

PODER CONSTITUYENTE Y ESTADO DE DERECHO

Dr. Nicolás Castro Patiño
Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia
Profesor Principal de Derecho Procesal Orgánico de
la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

El poder constituyente, cuyo titular es el pueblo,¹ no es lo mismo que el poder legislativo ordinario, que es un poder constituido.

El término “constituyente” no existe ni en Inglaterra, ni en Estados Unidos de Norteamérica. Que no exista en Inglaterra, en verdad, no ofrece ninguna dificultad, porque en ese país no se da como cosa distinta el poder constituyente y los poderes constituidos, en tanto el Parlamento británico ejerce conjuntamente ambos poderes. Pero, en cambio, el vacío idiomático para los Estados Unidos de Norteamérica es grave, porque históricamente es en este país donde se llevó a la práctica la doctrina del poder constituyente cuya fuente es Francia, así como la del constitucionalismo, que constituye su corolario.

Por esta razón los tratadistas norteamericanos frente al vacío técnico y doctrinario que produce el no poder contar con el vocablo “constituyente”, se ven obligados a reemplazarlo por otro: “constitucional”, confundiendo e identificando así dos conceptos jurídicos distintos, siendo ésta la razón por la cual a sus convenciones las denominan “convenciones constitucionales” y no como debiera ser, es decir, “convenciones constituyentes”, en virtud de que aquéllas pueden ejercer

¹ VANOSSI, JORGE REYNALDO A. *“Teoría Constitucional”*. De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1975, Tomo I. pág. 277: *...En la actualidad es difícil encontrar una negación abierta y total de la afirmación democrática y popular de la titularidad del poder constituyente. La inmensa mayoría de los regímenes políticos presentes se fundan en la proclamación del principio democrático como base constitutiva de su sistema, aunque en el ejercicio de los actos de creación se profesen prácticas pertenecientes al sistema autocrático.* Además, en el caso de Ecuador, la Constitución vigente proclama en el preámbulo que “el pueblo del Ecuador... establece en esta Constitución...”; mientras, el Art. 1, enuncia que “el Ecuador es un Estado social de derecho... democrático...” y, más adelante, que “la soberanía radica en el pueblo...”

el poder de reformar la Constitución, produciéndose una grave perturbación doctrinaria.

Resulta evidente que no es lo mismo **constituyente** que **constitucional**: aquel poder se ejerce cuando se dicta una Constitución o se enmienda o reforma la previamente dictada; éste, al contrario, denota el carácter que asume un acto de autoridad cuando ella se ejerce con sujeción a los preceptos constitucionales vigentes.

La doctrina sobre el poder constituyente es francesa y su autor es el abate Sieyès quien en su libro "**¿Qué es el Tercer Estado?**" dijo: "La Constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente...". "En cada parte la Constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente..."²

Así mismo, no son iguales los conceptos de **acto constituyente**, **poder constituyente** y **constitución**: el primero, se refiere a hechos en los cuales se manifiesta la voluntad política del pueblo; el segundo, a la capacidad del pueblo de darse una organización política y un ordenamiento jurídico determinado; y, el último, es la voluntad jurídica en que la voluntad política del pueblo se convierte al adquirir carácter normativo.

Mientras en Europa se concibe el acto constituyente sin estado de derecho y sin Constitución escrita, en América, sucede todo lo contrario; pues, históricamente, le correspondió a los Estados Unidos de Norteamérica llevar a la práctica la doctrina del poder constituyente de Sieyès, abriendo un surco que luego es seguido por los demás países americanos, debido a que el acto constituyente en nuestros lares refleja al mismo tiempo tanto un acto de emancipación de la metrópolis como uno de proclamación de la soberanía interna e internacional.

² SIEYÉS, ENMANUEL. *¿Qué es el Tercer Estado?*. Pag. 108-110; en Borja Cevallos, Rodrigo, "*Principios de Derecho Político y Constitucional*", Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1964. pág. 513.

El profesor Segundo Linares Quintana³, apunta bien la diferencia que hay entre el poder constituyente y los poderes constituidos, y expresa:

“El poder constituyente es la facultad soberana del pueblo a darse su ordenamiento jurídico –político fundamental originario por medio de una Constitución y a revisar ésta total o parcialmente, cuando sea necesario”, en tanto que “los poderes constituidos son creados por la Constitución que los limita y regla, encontrándose, por consiguiente, en un plano de jerarquía institucional inferior al del poder constituyente”.

La diferencia entre ambos poderes es clara y se puede sintetizar en el hecho de que el poder constituyente llamado **originario**, por su cuota de poder, no está sometido a normas preexistentes de derecho positivo y puede ser **fundacional**, cuando dicta la primera Constitución al fundarse un Estado; y, **post-fundacional**, cuando opera después de la primera Constitución, pero también exento de reglas jurídicas preexistentes, tal y como actúa a consecuencia de una revolución. A contrario sensu, el poder constituyente llamado **derivado**, es el que actúa sujeto a reglas preexistentes de derecho positivo, para enmendar o reformar la Constitución, a la que incluso podría reemplazarla íntegramente, siempre que esté facultado para esto.

En verdad, hay ejercicio del poder constituyente originario si éste actúa en su etapa de **primigeneidad**, en el caso de una sociedad que se organice por primera vez en Estado, o en su etapa de **continuidad**, cuando por haberse interrumpido la vida institucional del Estado por algún motivo, éste se avoque al caso de dictar una nueva Constitución, lo que frecuentemente ocurre cuando el poder es asumido por la fuerza y se instaura una dictadura, hasta que se den las condiciones para normalizar la vida institucional, elaborando un nuevo texto para la Constitución.

Parecería, a la luz de lo explicado, que el poder de enmienda o de reforma de la Constitución, implica el ejercicio del poder constituyente derivado.

³ LINARES QUINTANA, SEGUNDO. *“Teoría e Historia Constitucional”* Tomo I, pág. 82; en Borja, ob.cit., p. 526.

El poder constituyente originario tiene como su titular al pueblo y se encuentra frente a límites **fácticos, normativos** y **axiológicos** que no se pueden escamotear. Esta circunstancia no atenta a su condición de poder autónomo, incondicional y trascendente con relación al orden jurídico positivo; y, suele operar a través de dos sistemas: **monocrático** o **unipersonal**, como aconteció con la Constitución de Mónaco de 1962 que fue dictada por Rainiero III; y, **policrático** o **múltiple**, cuando el operador es plural, como ocurre si el poder constituyente es actuado por dos o más órganos, tal el caso en el que una Asamblea Constituyente es la encargada de redactar la Constitución y luego el pueblo, por la vía del referéndum, es el que finalmente la aprueba o nó. Aquí, en nuestra tierra, han denominado como Asamblea “Constituyente” a una que siendo de origen popular, es sólo “Proyectista”⁴ y así debiera ser llamada, si actuamos con rigor académico y éste lo proyectamos a la expresión política.

En la Quinta Codificación de la Constitución de 1978 cuyo texto fuera aprobado el 5 de Junio de 1998, en Riobamba, y que entrara en vigencia, con la posesión de Mahuad como Presidente de la República, a partir del 11 de Agosto de 1998, no se ha producido desde esa fecha ninguna reforma constitucional trascendente⁵. Antes, desde 1979, luego

⁴ CARBONELL, MIGUEL. (compilador). *“Teoría de la Constitución”. Ensayos Escogidos*; Editorial Porrúa. 3ra. Edición. UNAM, México, 2005, ver Carpizo, Jorge *Algunas Reflexiones sobre el Poder Constituyente*. Pág. 215.. *“Las asambleas proyectistas son las electas por el pueblo para que redacten un proyecto de Constitución, el cual habrá de ser sometido después a la consideración del propio pueblo, a través de un referéndum. En el mundo, la primera vez que una Constitución se puso a referéndum fue en Francia, en Julio de 1793, aunque la Constitución nunca llegó a estar vigente”*. En el caso de Ecuador, la Constitución de 1869, aprobada por la Asamblea Constituyente, reunida en Quito, el 9 de Abril de 1869, promulgada el 11 de Agosto del mismo año, siendo Presidente de la República Gabriel García Moreno, establece por primera vez en el Derecho Constitucional Ecuatoriano que la reforma de ella, para ser aprobada, requiere, además de serlo por dos legislaturas, del asentimiento popular (referéndum) expresado por el voto de los ciudadanos. Casi un siglo después se volvió a utilizar este procedimiento de democracia directa en la Constitución de 1967 que lo reguló para los asuntos más graves de la vida del Estado y para resolver las divergencias entre las funciones Legislativa y Ejecutiva, y lo hizo con el nombre de “Plebiscito” aunque, técnicamente, se trata de un referéndum. El 15 de Enero de 1978, mediante referéndum, fue aprobada la Constitución vigente.

⁵ La Asamblea Constituyente de 1997-98 reformó 156 artículos de la Constitución vigente e introdujo 103 nuevas disposiciones, como lo señalo en la pág. 140 de mi trabajo sobre

de ser aprobada por referéndum y no por una Asamblea Constituyente, como ha sido la tradición en el Ecuador, sufrió numerosas reformas, siendo las más importantes en los años 1983, 1986, 1990, 1992, 1995 y 1997-1998.

Devino la reforma constitucional como necesidad imperiosa del país. Los proyectos que hacia allá apuntaban permanecieron amontonados en el archivo del ahora extinto Congreso Nacional. Entre ellos, los presentados por Noboa y Palacio, que hicieron uso de la facultad de iniciativa que tiene el Presidente de la República.

Es cierto que nuestra Constitución es rígida y lo demuestra el obstáculo del llamado "candado constitucional". Sin embargo, la intención de llevar a cabo la reforma constitucional confirmó la sospecha de la reiterada incapacidad que tuvo el Congreso Nacional para procesar los conflictos que aquejan al país. También la tozudez e insensibilidad de la mayoría de los partidos políticos que actuaron en el Parlamento. Y de los diputados, que en un gran número de casos se limitaban a recibir y cumplir las órdenes que les impartían por celular, convirtiéndose en títeres de la voluntad de unas cuantas personas que se autoconsideraron como dueñas del destino nacional. Esto demostró que en la clase política no existe la cultura de la negociación y se practica la de la confrontación y pugna estéril, que genera violencia, erosiona las instituciones del sistema democrático y pone en riesgo la estabilidad institucional del país.

Quedó en claro, además, que los cambios reclamados por la gran mayoría de la nación no vendrán por generación espontánea. Que los beneficiarios del sistema que parece morir no cederán sus prerrogativas y que, en consecuencia, alterar el rumbo de los acontecimientos en el país es una dura lucha titánica.

La crisis fue estupendamente aprovechada por el entonces candidato a la Presidencia de la República Rafael Correa, que enarboló como su proyecto insignia la consulta popular para establecer la posibilidad de que se reúna una Asamblea Constituyente con el propósito determinado en el Art. 1 del Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la

"La Reforma Constitucional del Poder Judicial", publicado en la Revista de Derecho del Colegio de Abogados del Guayas, año 2004

misma⁶: “Transformar el marco institucional del Estado, y elaborar una nueva Constitución”, para lo que estará dotada de “plenos poderes”, estableciéndose que ambas finalidades “sólo entrarán en vigencia con la aprobación en referéndum de la nueva Constitución”. Según esta norma contenida en el Estatuto, conceptualmente, todo queda supeditado al referéndum aprobatorio que se realizará posteriormente para aprobar o improbar el texto de la nueva Constitución, de manera que si la respuesta soberana del pueblo es negativa no se producirán los cambios que hubiese consagrado la mal llamada Asamblea Constituyente.

Desde esta perspectiva la muletilla de los “plenos poderes” fue el caballo de batalla más importante de quienes se opusieron a la Asamblea Constituyente y votaron NO en la consulta popular del 15 de Abril del año 2007; pareciéndome inicialmente, que ese temor y otros que apuntaron a la idea de que la Asamblea Constituyente puede hacer lo que le dé la gana, escondía en el fondo el miedo a que el proceso político de cambio que está en marcha logre liquidar los vicios del pasado y, al hacerlo, desmonte las bases sobre las que se irguió el poder y la riqueza de quienes fueron los beneficiarios del sistema, que hoy sufren la posibilidad de perder privilegios, canonjías e impunidad.

En realidad los “plenos poderes” aluden al concepto mismo de lo que es el poder constituyente, que siendo autónomo y trascendente en relación al orden jurídico positivo, tiene límites insalvables que no podrá superar; entre ellos, los factores reales de poder, los topes normativos, axiológicos y de derecho natural que rigen en el seno de toda sociedad, que impedirán cualquier abuso en que pretenda incurrir la Asamblea Constituyente.

Desde esta óptica podrá, por ejemplo, ¿suprimir la república e instaurar la monarquía?. ¿Eliminar la división de los poderes?. ¿Destruir a las fuerzas armadas?. ¿Desaparecer el sistema financiero, con la banca a la cabeza?. ¿Eliminar la pobreza y concederle riqueza a cada ciudadano?. ¿Desconocer los tratados y convenios internacionales?. ¿Irrumpir contra valores como la justicia, libertad, igualdad, seguridad, paz y solidaridad?.

⁶ R.O. N° 37 del 9 de Marzo del 2007.

Evidentemente que no, precisamente, porque las limitaciones y topes a los que aludo, le imponen un cúmulo de restricciones no escritas pero vigentes en la realidad social de la nación. Y todo esto, sin perjuicio del escrutinio y seguimiento que puede y debe hacer la opinión pública y el poder ciudadano al recto desenvolvimiento de los asambleístas constituyentes.

Por otro lado, el Art. 23 del Estatuto que se aprobó, contiene una norma que daría la impresión de que lo único que tiene que someterse al referéndum aprobatorio es el texto de la nueva Constitución propuesto por la Asamblea Constituyente. En este artículo nada se dice sobre cuándo entraría en vigencia la transformación del marco institucional del Estado, como sí lo dice el Art. 1, lo que ha permitido que surjan varias interpretaciones: una, que entrará en vigencia cuando sea aprobada en referéndum; y otra, que su vigencia será inmediata, como es la tesis que enunció el gobierno nacional y que opera en el seno de la Asamblea Constituyente, hasta el punto que sus decisiones relacionadas con este aspecto que señalo se cumplen ipso facto, sin esperar el resultado del referéndum aprobatorio.

Sin embargo, me parece que el texto del Art. 1 del Estatuto es claro y no da lugar a equívocos. La omisión de señalar la misma condición en el Art. 23 no debiera llevar a una conclusión contraria, si consideramos que la interpretación del Estatuto debe ser contextual, así como que recién al aprobarse el nuevo texto constitucional es que entra a regir la transformación del marco institucional del Estado; pues, si no se aprobase el nuevo texto constitucional en el referéndum aprobatorio, es obvio que el reestructurado marco institucional del Estado se quedaría sin base de sustentación constitucional, puesto que la carta fundamental ahora vigente no tiene por qué contemplar la transformación que está llamada a realizar la Asamblea Constituyente.

La explicación que he dado sobre los "*plenos poderes*" parece tener identidad con la Resolución N° 0008-07-TC en la que el Tribunal Constitucional avocó conocimiento de una demanda que interpusiera el entonces Presidente del Congreso Nacional, Arq. Jorge Cevallos Macías, con el propósito de que se declare la inconstitucionalidad por razones de forma y de fondo de la Resolución que adoptó el Tribunal Supremo

Electoral el 1° de Marzo del 2007, mediante la cual convocó a consulta popular, en base a los Decretos Ejecutivos N° 002, 054 y 148 y sus estatutos adjuntos, expedidos por el Presidente Constitucional de la República, Econ. Rafael Correa, con la finalidad de que se convoque y elija a una Asamblea Nacional Constituyente, la misma que fue resuelta el 5 de Julio del 2007, tardíamente, cuando la consulta popular se realizó el 15 de Abril de tal año y que, finalmente, fue desechada por el Tribunal Constitucional.

Pero lo que me interesa destacar es que la Resolución N° 0008-07-TC abordó in extenso el tema de los *"plenos poderes"* y, al hacerlo, fijó el ámbito y las limitaciones de la Asamblea Constituyente que está reunida en Montecristi.

En la Resolución se sostiene que en el Ecuador lo que va a funcionar es el *"poder constituyente originario postfundacional"*, que se caracteriza porque no admite limitaciones de ninguna norma positiva que, previamente, pueda condicionar el contenido que el constituyente decida dar al nuevo texto constitucional.

Agrega la Resolución que no hay que equivocarse en cuanto al significado y alcance de los *plenos poderes*. Éstos sirven, sin duda, para establecer en la Constitución que se va a crear el marco institucional que el constituyente así decida; por ejemplo, el constituyente puede establecer el sistema político y la forma de gobierno que prefiera: gobierno parlamentario o presidencialista; estado social de derecho o liberal; sufragio directo o indirecto; órgano parlamentario unicameral o bicameral. Todo esto lo puede el constituyente, porque no está obligado a atender o reproducir las instituciones de la anterior Constitución, a la que reemplazará con la nueva que elabore; pero, siempre, una vez que ésta sea aprobada en referéndum.

No obstante, los *"plenos poderes"* no significan que la Asamblea Constituyente tenga facultad o atribución para designar funcionarios, juzgar o dictar leyes, porque esto sería a juicio del Tribunal Constitucional (Resolución N° 0008-07-TC) *"arbitrario y concentrador del poder"*⁷.

⁷ Esta fue y es mi opinión, aunque advierto que, posteriormente, el Tribunal Constitucional, en la Resolución N° 0043-07-TC, publicada en el R.O. S. N° 286 de 3 de Marzo del 2008

Un poder ejercido, precisamente, en tales condiciones, ha convertido a la Asamblea Constituyente en una especie de *demiurgo omnipotente*, que todo lo puede, por ejercer poderes omnímodos; y, ante la cual, el ser humano, para no ser arrollado por un poder absoluto, debiera seriamente pensar en la posibilidad de que, en cualquier momento, pudiera verse constreñido a postrarse de hinojos para defender el último resguardo de sus derechos humanos, ínsitos en su propia dignidad

Las razones por las que esta degeneración de los "*plenos poderes*" equivale, técnicamente, a una dictadura, son varias y puntualizo sólo algunas: **i)** porque existe un poder constituido que está vigente hasta tanto no entre en vigencia el nuevo, que se va a crear; **ii)** porque en el orden constituido que está vigente constan cómo y de qué manera deben hacerse las designaciones que corresponden a los órganos constituidos; y, **iii)** finalmente, porque en el evento de que el nuevo orden entre en vigencia, la designación de funcionarios y demás, corresponderá a los nuevos poderes constituidos, para lo cual, tendrá que convocarse a elecciones generales, de todo lo cual el constituyente debe preocuparse tanto en las disposiciones constitucionales generales como en el derecho transitorio que apruebe, para poder pasar con el menor trauma posible de un sistema viejo a uno nuevo.

En cuanto a los "*plenos poderes*", en efecto, ocurrió lo que muchos temían, como se desprende del Mandato Constituyente N° 1, del 29 de Noviembre de 2007, en el que se determina el contenido y alcance de los mismos en circunstancia que, en verdad, resultará fundamental para el futuro de nuestra democracia.

La consecuencia de carácter mediático de la definición sobre los "*plenos poderes*" fue que tanto la televisión, como algunos diarios del país, el Viernes 30 de Noviembre del 2007, titularon sus primeras páginas así: "Asamblea asume el poder" (El Comercio); "La Asamblea asume plenos poderes" (Expreso); y, bajo este último enorme titular pudimos leer exactamente lo siguiente: "El organismo se declara Función Legislativa, ratifica al Presidente Correa y ordena el receso del

cambia de criterio; sin que este cambio de criterio sea materia del presente análisis, pues, hay que hacerlo en otra ocasión.

Congreso”, mientras en otro debajo del titular “Mayoría arrolladora” leímos: “PAIS destituyó al Fiscal y amplió el receso del Congreso. También reemplazó ayer al Superintendente de Bancos, ratificó al Presidente Correa, Corte Suprema de Justicia, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo Electoral y Contralor” (El Universo).

Es decir, la Asamblea Constituyente legisla y gobierna y a estas alturas de su gestión –cercana a los cinco meses- me parece que pocas dudas existen de que es no sólo instrumento de control institucional, constitucional y legal, sino mera dependencia gubernamental, adherida umbilicalmente a los designios y consignas del autodenominado gobierno de la revolución ciudadana en el que, finalmente, confluyen los poderes del Estado.

Está muy nítido lo que la Asamblea ha hecho en torno a dos de los poderes constituidos: Legislativo (al que ha extrañado) y Ejecutivo (únicamente en el papel, subordinado a sus mandatos); y un poco menos nítido lo que hasta el momento ha ocurrido en torno al Poder Judicial y los órganos de control, en virtud de que según los Arts. 8 y 9 del Mandato Constituyente N° 1, se declararon concluidos los períodos para los que fueron designados los titulares de los órganos de control, ratificando a alguno de ellos, pero con un nombramiento de carácter provisional y revocable en cualquier momento, según lo preceptuado en el Art. 10; mientras que los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los Vocales del Consejo Nacional de la Judicatura, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Electoral, sólo “continuarán en el ejercicio de sus funciones mientras la Asamblea Constituyente no disponga lo contrario”.

Sin duda, la situación actual de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y la de los vocales del Consejo Nacional de la Judicatura, es precaria, en virtud de que si continúan o no en el ejercicio de sus cargos, dependerá única y exclusivamente del querer y voluntad de la mayoría de la Asamblea Constituyente.

En cuanto a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia se refiere está herido de muerte el *principio de la inamovilidad* en el ejercicio de sus cargos, consagrado en el Art. 202 de la actual

Constitución. La independencia de la Función Judicial, bajo estas circunstancias, no existe y es una quimera, como lo destacara hace muchos años atrás la Suprema Corte de los Estados Unidos, que al referirse a la garantía de inamovilidad de la que constitucionalmente gozan sus Magistrados, dijo: "*Es por completo evidente que el que conserva su cargo solamente por el tiempo que quiera otro no es digno de confianza para conservar una actitud de independencia contra la voluntad de ese otro*".⁸

La misma suerte ha corrido el *principio de la irreductibilidad de la remuneración* tocado en el Segundo Mandato Constituyente, por el que se redujo la que percibían los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia lo que, literalmente, limita o impide el ejercicio idóneo de tan alta magistratura, afectándose una garantía fundamental de la que gozan también los Magistrados de la Suprema Corte de los Estados Unidos, como lo atestigua el pronunciamiento de tan alto Tribunal de Justicia que al referirse a esta garantía consignada en el Art. III de la Constitución, afirmó que sin ella la independencia judicial deviene en un imposible, sobre todo si se tiene en cuenta lo que dijeron Hamilton, Madison y Jay en *El Federalista*: "El poder sobre la subsistencia de un hombre equivale al poder sobre su voluntad".

En la misma situación están los vocales del Consejo Nacional de la Judicatura, aunque éstos son funcionarios públicos designados a períodos fijos por la propia Corte Suprema de Justicia. Y en la misma precaria circunstancia estaban también los vocales del Tribunal Constitucional, éticamente comprometidos con la Resolución que emitieron sobre los "*plenos poderes*", la misma que posteriormente cambiaron, asegurando así y en la práctica, una pírrica estabilidad.

Lo curioso de todo esto es que en el Art. 5 del Mandato Constituyente N° 1 aparece el texto siguiente: "*La Asamblea Constituyente ratifica y garantiza la existencia del Estado de Derecho*", lo que supone que el Estado, todo el Estado, tiene que marchar bajo el imperio de la ley, en democracia, siendo una de las características del estado de derecho, la de que en el mismo exista la separación de los poderes.

⁸ Caso: "Humphrey v. Estados Unidos", 1935

Se acaba de publicar un importante libro en cuyas primeras páginas se fundamenta y establece que en el Ecuador de nuestros días por el imperio del Mandato Constituyente N° 1, aunque haya Constitución vigente, el principio de la supremacía ha quedado eliminado y por ende “*los derechos fundamentales de los ecuatorianos no se imponen al poder público*”, se conculca el derecho de los ecuatorianos a una tutela judicial efectiva y a la posibilidad de control sobre los actos de la Asamblea, extinguiéndose la división de poderes.⁹

La verdad es que mientras la Quinta Codificación de la Constitución de 1978¹⁰ define al Ecuador como “*Estado Social de Derecho*”, el proyecto de Constitución que elaboró la comisión de juristas del CONESUP, que se formó a instancia del Presidente de la República, formula un agregado y lo define como “*Estado Social y Democrático de Derecho*”.

Que el Estado sea de Derecho¹¹, sintetiza la idea de que el Estado a diferencia de lo que ocurrió durante el Absolutismo Monárquico, está sometido al Derecho y no puede actuar ni arbitraria, ni despóticamente; siendo su obligación garantizar los derechos que se reconocen en beneficio de las personas. De lo que se trata, es de racionalizar el poder políti-

⁹ ZAVALA EGAS, JORGE. “*La Agonía del Derecho*”. EDINO. Guayaquil, Ecuador, 2008. Pág. 13 y ss.

¹⁰ Hay polémica sobre si la actual es una nueva Constitución o es la 5ta. Codificación de la que fuera aprobada el 15 de Enero de 1978, mediante referéndum. Al respecto, podría consultarse el prólogo que escribe el Dr. Hernán Salgado Pesantes en la obra colectiva “*Derecho Constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*”, editada por la Fundación Konrad Adenauer, Quito, 1999, pág. 15; el Informe al Congreso Nacional del año 2001, presentado por el Presidente del TC, Dr. Marco Morales Játiva, pgs. 88-90. Estos constitucionalistas, sostienen que se trata de una codificación, que es la 5ta., publicada en el R.O. N° 1 de 11 de Agosto de 1998, tal como también yo lo sostengo. Otros, como Hernán Ribadeneira y Carlos Jaramillo, afirman que se trata de una nueva Constitución, para lo que puede consultarse la obra “*La justicia constitucional en la actualidad*”, bajo la conducción de Luis López Guerra, Corporación Editora Nacional, Quito, 2002, pps. 232-233. El TC, en Resolución N° 094/99/A/TP, determina que la Constitución vigente es la de 1978 en su 5ta. Codificación.

¹¹ Desde 1832 Bonn Mohl, consagró el concepto.

co, creando la imagen de la “*nomocracia*” o gobierno impersonal de la Ley.¹²

Mientras, el concepto de *Estado social y democrático de Derecho*,¹³ significa, por un lado, que sólo en democracia se puede realizar plenamente el *Estado de Derecho*; y, por otro, que no se trata exclusivamente sólo del Estado de Derecho y del Estado social de Derecho e incluso del llamado Estado de bienestar social, sino de todos ellos conjuntados, porque cada uno con su característica especial, nutre a los demás.

De modo que el Estado democrático añade al Estado social soberanía popular, pluralismo político y participación ciudadana; así, las prestaciones sociales del Estado deben satisfacer demandas planteadas por los ciudadanos y no las arbitradas por los poderes públicos, o las que éstos quieran conceder, cual sujetos benevolentes.

Contemporáneamente, y esto lo enfatizo, la igualdad y la participación han roto la separación entre gobernantes y gobernados. Hoy se socializa el estado democrático y se democratiza el Estado social; es decir, se aúnan ambos y el *Estado social y democrático de Derecho* tiene como límite de actuación el fijado por el respeto de los procedimientos jurídicos establecidos en la dimensión del Estado de Derecho.

Si lo anterior es así, cabe preguntarse ¿existe en el Ecuador Estado de Derecho?. Si la respuesta es negativa ¿cómo puede existir el Estado social y democrático de Derecho?.

Guayaquil, Abril de 2008

¹² CASTRO PATIÑO, NICOLÁS. *“Poder Constituyente, Constitución y Control de la Constitucionalidad”*. Graba, Guayaquil, 1997, pág. 32 y ss.

¹³ Incorporado en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, que define al Estado alemán como “*democrático y social*”; y, también en la Constitución de España de 1978 que en el Art. 1 la define como un “*Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*”.

