticas de Gobierno”.¹⁰

La explicación de la adopción de un modelo como el descrito puede encontrarse en que la Constitución fue redactada por una comisión designada por la dictadura militar que gobernaba a Ecuador en aquel momento y que terminó el 10 de agosto de 1979 con el retorno a la democracia y la elección de Jaime Roldós Aguilera como

⁹ Agustín Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador*, Serie Pensamiento Jurídico Contemporáneo, núm. 5, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012, p. 171.

¹⁰ *Idem*.

presidente de la República.¹¹ En fin, la Constitución de 1978 consagraba un procedimiento único de modificación constitucional que, además, era preeminentemente político pues no se demarcaron límites materiales que la reforma debía respetar so pena de sustituir la constitución, ni tampoco se otorgó competencia al Tribunal de Garantías Constitucionales para ejercer un control previo o posterior de las reformas.

En relación con la Constitución de 1998, expedida tras la ilegítima destitución del expresidente Abdalá Bucaram –basada en una supuesta “incapacidad mental”– y la asunción al poder del entonces presidente del Congreso Fabián Alarcón, se resuelve convocar una consulta popular que culmina en una Asamblea Constituyente que pretendía un reequilibrio de los poderes públicos y una apuesta agresiva por la economía de mercado. Cabe mencionar que esta Constitución permitía que una cuarta parte de los integrantes del Congreso solicitaran el enjuiciamiento político de los vocales del entonces Tribunal Constitucional durante el ejercicio de sus funciones y hasta un año después de terminado su encargo (CP, art. 130.9). Ello respondía al hecho de que el Congreso Nacional, como poder legislativo, era al mismo tiempo entidad nominadora de los vocales del Tribunal Constitucional, de tal manera que podía aceptar sus renunciaciones, conocer sus excusas y designar los correspondientes reemplazos (CP, art. 130.11).

Conforme a lo que disponía la Constitución de 1998, los nueve vocales que integraban el Tribunal Constitucional tenían un periodo de cuatro años con la posibilidad de reelección por un periodo más. Si bien la Constitución indicaba que los vocales no podían ser responsabilizados por sus votos u opiniones (CP, art. 275), la realidad es que ser susceptibles de juicio político, sin que si quiera existieran causales que en algo contuvieran la discrecionalidad política, hacía de la independencia e imparcialidad del Tribunal algo normativamente cuestionable. Como anota Rafael Oyarte, “respecto del Tribunal Constitucional, nunca hubo una destitución decidida por la Legislatura siguiendo ese procedimiento, sino que ésta, sin atribuciones, declaraba el cese de funciones de los vocales. A tanto llegó la inestabilidad de los vocales del entonces Tribunal Constitucional, que sólo una integración logró completar el periodo de funciones”¹²

¹¹ El preámbulo del texto constitucional mencionaba: “El primer plazo del plan fue la designación de comisiones encargadas, la una de introducir las necesarias reformas a la Constitución de 1945, acogida por el Consejo Supremo como marco de su acción gubernativa, y la otra de formular una nueva Constitución para que una de ellas sea elegida por la ciudadanía en un acto plebiscitario o referéndum, institución acogida por primera vez en el Ecuador, por lo menos con los caracteres singulares fijados en el plan, pues la ocasión en que se la utilizó en el siglo pasado fue con el fin de robustecer, mediante el voto popular directo, una carta política dictada por una asamblea constituyente” (Constitución Política de la República del Ecuador, Decreto Supremo 000, Registro Oficial 800 de 27 de marzo de 1979).

¹² Hernán Salgado y Rafael Oyarte, “El estatuto jurídico del juez constitucional en Ecuador”, en Héctor Fix Zamudio y César Astudillo (coords.), *Estatuto jurídico del juez constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2012, p. 451.

A lo dicho, habría que sumar que el Tribunal Constitucional no tenía ninguna competencia en cuanto al control de las reformas del texto constitucional. De acuerdo con la carta ecuatoriana de 1998, el procedimiento ordinario consistía en que el Congreso Nacional discutía los proyectos de reforma constitucional “mediante el mismo trámite para la aprobación de las leyes”, incluyendo el matiz de que el segundo debate debía realizarse luego de un año del primer debate legislativo y que se demandaba el voto reforzado de dos terceras partes del Legislativo para la aprobación de la modificación. En todo caso, el presidente de la República tenía oportunidad de ejercer la facultad de veto o sancionar la reforma (CP, art. 282).

Solamente se contemplaba un caso de excepción en el que las reformas constitucionales eran aprobadas en consulta popular. De acuerdo con lo que disponía la Constitución de 1998, el presidente de la República podía someter a consulta popular en “casos de urgencia”, calificados así por la mayoría de los integrantes del Congreso Nacional, o sin dicha calificación, cuando el Congreso Nacional hubiera omitido pronunciarse, aprobando o negando la reforma constitucional, en el término de 120 días, luego de un año de celebrado el primer debate legislativo (CP, art. 283).

También cabe destacar que la discusión sobre quién tenía la última palabra sobre la interpretación de la Constitución se resolvía, desde el inicio de la república hasta la Constitución de 1998, a favor del legislador. En efecto, el artículo 283 de la norma fundamental, en el capítulo III sobre reforma e interpretación de la Constitución establecía:

En caso de duda sobre el alcance de las normas contenidas en esta Constitución, el Congreso Nacional podrá interpretarlas de un modo generalmente obligatorio. Tendrán la iniciativa para la presentación de proyectos de interpretación constitucional, las mismas personas u organismos que la tienen para la presentación de proyectos de reforma, su trámite será el establecido para la expedición de las leyes. Su aprobación requerirá del voto favorable de las dos terceras partes de los integrantes del Congreso Nacional.

Vale mencionar como cuestión de contexto que, durante las décadas de los ochenta y noventa, los textos constitucionales de una serie de países latinoamericanos sufrieron modificaciones importantes, o incluso se adoptaron nuevos textos constitucionales con un profundo cambio en la parte dogmática y orgánica, como demuestran, por ejemplo, la Constitución colombiana de 1991 o la brasileña de 1988. Al respecto, Gargarella y Courtis comentan que cada reforma o sustitución formal de la constitución se concibe como la reacción frente a un problema social determinado.¹³ En las décadas de los setenta y ochenta, fuertemente marcadas por el ascenso

¹³ Roberto Gargarella y Christian Courtis, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Serie Políticas Sociales, núm. 153, Santiago de Chile, Cepal, 2009, pp. 5-45.

de gobiernos autoritarios y dictaduras militares, el objetivo de las constituciones consistía, precisamente, en moderar el hiperpresidencialismo o bien servir como instrumento de transición a la democracia, como de hecho sucedió en Ecuador con la Constitución de 1979.

2. La Constitución ecuatoriana de 2008 y su modificación

Ya en los albores del siglo XXI, el constitucionalismo de la región pretendió reaccionar frente a problemas distintos a los arriba mencionados. En esta ocasión, un nuevo constitucionalismo latinoamericano, un “constitucionalismo transformador”, pretendió atacar problemas sistémicos de la región: la pobreza extrema, la desigualdad, las ineficiencias económicas, entre muchos otros. Para ello, algunos textos constitucionales –como el ecuatoriano– adquirieron larga extensión, reconocieron amplios catálogos de derechos, una apertura al indigenismo y al reconocimiento de sistemas jurídicos alternativos, así como a la modificación del sistema político puramente representativo y de la parte orgánica de la Constitución. En relación con este último punto, se desarrollaron mecanismos participativos y de democracia directa.¹⁴

En el caso ecuatoriano, la Constitución de 2008 implicó una auténtica revolución jurídica en cuanto a las facultades del órgano encargado de la justicia constitucional (CRE, art. 436). Dado el objeto del presente trabajo, me limitaré a mencionar aquellas relevantes a la modificación constitucional.

Desde las garantías de Independencia –vitales a efectos de decidir sobre las modificaciones a la norma fundamental–, la Corte Constitucional se encuentra virtualmente blindada a cualquier tipo de control político.¹⁵ La norma constitucional indica

¹⁴ El estudio presentado por Elkins, Ginsburg y Melton destaca la Constitución ecuatoriana vigente (2008) por el hecho de que reconoce, de acuerdo con los autores, 99 derechos constitucionales; pasa a ser entonces el texto que más derechos garantiza en el mundo. Sin embargo, ya es bastante conocida aquella idea defendida por Roberto Gargarella, según la cual un amplio catálogo de derechos de poco o nada sirve si las estructuras del poder público –o la sala de máquinas de la constitución como él lo llama– responden a antiguos modelos constitucionales, que lejos de hacer viable la tutela de derechos, concentran el poder público en determinadas ramas (Roberto Gargarella, “El constitucionalismo latinoamericano y la ‘sala de máquinas’ de la constitución (1980-2010)”, *Gaceta Constitucional*, núm. 48, 2011, p. 293).

¹⁵ Se utiliza la expresión “virtualmente”, toda vez que a través de una consulta popular –sin control previo de constitucionalidad por negligencia atribuible a la propia Corte Constitucional– se decidió nombrar un Consejo de Participación Ciudadana Transitorio (órgano constitucional merecedor de análisis posterior en el texto) que, a su vez, “interpretó” que tenía la facultad de evaluar y, de ser el caso, cesar a los jueces de la Corte Constitucional. Si bien Salgado y Oyarte hacen una distinción entre “destituir” y “cesar”, es sumamente controvertido que un órgano transitorio –designado por los poderes políticos– tenga la capacidad de evaluar la legitimidad de los jueces en el cargo, así como su idoneidad, honestidad o despacho de causas. Parece, en definitiva, un peligroso precedente para la independencia de la justicia constitucional en Ecuador (*El Comercio*, “El Consejo de Participación transitorio cesó a los

que los jueces de la Corte Constitucional del Ecuador no podrán ser removidos por la autoridad nominadora, y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) señala que no podrán ser removidos por ninguna de “las autoridades que intervinieron en su designación” (LOGJCC, art. 186, 1), con lo cual, a criterio de Salgado y Oyarte, se “asegura el principio de independencia jurisdiccional”. Adicionalmente, “la nueva Constitución, a diferencia de textos constitucionales pretéritos, excluye de juicio político a los miembros de la Corte Constitucional”, por lo que “el único órgano con competencia para destituir a un miembro de la Corte Constitucional es el Pleno de la misma magistratura, con el voto conforme de las dos terceras partes de sus integrantes (art. 431, inc. 30., CE)”.¹⁶

A diferencia de los textos constitucionales de 1978 y de 1998, la Constitución vigente de la República exige el control jurisdiccional previo para la reforma de la norma fundamental, otorgándole a la Corte Constitucional la potestad de dirimir sobre qué procedimiento corresponde para modificar la Constitución (CRE, art. 443). Ello sucede también cuando la modificación se instrumenta por mecanismos de democracia directa (referéndum) y es exigible también para reformas de carácter infraconstitucional que se definen mediante consulta popular. En efecto, el artículo 104 de la CRE dispone que, en todos los casos, se requerirá dictamen previo de la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de las preguntas propuestas.

Además, el dictamen que expida la Corte Constitucional es vinculante para todos los poderes públicos (CRE, art. 438, 2). A efectos esquemáticos, el sistema de control de modificaciones constitucionales desarrollado en la LOGJCC tiene tres fases: (i) dictamen de procedimiento; (ii) sentencia de constitucionalidad de la convocatoria a referendo; y (iii) sentencia de constitucionalidad de las enmiendas, reformas y cambios constitucionales (LOGJCC, art. 99). El primer problema que se observa en relación con la regulación legal expuesta es que la CRE simplemente indica que “la Corte Constitucional calificará cuál de los procedimientos previstos en este capítulo [enmienda, reforma o Asamblea Constituyente] corresponde en cada caso”.

Sin embargo, la norma legal amplía la competencia de la Corte Constitucional, permitiéndole no solamente determinar el procedimiento de acuerdo con la naturaleza de la modificación propuesta, sino también controlar, en la fase II, “las reglas

nueve jueces de la Corte Constitucional”, 23 de agosto de 2018). Sobre la independencia judicial, la Corte IDH ha señalado: “Las dimensiones de la independencia judicial se traducen en el derecho subjetivo del juez a que su separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las *garantías judiciales* o porque se ha cumplido el término o periodo de su mandato, y iii) cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de los jueces en su cargo, se vulnera el derecho a la independencia judicial consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conjunción con el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público, establecido en el artículo 23.1.c de la Convención Americana” (énfasis agregado) [Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional (Camba y Otros) vs. Ecuador, Sentencia de 28 de agosto de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 199].

¹⁶ Salgado y Oyarte, *op. cit.*, p. 451.

procesales para la realización de la convocatoria”, “la competencia en el ejercicio del poder de reforma a la Constitución” y la “garantía plena de la libertad del elector, y en particular, el cumplimiento de las cargas de claridad y lealtad” (LOGJCC, art. 103). Como se podrá notar, la LOGJCC es redundante en cuanto al control del poder de reforma, pues ese es precisamente el objeto de la fase I. Así, el objeto principal de la fase II es controlar los considerandos introductorios y el cuestionario que se someterá a los electores (LOGJCC, arts. 194 y 105) a efectos de que, por ejemplo, no se induzca la respuesta del votante, se utilice un lenguaje valorativamente neutro y sencillo, no se realicen dos o más preguntas en un solo enunciado y no se imponga la aprobación o el rechazo en bloque.

En todo caso, el verdadero nudo gordiano es producto de la fase III, que se diferencia de las fases I y II en que *solo se activa a petición de parte*, y la acción prescribe luego de 30 días hábiles tras la entrada en vigor de la modificación constitucional. La LOGJCC permite a la Corte Constitucional no solamente dictaminar previamente el procedimiento de modificación constitucional y moderar las preguntas que se plantearán al electorado; también habilita, cuando la Constitución no lo hace, a realizar un *control posterior* sobre *vicios formales*, que “incluye el análisis de la competencia para reformar la Constitución” (LOGJCC, art. 106, 3). Como se puede advertir fácilmente, la norma legal presenta serias deficiencias en su conceptualización y en la técnica legislativa. Es incomprensible que se triplique el mismo requisito –determinar el procedimiento y, por tanto, la competencia de modificación constitucional–, cuando ha sido resuelto de forma previa por la propia Corte Constitucional (LOGJCC, art. 106, 6).¹⁷

Como se mencionó, la CRE disciplina tres procedimientos para su modificación, que se describirán muy resumidamente a continuación.

2.1. La enmienda

El artículo 441 de la CRE autoriza el procedimiento de enmienda para uno o varios artículos de la Constitución, siempre que las modificaciones puntuales no vulneren límites materiales establecidos en la norma básica. Entre estos límites se encuentran: (i) la prohibición de alterar la estructura fundamental de la Constitución, (ii) la prohibición de alterar el carácter y los elementos constitutivos del Estado, (iii) la prohibición de establecer restricciones a los derechos y las garantías constitucionales,

¹⁷ Un supuesto interesante para la aplicación de esta norma ocurre cuando la reforma ha sido aprobada por dictamen ficto previsto en el artículo 105 de la LOGJCC, que reza: “Si la Corte Constitucional no resuelve sobre la convocatoria, los considerandos y el cuestionario del referendo, dentro del término de veinte días siguientes a haber iniciado el respectivo control previo, se entenderá que ha emitido dictamen favorable”. La idea sería que el dictamen ficto brinde solamente una presunción *iuris tantum*. Empero, como ya se anotó, la competencia que la ley extiende al tribunal es constitucionalmente cuestionable.

y, finalmente, (iv) la prohibición de utilizar la enmienda para modificar el procedimiento de reforma de la norma fundamental.

En cuanto al procedimiento aplicable, las enmiendas pueden realizarse por dos vías alternativas. Como primera vía, el presidente de la República puede solicitar la realización de un referéndum, o, en su defecto, también podrá solicitarlo la ciudadanía cuando cuente con el respaldo de al menos el ocho por ciento (8%) de las personas inscritas en el registro electoral. Una segunda vía para el procedimiento de enmienda constitucional consiste en que al menos la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional apruebe el proyecto de modificación en dos debates. En este caso, el segundo debate debe realizarse de “modo impostergable” dentro de los 30 días siguientes al año de realizado el primer debate, y el proyecto de reforma solo se aprobará si obtiene el respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional.

2.2. La reforma parcial

De acuerdo con el artículo 442 de la CRE, la reforma parcial es el método de modificación de dificultad intermedia entre los tres contemplados por la norma fundamental.¹⁸ Los *límites materiales explícitos* para el ejercicio de esta competencia consisten en (i) la prohibición de restricción de derechos y/o garantías constitucionales y (ii) la prohibición de modificar el procedimiento de reforma de la Constitución. Un sector de los juristas ecuatorianos ha interpretado *restrictivamente* las limitaciones contenidas en esta disposición, admitiendo la posibilidad de utilizar la reforma parcial para realizar profundos cambios en la parte de la Constitución que disciplina los poderes públicos, por ejemplo, la supresión de un órgano constitucional que integra una función del Estado.

2.3. La asamblea constituyente

De conformidad con el artículo 444 de la CRE, la asamblea constituyente –entendida como órgano normativo y colegiado de carácter excepcional, legitimado democráticamente de forma directa y que tiene como función específica redactar un proyecto de nuevo texto constitucional– solo podrá ser convocada a través de consulta popular, que puede ser solicitada por el presidente de la República, o por las dos terceras

¹⁸ Artículo 442: “La iniciativa de reforma constitucional será tramitada por la Asamblea Nacional en al menos dos debates. El segundo debate se realizará al menos noventa días después del primero. El proyecto de reforma se aprobará por la Asamblea Nacional. Una vez aprobado el proyecto de reforma constitucional se convocará a referéndum dentro de los cuarenta y cinco días siguientes. Para la aprobación en referéndum se requerirá al menos la mitad más uno de los votos válidos emitidos. Una vez aprobada la reforma en referéndum, y dentro de los siete días siguientes, el Consejo Nacional Electoral dispondrá su publicación” (Constitución de la República de Ecuador, 2008).

partes de la Asamblea Nacional, o por el 12% de las personas inscritas en el registro electoral. Dentro de los requisitos constitucionales para la convocatoria se exige la inclusión de la forma de elección de los representantes para la asamblea constituyente y las reglas del proceso electoral. Finalmente, la Constitución ecuatoriana dispone que para que el proyecto de nueva constitución entre en vigencia debe ser ratificado vía referéndum por la mitad más uno de los votos válidos.

Sobre este procedimiento en particular vale mencionar la opinión de Jorge Benavides pues, en su perspectiva, el hecho de que la Constitución prevea y discipline su propia sustitución total disminuye la idea de extraordinariedad de la decisión política fundamental, característica de estos procesos. Sin embargo, agrega el autor que esta cláusula contenida en la Constitución ecuatoriana vigente merece un balance positivo, toda vez que permite garantizar, por vía de la rigidez, la progresividad y garantía de los derechos.¹⁹

Si bien no es el objeto principal de este trabajo analizar de forma especial el mecanismo de la asamblea constituyente, resulta necesario plantear una observación de orden conceptual. La asamblea constituyente es, por antonomasia, instrumento del denominado poder constituyente (*Verfassungsgebende Gewalt*), único por su naturaleza originaria, esto es, que no deriva de ningún poder preexistente, como demuestran las revoluciones liberales estadounidense y francesa del siglo XVIII.²⁰ Por este motivo, autores como Sieyès mencionaban que el poder constituyente “es la fuente de todo. Su decisión es siempre jurídica; en efecto, es el derecho en sí mismo”.

Si se conceptualiza el poder constituyente originario sin sesgos ideológicos, bien podría entenderse que se trata, simplemente, de la oposición conceptual del poder constituido. Como indica Guastini, el poder constituido se disciplina y se ejercita de conformidad con el orden positivo vigente en el cual encuentra su fundamento material de validez. Es precisamente por este motivo que la constitución producto del poder constituyente “ni es válida ni inválida en el ámbito del ordenamiento que ella constituye”. Dicho de otro modo, el poder constituyente es más bien un *hecho*, no un fundamento axiológico de validez normativa. Consecuencia lógica de lo dicho es que el poder constituyente no opera bajo reglas de validez, sino que se verifica por su *efectividad*, entendida como la obediencia general que la nueva constitución alcance.

Siguiendo la distinción conceptual arriba expuesta, la observación de Benavides relativa a la pérdida de *extraordinariedad* que conlleva la previsión del mecanismo de asamblea constituyente en la norma fundamental ecuatoriana puede explicarse aclarando que no se trataría de un auténtico ejercicio del poder constituyente, al

¹⁹ Jorge Benavides, “Los procedimientos de reforma en algunas constituciones de América Latina. Un estudio normativo con particular énfasis en la Constitución ecuatoriana de 2008”, *Estudios Constitucionales*, año 16, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2018, p. 63.

²⁰ Emmanuel-Joseph Sieyès, *What is the Third Estate?*, trad. M. Blondel, London, Pall Mall Press, 1963 [1789], p. 126.

menos en el concepto desarrollado inicialmente por Carl Schmitt,²¹ toda vez que el poder se encuentra sometido, al menos, a unos requisitos procedimentales que salvaguardan determinados principios del Estado liberal (que se concretan en la elección de los asambleístas constituyentes y en la refrendación popular del proyecto de constitución) y que se erigen en parámetros de control de la validez jurídica del texto que resulte de la asamblea constituyente.²²

3. La sustitución de la constitución y la identidad constitucional

La distinción entre poder constituyente y poder constituido resulta esencial a efectos de elaborar un examen de sustitución y una noción de identidad constitucional nacional. De un lado, el poder constituyente es de carácter eminentemente político y revolucionario, creador de la norma constitucional que por su condición preexistente al ordenamiento jurídico es ajeno a cualquier especie de control jurisdiccional –aunque este último rasgo podría cuestionarse, dada la globalización del derecho constitucional y la existencia de tribunales regionales ajenos al poder constituyente– y se caracteriza por ser ilimitado o absoluto. En las antípodas conceptuales, el poder constituido es la expresión de la voluntad popular que se manifiesta, principalmente, a través del poder de reforma de la constitución. En definitiva, la idea principal es que la facultad de reformar la carta, propia del poder constituido, no permite la supresión de los principios estructurales de esta, sin los cuales la misma no sería reconocible, pues la facultad de sustituir la constitución corresponde de manera exclusiva al constituyente originario.²³

²¹ “The constitution-making will of the people is an unmediated will. It exists prior to and above every constitutional procedure. No constitutional law, not even a constitution, can confer a constitution-making power and prescribe the form of its initiation. The further execution and formulation of a political decision reached by the people in unmediated form requires some organization, a procedure, for which the practice of modern democracy developed certain practices and customs” (Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, trad. Jeffrey Seitzer, Duke University Press Books, 2008, p. 132).

²² A ello se refiere Bernal cuando señala: “It is conceptually possible for the derivative constituent power to observe the procedural requirements and, at the same time, derogate the Constitution or replace it with a new one” (Carlos Bernal, “Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 2, 2013, p. 343).

²³ En palabras de la Corte Constitucional de Colombia, “aunque la Constitución de 1991 no contiene ninguna cláusula pétrea o inmodificable, esto no significa que el poder de reforma no tenga límites así éstos reconozcan un poder muy amplio de modificación de la Constitución. El poder de reforma, por ser un poder constituido y regulado en el Título XIII de la Constitución, tiene límites materiales, pues la facultad de ‘reformar la Constitución’

Esta distinción sirvió para que la Corte Constitucional de Colombia desarrollara, en su Sentencia 551/2003, el test de sustitución que se utiliza como canon de juicio de las modificaciones constitucionales. Si bien es cierto que existe un amplio debate sobre si la Corte Constitucional colombiana se extralimita cuando examina si una reforma concreta de la Constitución altera un principio estructural de ella, no puede dejar de mencionarse que ese debate es inoficioso en el caso ecuatoriano.²⁴ Mientras que la norma fundamental de Colombia señala que la Corte Constitucional podrá decidir demandas de inconstitucionalidad de reformas constitucionales “sólo por vicios de procedimiento en su formación” (CC, art. 241), la CRE tiene un sistema totalmente distinto y mucho más rico, pues la diferenciación entre procedimientos de enmienda, reforma parcial y asamblea constituyente presenta claros límites de sustancia y requisitos de procedimiento que la Corte Constitucional del Ecuador está habilitada para controlar por mandato expreso. Lo que sí resulta útil de la experiencia colombiana y que bien puede aplicarse en el caso ecuatoriano es el *test de sustitución* que dota de sentido a la rigidez constitucional.

En la primera ocasión en que la Corte Constitucional colombiana utilizó el test de sustitución, se limitó a manifestar que era necesario tener en cuenta los principios contenidos en la Constitución y los que surgen del bloque de constitucionalidad, integrado por las normas derivadas de los tratados de derechos humanos suscritos por el Estado.²⁵ Sobre este último aspecto, no existe necesariamente una contraposición entre la identidad nacional constitucional y el derecho internacional, en la medida en que las constituciones modernas contienen cláusulas de apertura; con excepción, claro está, de casos en los que la mutación del texto constitucional vía interpretativa no sea posible. En esos supuestos, la identidad constitucional puede manifestarse mediante la negativa a la reforma del texto original o incluso la denuncia de un tratado internacional. Si bien es cierto que la primera formulación del test de sustitución fue en extremo abstracta, la Corte ha ido refinando este test por medio de las sentencias C-1200/2003, C-970/2004 y C-1040/2005.

En la Sentencia C-1200 de 2003, la Corte Constitucional de Colombia aclaró la posibilidad de que una sustitución de la Constitución fuera total o parcial. De acuerdo con la corporación, una sustitución es parcial si comporta un cambio de gran trascendencia y magnitud para el sistema. Además, la Corte indicó que no

(art. 374) no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-551/03 de 9 de julio de 2003).

²⁴ Bernal, *op. cit.*, p. 340.

²⁵ La Corte Constitucional de Colombia señaló en aquella oportunidad que “es necesario tener en cuenta los principios que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad. Por ejemplo, no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social y democrático de derecho de forma republicana (CP art. 1º) por un Estado totalitario, por una dictadura o por una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fue remplazada por otra diferente, aunque formalmente se haya recurrido al poder de reforma” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-551/03 de 9 de julio de 2003).

puede utilizarse la doctrina que prohíbe la sustitución constitucional para blindar una cláusula de la Constitución y dotarla de intangibilidad. Finalmente, el tribunal estableció que la carga de la prueba consistente en demostrar que la modificación comporta una sustitución de la Constitución corresponde a quien recurre.

Por su parte, la Sentencia C-970 de 2004 indica que para que opere una sustitución de la Constitución debe afectarse un elemento de su identidad, aunque no precisa cuáles son esos elementos o las pautas para identificarlos. Ya en la Sentencia C-1040 de 2005, la Corte Constitucional de Colombia refina el test de sustitución y lo enmarca en siete pasos. De acuerdo con este tribunal, corresponde al recurrente (i) expresar cuál es el elemento esencial de la Constitución que sería sustituido, (ii) demostrar cómo ese elemento esencial se manifiesta a lo largo de diferentes cláusulas constitucionales,²⁶ (iii) explicar los motivos por los que se considera que se trata de un elemento esencial de la Constitución, (iv) presentar evidencia de que el contenido normativo del elemento esencial no se reduce a una cláusula constitucional, (v) demostrar que caracterizar un elemento como esencial no implica conceptualizar a una o varias cláusulas constitucionales como eternas, (vi) probar que el elemento esencial sería sustituido por otro distinto y (vii) explicar que el nuevo elemento introducido por la modificación constitucional se contrapone con otros esenciales de la Constitución.²⁷

Repasando la casuística de la Corte Constitucional de Colombia, resaltan tres casos en los que se ha aplicado el test de sustitución de la constitución. El primer caso se refiere a una modificación que autorizaba al Consejo de Estado –el tribunal de cierre en materia administrativa– a regular la igualdad electoral para los candidatos en caso de que el Congreso no lo hiciera en el plazo de dos meses. En aquella ocasión, la Corte determinó que se afectaría gravemente el principio de separación de poderes y que, por tanto, se trataba de una reforma constitucional inconstitucional. El segundo caso, objeto de la Sentencia C-588 de 2009, se trataba de la inclusión automática de un determinado colectivo de empleados públicos temporales al

²⁶ Este requerimiento es cuestionable, toda vez que una sola disposición constitucional puede resultar fundamental para la supervivencia del sistema vigente, aunque solamente se mencione una vez en el texto. Bernal ejemplifica la cuestión con el derecho a la libertad de expresión, que resulta un principio esencial para la democracia deliberativa. Por ello, concluye que el requerimiento de demostrar la transversalidad del elemento no es una condición necesaria. Vale decir que esta exigencia no parece un impedimento importante para las constituciones producto del llamado “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, caracterizado por sus largos y repetitivos textos (Bernal, *op. cit.*, p. 344).

²⁷ El requerimiento de probar que el nuevo elemento introducido se contrapone a un elemento esencial de la constitución es aceptable solamente si se entiende que se trata de una incompatibilidad de tal envergadura que haga imposible que el elemento nuevo y los demás elementos esenciales de la constitución sean simultáneamente válidos al mismo tiempo y bajo la misma constitución. Ello tiene sentido, dado que las tensiones o colisiones entre normas constitucionales son recurrentes en los sistemas constitucionales y para ello se han diseñado varios métodos de “reconciliación”, por ejemplo, la ponderación (*idem.*).

régimen de la carrera administrativa, sin la superación del procedimiento regular de mérito y oposición. La Corte Constitucional de Colombia consideró que la reforma vulneraba el principio de igualdad y de acceso por mérito a la función pública.

El tercer caso es quizá el más conocido por su connotación política. En la Sentencia C-141 de 2010 declaró que una reforma conducente a que el entonces presidente Álvaro Uribe Vélez tuviera la posibilidad de reelegirse por tercera ocasión implicaba una sustitución de la Constitución colombiana por afectar severamente el sistema de pesos y contrapesos del diseño orgánico del constituyente y, además, por afectar el principio democrático de alternatividad en el poder.

Es importante advertir que la constitución puede tener límites explícitos a su reforma, como de hecho sucede en el caso ecuatoriano. Sin embargo, aquello no tiene por qué ser necesariamente incompatible con la existencia concurrente de límites implícitos a la reforma constitucional.²⁸ Enfocando la atención en el caso ecuatoriano, el procedimiento de enmienda tiene como límite material, entre otros, la prohibición de alterar la *estructura fundamental* de la Constitución, aunque ninguna parte del texto constitucional precise el significado y alcance del término en cuestión. De otro lado, el texto que regula el procedimiento agravado de reforma parcial prescinde del límite material antes mencionado y se limita a señalar como límites explícitos las prohibiciones de restricción de derechos o garantías constitucionales y de alterar los procedimientos de modificación de la propia Constitución.

¿Significa entonces que a través de la reforma parcial puede alterarse la estructura fundamental de la Constitución? Desde mi perspectiva, el caso es representativo de una laguna axiológica, toda vez que la norma *no prohíbe* expresamente que el procedimiento de reforma parcial se utilice para ese fin, y, adicionalmente, nada se dice al respecto en la regulación –puramente procedimental– de la Asamblea Constituyente.²⁹ A pesar de que el sistema jurídico ofrezca una solución a la cuestión planteada, resulta no solo inadecuada sino ilógica, toda vez que el constituyente no tomó como relevante una distinción necesaria: la diferencia entre modificar y sustituir la Constitución. De tal suerte, aunque el texto no lo prevé, toda modificación

²⁸ En Ecuador, la tesis de la inexistencia de límites implícitos a la reforma constitucional ha sido defendida por Benavides, quien manifiesta que en Ecuador “no existen límites implícitos a la reforma, toda vez que los contenidos materiales que suponen estos han sido positivados en artículos como el 84, 441 y 442 de la Constitución” (Jorge Benavides, *Reforma constitucional y límites en la Constitución ecuatoriana de 2008*, tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 2016, p. 177).

²⁹ Para Guastini, “una laguna axiológica es una situación en la cual un cierto supuesto de hecho sí está reglado por una norma, pero —según la opinión del intérprete— está reglado de forma ‘axiológicamente inadecuada [...] porque el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debería haber tomado en cuenta’. Se supone que el legislador no ha tenido en cuenta la distinción en cuestión ‘por no haberla previsto y que, de haberla considerado, hubiera dado una solución diferente’ al supuesto de que se trata” (Riccardo Guastini, “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulgin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación”, *Doxa*, núm. 31, 2008, p. 144).

(enmienda o reforma) debe respetar la estructura fundamental de la Constitución, ya que, en caso contrario, la distinción entre asamblea constituyente y reforma parcial simplemente carecería de sentido, lo que, dicho sea de paso, contraría el principio según el cual debe preferirse la interpretación que dote de efecto útil a una cláusula constitucional, antes que desprovocerla de contenido.

Si se acepta la tesis anterior, queda por superar la dificultad de dotar de significado la *estructura fundamental de la constitución*. Resulta sencillo coincidir con Bernal en que el término en cuestión es un concepto jurídicamente indeterminado y, por ende, problemático.³⁰ No obstante, existe un acuerdo generalizado sobre los *elementos mínimos* de una constitución liberal: la democracia y la deliberación, la separación de poderes y el reconocimiento de derechos fundamentales. Las razones para sostenerlo se relacionan históricamente con la lucha del constitucionalismo liberal.³¹ A manera de ejemplo, ya la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano indicaba en su artículo 2 que “la finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”. De igual modo, su artículo 16 señalaba que “una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución”.

Como destaca Guastini, es cierto que desde el positivismo jurídico es posible conceptualizar constituciones iliberales, adoptando una perspectiva neutra, pues en definitiva todo Estado tiene formalmente una constitución que organiza para bien o para mal el poder público y establece la forma del Estado y del Gobierno, así como determina las reglas de producción normativa. A pesar de esta posibilidad, resulta evidente que ni el constituyente ecuatoriano ni el colombiano optaron por un constitucionalismo neutro, sino que apostaron por un orden inspirado en el constitucionalismo liberal.³² El hecho de que la estructura fundamental de la Constitución ecuatoriana tenga un contenido mínimo que se derive de las máximas del constitucionalismo liberal no se contrapone a que el texto tenga un conjunto de rasgos

³⁰ Schmitt utilizaba la expresión “identidad constitucional” para indicar que las reformas a la constitución solamente podían ser válidas cuando esta no fuere afectada: “The authority to ‘amend the constitution,’ granted by constitutional legislation, means that other constitutional provisions can substitute for individual or multiple ones. They may do so, however, only under the presupposition that the identity and continuity of the constitution as an entirety is preserved” (Schmitt, *op. cit.*, p. 150).

³¹ Este es un criterio también compartido en Ecuador por Jorge Benavides (2016, p. 169).

³² Por ejemplo, el preámbulo de la Constitución ecuatoriana de 2008 indica que esta erige “una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*; una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades; un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana –sueño de Bolívar y Alfaro, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra”.

particulares que la distingan de otras constituciones. Como ha señalado Núñez, el concepto de identidad constitucional refleja, desde la perspectiva jurídico-política,

... las opciones fundamentales de una comunidad frente al resto de los Estados y organizaciones internacionales o supranacionales. Si se admite que las constituciones no son necesariamente (aunque puedan llegar a serlo) instrumentos intercambiables que la tecnocracia ofrece para ordenar el ejercicio del poder, es concebible que las comunidades viertan en ellas algunas decisiones o concepciones que resultan de una historia y cultura propias que son, casi por definición, únicas e irrepetibles.³³

En efecto, “la identidad constitucional expresa una suerte de meta-constitución, entendida como un conjunto de normas o principios preconstitucionales que definen el significado de otras normas constitucionales”. Precisamente, esa metaconstitución determina el contenido semántico de la constitución formal. Por ello, no es poco común que “a partir de dos metaconstituciones similares, dos normas distintas signifiquen prácticamente lo mismo. Del mismo modo, a partir de metaconstituciones diversas, dos normas que textualmente señalan lo mismo pueden significar cosas distintas”.³⁴ Entonces, me atrevería a decir que la Constitución ecuatoriana vigente tiene un *particular diseño orgánico* que combina fuertes notas de democracia participativa y que las incorpora transversalmente a determinados órganos constitucionales. Si bien se puede defender que el ideal deliberativo y participativo previsto por la Constitución no se ha cumplido de facto, no es menos cierto que “una constitución no sólo puede evidenciar una identidad preexistente, ella puede muchas veces perseguir el refuerzo de una débil o la construcción artificial de una nueva”.³⁵

4. El problema de la democracia seudoparticipativa y el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social en Ecuador

La Constitución ecuatoriana de 2008 contempla la existencia de cinco poderes: el Ejecutivo, el Legislativo, el Judicial, la Función Electoral y la Función de Transparencia y Control Social (CRE, tit. IV, cap. V, sec. I). A su vez, esta última función del Estado se encuentra compuesta por varios órganos constitucionales como el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS), la Defensoría del Pueblo, la

³³ Manuel Núñez, “Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona”, *Ius et Praxis*, vol. 14, núm. 2, 2008, p. 337.

³⁴ *Ibid.*, p. 338.

³⁵ *Ibid.*, p. 339.

Contraloría General del Estado y las superintendencias.³⁶ En esta ocasión, me limitaré al análisis del CPCCS por la relevancia que ha tomado este órgano constitucional y su relación con los procesos de modificación constitucional.

La CRE prevé un catálogo de derechos de participación que incluyen el derecho al sufragio activo y pasivo, a participar en asuntos de interés público, a presentar proyectos de iniciativa popular normativa, a ser consultados, a revocar el mandato de las autoridades electas popularmente, a fiscalizar los actos del poder público, a conformar, afiliarse y desafiliarse de partidos políticos y al acceso al servicio público, siguiendo principios como la meritocracia, la transparencia y la pluralidad (CRE, art. 61). Una de las vías para ejercer estos derechos de la mano del aparataje estatal era –al menos teóricamente– el CPCCS, con lo que se pretendía responder a la crítica formulada por Roberto Gargarella sobre la sala de máquinas de la Constitución.³⁷

Este órgano constitucional tiene funciones tan vitales para una democracia como impulsar la “lucha contra la corrupción”, elaborar informes con indicios de responsabilidad, patrocinar acciones legales y solicitar rendición de cuentas a los servidores públicos. Además, el CPCCS tiene la potestad de organizar concursos de méritos y oposición para designar a altos funcionarios. Parece ser que la voluntad del constituyente fue prescindir del sistema clásico de cooptación entre el Ejecutivo y Legislativo y pasar a un sistema basado en la meritocracia. Entre los funcionarios que designa el CPCCS se encuentran (CRE, art. 208):

1. El procurador general del Estado, a partir de las ternas presentadas por el presidente de la República, tras un proceso de impugnación y veeduría ciudadana (CRE, art. 236).
2. Los titulares de las superintendencias, a partir de las ternas presentadas por el presidente de la República, tras un proceso de impugnación y veeduría ciudadana.
3. El defensor del pueblo, tras agotar un concurso público con veeduría ciudadana y etapa de impugnación.
4. El defensor público, tras agotar un concurso público con veeduría ciudadana y etapa de impugnación.

³⁶ Se utiliza el término órganos constitucionales para hacer referencia a instituciones previstas directamente por la constitución y que tienen funciones determinadas por la norma fundamental. En relación con las superintendencias, conviene decir que “son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general”. En este caso, la Constitución ecuatoriana remite al desarrollo legislativo el número de superintendencias, los sectores por regular y sus facultades específicas. En este sentido, si bien existe previsión constitucional sobre su existencia, no constituyen órganos constitucionales en los términos descritos anteriormente (CRE, art. 213).

³⁷ “El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social promoverá e incentivará el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana” (CRE, art. 207).

5. El fiscal general del Estado, tras agotar un concurso público con veeduría ciudadana y etapa de impugnación (CRE, art. 196).
6. El contralor general del Estado, tras agotar un concurso público con veeduría ciudadana y etapa de impugnación.
7. Los miembros del Consejo Nacional Electoral.
8. Los miembros del Tribunal Contencioso Electoral.
9. Los titulares y suplentes del Consejo de la Judicatura, tras un proceso de nominación a partir de las ternas presentadas por el presidente de la Corte Nacional de Justicia, el fiscal general del Estado, el defensor público, el presidente de la República y la Asamblea Nacional. El proceso contempla veeduría e impugnación ciudadana (CRE, art. 179).
10. Además, la Función de Transparencia y Control Social, conformada entre otros órganos constitucionales también por el CPCCS, tiene la facultad de nominar a dos –de seis– miembros de la Comisión Calificadora encargada de realizar el concurso de jueces de la Corte Constitucional³⁸ (CRE, art. 434).

Como se puede observar, la capacidad de designación de altos funcionarios del CPCCS varía dependiendo del caso concreto. En algunos casos, el proceso de nominación de candidatos les corresponde a los poderes políticos, y el CPCCS se limita a realizar un proceso de veeduría y a conducir la impugnación que los ciudadanos puedan presentar contra los candidatos. En otros, se trata de concursos públicos en los que los comisionados del CPCCS –que teóricamente no representan a partidos o movimientos políticos, ni inicialmente eran electos por mecanismos plebiscitarios–³⁹ no intervienen directamente. De hecho, su función se limita a conformar una comisión ciudadana que decida el concurso en cuestión. En este sentido, el artículo 208, 9 de la CRE dispone que el CPCCS debe “organizar el proceso y vigilar la transparencia en la ejecución de los actos de las comisiones ciudadanas de selección de autoridades estatales”.

El ideal del diseño constitucional era, en definitiva, despolitizar la elección de altos funcionarios del Estado. Sin embargo, es innegable que aquel ideal fue incumplido, en buena medida, por las altas dosis de poder que la propia Constitución concede al Poder Ejecutivo,⁴⁰ a la baja participación de los ciudadanos en estos

³⁸ El artículo 434 de la CRE dispone que “los miembros de la Corte Constitucional se designarán por una comisión calificadora que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social”.

³⁹ El artículo 207 de la CRE, previo a su modificación en 2018, disponía: “La selección de las consejeras y los consejeros se realizará de entre los postulantes que propongan las organizaciones sociales y la ciudadanía. El proceso de selección será organizado por el Consejo Nacional Electoral, que conducirá el concurso público de oposición y méritos correspondiente, con postulación, veeduría y derecho, a impugnación ciudadana de acuerdo con la ley”.

⁴⁰ Santiago Ortiz Crespo, “Participación ciudadana: la Constitución de 1998 y el nuevo proyecto constitucional”, *Iconos. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 32, 2008, pp. 13-17.

procesos de designación y a serias irregularidades en los concursos públicos. La insatisfacción generalizada con los resultados del CPCCS llevó a que el actual presidente de la República convocara a consulta popular y referéndum para variar notablemente la regulación constitucional del órgano en cuestión.

Si bien la Constitución ecuatoriana ha experimentado una serie de modificaciones importantes (en los años 2011, 2015 y 2018), como, por ejemplo, la autorización de la postulación indefinida en cargos públicos de elección popular –auspiciada por el expresidente de la República Rafael Correa Delgado–,⁴¹ en esta ocasión me enfocaré, por limitaciones de espacio, en el análisis de una de las modificaciones producto de la consulta popular y referéndum convocada por el actual primer mandatario Lenin Moreno Garcés. El referendo tenía como propósito cesar a los entonces comisionados del CPCCS, establecer uno transitorio (CPCCS-T) y dotarlo de facultades extraordinarias como evaluar y cesar a todas las autoridades que el mencionado órgano constitucional había nombrado con anterioridad. A lo dicho, cabe agregar que se preguntaba también si el método de selección de los comisionados del CPCCS debía cambiar, y ser electos en sufragio libre, universal y secreto.⁴²

La Corte Constitucional guardó silencio y no se pronunció dentro del término de ley sobre la constitucionalidad de las preguntas, por lo que operó la autorización tácita prevista en la LOGJCC.⁴³ Como información de contexto, vale comentar que

⁴¹ Sobre este tema en particular, en el que se defiende la teoría de la sustitución en el caso ecuatoriano por la vulneración grave del principio de alternatividad democrática, véase Carlos Bernal, Aparicio Caicedo y Mario Serrafro, *Reelección indefinida vs. democracia constitucional. Sobre los límites al poder de reforma constitucional en el Ecuador*, Temas de Derecho Público, núm. 95, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

⁴² La pregunta planteada al electorado fue: ¿Está usted de acuerdo con *enmendar* la Constitución de la República del Ecuador para reestructurar el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, así como dar por terminado el periodo constitucional de sus actuales miembros y que el Consejo que asuma transitoriamente sus funciones tenga la potestad de evaluar el desempeño de las autoridades cuya designación le corresponde, pudiendo, de ser el caso, anticipar la terminación de sus periodos de acuerdo al Anexo 3? (énfasis agregado). Como se puede apreciar, se optó por el mecanismo menos exigente en términos procedimentales para instrumentar una modificación de gran calado institucional. En todo caso, el verdadero alcance de lo preguntado se encuentra en los anexos, lo que pone en duda la calidad deliberativa del proceso –y en general de todas las modificaciones constitucionales instrumentadas hasta hoy– (*El Comercio*, “¿Cuáles son las siete preguntas del referéndum y la consulta popular del 4 de febrero del 2018 en Ecuador?”, 19 de enero de 2018).

⁴³ El artículo 105 de la LOGJCC dispone: “Si la Corte Constitucional no resuelve sobre la convocatoria, los considerandos y el cuestionario del referendo, dentro del término de veinte días siguientes a haber iniciado el respectivo control previo, se entenderá que ha emitido dictamen favorable. Esta omisión dará lugar a las sanciones administrativas que correspondan”. Sobre la justicia de esta norma, solo cabe calificar como democráticamente intolerable la posibilidad de que la Corte Constitucional tenga la facultad de petrificar la Constitución por medio de su negligencia deliberada. Sin embargo, aquello no exime al Estado de responsabilidad internacional por adoptar normas que violen la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el bloque de convencionalidad.

la delicada situación política tras el cambio de gobierno dotó al presidente Moreno de amplio respaldo popular para realizar la consulta, y que los jueces de la Corte Constitucional –que fue cesada posteriormente– eran cuestionados por la opinión pública debido a variados motivos, incluyendo la represión de causas, la falta de independencia en relación con el anterior presidente del país y actos de corrupción.

A pesar de que los comisionados del CPCCS saliente solicitaron medidas cautelares ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y, posteriormente, la propia CIDH elevó una solicitud de medidas provisionales ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), las peticiones no prosperaron por considerar, a criterio del alto tribunal interamericano, que no existía situación de urgencia ni de daño grave.⁴⁴ Como resultaba previsible, la consulta popular y el referendo constitucional celebrado el 4 de febrero de 2018 ganó por amplios márgenes (67,65% de los votantes a favor y 32,35% en contra). A partir de ahí, el CPCCS-T inició un proceso de evaluación que terminó con la cesación de todos los jueces de la Corte Constitucional del Ecuador y con una resolución de vacancia constitucional de 60 días –sin fundamento jurídico alguno– hasta la conformación de la nueva Corte Constitucional. Adicionalmente, se evaluó y cesó también el Consejo Nacional Electoral, a tres de cinco jueces del Tribunal Contencioso Electoral, al defensor del pueblo, al Consejo de la Judicatura y a varias otras autoridades.

Desde una perspectiva crítica, cabría mencionar que la Constitución ecuatoriana permitía encauzar los legítimos reclamos ciudadanos y el descontento con los anteriores comisionados del CPCCS y de otras autoridades a través del juicio político conducido por la Asamblea Nacional (CRE, art. 131).⁴⁵ Además, el derecho constitucional ecuatoriano no permite –o permitía– cesar a autoridades no electas a través de mecanismos de democracia directa pues los presupuestos de la revocatoria de mandato no resultaban aplicables. Adicionalmente, el proceso plebiscitario no respetó garantías básicas del debido proceso, como el derecho a la defensa, a la

⁴⁴ Corte IDH, Resolución de 8 de febrero de 2018, Solicitud de medidas provisionales respecto de Ecuador, asunto Edwin Leonardo Jarrín, Tania Elizabeth Pauker Cueva y Sonia Gabriela Vera García. Resulta de especial interés el voto particular del juez Eugenio Raúl Zaffaroni en el sentido de que “esta Corte no debe ahora adelantar ningún juicio sobre la cuestión de fondo, pero no puede omitir señalar la falla del Estado al dejar un conflicto de esta naturaleza sin decisión de su última instancia en su derecho interno, incumpliendo el deber de suficiente y completa tutela de su sistema democrático, ante un planteo de tan extrema trascendencia institucional como el presente” (párr. 16).

⁴⁵ “Art. 131.- La Asamblea Nacional podrá proceder al enjuiciamiento político, a solicitud de al menos una cuarta parte de sus miembros y por incumplimiento de las funciones que les asignan la Constitución y la ley, de las ministras o ministros de Estado, o de la máxima autoridad de la Procuraduría General del Estado, Contraloría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública General, Superintendencias, y de los miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral, Consejo de la Judicatura y Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, y de las demás autoridades que la Constitución determine, durante el ejercicio de su cargo y hasta un año después de terminado” (CRE, 2008).

producción probatoria y a una decisión jurídicamente motivada, como sí garantiza –en cierta medida– el juicio político. Viendo la cuestión de cara al futuro mediano, la modificación de la regulación constitucional del CPCCS es profundamente conflictiva.

Se transformó un órgano constitucional no representativo –en sentido clásico– en un órgano de elección popular, lo que desde mi modesta opinión desfigura la intención originaria del constituyente y sustituye la Constitución ecuatoriana de 2008 por alterar la estructura básica del diseño orgánico de la norma fundamental, cambiando la lógica de la “democracia participativa” del CPCCS por la lógica de la “democracia representativa”.⁴⁶ Aquello no significa que el cambio sea negativo en sí mismo, solamente que se tuvo que haber tramitado por la vía idónea –aquella que garantiza los máximos grados de deliberación pública y asegura una normativización sistemática–, que es el procedimiento de asamblea constituyente.⁴⁷

Tras la reforma constitucional que teóricamente legitima por vía directa al CPCCS, la opinión pública solicita la supresión del órgano constitucional en cuestión.⁴⁸ En relación con esta posibilidad, la academia ecuatoriana se encuentra dividida. Algunos estiman correcto el procedimiento de reforma parcial, y otros, como quien escribe estas líneas, estiman pertinente el procedimiento de asamblea constituyente, al tratarse, en definitiva, de la supresión de un órgano constitucional con incidencia en todo el aparato del poder estatal. Sumado a los motivos anteriores, eliminar el CPCCS implicaría restringir derechos de participación política en tanto el órgano se conforma con base en elecciones directas. Además, una reforma parcial

⁴⁶ Por ejemplo, Basabe, Panchano y Mejía son críticos con este diseño: “Así, este organismo asume las funciones de nominación y designación que, en cualquier régimen democrático, son asignadas al órgano legislativo –como había sucedido en Ecuador hasta el año 2008–. Como consecuencia de lo dicho, las atribuciones de un organismo de elección universal, y que por ello ostenta la representación de la voluntad ciudadana, han sido trasladadas a siete personas, carentes de mandato popular” (Santiago Basabe, Simón Panchano y Andrés Mejía, “La democracia inconclusa: derechos fundamentales, instituciones políticas y rendimientos gubernamentales en Ecuador (1979-2008)”, *Revista de Ciencia Política*, vol. 30, núm. 1, 2010, pp. 65-85).

⁴⁷ Comparto las impresiones de Jorge Benavides relativas a la falta de calidad deliberativa de los procedimientos de modificaciones constitucionales a partir de 2008. “En Ecuador, finalmente, es difícil sostener que los referéndums constitucionales de 2011 y 2018 hayan sido procesos participativos idóneos desde una dimensión sustancial, la cual se concretiza en la calidad del debate previo a la adopción de la decisión, donde se observa que no es suficiente que los ciudadanos hayan intervenido con su voto en la decisión final de las iniciativas de modificación constitucional. La calidad del debate puede ser constatada en el hecho de que las reformas guarden conformidad con el conjunto de disposiciones y, en consecuencia, se puedan insertar de buena manera en la Constitución” (Jorge Benavides, “Participación democrática y reforma constitucional. Un análisis del caso ecuatoriano”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2018, p. 215).

⁴⁸ *Expreso*, “El Consejo de Participación y su destino de incertidumbre. Se analiza proponer reformas constitucionales que incluirían su eliminación. El organismo no concita ni el interés ni la confianza de los ciudadanos”, 2 de octubre de 2018.

implica el peligro de incorporar disposiciones que entren en conflicto con otras de la parte orgánica o dogmática del texto constitucional, lo que produce antinomias, y no goza del mismo nivel deliberativo e incluyente que garantiza el mecanismo de Asamblea Constituyente.

Conclusiones: avances y desafíos del constitucionalismo ecuatoriano

Los avances desde lo jurídico son notables si se comparan las constituciones ecuatorianas de 1978, 1998 y 2008. Las dos primeras no establecían métodos de control judicial de las modificaciones a la norma fundamental y se guiaban por criterios de oportunidad política. En cambio, la Constitución de 2008 consagra un complejo sistema de control jurídico de modificaciones constitucionales a cargo de un único órgano, la Corte Constitucional del Ecuador. Normativamente, este tribunal se encuentra en mejor posición de independencia para cumplir sus funciones, al no ser los jueces sujetos de juicio político.

El sistema consagrado por la Constitución de 2008 contempla fases de control jurisdiccional previo, además de un proceso de modificación gradado en función de la naturaleza del cambio normativo propuesto. De los procedimientos de enmienda, reforma parcial y de asamblea constituyente se derivan una serie de límites materiales explícitos e implícitos que el poder constituido debe observar, so pena de sustituir (*extra ordinem*) la constitución vigente por otra distinta. Además, el sistema de modificación constitucional actual se encuentra dotado de mecanismos de legitimación democrática directa, lo que no sucedía con las constituciones de 1978 y de 1998.

A pesar de estos notables avances, persisten importantes desafíos para el constitucionalismo ecuatoriano. En la actualidad, los problemas que saltan a la vista consisten en hacer valer la rigidez prevista por la norma fundamental y sus mecanismos de modificación, y clarificar las limitaciones de los mecanismos de democracia directa y su relación con la propia idea de constitucionalismo como límite a las mayorías. Para ello, sugiero incorporar a la jurisprudencia ecuatoriana el test de sustitución diseñado por la Corte Constitucional de Colombia y conceptualizar *nuestra* identidad constitucional nacional. A breves rasgos, ello comportaría –desde mi punto de vista– entender que tanto los procedimientos de enmienda como el de reforma parcial están obligados a respetar la estructura fundamental de la Constitución. Visto el caso concreto del CPCCS, entendería que la modificación, en los términos que se ha dado, o su potencial supresión, comportarían una vulneración de aquella identidad nacional, ya que el constituyente ideó al CPCCS no como un órgano constitucional legitimado por su origen plebiscitario, sino participativo.

Ya en la práctica, el desafío arriba descrito podría ser enfrentado por la actual Corte Constitucional del Ecuador que, dado el dictamen ficto aplicado, tiene competencia para revisar la constitucionalidad del procedimiento de modificación

relacionado con el CPCCS. Aunque parece improbable –dado que su propia legitimidad depende de ello–, podría ser un caso de *reformas constitucionales inconstitucionales*.

En ningún momento se niegan los serios defectos del diseño institucional del órgano constitucional en cuestión; simplemente se sostiene que, en aras de lograr una regulación constitucional coherente, su reestructuración o supresión debe encauzarse a través del procedimiento de asamblea constituyente. Retornando a la discusión propuesta por Elkins, Ginsburg y Melton, parecería que la Constitución no ha logrado la inclusión ni el ideal deliberativo que pregonaba el texto; y que la flexibilidad ha alcanzado un límite que no puede solucionarse a través de la mutación constitucional –por cierto, difícil en lo tocante a la parte orgánica–, por lo que si la identidad nacional y nuestra concepción del diseño democrático han cambiado, deberían plasmarse en un texto que así lo refleje.

Ahora bien, merece la pena advertir que la crisis del constitucionalismo ecuatoriano no se puede imputar únicamente a la sala de máquinas de la Constitución. La capacidad transformadora de un texto es sumamente limitada, es más bien un listado de promesas que para ser cumplido requiere una serie de elementos que se encuentran fuera de la órbita de lo jurídico. Ello debe tenerse en cuenta, dadas la tradición “refundadora” del presidencialismo y la asunción de plenos poderes –muchas veces aparejadas de consecuencias nefastas– que con detalle han reseñado Baquerizo⁴⁹ y Negretto,⁵⁰ así como la crisis global de la democracia.⁵¹ Entonces, tal vez, solo tal vez, merezca la pena trabajar con la Constitución vigente y hacer realidad sus promesas hasta ahora incumplidas.

⁴⁹ Jorge Baquerizo, “El poder constituyente como estrategia: la búsqueda de ‘plenos poderes’ en el nuevo populismo latinoamericano”, *Ius fugit. Revista interdisciplinaria de estudios histórico-jurídicos*, núm. 19, 2016, pp. 328-331.

⁵⁰ Gabriel Negretto, “Paradojas de la reforma constitucional en América Latina”, *Journal of Democracy*, vol. 1, núm. 1, 2009, pp. 51-52.

⁵¹ Que en el caso de América Latina ha sido reseñada por Latinbarómetro en los siguientes términos: “Los ciudadanos de la región que han abandonado el apoyo al régimen democrático prefieren ser indiferentes al tipo de régimen, alejándose de la política, la democracia y sus instituciones. Este indicador nos muestra un declive por indiferencia. Son estos indiferentes que votan los que están produciendo los cambios políticos, sin lealtad ideológica ni partidaria y con volatilidad” (Corporación Latinbarómetro, *Informe* 2018, p. 14).

Anexo 1

La modificación de la Constitución de la República del Ecuador (2008)

Método de modificación constitucional	Enmienda (CRE, art. 441)	Reforma parcial (CRE, art. 442)	Asamblea constituyente (CRE, art. 444)
Iniciativa	Presidente de la República	Presidente de la República	Presidente de la República
	Ciudadanía (8% personas inscritas en el registro electoral)	Ciudadanía (1% personas inscritas en el registro electoral)	Ciudadanía (12% personas inscritas en el registro electoral)
	Asamblea Nacional (1/3 de sus integrantes)	Asamblea Nacional (mayoría absoluta)	Asamblea Nacional (2/3 de sus integrantes)
Requisitos de aprobación	Referéndum: la mitad más uno de los votos.	Referéndum: la mitad más uno de los votos.	Referéndum: la mitad más uno de los votos.
	Asamblea Nacional (2/3 de sus integrantes)		
Límites materiales explícitos	- Estructura fundamental del Estado. - Carácter y elementos constitutivos del Estado. - Restricción de derechos y garantías constitucionales. - Procedimiento de reforma de la Constitución.	- Restricción de derechos y garantías constitucionales-. - Procedimiento de reforma de la Constitución.	Sin límites explícitos.
Requerimientos procedimentales	Dos debates. El segundo se realizará de modo impostergradable en los 30 días siguientes al año de realizado el primero.	- Dos debates con un mínimo de 90 días de diferencia del primero. - Referéndum se convoca dentro de los 45 días de aprobado el proyecto.	- La consulta surte efectos inmediatos. - Debe incluir la forma de elección de las representantes y las reglas del proceso electoral.
Iniciativas ciudadanas simultáneas	Hipótesis no regulada explícitamente en la Constitución. Depende del alcance que se otorgue a la expresión "reforma constitucional".	Mientras se tramite una, no podrá presentarse otra. (CRE art. 103)	Hipótesis no regulada explícitamente en la Constitución. Depende del alcance que se otorgue a la expresión "reforma constitucional".

Método de modificación constitucional	Enmienda (CRE, art. 441)	Reforma parcial (CRE, art. 442)	Asamblea constituyente (CRE, art. 444)
Control previo	Sí. Control de competencia y de forma del referendo (LOGJCC, arts. 100 y 103).	Sí. Control de competencia y de forma del referendo (LOGJCC, arts. 100 y 103).	Sí. Control previo consulta popular y de referendo (CRE, arts. 438, 2, y LOGJCC, 103).
Control posterior	Sí. Control de forma y procedimiento (LOGJCC, art. 106).	Sí. Control de forma y procedimiento (LOGJCC, art. 106).	Sí. Control de forma y procedimiento (LOGJCC, art. 106).

Bibliografía

- AGUILÓ, Josep, “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, *Doxa*, núm. 26, 2003, pp. 289-317.
- BAQUERIZO, Jorge, “El poder constituyente como estrategia: la búsqueda de ‘plenos poderes’ en el nuevo populismo latinoamericano”, *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, núm. 19, 2016, pp. 301-333.
- BASABE, Santiago, Simón PACHANO y Andrés MEJÍA, “La democracia inconclusa: derechos fundamentales, instituciones políticas y rendimientos gubernamentales en Ecuador (1979-2008)”, *Revista de Ciencia Política*, vol. 30, núm. 1, 2010, pp. 65-85.
- BAYÓN, Juan Carlos, “Derechos, democracia y constitución”, en Miguel CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 211-238.
- Benavides, Jorge, *Reforma constitucional y límites en la Constitución ecuatoriana de 2008*, tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 2016.
- _____, “Participación democrática y reforma constitucional. Un análisis del caso ecuatoriano”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2018, pp. 178-201.
- _____, “Los procedimientos de reforma en algunas constituciones de América Latina. Un estudio normativo con particular énfasis en la Constitución ecuatoriana de 2008”, *Estudios Constitucionales*, año 16, núm. 1, 2018, pp. 39-66.
- BERNAL, Carlos “Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 2, 2013, pp. 339-357.
- _____, Aparicio CAICEDO y Mario SERRAFERO, *Reelección indefnida vs. democracia constitucional. Sobre los límites al poder de reforma constitucional en el Ecuador*, Temas de Derecho Público, núm. 95, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- CORPORACIÓN LATINBARÓMETRO, *Informe 2018*. Disponible en: file:///C:/Users/u126188/Downloads/INFORME_2018_LATINOBAROMETRO.pdf

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-551/03 de 9 de julio de 2003.
CORTE IDH, Caso del Tribunal Constitucional (Camba y Otros) vs. Ecuador, Sentencia de 28 de agosto de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

_____, Resolución de 8 de febrero de 2018, Solicitud de medidas provisionales respecto de Ecuador, asunto Edwin Leonardo Jarrín, Tania Elizabeth Pauker Cueva y Sonia Gabriela Vera García. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/edwin_se_01.pdf

El Comercio, “¿Cuáles son las siete preguntas del referéndum y la consulta popular del 4 de febrero del 2018 en Ecuador?”, *El Comercio*, 19 de enero de 2018. Disponible en: <https://www.elcomercio.com/actualidad/preguntas-consulta-referendum-leninmoreno-ecuador.html>

_____, “El Consejo de Participación transitorio cesó a los nueve jueces de la Corte Constitucional”, 23 de agosto de 2018. Disponible en: <https://www.elcomercio.com/actualidad/consejo-participacion-ceso-corte-constitucional.html>

ELKINS, Zachary, Tom GINSBURG y James MELTON, *The endurance of national constitutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

Expreso, “El Consejo de Participación y su destino de incertidumbre. Se analiza proponer reformas constitucionales que incluirían su eliminación. El organismo no concita ni el interés ni la confianza de los ciudadanos”, *Expreso*, 2 de octubre de 2018. Disponible en: <https://www.expreso.ec/actualidad/cpccs-reformas-constitucion-consultapopular-miembros-CB2399895>

FERRERES, Víctor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 29-47.

GARGARELLA, Roberto, “El constitucionalismo latinoamericano y la ‘sala de máquinas’ de la constitución (1980-2010)”, *Gaceta Constitucional*, núm. 48, 2011, pp. 289-306.

_____, y Christian COURTIS, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Serie Políticas Sociales, núm. 153, Santiago de Chile, Cepal, 2009.

GRIJALVA, Agustín, *Constitucionalismo en Ecuador*, Serie Pensamiento Jurídico Contemporáneo, núm. 5, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.

GUASTINI, Riccardo, “Sobre el concepto de Constitución”, trad. Miguel Carbonell, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 1, 1999, pp. 161-176.

_____, “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación”, *Doxa*, núm. 31, 2008, pp. 143-155.

NEGRETTO, Gabriel, “Paradojas de la reforma constitucional en América Latina”, *Journal of Democracy en español*, vol. 1, núm. 1, 2009, pp. 38-54.

NÚÑEZ, Manuel, “Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona”, *Ius et Praxis*, vol. 14, núm. 2, 2008, pp. 331-372.

ORTIZ, Santiago, “Participación ciudadana: la Constitución de 1998 y el nuevo proyecto constitucional”, *Iconos. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 32, 2008, pp. 13-17.

ROZNAI, Yaniv, *Unconstitutional constitutional amendments: The limits of amendment powers*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

SALGADO, Hernán y Rafael OYARTE, “El estatuto jurídico del juez constitucional en Ecuador”, en Héctor FIX y César ASTUDILLO (coords.), *Estatuto jurídico del juez constitucional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 433-458. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3166/52.pdf>

SCHMITT, Carl, *Constitutional Theory*, trad. Jeffrey Seitzer, Durham, Duke University Press Books, 2008.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “La resistencia constitucional y los valores”, *Doxa*, núm. 15-16, 1994, pp. 635-650.