

# EL PODER CONSTITUYENTE COMO PODER NORMATIVO: NULIDAD DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA, DEL PROCESO CONSTITUYENTE Y DEL ULTERIOR PROCESO LEGISLATIVO

José Roberto López Moreno<sup>1</sup>

## RESUMEN:

Todo acto violatorio de una norma constitucional, deviene en un acto nulo. El último proceso constituyente, se inicia violando la Constitución y culmina de la misma forma. Como consecuencia, el producto final de dicho proceso, -esto es, la Constitución Política de la República del Ecuador- adolece de nulidad absoluta e insubsanable. Probablemente esta afirmación pueda parecer desmesurada e insólita. La finalidad de este modesto estudio, es demostrar que bajo la óptica de la ciencia y de los principios universales del Derecho, no lo es en absoluto, y que la única posibilidad de reconstruir el sistema jurídico del Ecuador, -cuando algún día vuelva a existir el órgano contralor de constitucionalidad en el país- tendrá su origen en la declaratoria de nulidad de todo el proceso constituyente iniciado el año 2,007 y de su producto final: la Constitución Política de la República.

## PALABRAS CLAVES:

Constituyente, poder normativo, arbitrariedad, nulidad, estatuto, instituciones, abstracciones, órganos, plebiscito, referéndum.

---

<sup>1</sup> Roberto López ha dedicado su labor de investigación a la Teoría General del Estado, el sistema político y la teoría del poder constituyente, estudiando los fundamentos para una reforma política integral del Estado durante más de una década. Doctorado en jurisprudencia en el año 2,008, ha desempeñado además de otras funciones, las de Director de Asesoría Jurídica del Congreso Nacional, Asesor de la Presidencia de la República a cargo de la Agenda Legislativa del Presidente, Miembro de la comisión depurativa de normas de la Presidencia de la República, Representante de la Cámara de Comercio de Guayaquil ante el Gobierno, Asesor Constitucional del Presidente de la República en materia de reformas constitucionales, Asesor Constitucional en la Asamblea Constituyente y Asesor Constitucional y Legal en la Comisión de Legislación y Fiscalización.

## SUMARIO:

I.- Introducción.- II.- Nulidad del proceso legislativo posterior a la "Asamblea Constituyente" por violaciones expresas a la Constitución.- III.- Nulidad del ejercicio constituyente de Montecristi: El poder constituyente es una potestad normativa y no un poder de gobierno.- IV.- Nulidad del proceso de convocatoria por violación expresa de la Constitución y la Ley de Elecciones.- IV.1.- Reserva de ley en la convocatoria.- IV.2.- El "estatuto" electoral.- IV.5.- Consulta "híbrida".- IV.3.- Reserva de ley en la materia objeto de la consulta: los derechos políticos.- IV.4.- Necesidad de ley orgánica.- V.- Otros aspectos técnicos relativos a la institucionalización del poder constituyente como poder normativo. VI.- Conclusión.-

### I. Introducción.-

En el Ecuador existe una "Asamblea Nacional", una "Corte Nacional de Justicia", un *sui generis*<sup>2</sup> órgano de control constitucional, así como

---

<sup>2</sup> En toda la historia republicana del país, nunca se había producido un hecho tan insólito como el acaecido el 20 de octubre del 2008. Que el órgano que tutela la constitucionalidad en el país, decida violar la Constitución el mismo día de su entrada en vigencia, auto proclamándose como la "primera" Corte Constitucional en expresa transgresión de la disposición vigésimo quinta del "Régimen de Transición Constitucional" aprobado por el pueblo en referéndum, resulta inaudito. Con la indiscutible finalidad de mantenerse en sus cargos, los miembros del TC decidieron "interpretar" la clarísima norma del art. 25 del Régimen de Transición aprobado en referéndum y auto proclamarse "Corte Constitucional". Aparte de que el ex Tribunal Constitucional usurpara las competencias de la Corte Constitucional sin estar facultado para hacerlo, la autoproclamación de la Corte realizada el 20 de Octubre de 2,008 se llevo a cabo antes de que se integrara la Comisión calificadora que exige la referida norma y antes de que se integrasen las nuevas funciones del Estado. Es decir tres flagrantes violaciones al mandato constitucional en un solo acto. Por eso resultan cómicas las disposiciones transitorias de la "Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional" que establecen la futura designación de la "primera corte" constitucional. ¡Qué barbaridad! Si La "primera" Corte Constitucional ya existe, es la actual, la auto proclamada. El hecho de que haya usurpado y asumido por la fuerza y la arbitrariedad sus competencias, no le quita la condición de "primera" corte, puesto que la anterior se denominaba tribunal constitucional y no Corte. ¿O qué es entonces la actual, la Corte número cero?

dos nuevas “funciones<sup>3</sup>” estatales, pero es como si ninguno de ellos existiera, debido a los vicios jurídicos insubsanables que estigmatizan su nacimiento.

En cuanto concierne a la nueva Constitución<sup>4</sup> es indiscutible su carga de equívocos jurídicos, defectos<sup>5</sup> y triquiñuelas<sup>6</sup>, lo cual denota-sin lugar

---

<sup>3</sup> El público pudo percibir el deplorable e inconstitucional proceso de integración del Consejo de Participación social a partir de un inédito y vergonzoso “examen” de admisión y de un inconstitucional instructivo.

<sup>4</sup> Y sobre todo de su absurdo e ilegítimo “Régimen de Transición” que ocasionó el público descalabro concerniente a la integración de casi todos los órganos del Estado.

<sup>5</sup> El mismo Presidente de la República ha reconocido las barbaridades que contiene el proyecto constitucional: el jefe de Estado el 22 de julio-08, hablando ante la Asociación Latinoamericana de Educación Radiofónica, dijo: “Estoy en contra de algunos artículos; han puesto barbaridades que tendrán que ser rectificadas”. Al efecto ver la nota periodística “¿Barbaridad?” del Dr. Enrique Echeverría G., publicada en la edición de lunes 25 de agosto, Diario el Comercio, página editorial. En el mismo sentido el artículo “La noche triste” de Jorge Vivanco Mendieta, en la edición de septiembre 11-08, de Diario Expreso. Solo cabe preguntarse: ¿un proyecto de reforma constitucional que necesitaba ser reformado antes de entrar en vigencia, constituye un “triumfo” para el pueblo del Ecuador?

<sup>6</sup> La Constitución permite la re elección presidencial por una sola vez. Como el actual mandatario fue reelecto ya en el año 2,008, no podría volver a reelegirse. Pero en forma mañosa el art. 10 del “régimen de transición constitucional” dispone que la primera elección no cuenta: “El período de gestión de los dignatarios electos con las normas del Régimen de Transición, se considerará el primero, para todos los efectos jurídicos” ¡Qué burla para trece millones de habitantes que no tienen ni idea de semejante abuso! En consecuencia, al margen de la legalidad o ilegalidad del proceso, existe una severa trasgresión de principios éticos fundamentales cuando se introducen aspectos camuflados o cambios posteriores a la aprobación final del texto por parte del órgano constituyente. Si se compara el documento final aprobado el 24 de julio-08 con el texto publicado y sometido a consulta popular, se constata la modificación de numerosos y trascendentales aspectos aprobados por la asamblea. Comenzando con el hecho de que el “Régimen de Transición” y el preámbulo de la Constitución – pese a haber sido discutidos con anterioridad- no se encontraban en el texto que fue sometido a votación en la sesión final de julio 24 de 2,008. Adicionalmente, ex asambleístas han denunciado públicamente en repetidas ocasiones que los textos de temas como la supuesta “soberanía alimentaria”, los tratados internacionales, el espectro radio eléctrico y otros fueron aprobados con textos diferentes a los que aparecieron en la sesión del 24 de julio (León Roldós Pablo Lucio Paredes, *Detrás de la noticia*, enero 4-09). Esa es la razón por la cual el ex Presidente de la Asamblea, Ec. Alberto Acosta, a los siete días de aprobado el texto, clamaba por una versión oficial al Presidente de la misma, Arq. Fernando Cordero (Reseñado por el

a dudas- que sus autores no tenían la más remota idea de como se construye un texto constitucional. Además, que el proceso constituyente del 2,008 colapsó debido a la ineptitud de quienes lo condujeron, deformando su naturaleza esencial<sup>7</sup>. Esto constituye en sí mismo, un estrepitoso fracaso para el Gobierno, pero sobre todo, para el pueblo del Ecuador. Y a un costo realmente incalculable.

Pero primordialmente, revela la absoluta incapacidad del régimen para instrumentar el proceso de reforma política que ofreció al país.

Es posible entonces, que luego de tres años de gobierno, gran parte de la población haya percibido la absoluta mediocridad del proceso de reforma política que comprende no solo la Constitución, sino el ulterior proceso legislativo. En consecuencia, ya no resulta posible negar que el Gobierno de la “revolución ciudadana” destruyera el sistema político del Ecuador. Solo basta leer la Constitución y el texto de las nuevas leyes. Además, resulta difícil recordar un período de la historia republicana que registre tal cantidad de violaciones al nuevo ordenamiento constitucional, precisamente luego de haber entrado éste en vigencia.

Adicionalmente, esta investigación fundamenta en la ciencia del derecho y en la historia<sup>8</sup> –tanto universal como nacional- una verdad simple: el poder constituyente es un **poder de carácter normativo** y no una potestad de gobierno. Esto-dicho en palabras sencillas- significa que se trata de un poder para redactar los artículos de la Constitución y nada más, lo cual destruye la “teoría de los plenos poderes<sup>9</sup>”, y en conse-

---

programa Detrás de la noticia en enero 4-09). ¿Qué valor puede tener una Constitución aprobada con tal carga de cuestionamientos éticos?

<sup>7</sup> Que es la de ser un proceso de carácter normativo, reformador de la Constitución y no un proceso de gobierno.

<sup>8</sup> Nunca antes en el curso de la historia una asamblea constituyente se había distraído de su cometido específico: dictar la Constitución. Las veinte constituyentes que se han instalado en el Ecuador, la Constituyente de Filadelfia de 1,787, la Asamblea de Paris en 1,789, y más recientemente las de Paraguay en 1,991, la de Colombia en 1,992, la de Argentina en 1,994, y muchas otras corroboran lo afirmado. una Constituyente solo puede dictar la Constitución y no ejercer la función de gobierno como sucedió en Montecristi.

<sup>9</sup> Esto en realidad configura un verdadero golpe de Estado por parte de un órgano que carecía de competencias para asumir “plenos poderes” en el sentido que fueron ejercidos estos.

cuencia, la ilegítima prórroga de su ejercicio para hacer las leyes<sup>10</sup>, así como todos los **actos de gobierno**<sup>11</sup> realizados por la ex Asamblea, entre ellos, la expedición de insólitos “mandatos<sup>12</sup>” y la posterior instalación del “Congresillo” violando la recién aprobada Constitución. También la antijurídica designación de funcionarios e integrantes de los órganos del poder público, actos que adolecen todos ellos de una absoluta ilegitimidad.

Por eso este estudio demuestra que todo el proceso político que se inició el año 2007 es nulo, y que además, **debió concluir con el referéndum**. Al no haberlo hecho, y haber proyectado en el tiempo un “apéndice político” de la Asamblea<sup>13</sup> como el “Congresillo”, se encuentra absolutamente viciado de nulidad por irrogación de funciones ajenas a la naturaleza del proceso constituyente. La instalación de este extraño órgano legislativo solo constituye un abuso de poder, un acto arbitrario<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> Una de las características fundamentales de las democracias constitucionales es que los miembros del parlamento que elabora las leyes, son elegidos directamente por el pueblo, y no como la “proyección” de una elección anterior, tal como sucedió con la instalación del “Congresillo”. En el mismo sentido, Loewenstein Karl, *Teoría de la Constitución*, pag. 327.

<sup>11</sup> Como la potestad de designar a todas las autoridades que condujeron el proceso electoral, de acuerdo con lo que en forma inédita – al tratarse de un ejercicio del poder constituyente- dispone el art. 18 del Régimen de Transición Constitucional: “ Art. 18.- (Función Electoral) Con el fin de posibilitar la inmediata realización del proceso electoral dispuesto en este Régimen de Transición, la Asamblea Constituyente designará a quienes transitoriamente conformarán el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral”.

<sup>12</sup> A esto hay que añadir la copiosa aprobación de reglamentos e instructivos realizada por la Comisión de Legislación y Fiscalización, competencias de las cuales carece el órgano “legislativo”. Este únicamente puede expedir LEYES y no otros cuerpos de carácter normativo. (Ver convocatoria publicado por la prensa el 4 de enero de 2009, referente al instructivo para el concurso de oposición para la selección de los integrantes del Consejo de Participación ciudadana).

<sup>13</sup> No existen precedentes ni fundamentos jurídicos para que un órgano que tiene un plazo perentorio para su ejercicio como la Asamblea de Montecristi, violando el instrumento consultado al pueblo ( el “estatuto electoral” ) haya dejado instalado un “mini órgano” legislativo durante casi 8 meses, sin que exista además, una norma constitucional de sustento para tal actuación. Eso solo es posible en una nación de bárbaros.

<sup>14</sup> Ver Penagos Gustavo, *La arbitrariedad política causa nulidad en los actos administrativos*: “En todo Estado de Derecho, el poder público se debe ejercer de conformidad con la

que carece de sustento jurídico alguno. Sin perjuicio de que el proceso “constituyente” de “Ciudad Alfaró” también fuese un proceso arbitrario desde sus inicios, pues –al margen de otras violaciones constitucionales<sup>15</sup>- no existía en la constitución vigente<sup>16</sup>, la disposición (**el artículo**) que permitiera al presidente dictar un “estatuto electoral” y luego someterlo a consulta. En lo atinente al ejercicio de la Asamblea, es claro que -al ser el poder constituyente **un poder normativo**- la **única** actividad que podía desarrollar el organismo constituyente, era elaborar el texto de la Carta Fundamental.

Resulta indiscutible además, que el referéndum se encuentra también viciado de nulidad, porque el proyecto de Constitución que se consultó al pueblo, no fue el aprobado por la asamblea en la sesión de julio 24-08, último día de su gestión deliberativa. Pese a haberse discutido con anterioridad el preámbulo y el “régimen de transición”, el texto que se sometió a votación no incluía<sup>17</sup> ambos instrumentos cuyo texto se

---

Constitución y las leyes”. La Constitución de 1.998 obligaba al Jefe de Estado a respetar la Constitución en el artículo 1: “La soberanía radica en el pueblo cuya voluntad es la base de la autoridad que se ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución”. Si el Jefe de Estado quería convocar una consulta plebiscitaria, le era posible hacerlo, únicamente de conformidad con el art. 104 de la Constitución y no violentándola como lo hizo al inventar una categoría jurídica inexistente en el Ecuador como es el “estatuto electoral” y someterlo a consulta con la específica finalidad de violar la vigencia de la Ley de Elecciones”.

<sup>15</sup> Que se describen en forma detallada en el apartado 2 de este trabajo.

<sup>16</sup> Cuando se convocó la consulta popular, se encontraba vigente la Constitución de 1,998 que – como la del 2,008- no permite al presidente el dictado de “estatutos”, peor someter los mismos a consulta, porque éstos no existen en el ordenamiento jurídico público del Ecuador.

<sup>17</sup> Tal como se establece de la lectura comparativa de la comunicación de julio 24-08, dirigida por el ex -Presidente de la Asamblea al ex-Secretario de la misma, el Arq. Fernando Cordero dispuso que se sometiera a votación el proyecto de texto constitucional que se acompaña a dicha comunicación, el cual fue votado en la sesión del 24 de julio, **SIN** incluir ni el preámbulo ni el régimen de transición. Es decir, que se lo aprobó sin contener dichos instrumentos. No obstante, el proyecto que el Tribunal Supremo Electoral sometió posteriormente a referéndum el 28 de septiembre de 2008, conjuntamente con el texto de la Constitución **CONTENÍA** ambos documentos, lo que vicia de ilegitimidad el referéndum, por haberle consultado al pueblo del Ecuador, algo **distinto** de lo que aprobó la Asamblea Constituyente el día de su **ÚLTIMA** sesión deliberativa. Al revisar la página web de la Asamblea el día 9 de septiembre de 2008, aún no aparecían

**incorporó** en forma posterior a la sesión en que se aprobó el texto “final”. Lo grave de este aspecto es el **ENGAÑO** al pueblo del Ecuador: la consulta del régimen de transición no se encontraba prevista y la ciudadanía votó por él, **sin saber que lo estaba haciendo**<sup>18</sup>. Entonces, se la indujo al error, vicio del consentimiento que –inevitablemente- ocasiona la nulidad de los actos políticos. Y además, porque un proceso que “legalmente” acalla a la oposición<sup>19</sup>, violenta la democracia.

Es claro además, que los errores del proceso no pueden ser “subsanaos” como ingenuamente creen los miembros del Gobierno. Sagúes<sup>20</sup> lo explica claramente: **“Es notorio que si la Constituyente clausuró sus deliberaciones, un poder constituido no puede más tarde mejorar los errores de ella, o incluir disposiciones extraviadas”**<sup>21</sup>. No obstante, lo más trascendente, -al margen de las trasgresiones al ordenamiento y a los principios jurídicos vigentes- es que el documento de Montecristi, destruye una concepción fundamental del constitucionalismo. El art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1,789, expresa textualmente que: “Toda sociedad en la cual no esté... determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”. Sin embargo, el capítulo séptimo<sup>22</sup>, de la nueva Carta política violenta este principio de carácter universal, al insertar

---

ambos textos con el resto del articulado, según denunció el ex Vicepresidente de la República, Ab. León Roldós Aguilera en Teleamazonas el día 10 de septiembre de 2008. Existe otra versión del proyecto de Constitución, que no incluye la transitoria vigésimo octava. Es decir, que hay por lo menos tres versiones distintas. ¿Qué validez jurídica puede tener una consulta formulada en tales circunstancias?

<sup>18</sup> Según declara Polibio Córdova de la encuestadora CEDATOS en la nota periodística publicada por diario El Universo el mismo día del referéndum, esto es, el 28 de septiembre, pag. 4: “Se puede concluir que la mayoría de la población se va a acercar a votar sin conocimiento de la Constitución **y mucho menos del régimen de transición**”. (Las negrillas y el subrayado son nuestros).

<sup>19</sup> Tal como consta en el art. 14 del ilegítimo *Régimen de transición*, que sin pudor alguno se denomina “prohibición de propaganda”, que fuera antijurídicamente consultado a la ciudadanía, pues no consta en el texto aprobado en la última sesión de la Asamblea de julio 24-08.

<sup>20</sup> Ver Sagúes, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, pag. 347.

<sup>21</sup> Como la transitoria vigésimo octava “extraviada” en uno de los varios proyectos de Constitución, además de la no aprobación del régimen de transición y del preámbulo.

<sup>22</sup> Ver arts. 225 y siguientes de la Constitución de 2,008.

todas las funciones del Estado dentro de la Administración Pública, barbaridad inadmisibles hasta para un estudiante de primer año de derecho. Por eso el texto de Montecristi no es una Constitución, sino un simple remedio de ella. Es lamentable por cierto, que un organismo como la OEA haya avalado un proceso que culminó destruyendo la democracia en el Ecuador. Lo sucedido en Honduras, no se acerca ni de lejos a las bárbaras agresiones a la democracia acaecidas en el país, sin que la comunidad internacional haya expresado siquiera su inconformidad.

La “novel” clase política que ahora detenta el poder público en el país, en un arbitrario ejercicio del poder constituyente, -propio del pasado que tanto censuró- ha logrado destruir la trascendental oportunidad que tenía el Ecuador para implementar una adecuada reforma política.

La historia,-implacable juez de todos los gobernantes-la juzgará por ello.

## **II.- Nulidad del proceso legislativo posterior a la “Asamblea Constituyente” por violaciones expresas a la Constitución.-**

La Comisión Legislativa y de Fiscalización se constituyó según el “mandato” 23, de fecha octubre 25 de 2008. Cabe precisar que el referido instrumento viola en forma expresa el art. 2 del “Estatuto Electoral” aprobado por el pueblo del Ecuador en referéndum de fecha 15 de abril de 2007, pues el mismo establecía el plazo de duración de la Asamblea al disponer textualmente que:

**ARTÍCULO 2.- DE LA DURACIÓN Y DISOLUCIÓN DE LA ASAMBLEA.-**La Asamblea Constituyente tendrá una duración de ciento ochenta días (180), contados a partir del día de su instalación, salvo que ella misma establezca una prórroga que **no podrá exceder** de sesenta (60) días contados a partir del vencimiento de plazo inicial<sup>23</sup>.

Pese a haberse conformado la Asamblea Legislativa con una mayoría del bloque gobiernista, en lugar de reformar la LOFL<sup>24</sup> el mismo

---

<sup>23</sup> Las negrillas y el subrayado son nuestros.

<sup>24</sup> Ley Orgánica de la Función Legislativa.

día de su instalación, esto es, el 25 de octubre del año anterior –para lo cual contaban con los votos necesarios- la misma eligió este *sui generis* procedimiento legislativo, -inédito en el país y en el orbe- de instituir un Congreso temporal como insólita proyección de la Asamblea Constituyente. Regulando además su funcionamiento mediante un “mandato” y no mediante una ley, tal como manda la Constitución del Ecuador<sup>25</sup> desde el año 1,835.

Por cierto, se desconoce la naturaleza jurídica del referido mandato puesto que –como es evidente, al no cumplir el trámite legislativo previsto en la Constitución, **no es una ley**. En forma extraña, resulta contentivo de una suerte de “reglamento de funcionamiento”, -que tampoco puede ser expedido por la Comisión de Legislación, pues esto constituye una competencia del Ejecutivo de conformidad con el art. 147 de la Carta Política<sup>26</sup>:

**Art. 147.-** Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley:

13. Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas...”

Pero sobre todo- y esto es lo trascendental- el mandato carece de valor normativo alguno, pues importa la expresa violación del art. 126 de la Constitución aprobada en Montecristi por la misma Asamblea Constituyente que es el origen **de facto** de la Comisión Legislativa. En efecto, la referida norma constitucional dispone que la Asamblea Legislativa, regule su funcionamiento por **la ley de la materia y su reglamento interno de funcionamiento y no por ningún “mandato”**:

**“Art. 126.-** Para el cumplimiento de sus labores la Asamblea Nacional se regirá por **la ley correspondiente y su reglamento interno**. Para la reforma o codificación de esta ley se requerirá la mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea”.

---

<sup>25</sup> Ver el art. 126 de la Constitución de Montecristi.

<sup>26</sup> En la misma situación se encuentran el Reglamento de Fiscalización aprobado por la Comisión el 26 de noviembre de 2008: este es inconstitucional.

En consecuencia, EXISTIENDO UN PROCEDIMIENTO CONSTITUCIONAL, haber permitido el funcionamiento de la Asamblea Legislativa bajo la vigencia de un “mandato”, ocasiona la violación expresa del art. 126 de la Constitución Política de la República y origina la nulidad de TODO LO ACTUADO DESDE EL DIA 25 DE OCTUBRE DE 2,009 POR LA ASAMBLEA NACIONAL.

Es decir que TODAS LAS LEYES aprobadas por el Congresillo, son inconstitucionales, nulas y por ende, es como si no existieran. ¡Qué monumental carga de irresponsabilidad representa el haberlas aprobado de esta antijurídica forma!

Lo curioso es que, pese a haber sido expedido por una inconstitucional “extensión” del mismo cuerpo colegiado que hizo la Constitución, los “mandatos” no consten en la clasificación jerárquica de las normas jurídicas del Ecuador contenida en el art. 425 de la Constitución Política de la República. Y que luego de casi ocho meses de funcionamiento, habiéndose elegido ya los representantes de una nueva Asamblea Legislativa, la Comisión Legislativa RECIEN “SE HAYA DADO CUENTA” y decidiera repentinamente, al apuro –una semana antes de la instalación del nuevo órgano legislativo, la Asamblea Nacional-, que –ahora sí- el Ecuador necesitaba para que la Asamblea Legislativa pudiese funcionar, una ley orgánica porque el mandato 23, además de violatorio de la Constitución, resultaba insuficiente o antijurídico para regular el funcionamiento de la Comisión Legislativa. ¡Qué gran novedad!

Una sociedad cuyos miembros no luchan por mantener la legalidad de su ordenamiento jurídico<sup>27</sup>, es una sociedad condenada a la deca-

---

<sup>27</sup> Se construyó todo un andamiaje jurídico para la designación de los Magistrados de la Corte Suprema en el año 2,005. 311 juristas presentaron sus carpetas, y se materializó, tanto por la prensa escrita, como por los noticieros radiales y televisivos una profunda discusión acerca de uno de los requisitos para ser magistrado de la Corte: la “probidad notoria”. Y esto, con la participación de eximios juristas, todos ellos de gran respetabilidad. Sin embargo ni uno solo de los aspirantes a magistrados y de los analistas parece haber percibido que la causa fundamental de inconstitucionalidad del proceso se encontraba en la naturaleza inconstitucional del reglamento de designación de los magistrados, por la inconstitucional delegación de una competencia que el Congreso no posee: la potestad reglamentaria. Ya hemos señalado que en el sistema presidencial, esta se encuentra radicada en la Función Ejecutiva y no en el Congreso. ¿De qué sirvió que los magistrados fuesen **probos**, si fueron nuevamente designados en forma inconstitucional?

dencia, y por ende, al fracaso. Entre otras cosas, porque hablar de democracia en tales circunstancias, no es más que un eufemismo. Según advierte Linares Quintana<sup>28</sup> “No es posible concebir siquiera que en el Estado constitucional –cuya finalidad suprema es la protección de la libertad humana- alguno de los derechos constitutivos de esta queden sin el amparo estatal de su ejercicio pleno y efectivo mediante la garantía correspondiente. De lo contrario el Estado no será constitucional o lo será solo en el nombre”.

La instalación del Congresillo<sup>29</sup>, la integración de la Corte Suprema –ahora Corte Nacional– y de la Corte Constitucional, –en abierta violación de expresas disposiciones constitucionales, además de la vergüenza que representan para la mentalidad de un hombre de derecho- no son sino la culminación de la realidad señalada por Linares Quintana. He ahí la definición exacta de lo que es el Ecuador de hoy: un Estado Constitucional **“solo de nombre”**, pues en el mismo, los órganos del poder público funcionan al margen de la Constitución y no existe la garantía de tutela judicial efectiva para la ciudadanía.

Todo esto, en un país que acaba de culminar un proceso constituyente, resulta casi una expresión del “realismo mágico” patentado por García Marques hace algunas décadas.

En el siguiente cuadro se inserta el detalle de los actos violatorios al nuevo ordenamiento jurídico, lo que ocasiona las nulidades sobrevi-

---

En cuanto a lo notorio de la probidad, que es sinónimo de honradez, cabe la siguiente reflexión: la honradez, suele ser discreta, no manifiesta. Las características que la acompañan, como la integridad o la entereza son virtudes que, por el contrario, configuran un comportamiento parco, reservado, austero. En consecuencia, el tan ponderado requisito de la probidad “notoria” de los aspirantes a magistrados, no es sino una exigencia sin un contenido conceptual válido; lírica y configurativa de un concepto jurídico indeterminado.

<sup>28</sup> Ver Linares Quintana Segundo, *La Constitución interpretada*, pág. 99.

<sup>29</sup> Violando la propia Constitución de Montecristi al haberse instalado y funcionado 8 meses sin ley y sin reglamento como dispone el art. 126 de la Carta Fundamental. Violaciones que por cierto, subsisten, pues la ley Orgánica de la Función Legislativa fue tramitada sin la exposición de motivos, lo que la hace inconstitucional por expresa violación del art. 136 de la Carta Fundamental, y visa de inconstitucionalidad el ejercicio legislativo de la Asamblea Nacional que actúa bajo el amparo de una ley inconstitucional.

nientes. Son tan numerosos, que incluso pudiera ser que omitiéramos alguno. En todo caso creemos haber glosado los más relevantes:

**VIOLACIONES EXPRESAS AL TEXTO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN**

Acto inconstitucional	Fecha	Normas violadas
<p><b>CORTE CONSTITUCIONAL</b>  <b>Usurpación de la Corte Constitucional por parte del Ex Tribunal Constitucional.</b>                      En un hecho insólito sin precedentes en la historia política universal, el Tribunal constitucional decidió "auto proclamarse" la primera Corte Constitucional del Ecuador, antes de que estuvieran constituidas las nuevas funciones del Estado, como manda la Constitución. Sin concurso, como también dispone la Carta Fundamental. Y sin que el mismo sea normado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.</p> <p><b>Inconstitucional expedición de las "Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la corte constitucional para el período de transición".</b></p> <p>Una corte dirime controversias. No expide legislación. Peor de carácter adjetivo, pues la misma regula el derecho ciudadano de tutela judicial efectiva y solo puede ser aprobada por el órgano legislativo</p>	<p>Octubre 20-08. Es decir, el mismo día que entró en vigencia la nueva Constitución.</p> <p>Octubre 12 de 2,009.</p>	<p><b>Art. 25 Regimen de Transicion Constitucional aprobado en referendum.</b>                      Art. 25. (Corte Constitucional) Una vez constituidas las nuevas funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social, se organizará la comisión calificadora que designará a las magis-tradas y magistrados que integrarán la primera Corte Constitucional.</p> <p>Arts. 132 y 436 de la Constitución.</p>
<p><b>CORTE NACIONAL DE JUSTICIA</b></p>	<p>17 de Diciembre de 2,008.</p>	<p><b>Art. 21 Regimen de Transicion Constitucional apro-</b></p>

EL PODER CONSTITUYENTE COMO PODER NORMATIVO

<p><b>Integración de la Corte Nacional de Justicia.</b>          Los Magistrados se negaron a integrar la nueva Corte. Esta fue conformada en abierta violación del art. 21 del Régimen de Transición, mediante una arbitraria designación de sus miembros.</p>		<p><b>bado en referendun.</b>  <b>Art. 21.-</b> (Corte Nacional de Justicia) A los diez (10) días de proclamados los resultados del Referéndum Aprobatorio terminan los períodos de las treinta y uno (31) magistradas y magistrados de la Corte Suprema de Justicia.          El Consejo Nacional Electoral organizará un sorteo público entre las treinta y uno (31) magistradas y magistrados de la Corte Suprema de Justicia, para escoger las veinte y uno (21) juezas y jueces a quienes se les encarga las funciones y responsabilidades de la Corte Nacional de Justicia, hasta que se designe a los titulares, con aplicación de los procedimientos establecidos en la Constitución.</p>
<p><b>CONGRESILLO</b>  <b>Instalación del Congreso.</b>          Se instaló cuando la Asamblea había concluido su plazo de funcionamiento, violando el art. 2 del Estatuto electoral.          Instalación mediante mandato y no de acuerdo con la nueva Constitución, la ley y el Reglamento interno. Esto vicia de nulidad todo el proceso legislativo.</p>	<p>25 de Octubre de 2,008.</p>	<p>ARTÍCULO 2 DEL ESTATUTO ELECTORAL          "La Asamblea Constituyente tendrá una duración de ciento ochenta días (180), contados a partir del día de su instalación, salvo que ella misma establezca una prórroga que no podrá exceder de sesenta (60) días contados a partir del vencimiento de plazo inicial".          La Comisión Legislativa y de Fiscalización se constituyó según el "mandato" 23<sup>30</sup> de fecha octubre 25 de</p>

<sup>30</sup> Es posible consultar su sorprendente texto en el Registro Oficial No. 458 de 31 de Octubre de 2,008.

		<p>2008, cuando ya NO EXISTÍA LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE:</p> <p>Art. 126 de la Constitución:          “Art. 126.- Para el cumplimiento de sus labores la Asamblea Nacional se regirá por <b>la ley</b> correspondiente y su <b>reglamento interno</b>. Para la reforma o codificación de esta ley se requerirá la mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea”.</p>
<p><b>Designación del órgano nominador del Consejo Nacional de Participación ciudadana.</b>          Según el art. 18 del Régimen de Transición, el órgano competente para designar al Consejo Nacional de Participación Ciudadana era la Comisión Legislativa. Que esta decidiera por sí y ante sí, designar al Consejo Nacional Electoral como el órgano nominador no tiene precedentes. El problema es que la negativa del Consejo, ocasionó nuevamente la trasgresión de los plazos establecidos en la Constitución, por lo cual este órgano fue integrado en una fecha distinta a la que establece el mandato constitucional. Resultado: es inconstitucional.</p>	<p>Diciembre 18 de 2,009.</p>	<p>Art. 18 Régimen de Transición.</p>
<p><b>Inconstitucional expedición del instructivo de elección del consejo de participación ciudadana.</b>          El Congresillo carecía de</p>		

EL PODER CONSTITUYENTE COMO PODER NORMATIVO

<p>competencia alguna para expedir el “instructivo” publicado en el Registro Oficial No. 492, segundo suplemento del 19 de diciembre de 2,008, pues el Congreso únicamente aprueba normas de alcance general universalmente conocidas como leyes, y no “reglamentos o instructivos”. La consecuencia es que esto vicia la elección de dicho órgano del Estado.</p>	<p>Diciembre 19 de 2,008.</p>	<p>Arts. 120, 137 y 142 de la Constitución.</p>
<p><b>Violación del plazo constitucional de 360 días para dictar las leyes.</b> El Congreso-ahora Asamblea Nacional- no aprobó las 14 leyes que manda la disposición transitoria de la nueva Constitución. Y algunas de las que aprobó, - como su propia ley orgánica y la de control constitucional- se trataron sin la correspondiente exposición de motivos que exige el art. 136 de la Constitución, por lo cual son inconstitucionales.</p>	<p>Octubre 14 de 2,009.</p>	<p>Disposición Transitoria Primera de la Constitución: “En el plazo máximo de trescientos sesenta días, se aprobarán las siguientes leyes:...”.</p>
<p><b>“FUNCIÓN” ELECTORAL.</b></p>		
<p><b>CONSEJO NACIONAL ELECTORAL Inconstitucional convocatoria elecciones.</b> El Consejo Nacional Electoral en su sesión del día 23 de diciembre del 2,008, resolvió postergar la elección de los integrantes de las juntas parroquiales rurales y de parlamentarios andinos, para el 14 de junio de 2009, en contra de lo que dispone el art. 3 del régimen de tran-</p>	<p>Dic. 23 de 2,008.</p>	<p>El art. 3 del Régimen Constitucional de Transición dispone en forma obligatoria la convocatoria a “Elecciones Generales”. No obstante, el Consejo Nacional Electoral (CNE) decidió que la elección de los cinco parlamentarios andinos y los 4.000 integrantes de las Juntas Parroquiales Rurales sean elegidos en la segunda vuelta electoral presidencial prevista para el</p>

<p>sición constitucional aprobado en referéndum por el pueblo del Ecuador el 26 de noviembre de 2008.</p>		<p>14 de junio.</p>
<p><b>Inconstitucional regulación del proceso electoral.</b>                  El Consejo Nacional Electoral reguló las elecciones mediante una simple resolución administrativa, cuando el proceso electoral debe ser regulado por la Constitución y la ley vigente. Sin embargo, ante los cuestionamientos del autor de este estudio –llevados incluso ante organismos internacionales como las misiones de observadores de la OEA y la Comunidad Económica Europea, el Consejo Nacional Electoral implemento una velada, pero verdadera reforma legal, vía “codificación” publicada en el RO 562 de abril 2 de 2009, olvidando que el art. 117 de la Constitución, “...prohíbe realizar reformas legales en materia electoral durante el año anterior a la celebración de elecciones”. Este solo hecho es suficiente para ocasionar la nulidad de la última elección presidencial. Pero quizás. lo mas insolito y relevante de esta nueva transgresion constitucional, es que el Consejo Nacional Electoral, en una demostracion de verdadera ignorancia, haya pretendido “codificar” normas juridicas.                  ¿Desde cuando los organos</p>	<p>21 de Noviembre de 2008</p> <p>Abril 2 de 2009.</p>	<p>El artículo 132 de la Constitución dispone:</p> <p>“Se requerirá de <u>ley</u> en los siguientes casos:1. Regular el ejercicio de los <u>derechos</u> y garantías constitucionales”.</p> <p>Esto significa que el <u>derecho de elección no</u> puede ser regulado por una simple RESOLUCIÓN de un órgano administrativo .</p> <p>El art. 15 del Régimen de Transición CONFIRMA lo que dispone el art. 132, al mandar que "Los Organos de la Función Electoral aplicarán todo lo dispuesto en la Constitución, <u>la Ley Orgánica de Elecciones y las demás leyes conexas</u></p> <p><b>Art. 117 de la Constitución:</b> “Se prohíbe realizar reformas legales en materia electoral durante el año anterior a la celebración de elecciones”.</p>

EL PODER CONSTITUYENTE COMO PODER NORMATIVO

<p>de la Administración, gozan de la potestad legislativa privativa del Congreso en el sistema presidencial? Este abuso del poder público configura un acto que cubre de escarnio la historia jurídica del país.</p>		
<p><b>Creación de las juntas intermedias.</b> La creación de dichas juntas por una simple resolución administrativa acarrea la nulidad del proceso electoral.</p>	<p>Resolución No. 1 del "Tribunal Supremo Electoral"<sup>31</sup> de 21 de noviembre de 2008, publicada en el RO Suplemento 472 de noviembre 21 de 2008.</p>	<p><b>Art. 218 de la Constitución.</b> "...La ley determinará la organización, funcionamiento y jurisdicción de los organismos electorales desconcentrados, que tendrán carácter temporal".</p> <p><b>Art. 117 de la Constitución:</b> "Se prohíbe realizar reformas legales en materia electoral durante el año anterior a la celebración de elecciones".</p>
<p><b>Otras violaciones "menores" que destruyeron la democracia en el Ecuador.</b></p>		
<p><b>Régimen de Transición</b> El cometido de la Asamblea era elaborar la Constitución y solo eso. No un absurdo "régimen de transición" lleno de trampas y triqueñuelas para concentrar el poder en la figura del Presidente. Régimen de transición que debió consistir en dos líneas incorporadas como una transitoria de la Constitución: "Los órganos del Estado y sus autoridades</p>	<p>Octubre 20 de 2008.</p>	

<sup>31</sup> Realmente causa lastima precisar que el 21 de noviembre de 2008, luego de la entrada en vigencia de la nueva Constitución, no existía ya el Tribunal Supremo Electoral. ¿Cómo pudo adoptar la resolución de la fecha señalada?

<p>continuaran en funciones hasta que sean legalmente reemplazados” y no en el deficiente instrumento en comentario, que por las deficiencias en su redacción, ha ocasionado la inconstitucionalidad de órganos como la Corte Nacional de Justicia y de las leyes de la república, para solo mencionar lo más relevante.</p>		
<p><b>Reelección presidencial.</b> La Constitución de Montecristi establece la reelección presidencial<sup>32</sup>. Pero el amañado “Régimen de Transición”, violando el art. 144 de la Constitución y distorsionando además la realidad, establece que la primera elección no cuenta, cuando lo cierto es que Rafael Correa se reeligió ya por primera vez y no puede volver a hacerlo.</p>	<p>Octubre 20 de 2,008.</p>	<p><b>Constitucion, art. 144</b> “ ...La Presidenta o Presidente de la República permanecerá cuatro años en sus funciones y podrá ser reelecto por una sola vez”.</p> <p><b>Régimen de Transición.</b> “Art. 10.- (Cómputo de los períodos de gestión) El período de gestión de los dignatarios electos con las normas del Régimen de Transición, se considerará el primero, para todos los efectos jurídicos”.</p>
<p><b>Democracia ficticia.</b> Según el art. 143 de la Constitución, se puede ser Presidente de la República con tan solo el 40 % de la votación. Es decir que tenemos la única democracia en el mundo en la cual, la minoría (40 %) le gana a la mayoría (60%) y designa al Presidente de la República.</p>		<p><b>Constitucion, art. 143.</b> “...No será necesaria la segunda votación si el binomio que consiguió el primer lugar obtiene al menos el cuarenta por ciento de los votos válidos y una diferencia mayor de diez puntos porcentuales sobre la votación lograda por el binomio ubicado en el segundo lugar”.</p>

<sup>32</sup> Parece poca cosa, pero por pretender re elegirse atentando contra el carácter alternativo del gobierno, cayó el Presidente Zelaya en Honduras.

<p><b>Perdida de la libertad<sup>33</sup>: prohibición de contratación privada de propaganda electoral.</b> En un acto inédito en la historia del Ecuador, no sucedido ni siquiera en las dictaduras, se prohibió la contratación de propaganda electoral con recursos privados, violando el art. 115, incisos 2 y 3 de la Constitución.</p>		<p><b>Constitución, art. 115, inc 2 y 3.</b> Se prohíbe el uso de los recursos y la infraestructura estatales, así como la publicidad gubernamental, en todos los niveles de gobierno, para la campaña electoral. La ley establecerá sanciones para quienes incumplan estas disposiciones y determinará el límite y los mecanismos de control de la propaganda y el gasto electoral.</p>
--	--	--

### III.- Nulidad del ejercicio constituyente de Montecristi: el poder constituyente es una potestad normativa y no un poder de gobierno.-

Pese a haberse instalado una “constituyente” en el Ecuador, el nombre de Sieyes ha pasado desapercibido. El autor de este estudio no

---

<sup>33</sup> La doctrina jurídica ha explicado ya -hasta la saciedad- que la democracia y la libertad van “tomadas de la mano”. Y la libertad sin información, es un concepto vacío. Por eso, cualquier prohibición que atente contra la difusión de la propuesta electoral de los candidatos **es anti democrática**. En el análisis que hace del derecho constitucional a la información, el jurista español David Ortega Gutiérrez explica que: “Una sociedad que no esté bien informada es una sociedad a la deriva, sin posibilidad de elegir por sí misma. **De poco o nada valdrá, por ejemplo, nuestro derecho al sufragio** del art. 23 de la Constitución, **si la información que nos llega sobre los candidatos y sus actuaciones está tergiversada**. Si no conocemos la realidad de la *res pública*, no podemos participar verdaderamente en ella. Si el derecho a una información veraz no es seriamente respetado, no estaremos ante una sociedad realmente democrática. Será una sociedad con apariencia democrática, pero no una democracia sustancial de ciudadanos activos. En resumen, el derecho a la información es uno de los pilares básicos de una sociedad democrática que se precie de ser tal. **Si este derecho quiebra, estaremos ante una sociedad engañada, y manipulada en la que las elecciones no pasarían de ser una mera farsa representada por un pueblo ignorante, y unos actores que desconocen los valores que todo pensamiento democrático tiene**”. Ver Ortega Gutiérrez David, El Derecho a la Comunicación, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 1ra. Ed., pag. 36. (Las negrillas son nuestras).

recuerda que haya sido mencionado una sola ocasión en los ocho meses que duro la Asamblea de Montecristi.

Pero lo cierto es que la teoría del poder constituyente es concebida y desarrollada por Emmanuel Sieyes, quien además es elegido presidente de la Asamblea Constituyente de Francia en junio de 1.790. A él debemos también, la notable *teoría de la representación política*, así como la difusión<sup>34</sup> de las primordiales diferencias entre poder constituyente y poder constituido<sup>35</sup>. Y no cabe duda de que uno de los aportes fundamentales de Sieyes a la teoría jurídica, es la construcción de un axioma que, luego de profundizar su pensamiento no parece admitir réplicas: “la Constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente<sup>36</sup>”.

Esto resulta lógico si entendemos que el poder constituyente no es otra cosa que la expresión de la soberanía popular para organizar la estructura institucional<sup>37</sup> del Estado, dándose una Constitución escrita. Se trata del poder político más amplio que existe, pero es necesario enfatizar

---

<sup>34</sup> Sieyes había razonado dicha diferencia al desarrollar su teoría del poder constituyente. Sin embargo, como bien señala Carré de Malberg, los constituyentes de Filadelfia le habían tomado la delantera: “Contra las afirmaciones de Sieyes que en el año III sostenía que “la división del poder constituyente y los poderes constituidos se debe a los franceses” esta distinción había sido concebida y aplicada en los Estados Unidos desde antes de la Revolución francesa, como lo demuestran las *Memoires* de La Fayette (París, 1838, vol. IV p.p. 35 ss.): en efecto, había sido consagrada tanto por las Constituciones particulares de los Estados como por la Constitución de 1.787”. Ver ob. cit. pag. 1186. Sin embargo, esto no significa que el abate no haya podido desarrollar la sutil diferencia entre ambas formas del poder, -constituido y constituyente- a partir de su propio razonamiento, que como se aprecia, en la siguiente nota de p.p., es una consecuencia lógica de su propio concepto de Constitución.

<sup>35</sup> Ver Sieyes Emmanuel, “¿Qué es el tercer Estado?”, Alianza Editorial, Madrid, 2003, pag. 143, nota de p.p. No. 7: “La diferenciación entre poder constituyente y poder constituido es la aportación capital de Sieyes a la teoría constitucional (...) Esta dualidad es una consecuencia lógica del concepto de Constitución mantenido por el abate: si la Constitución es la que crea el orden, de la que nacen los poderes y en la que se dibujan las instituciones, no puede ser obra de los anteriores, ni cabe dentro de sus atribuciones, la posibilidad de modificarla”.

<sup>36</sup> Ver Sieyes Emmanuel, ob. cit., pag. 143.

<sup>37</sup> Obviamente, nos referimos a las instituciones políticas del estado y no a sus órganos de administración o gobierno como equívocamente piensan los promotores de la “revolución ciudadana”.

el hecho de que únicamente **constituye un poder normativo y no un poder de gobierno como se lo entendió y ejerció antijurídicamente en Montecristi**. Según el tratadista Bidart Campos<sup>38</sup>, es la competencia para constituir o **dar constitución** al Estado, para organizarlo y establecer su estructura jurídico- política<sup>39</sup>. Pero, - al contrario de la forma en que se lo ha comprendido y ejercido en el Ecuador del 2008 y 2009- constituye un poder de **dictar normas** y no un poder de **ejecutar** dichas normas. Como bien expresa Penagos, “Si constituir quiere decir formar la esencia de una cosa, el poder constituyente es el que constituye un nuevo sistema de gobierno<sup>40</sup>”. Pero claro, mediante el ejercicio de una **competencia de orden normativo** y no de carácter ejecutivo como<sup>41</sup> se lo ejerció impropiamente en “Ciudad Alfaro”.

Es claro entonces, que las restricciones o limitaciones a tan extraordinario poder se encuentran definidas únicamente por la lógica y los postulados de la ciencia. Es posible pero no se debe, -a guisa de ejemplo- establecer que los límites del Ecuador son por el norte Groenlandia y por el sur la Patagonia; o que el sol en el Ecuador sale por el norte<sup>42</sup>, pues **aunque al órgano constituyente le resulte factible hacerlo**, establecer tales desatinos representa un atentado contra la lógica, la razón y la cordura. Decir que la naturaleza es sujeto de derechos, cuando todos los textos jurídicos excluyen tal posibilidad, pues únicamente los seres humanos son sujetos de derecho, es simplemente ridículo, y por tanto, jurídicamente irrelevante.

---

<sup>38</sup> Ver Bidart Campos Germán, Manual de la Constitución Reformada, Tomo I, pag. 373.

<sup>39</sup> Esta “definición”, (en realidad su autor la denomina un concepto global) es considerada equívocamente un “ensayo” del Presidente Palacio por el diputado Ramiro Rivera en su obra *Reforma Política, mas dudas que certezas*, pag. 66, pero en realidad es de Bidart Campos.

<sup>40</sup> Ver Penagos Gustavo, *Fundamentos político-jurídicos del sistema constitucional colombiano*, pag. 9.

<sup>41</sup> Como constituye la función política de gobernar.

<sup>42</sup> No encontramos diferencia entre una proposición tan descabellada como esta y la de declarar que la naturaleza tiene derechos o proponer la creación de una “función electoral” y otra de control. Simplemente porque pretender que el sol sale por el norte carece de fundamento científico alguno, al igual que pretender que la mecánica actividad de contar los papelitos obtenidos en una urna para obtener un resultado numérico, pueda constituir una función del Estado.

Además de las restricciones impuestas por la razón, existen los límites desarrollados por la ciencia del Derecho a lo largo de más de dos mil años de historia de la civilización. Si los antiguos griegos ya sabían que la estructura del Estado se construía sobre tres pilares, -ley, administración y justicia<sup>43</sup>- funciones a través de las cuales se ejerce el único poder estatal, constituye un severo atentado contra la estabilidad democrática proponer sin ningún asidero científico, la creación de una cuarta o quinta “funciones”, modificando en forma por demás irresponsable dicha estructura. Esta no es antojadiza ni ajena al concepto de universalidad. Sobre la misma se construye la teoría general del Estado y la noción del Derecho Público moderno que todos los países del orbe han considerado válida al adoptarla como eje de sus sistemas políticos. Pueden existir variables, como –por ejemplo- la forma unitaria o federal que adopta una nación, pero ambas se construyen sobre la misma teoría del Estado. Teoría universalmente aceptada y construida en torno a tres funciones y no a cinco o seis, producto de la exótica y original inventiva de quienes creen que se puede realizar tal tipo de extraños experimentos con el sistema político sin irrogarle profundos daños a la sociedad toda. ¿Quién va a asumir la tarea de reformar los miles de cuerpos normativos actuales? ¿Además de tan monumental tarea, que con toda seguridad -pues existen claros ejemplos de ello- no sería emprendida por nadie, quien asumirá los costos de reformar las leyes, reglamentos, ordenanzas, etc. pero sobre todo el hecho de dejar al país sin normas jurídicas aplicables? ¿Cuántos años vamos a permanecer sin normas jurídicas razonables<sup>44</sup>? ¿Qué sentido tiene dedicar tan monumental esfuerzo y trabajo a tan inútiles cometidos en lugar de destinarlos a la verdadera mejoría de la sociedad ecuatoriana? ¿Quién va a asumir la responsabilidad por tales desatinos?

Queda entonces claro, que mediante una norma el poder constituyente puede hacerlo casi todo. Pero también, que no le resulta posible rebasar los límites de su naturaleza normativa. Como bien expresa Hatschek resumiendo a Sieyes, el poder constituyente *solo puede dar la*

---

<sup>43</sup> Ver Duguit León, Teoría del Estado, págs. 22 y 23.

<sup>44</sup> Al haberse sustituido la categoría “derechos políticos” por los “derechos de protección” la normativa referente al proceso electoral contenida en la ley y el reglamento a la Ley de Elecciones son inaplicables. Lo mismo sucede con las garantías del debido proceso que tornan inaplicables las normas de los códigos penales, etc.

*Constitución* y mediante ese solo acto, transformar el marco institucional del Estado. Y que hay un ejercicio apropiado y razonable de tan ilimitada potestad, y otro propio de la barbarie y la mediocridad intelectuales como el que vergonzosamente se dio en el año 2008 en Montecristi. Los “plenos poderes” de la Asamblea, únicamente podían entenderse en el sentido desarrollado por la doctrina jurídica: estos configuran una simple potestad normativa –de naturaleza ilimitada, es cierto- pero no una competencia de gobierno.

Por eso, resulta imprescindible analizar la expresión contenida en la exposición de Hatschek: “*Quienes ejercen el poder constituyente no pueden ocuparse de funciones que corresponden a los poderes ordinarios (poderes constituidos). Solo pueden dar la Constitución*”.

La contundencia de semejante afirmación nos permite apreciar que el poder constituyente es fundamentalmente un **poder de normar**. Es decir que nos encontramos ante un poder de carácter preceptivo<sup>45</sup>. Y que como consecuencia, una asamblea o convención constituyente es un órgano de carácter normativo y no un órgano de gobierno. La naturaleza jurídica del poder constituyente no es la de un poder de ejecución, sino la de un poder creador de normas jurídicas: las normas de la Constitución. No otras. Por eso el mismo Sieyes expresa que los comisionados no pueden apartarse del cometido reformativo que les fuera asignado por la nación, pues no conviene dedicar la labor constituyente a la toma de decisiones políticas, es decir, a *gobernar*<sup>46</sup>.

En su obra *Teoría de la Constitución*, Néstor Pedro Sagúes<sup>47</sup> también sostiene este aspecto:

“En razón del principio de continuidad jurídica del Estado, este es el responsable de sus cambios normativos, como puede ser la sustitución de una constitución por otra....”

---

<sup>45</sup> Porque tiene como único cometido el de dictar los preceptos constitucionales.

<sup>46</sup> Al contrario de la concepción manifestada por un ex candidato a asambleísta en el programa Cero Tolerancia de junio 3 de 2007.

<sup>47</sup> Ver Sagúes, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, pag. 293.

Y al tratar el tema de los topes o límites fácticos del poder constituyente, el mismo autor<sup>48</sup>, alude a su naturaleza normativa:

“Desde el punto de vista normativo podrá decirse que una asamblea constituyente fundacional está habilitada para darle al país la constitución que ella desee; pero en el ámbito de los hechos tal afirmación sería notoriamente falsa. Nadie puede hacer todo lo que quiera”.

Esto nos permite apreciar además una verdad indiscutible: los excesos de la Asamblea de Montecristi, como modificar la estructura de las funciones del Estado, y cambiar la denominación de las garantías del debido proceso, de los derechos fundamentales y de los derechos políticos, sustituyéndolos por categorías jurídicas inexistentes como “derechos de protección<sup>49</sup>”, “derechos de libertad” y “derechos de participación”, es jurídicamente inadmisibles y configura un simple acto de desvío de poder.

Por otra parte, es claro que cualquier pretendida limitación a la naturaleza irrestricta del poder constituyente, únicamente puede ser resuelta por la vía normativa<sup>50</sup>, siendo también indiscutible que, precisamente esta potestad, no admite limitación alguna que no esté dada por el ejercicio de la lógica y el respeto al ordenamiento jurídico internacional. Utilizando incluso el ejemplo extremo- la Convención Constituyente puede realizar –siempre por la vía normativa- un nuevo *acto fundacional*, debido a la sencilla razón que hemos sostenido: el hecho de reformar las normas constitucionales constituye en sí mismo un amplio poder normativo. Al reformar los institutos constitucionales, el poder constituyente establece las reglas del nuevo orden. Pero esto, únicamente mediante la reforma del texto constitucional y no mediante actos, decisiones o inusitados *mandatos*<sup>51</sup> previos a la confirmación popular de las normas contenidas en el texto de la nueva constitución. Y en esto radica el

---

<sup>48</sup> Ver ob. cit., págs. 281y 282.

<sup>49</sup> Es cierto que existen referencias doctrinarias que utilizan esta expresión. Pero también que no es lo usual en los textos constitucionales, así como en los convenios internacionales. ¿Cuál es el afán de complicar las cosas, utilizando denominaciones que nadie conoce?

<sup>50</sup> Aún en el evento de circunstancias excepcionales cuya apreciación requiere un extraordinario buen juicio, prudencia y sensatez por parte del órgano constituyente.

<sup>51</sup> Francamente, bajo la luz de lo expuesto, resulta ridículo el uso de tal expresión.

verdadero carácter irrestricto del poder constituyente: en la ausencia de limitaciones normativas de orden interno<sup>52</sup>, como no sean las impuestas por la lógica, la razón y el derecho internacional. Una Asamblea o Convención Constituyente **no es un órgano de gobierno** que desarrolla su actividad mediante “mandatos”, sino un órgano supremo que plasma el poder constituyente en la expedición de normas reformativas del texto constitucional. Ese es su único mandato. Y mediante ese procedimiento puede reemplazar todo el marco institucional del Estado, es decir, **la Constitución**.

Constituir en su sentido jurídico, significa “dar forma”: “Cuando de derecho se trata equivale a determinar (formar) las reglas de funcionamiento y distribución del poder<sup>53</sup>”. Si jurídicamente, **esa es** la función del organismo, resulta entonces claro, que cualquier pretendido ejercicio ilimitado del poder constituyente, traducido en actos de gobierno constituye un ejercicio arbitrario y configura un exceso de poder del mismo. Al efecto, resulta conveniente recordar las reflexiones de Loewenstein respecto del ejercicio ilimitado del poder:

“Es evidente y numerosas son las pruebas de ello, que allí donde el poder político no está restringido y limitado, el poder se excede. Rara vez, por no decir nunca, ha ejercido el hombre un poder ilimitado con moderación y comedimiento. El poder lleva en sí mismo un estigma, y solo los santos entre los detentadores del poder- ¿y dónde se pueden encontrar?- serían capaces de resistir la tentación de abusar del poder”.

Parece que una de las razones que indujo al error a los asambleístas de Montecristi, fue la naturaleza originaria<sup>54</sup> o fundacional del poder constituyente. Existe un sector de la doctrina<sup>55</sup> del cual también discre-

---

<sup>52</sup> Por supuesto que existen las de orden externo que se encuentran dadas por los tratados o convenios internacionales previamente suscritos por el Estado.

<sup>53</sup> Ver Quiroga Lavié, Humberto, Derecho Constitucional, Buenos Aires, Argentina, Depalma 1987, pag. 43.

<sup>54</sup> Fue notoria la ponderación que por los medios de comunicación hacían los candidatos de gobierno durante la campaña, acerca de esta característica del poder constituyente. Como si el ser “originario” fuese sinónimo de absoluto.

<sup>55</sup> Este aspecto es estudiado por la teoría constitucional argentina.

pamos, que radica la diferencia sustancial entre poder constituyente originario y derivado, en la potestad fundacional:

“Es originario cuando se ejerce en la etapa fundacional o de primigenidad del Estado, para darle nacimiento y estructura. Es derivado cuando se ejerce para reformar la constitución<sup>56</sup> ...

Probablemente, el origen de esta concepción se encuentra en el ejercicio *sui generis* que se dio en la Argentina en la reforma constitucional de 1.994, atando el ejercicio del poder constituyente al límite material establecido por el Congreso en la Ley de Reforma. (Ver Ley de Reforma Constitucional 24.309, contentiva del *Núcleo de coincidencias básicas*).

Pero de hecho, este aspecto ya ha sido resuelto por la doctrina<sup>57</sup>:

“El poder constituyente *originario* (en cuanto a su poder ilimitado) puede ser de dos tipos: *fundacional*, cuando dicta la primera constitución de un Estado, al crearse este, y siempre que opere sin topes normativos, o *post fundacional*, si actúa después de creado un Estado, libre de ataduras normativas”

Los artículos 30 de la Constitución Argentina, 5 de la Constitución de los Estados Unidos de Norte América y 291 de la Constitución de Paraguay establecen el ejercicio de un poder constituyente que se realiza en forma posterior a la etapa fundacional<sup>58</sup> o de primigenidad del Estado<sup>59</sup> lo cual es el ejemplo **exacto** de la consideración doctrinaria señalada. La interrogante a resolver es ¿En ese caso estaríamos frente al ejercicio de un poder constituyente “constituido” que tiene alguna forma

---

<sup>56</sup> Ver Bidart Campos, ob. cit. tomo I, pag. 373.

<sup>57</sup> Ver Sagúes Néstor Pedro, Teoría de la Constitución, pag. 275.

<sup>58</sup> Por eso se lo denomina poder constituyente *post fundacional*.

<sup>59</sup> Lo cual contradice la posición sostenida por Ramiro Rivera, Fabián Corral, etc., en reseña publicada en la edición del diario El comercio del 12 de septiembre de 2006, que demuestran así el desconocimiento de la noción de poder constituyente *post fundacional*.

de limitación<sup>60</sup>? A nuestro modo de ver lo relevante para establecer la naturaleza constituyente del poder no es *cuando* se lo ejerce, sino *como* lo establece el texto de la Constitución, si se dejará de precisar que, -como veremos- la teoría de Sieyès no requiere de una aplicación irrestricta en el siglo XXI en el cual todos los Estados ya se encuentran fundados y únicamente demandan procedimientos para implementar reformas específicas y puntuales a sus textos constitucionales.

En atención a las consideraciones expuestas que sustentan la naturaleza jurídico-política de la Asamblea Nacional Constituyente del año 1790, expresamos nuestra reticencia de aceptar la existencia de un poder *constituyente constituido* o *derivado* como lo admite en forma generalizada la doctrina del Derecho Constitucional. Carece además de relevancia alguna, el hecho de que el poder constituyente sea convocado por uno de los órganos del poder constituido. Lo trascendental está dado por el hecho de que el ente reformador sea una asamblea o convención establecida por el texto constitucional con un amplio poder para reformar la Constitución.

Sin embargo, suele suceder, -con no poca frecuencia- que los procesos sociales deben enfrentar problemas de orden práctico. Cuando una colectividad ha alcanzado un grado de organización política racional, aceptable, construyendo en forma apropiada un sistema político así como un estado social de derecho de carácter democrático, el funcionamiento de su estructura estatal únicamente requiere ser perfeccionado mediante la implementación de reformas constitucionales específicas, más no la realización de un nuevo *acto fundacional* que afecte todo el orden constituido. En este caso surge la urgencia reformativa sin que se produzca el imperativo de realizar una nueva *refundación* del Estado. En tales circunstancias, resulta evidente que nos enfrentamos a un problema de *conveniencia* social originado en una o varias necesidades concretas de reforma. Sin embargo este aspecto no escapó a la genialidad de Sieyès, pues es claro que, después de haber desarrollado los argumentos para establecer una naturaleza irrestricta del poder constituyente, Sieyès tuvo el acierto de vislumbrar el carácter estrictamente normativo que tiene

---

<sup>60</sup> Cabe precisar que el caso argentino es excepcional, por eso lo llamamos *sui generis*: los límites materiales de la reforma se encuentran previamente definidos por el Congreso en la ley especial 24.309, denominada "Núcleo de coincidencias básicas".

dicho poder, así como el organismo constituyente, ya que puede presentarse una necesidad social como la que hemos precisado, en cuyo caso los comisionados constituyentes no deben apartarse del cometido reformativo que les fuera asignado. Como hemos expresado con anterioridad, no resulta conveniente que estos dediquen la labor constituyente a la toma de decisiones de gobierno y además ha quedado tajantemente clarificado por Sieyes, que ésta no es la función del organismo constituyente:

**“Estos representantes (extraordinarios) no son diputados sino para un solo asunto y por un tiempo solamente. Están puestos en lugar de la nación misma que tiene que regular la constitución<sup>61</sup>”.**

Esta idea de Sieyes, ha sido proyectada a los textos positivos. Esa es la razón por la cual la Constitución del Paraguay, en ejercicio de la adecuada técnica jurídica requerida para responder a las demandas concretas de reforma constitucional que presenta la sociedad moderna, limita el ejercicio del poder constituyente a la reforma de la Constitución. Enfatizando el hecho de que ese solo poder permite al órgano constituyente desarrollar su amplio cometido normativo, con las limitaciones que anteriormente hemos consignado:

**“Art. 291. La Convención Nacional Constituyente es independiente de los poderes constituidos. Se limitará durante el tiempo que duren sus deliberaciones, a sus labores de reforma, con exclusión de cualquier otra tarea. No se arrogará las atribuciones de los poderes del Estado, no podrá sustituir a quienes se hallen en ejercicio de ellos<sup>62</sup>, ni acortar ni ampliar su mandato”.**

Esta positivización del pensamiento de Sieyes, es similar a la que -en un sentido menos restringido, pero limitado únicamente a la reforma de la Constitución- presentan los textos de la Constitución de los EE.UU de Norte América, Argentina y Colombia, confirmando el carácter estrictamente normativo del poder constituyente.

---

<sup>61</sup> Ver Sieyes Emmanuel, ob. cit. pag. 148.

<sup>62</sup> Tal como hizo la Asamblea de Montecristi.

## EL PODER CONSTITUYENTE COMO PODER NORMATIVO

Al tenor de lo expuesto, resulta evidente que la labor verdaderamente *gubernativa* desarrollada por la Asamblea de Montecristi, exteriorizada en insólitos “mandatos”, vicia de nulidad absoluta su ejercicio:

### “MANDATOS” CONSTITUYENTES

No. 1	Plenos Poderes
No. 2	Remuneraciones sector publico.
No. 3	Suspensión elección diputados.
No. 4	Indemnizaciones sector publico.
No. 5	Ayuda damnificados.
No. 6	Mandato Minero.
No. 7	Designación Procurador General.
No. 8	Tercerización.
No. 9	Capitalización empres. F. Solidaridad.
No. 10	Implement. portabilidad numérica
No. 11	Designación Súper Int. Cias.
No. 12	Suspensión elecciones seccionales.
No. 13	AGD
No. 14	Reforma Ley Ed. Superior.
No. 15	Sector eléctrico.
No. 16	Mandato agrícola.
No. 17	Ciudad Alfaro.
No. 18	Defensor del pueblo.
No. 19	Receso Asamblea.
No. 20	Cancelación pasivos depósitos public.
No. 21	Superintendente Comunicaciones
No. 22	Designación integrantes F. Electoral.
No. 23	Instalación Congresillo.

#### IV.- Nulidad del proceso de convocatoria por violación expresa de la Constitución y la Ley de Elecciones.-

##### IV.1.- Reserva de ley en la convocatoria.-

Cuando se convocó la consulta popular del 15 de abril del año 2,007, se encontraba vigente la Constitución de 1,998. Es decir que la convocatoria a consulta popular debía someterse al mandato contenido en el

texto de dicha Constitución, so pena de ser inconstitucional. Como el texto de la Carta Fundamental solo permite la expedición de **leyes** y no de estatutos, nuestro ordenamiento jurídico no contemplaba la posibilidad de que el Presidente de la República pudiera expedir un “estatuto electoral” y posteriormente someterlo a consulta popular. Por tanto, se requería la expedición de una ley para regular el derecho de elección de asambleístas y, como consecuencia, la referida convocatoria es inconstitucional. Esto ocasiona la nulidad de todo el proceso constituyente. Analicemos entonces a profundidad los aspectos que configuran dicha nulidad.

#### IV.2- El “estatuto” electoral.-

Nunca debió aceptarse el uso de esta voz en el Ecuador, porque la misma no existe en el derecho público ecuatoriano. Es claro que el uso de la expresión tuvo una connotación de carácter político-social, más que jurídico y que la convocatoria a consulta popular debía ser desarrollada **bajo las mismas reglas electorales existentes**<sup>63</sup>, pues al requerir las mismas, **ser normadas por ley**, no podían modificarse por la expedición de un “estatuto electoral”. De hecho la inclusión del estatuto en la pregunta, configuraba una cuestión jurídica bastante compleja, pero ciertamente inadmisibles bajo el ordenamiento jurídico vigente en el Ecuador.

Lo correcto entonces, era reformar la Ley de Elecciones<sup>64</sup>, luego de presentar y aprobar una reforma constitucional que institucionalizara la Asamblea Constituyente en el texto de la Constitución. Sin embargo el arraigo de la idea del *estatuto* en la conciencia popular y en los funcionarios del nuevo gobierno resultó tan intenso, que no percibieron la necesidad legal y constitucional de modificarla.

---

<sup>63</sup> En entrevista realizada al autor de este análisis por la Arq. María Eloísa Velásquez en CN3 el 17 de junio de 2005, explicamos la fórmula para convocar la Constituyente, la misma que se planteó sin referencia alguna al supuesto “estatuto electoral” y por primera ocasión en el país, sugiriendo la consulta del referéndum posterior, sugerencia que el Gobierno del 2007 acogió.

<sup>64</sup> Para lo cual el Presidente que controlaba “el Congreso de los manteles”, no hubiese tenido problema alguno en hacerlo.

En lo que concierne a la posibilidad de que el Jefe de Estado pudiera expedir un *estatuto*, esta no luce jurídicamente factible, pues es evidente que la expedición de esta *sui generis* forma normativa no se encuentra establecida entre las potestades del Presidente de la República. Por lo tanto, *no existe una supuesta potestad estatutaria* del Jefe de Estado. Ni siquiera del Congreso.

Esta denominación es utilizada generalmente en el sistema de constituciones inorgánicas o dispersas que se conforman con fueros, estatutos, actas, etc. pero no en las Constituciones codificadas como lo han sido todas las Constituciones del Ecuador, y como era la de 1,998. Es cierto que algunos tratadistas asimilan las expresiones estatuto y ley<sup>65</sup>, lo que podría justificar la argumentación en defensa de la expedición de un estatuto, atribuyéndole la categoría material de una ley. Pero resulta que en el Ecuador, las leyes las dicta el Congreso, por lo cual un texto de contenido materialmente legal<sup>66</sup>, no puede ser aprobado por el Presidente de la República bajo la denominación de estatuto. Adicionalmente, abona la idea de lo impreciso de su naturaleza jurídica, el hecho de que en ciertas legislaciones como la española<sup>67</sup>, tal denominación haya sido en cambio utilizada tradicionalmente, para designar una categoría distinta a la de la ley, categoría jurídica de carácter reglamentario:

“El término *estatuto* se emplea para denominar aquellos reglamentos en los que se traza la constitución de un ente público; mientras que dicho ente podrá, normalmente, dictar reglamentos *estricto sensu*, con los que desarrollará los preceptos de su estatuto o regulará extremos no previstos en aquel”.

---

<sup>65</sup> Obsérvese la asimilación que hace la doctrina entre las expresiones “ley” y “estatuto”. Al efecto ver Sagúes Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, pág. 316: “Según su esquema, una constitución es rígida si para su reforma se da alguna de estas dos alternativas: 1) solo es modificable por “alguna persona o corporación superior o con poder especial” distinta al poder legislativo común, y 2) si puede ser modificada por la legislatura común, “pero con condiciones que le obliguen a obrar de una manera especial y diferente de la empleada **en la aprobación de los estatutos ordinarios**”. (Las negrillas son nuestras).

<sup>66</sup> Como es la materia electoral de conformidad con el art. 26 de la Constitución de 1,998.

<sup>67</sup> De la cual es copiada la nuestra.

Esta acepción clarifica el hecho de que la voz *estatuto* se utiliza, tanto para designar cuerpos normativos de contenido reglamentario, como de contenido materialmente legislativo, por lo cual no puede ser asimilado únicamente a una ley, sino también a un reglamento.

Ciertamente, -tal como se ha explicado anteriormente, resultaba indiscutible la competencia que tenía el Presidente de la República para formular una consulta política (plebiscito) de conformidad con el numeral 2 del artículo 104 de la Constitución de 1,998, preguntando a la población si debía instalarse una Asamblea Constituyente en el Ecuador. Sin embargo, antes de dictar los decretos 002, 054 y 178 hubiese sido jurídicamente indispensable establecer qué parte de la Constitución establecía que el Presidente podía **EXPEDIR** y acompañar un “estatuto electoral” a la pregunta para someterlo conjuntamente con ésta a consulta popular. O dicho de otra forma, establecer **cuál era el artículo** de la Constitución que facultaba al Jefe de Estado a adoptar jurídicamente esa vía. Evidentemente no era posible hacerlo, al no existir tal disposición en el texto constitucional. Y no existía por razones muy sencillas de entender: en forma general, **para normar los derechos ciudadanos se requiere la expedición de una ley**. Además, esto es lo que manda la Constitución de 1,998 de conformidad con los artículos 140 y 141. Este constituye además un principio constitucional que no admite excepciones, pues su carácter es universal<sup>68</sup>.

Adicionalmente, es indiscutible que al encontrarse el derecho de elegir y ser elegido, definido como un *derecho político* por el artículo 26 de la Carta Fundamental de 1,998, para regularlo se requería la expedición de un texto legislativo. Y dicha ley tenía que ser **orgánica** de conformidad con el 142 de la Constitución Política de la República de 1,998. Y también, por tratarse de materia electoral, de conformidad con la disposición constitucional citada. Concuera con esta apreciación el mandato contenido en el art. 1 de la Ley de Elecciones vigente a la fecha

---

<sup>68</sup> Probablemente no exista un tratado de Derecho Constitucional que no recoja como forma única de afectar los derechos constitucionales, la expedición de una ley. Ni tampoco un texto de carácter positivo, tal como lo acredita el art. 53 de la Constitución española en su parte pertinente: “...sólo por ley...podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...”, en referencia expresa a los derechos y libertades reconocidos por la Constitución Española.

de la consulta: el derecho de sufragio en el Ecuador, debía ser regulado por la ley y la Constitución. De no ser así, simplemente no hubiese existido una Ley de Elecciones para normar esta garantía constitucional. Y si hay algo cierto es que para su aprobación las leyes en el Ecuador no son sometidas a consulta, sino que las aprueba el órgano legislativo. Aún cuando se les haya asignado la pomposa denominación de “*estatuto electoral*”.

Queda entonces clarificado el tema: siendo absolutamente válido que el Presidente de la República **consultara** a la población si debía instalarse una Asamblea Constituyente en el país, no le era posible de acuerdo con la Constitución, acompañar a la pregunta de la Consulta, **esta inexistente forma normativa denominada “estatuto electoral”** pues como hemos establecido, la materia electoral y el derecho de sufragio se regulan mediante una **ley orgánica**. Siendo posible la consulta plebiscitaria para convocar una Constituyente, **la misma no podía formularse acompañando ningún estatuto electoral**, ni confiriéndole al Presidente la potestad de expedir el mismo. No era posible formular una consulta que modificara el sistema de aprobar las leyes en el Ecuador cuando ese mismo ordenamiento jurídico se encontraba vigente.

Lo anterior demuestra la indiscutible certeza de que el Derecho público ecuatoriano no permite la expedición de estatutos. Y que si lo hiciera, un *estatuto* expedido en contra de lo que dispone la Constitución, tendría carácter inconstitucional y carecería de valor jurídico alguno. De tal suerte que, al haber expedido el Presidente de la República un *estatuto electoral* sin encontrarse constitucionalmente habilitado para hacerlo, su carácter es manifiestamente inconstitucional por violación **expresa** del art. 272 CP 1,998, que consagra el principio de supremacía constitucional. Y ya que el Decreto presidencial número 002 de convocatoria a consulta popular, en su considerando noveno hace expresa referencia al art. 119 de la Constitución de esa fecha, que imponía a los gobernantes la realización de sus actuaciones dentro del marco de la Constitución y la ley, resulta **claro que si no se puede determinar el artículo de la Constitución** que permitió al Presidente de la República expedir un *estatuto y luego someterlo a consulta popular* se ha configurado además, una expresa trasgresión del art. 119 CP, pues es evidente que esta atribución no se encuentra prevista por el ordena-

miento jurídico ecuatoriano para el Jefe de Estado. Ni para otros órganos del poder público.

En una expresión que parece expresamente concebida para aplicarla a esta situación, expresa Sagués en su Teoría Constitucional:

“...La norma inferior que contraviene a la norma superior es nula, aunque hubiera sido promulgada por las más altas autoridades políticas. **El estatuto ilegal** debía ser inaplicado por el juez o magistrado encargado de su ejecución”.

Este tipo de trasgresiones a la Constitución vigente, son rechazadas por la doctrina constitucional. Al referirse a las reformas actuadas “*contra constitutionem*” añade el mismo autor<sup>69</sup>:

“...si así ocurriera la reforma constitucional practicada inconstitucionalmente, **dejaría de integrar el orden jurídico**”.

No cabe entonces la menor duda de que todo lo actuado por la Asamblea de Montecristi y por su sucesor, el “Congresillo”, es absolutamente inconstitucional y carece de valor jurídico alguno.

#### **IV.3.- Reserva de ley en la materia objeto de la consulta: los derechos políticos.-**

Podría sostenerse, que la argumentación sucumbe frente al principio establecido en el inciso 2 del artículo 18 de la Constitución de 1,998, y que nos encontramos frente a una *laguna normativa*, pues ya vimos que la Ley de Elecciones no regula la elección de asambleístas, por lo cual procedería la aplicación del referido principio constitucional:

*“No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos<sup>70</sup>”* .

---

<sup>69</sup> Ver ob. cit, pág. 298.

<sup>70</sup> Sin embargo este principio encuentra su contrapartida en el precepto contenido en el art. 141 que exige la expedición de una ley para normar los derechos fundamentales. Y en

De tal suerte que, la aplicación lógica de este precepto nos obligaría a concluir que el derecho de consulta del pueblo del Ecuador, no podía ser desconocido por la falta de normatividad de que adolecía la ley de la materia, en este caso, la Ley de Elecciones que no regulaba el sufragio referente a Asambleístas o Convencionales constituyentes, sino únicamente lo concerniente a la elección de Presidente, Vicepresidente, diputados etc.<sup>71</sup>.

De acuerdo con este argumento, la forma válida para legitimar tal laguna normativa de carácter legal, no era otra que la consulta a la población respecto de la posibilidad de instalar la Asamblea con la finalidad de no conculcar su derecho de consulta. Pero siendo esto discutible, no lo es la idea de acompañar a la pregunta el contenido de la normativa pertinente, amparada bajo la denominación de *estatuto electoral*, pues dicha normativa como hemos visto ya, **es de carácter eminentemente legal** de acuerdo con los arts. 26, 140, 141 y 142 CP. Y las leyes en el Ecuador las aprueba el Congreso. Eso significa que no pueden ser sometidas a consulta para su aprobación. Dicho en otros términos, no se podía modificar las reglas electorales existentes, sino es por una ley, tanto en su sentido formal como material. Es decir que, siendo posible la consulta respecto de la posibilidad de instalar la Asamblea, la misma solo era posible bajo las mismas reglas electorales vigentes. Y eso está muy lejos de la verdad de los hechos acaecidos por la instalación del organismo constituyente.

Por lo expuesto, el tema del *estatuto* no se corrigió o convalidó jurídicamente remitiendo otros Decretos Ejecutivos al TSE, pues el derecho de elegir de la ciudadanía se norma por ley y no admite ser regulado vía “estatutos”, sino por el trámite propio asignado a la

---

este específico caso, en el art. 140, cuyo contenido exige que las normas generalmente obligatorias de interés común deben ser aprobadas bajo la forma de una ley por el Congreso Nacional. Y no por una inexistente *potestad estatutaria* del Presidente de la República. .

<sup>71</sup> El art. 7 de la Ley de Elecciones no se refiere a la elección de asambleístas. En consecuencia el estatuto, hubiese requerido una reforma a dicha ley para **incluir** la elección de asambleístas en el ordenamiento jurídico del país: “ **Artículo 7.-** Por sufragio popular directo y secreto se elegirá Presidente y Vicepresidente de la República; Diputados al Congreso Nacional, Alcaldes Cantonales y Perfectos Provinciales, Presidentes de Consejos Municipales, Concejales Municipales y Consejeros Provinciales”.

legislación. Para eso disponía el Presidente, de la iniciativa legislativa establecida por el artículo 144 numeral 2 de la Constitución de 1.998. Lo procedente entonces, era que se enviase al Congreso, luego de analizado y discutirlo en forma previa con la Función Legislativa, el texto de un proyecto de reforma a la Ley de Elecciones<sup>72</sup>, pues al encontrarse la materia electoral reservada a la ley, la misma no podía ser regulada por un *estatuto*<sup>73</sup>. Es evidente que -aún disfrazadas bajo la denominación de *estatuto electoral*, por el simple hecho de pretender regular un derecho individual como es el derecho de elegir y ser elegido- dichas normas se encontrarían inmersas en la zona de reserva legal que no puede ser afectada por la Función Ejecutiva. En beneficio de esta argumentación, cabe además considerar que todas “las normas generalmente obligatorias de interés común” debían ser aprobadas como leyes, al tenor del mandato contenido en el art. 140 de la Carta política de la época. Y en cuanto atañe a la materia electoral, como leyes orgánicas de acuerdo con el art. 142 numeral 2 del mismo texto constitucional. Además, es claro que en cualquier sistema político en el cual existe el principio de separación de funciones, si alguien puede expedir leyes en su sentido material, aún cuando tengan *la disfrazada forma de un “estatuto”*, es el Congreso Nacional y no el Presidente de la República. De no ser cierto lo afirmado, el proceso constituyente desarrollado en Colombia el año 1.991 no hubiese requerido la expedición de una ley, tal como efectivamente se hizo en forma previa a la convocatoria de la Asamblea Constituyente. Corrobora también lo afirmado, la expedición de la Ley 24.309 de la Nación Argentina para convocar la Convención Constituyente de 1.994, así como la ley especial de la materia que se expidió oportunamente en Bolivia para convocar la Asamblea Constituyente.

Concuera con esta apreciación lo expresado por la doctrina nacional. En su obra, “Introducción al Derecho Administrativo<sup>74</sup>” el Dr.

---

<sup>72</sup> Después de que se apruebe la reforma constitucional relativa a la Asamblea Constituyente.

<sup>73</sup> Concuera con esta apreciación lo sostenido por el analista Dr. Hernán Pérez Loose, en su artículo intitulado *Límites constituyentes*, publicado en la edición de febrero 13 de 2007, de diario El Universo. En el mismo sentido la nota periodística denominada *Saboreando los plenos poderes* publicada el 13 de marzo de 2007 en el mismo diario.

<sup>74</sup> Ver ob. cit. pág. 99.

Jorge Zavala Egas, al tratar el tema de la reserva de ley, textualmente afirma que:

“Se entiende por *reserva de ley*, la institución<sup>75</sup> por la cual el constituyente somete a la regulación del legislador determinadas materias que, por su trascendencia para el convivir social, considera que deben ser objetos de regulación por una norma formada, siguiendo el procedimiento de debate y publicidad, por los representantes directos del titular de la soberanía que es el pueblo (Art. 1 C. Pol.). En efecto, el sustento de las reservas de ley no puede dejar de ser otro que garantizar que la regulación de ciertas materias se realice vía procedimiento legislativo”.

Coincide además el autor, con otros dos aspectos fundamentales que hemos sostenido: el derecho político del sufragio también posee reserva de ley y además la misma debe tener el carácter de orgánica<sup>76</sup>.

Por lo expuesto, si el Gobierno hubiera considerado modificar el procedimiento jurídico respecto de la consulta y la convocatoria a la Asamblea a partir de la reforma constitucional que reposaba en el Congreso, lo procedente hubiera sido que, una vez aprobada la misma por la legislatura, se hubiera procedido a la inmediata reforma de la Ley de Elecciones para incluir en ella la elección de Asambleístas y todos los temas del supuesto estatuto antes de convocar e instalar la Constituyente.

Entonces, fue la simple vehemencia del gobernante lo que dio al traste con la juridicidad del proceso.

#### **IV.4.- Necesidad de ley orgánica.-**

Además de la reserva de ley formal, la regulación de los derechos políticos requiere ser normada por una ley de carácter orgánico de conformidad con el mandato contenido en el art. 142 de la Constitución Política de la República.

---

<sup>75</sup> Nótese el correcto uso de la voz “institución” no referido en este caso a los órganos del Estado, sino a las instituciones políticas del texto constitucional.

<sup>76</sup> Ver ob. cit. págs. 98 y 99.

#### IV.5.- Consulta “híbrida”.-

El texto de la pregunta remitido por el Presidente de la revolución ciudadana al Tribunal Supremo Electoral, configura una mixtura, una consulta *híbrida*, pues propone la realización simultánea de un referéndum y de un plebiscito, lo cual, -jurídicamente- representa una contradicción conceptual, que -además de las específicas diferencias establecidas por la doctrina y por la práctica política universal- no era permitido por la Constitución Política de la República de 1,998 -vigente a la fecha- al conferirle a ambas formas, un tratamiento diferenciado en el artículo 104: este posibilitaba una u otra forma de consulta, pero no las dos en forma simultánea. Al haber preguntado al pueblo si quería la realización de una Constituyente de acuerdo con el supuesto *estatuto electoral* que se acompañó a la pregunta, ya no se formuló únicamente la consulta *política* de carácter **plebiscitario** regulada por el art. 104, num. 2 de la Constitución, sino que también se sometió a la aprobación popular una consulta de **referéndum normativo**, pues la población debió pronunciarse sobre *el articulado* del supuesto estatuto.

Este aspecto modifica sustancialmente el tratamiento que debía conferírsele a la consulta. No siendo necesario que fuese calificada por el Congreso si únicamente se refería a la forma de consulta establecida por el numeral 2 del art. 104<sup>77</sup>, el momento en que se acompañó un texto normativo, **un conjunto de artículos** para ser consultado a la población, la pregunta **se transformó** en una consulta de referéndum normativo, que es la forma regulada por el numeral 1 del art. 104 de la Constitución, y la consecuencia jurídica de tal proceder es que, en ese caso, forzosamente se requería la calificación de urgencia por parte del Congreso y los decretos 054 y 148 no la obtuvieron. Y en el caso del Decreto 002 existe otro severo error de procedimiento al haberse remitido la pregunta al Congreso para su “conocimiento”, y no para la **calificación de urgencia** que requería el numeral 1 del art. 104, mismo que contiene una norma de reenvío o remisión al art. 283 CP, 1,998.

---

<sup>77</sup> Este enredo fue causado por la inapropiada redacción de la disposición contenida en el artículo 104 de la Constitución de 1,998. Esta debió intitular al numeral 1 del artículo *referéndum*; y al numeral 2, *plebiscito*. Lo que sucede es que la diferencia jurídica entre ambos institutos, aun parece ser desconocida en el Ecuador.

El trámite es entonces, inconstitucional y por ende, nulo de nulidad absoluta.

Debemos agregar además, que resulta inconveniente mantener este esporádico ejercicio del poder constituyente mediante el -no tan técnico- recurso de acudir a la vía plebiscitaria, cuando lo que enseña la técnica constitucional, a partir del texto constitucional elaborado por los constituyentes de Filadelfia en el año 1.787, es que la norma para procurar el ejercicio de tan extraordinario poder, debe insertarse en el texto de la Carta Fundamental. Y sin lugar a dudas, las circunstancias originales del año 2005, han sido modificadas a partir de la propuesta remitida por el Ejecutivo el día 2 de enero de 2006 al Congreso.

Por eso insistimos en que la consulta **no constituye el procedimiento jurídicamente apropiado** para convocar una constituyente, pues cuando una nación civilizada desea reformar su Constitución mediante el ejercicio del poder constituyente, lo correcto es prever tal posibilidad en el texto de la misma. Como ya se ha visto, así lo entendieron los constituyentes de Filadelfia en el año 1787 cuando incluyeron en el artículo 5 de la Constitución de los EE.UU. de Norteamérica tal posibilidad. Al igual que el texto constitucional de los EE.UU. (art. 5); de Colombia (art. 376); de Venezuela (art. 348); de Paraguay (291); o de Argentina (art. 30), si se deseaba instalar una Constituyente, era conveniente que la Constitución del Ecuador contemplase tal posibilidad antes que tener que recurrir a la vía plebiscitaria. Y para tal efecto, el Jefe de Estado disponía de la iniciativa presidencial establecida por el art. 281 de la Carta Suprema.

Entonces, la solución para instalar la Asamblea no se encontraba en la **consulta popular**, sino en la enmienda del art. 1 de la Carta Política, a partir del proyecto de reforma constitucional remitido al Congreso por el anterior Presidente, Dr. Alfredo Palacio<sup>78</sup>. Este procedimiento hubiese permitido una actuación conjunta de ambas funciones del Estado y servido para evitar la confrontación que se produjo entre las funciones

---

<sup>78</sup> De conformidad con el proyecto de reforma constitucional No. 27.991 de fecha enero 2 de 2006, remitido al Congreso Nacional por el ex Presidente de la República, Dr. Alfredo Palacio y preparado por el autor de este estudio.

Ejecutiva y Legislativa al no haber existido una sensata conciliación de posiciones por parte de ambos órganos del Estado.

Con relación al texto de la pregunta de la consulta, es necesario precisar que, sin importar el nombre del organismo, siempre que se reforma la Constitución, se ejerce el poder constituyente. Por eso no existen ni "asambleas constitucionales"<sup>79</sup> ni de "plenos poderes" como creen los integrantes del régimen de la revolución ciudadana. Lo trascendente es el vocablo "constituyente".

Por eso el texto de la pregunta, debió simplemente expresar: "**¿Debe instalarse una Constituyente para reformar la Constitución Política de la República?** Y así, el mandato conferido al Presidente de la República hubiera sido otorgado para instalar una constituyente comprendida

---

<sup>79</sup> Como aun se piensa en forma generalizada por parte de casi todos los juristas del país. Es realmente inconcebible que en la semana del 24 de octubre del 2005, se propusiera en forma generalizada la realización de una asamblea "constitucional", categoría jurídica inexistente en la faz del planeta, al tenor de la forma en que se pretende entenderla en el Ecuador. Pero resulta aún más lamentable que la discusión política del país se centrara en torno a este tema, sin que nadie fuese capaz de explicar la inexistencia de esa supuesta e irreal fórmula de ejercicio del poder constituyente. Todo el Ecuador, incluyendo los medios de comunicación colectiva, hicieron una apología de las supuestas diferencias entre los conceptos de "asamblea constitucional" y Constituyente. Incluso altos funcionarios del gobierno, como el Presidente del TSE y del Congreso "explicaban" las inexistentes diferencias entre una y otra forma de asamblea. Y los "analistas" y "constitucionalistas" exponían las diferencias por la prensa escrita y televisiva sin haber recurrido a un elemental tratado de Derecho Constitucional, para entender que el concepto jurídico en análisis –por cierto de antigua data, puesto que nace antes de la revolución francesa- es el de **poder constituyente**. Y que no existe el de asamblea "constitucional" como realidad jurídico - política. Como ejemplo, ver nota aparecida en el diario expreso el 26 de octubre de 2005, pag. 3 en que uno de los cuatro analistas, posteriormente designado Director de Asesoría Jurídica de la Presidencia de la República, y autor del caos final producido en la aprobación del proyecto de Constitución de Montecristi, establece diferencias entre ambas formas de asamblea. Uno de los pocos criterios emitidos en el país que corroboran lo sostenido por nosotros, es el del Dr. Gil Barragán Romero, conocido especialista del Derecho Constitucional, que afirmó clara y tajantemente la inexistencia de una supuesta asamblea "constitucional" en el noticiero del mediodía de ECUAVISA el día 26 de octubre de 2005, en el mismo sentido que habíamos explicado previamente en entrevista realizada en Teleradio el mismo día. Posteriormente, el Dr. Gonzalo Noboa Elizalde, en entrevista difundida por CN3 el 04-11-05, sostuvo la misma línea de pensamiento.

en el sentido jurídico universalmente aceptado y no en el que vergonzosamente se quiso inducir a la población a expresar con la respuesta a la pregunta de la consulta. Siempre que se reforma la Carta Política -al tenor de lo explicado por Emmanuel Sieyes- se ejerce el poder constituyente. “La Constitución no es obra del poder constituido sino del poder constituyente” afirmaba el ilustre teórico. Por eso hubiese sido recomendable además, comenzar a utilizar la expresión correcta a partir de la consulta, la misma que no se presta a equívocos: *la Constituyente* y no “Asamblea Constituyente de plenos poderes”.

Es sencillo apreciar esto, si observamos la cantidad de denominaciones<sup>80</sup> que se han utilizado en el país, para tratar de limitar el poder de las constituyentes sin conseguirlo. Esto denota la irrelevancia de la denominación frente a la naturaleza política del poder que ejerce el organismo constituyente.

En cuanto a la expresión “instituciones”, procede señalar que las instituciones políticas son los elementos de que dispone la Constitución para crear y organizar la estructura políticas del sistema. Resulta entonces, que cuando nos referimos a ellas, aludimos a *abstracciones* como *la vigencia del sistema democrático*<sup>81</sup>, *la propiedad privada*, *el principio de separación de poderes*, *la seguridad jurídica* o *la tutela judicial efectiva* y no al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o al INEN. Por tanto, la redacción de la pregunta remitida al TSE y al Congreso el 16 de enero del

---

<sup>80</sup> En 1,830. El Ecuador nace como república, con un “**Congreso Constituyente**”; en 1,835, se cambia la denominación a “**Convención Constituyente**”; en 1,843, se la denomina “**Convención Nacional**”; en 1,852 se cambia el nombre a “**Asamblea Nacional**”; en 1,960, se produce la primera reforma con la intervención del Congreso; en 1,979, al salir de la dictadura, por primera ocasión se aprueba el texto completo de la Constitución en referéndum y se inicia un deplorable periodo de reformas constitucionales por parte del Congreso; en 1,997, se denomina al órgano constituyente como **Asamblea Nacional Constituyente**; y, en el año 2,008, se denomina al órgano constituyente **Asamblea Constituyente**.

<sup>81</sup> Esta era una de las instituciones más relevantes de la Constitución de 1,998, pues era la única que hacía referencia a la necesidad de tener un *sistema* político. La misma se encontraba consagrada en el numeral 6 del artículo 3 y fue bárbaramente suprimida del texto de la Constitución de Montecristi: “ Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado: ...6. Garantizar la vigencia del sistema democrático y la administración pública libre de corrupción”.

2007 por el Presidente de la República para formular la consulta popular, presenta una serie de objeciones de orden jurídico.

En efecto, el texto remitido por el Gobierno el 16 de enero del 2007 al TSE dice:

**“Aprueba usted que se convoque e instale una Asamblea Nacional Constituyente con plenos poderes, de conformidad con el Estatuto Electoral que se adjunta, para que transforme el marco institucional del Estado<sup>82</sup> y elabore una nueva Constitución?”.**

Como ya expresamos, cuando utilizamos la expresión “instituciones” en materia constitucional, nos referimos al concepto de instituciones políticas y no a los órganos del Estado como piensan en forma generalizada y equívoca los miembros del gobierno de la “revolución ciudadana”. Entonces, la primera observación que procede respecto del texto en comentario, es una simple y sencilla verdad: el marco institucional del Estado está en la Constitución. O dicho de otra forma, **ES** la constitución. Transformarlo es reformar la Constitución. Al haberse hecho expresa referencia a la *finalidad transformadora del marco institucional del Estado* en la pregunta, se ha aludido en forma expresa a la actividad reformadora de la Constitución que cumple una asamblea constituyente, pues la única forma de **transformar la institucionalidad política estatal** es mediante una **reforma constitucional**<sup>83</sup>. Por eso, la deficiente formulación de la pregunta le confiere un contenido tautológico a la misma.

Al efecto, procede la revisión del concepto de “institución política” desarrollado por la doctrina del derecho constitucional, a cuya

---

<sup>82</sup> La insistencia no es inoficiosa: transformar el marco institucional del Estado, no es otra cosa que modificar las instituciones políticas insertas en el texto de la Constitución, es decir “reformular la Constitución” y no modificar la integración de los órganos del estado

<sup>83</sup> Al contrario de lo que sostenía el constitucionalista Stalin Raza en el noticiero de ECUAVISA de abril 4 de 2007, al afirmar que la Asamblea Constituyente, -al margen de lo que diga la pregunta de la consulta- es para reformar la Constitución y no el marco institucional del Estado, sin alcanzar a comprender que las dos expresiones **significan exactamente lo mismo**: lo que hace una reforma constitucional, es precisamente reformar el marco institucional, esto es, las instituciones políticas del Estado. No sus órganos como hizo la Asamblea de Montecristi al cambiar al Fiscal General y el Superintendente de Bancos.

comprensión nos ayuda la denominación de “Derecho Constitucional e Instituciones Políticas” que recogen los textos de la materia<sup>84</sup>. Esto nos permite apreciar que, en lenguaje coloquial, es perfectamente válido utilizar la expresión *instituciones* para aludir a los órganos<sup>85</sup> del Estado. Pero que en materia de Derecho Constitucional, es absolutamente inapropiado utilizar esta expresión para designar a los mismos, tal como se hacía en forma generalizada y equívoca en la Asamblea Constituyente y como se hizo en la convocatoria a consulta popular:

“...Todos los sistemas políticos están montados necesariamente sobre determinadas instituciones e ideologías...”

“Las instituciones son dispositivos organizadores montados para la realización de las funciones que les están asignadas...”

“La expresión *Derecho constitucional* designa en realidad –nos dice Duverger<sup>86</sup>– lo que podrá denominarse el *derecho político*: el que estudia la organización general del Estado, su régimen político, su estructura

---

<sup>84</sup> Lo inaudito y lamentables es el problema de comprensión que el concepto de “institución” causa a los “analistas” del Regimen. tal como lo acredita lo expresado por a los panelistas del programa “Este Lunes” de febrero 27 de 2007. Según informa diario Expreso en su edición de febrero 6 de 2007, al referirse a la pregunta remitida por el Presidente al TSE “La modificación en la redacción representa un cambio sustancial que elimina la propuesta inicial del régimen para que la Asamblea tenga la posibilidad de modificar el marco institucional del Estado y la circunscribe a su labor específica de emitir una nueva Carta Política”. Esto evidencia que cuando se habla de reformar el marco institucional del Estado, el conjunto de la sociedad ecuatoriana, incluidos analistas, juristas, legisladores y los estamentos gubernamentales entienden erróneamente que tal potestad se refiere a la posibilidad de transformar la conformación de los **órganos** del Estado y no a la posibilidad de reformar el marco de las instituciones político- constitucionales insertas en el texto de la Carta Magna. En la entrevista difundida por CN3 el mismo día, el analista consultado utiliza el concepto de instituciones para referirse a los órganos del Estado, en sentido contrario al utilizado por los artículos 1, 25 num. 17, 26, 52, 70,75, 93, 95, 191,197.198, 199, 200, 206, 241, 257 y 276, así como la disposición transitoria vigésimo sexta del texto constitucional de 1,998.

<sup>85</sup> La doctrina de los órganos del Estado es desarrollada por la escuela alemana cuyos máximos exponentes en el tema son Gierke, Jellinek y Laband a quienes se une Michoud con sus excelentes explicaciones. Ver Carré de Malberg Teoría general del Estado, pág. 997 y sgtes.

<sup>86</sup> Citado por Ferrando Badía, Juan en *Regímenes políticos actuales*, pág. 18. (Duverger Maurice, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, 11ª. Ed., París, 1970, pág. 3)

gubernamental. Elecciones, Parlamento, ministros, jefes de Gobierno, jefes de Estado, etc.; todas estas **instituciones políticas** constituyen el objeto del Derecho Constitucional como contraposición a las instituciones administrativas (gobernadores, alcaldes, concejos municipales, funcionarios, tribunales administrativos), que constituyen el objeto del Derecho administrativo". (Las negrillas son nuestras).

Las explicaciones de Duverger clarifican hasta la saciedad el uso y el sentido que tiene la voz *instituciones* en el Derecho Constitucional:

"De ahí resulta que el Derecho Constitucional es, cada vez menos, el *Derecho de la Constitución*, **para convertirse cada vez más en el *Derecho de las instituciones políticas***, conténganse o no en el texto de la Constitución", como sucede en Gran Bretaña<sup>87</sup>.

...El *Derecho constitucional* no se define hoy ya de manera formal, por la forma de las normas: por el hecho de que estén contenidas en la Constitución-, sino de una manera *material*, es decir por el contenido de las normas, por el objeto político. El Derecho constitucional es la ciencia que tiene por objeto el estudio –como se dijo– de las *instituciones políticas*<sup>88</sup>.

El apropiado uso de la expresión en el lenguaje jurídico, tampoco es ajeno a la ciencia del Derecho Político<sup>89</sup>:

"deben estimarse "leyes complementarias" de la Constitución aquellas que se reputen indispensables para el funcionamiento de las altas **instituciones**<sup>90</sup> *constitucionales*...".

Lo inaudito y lamentables es el problema de comprensión<sup>91</sup> que el concepto de "institución<sup>92</sup>" causa a los juristas del Gobierno, a sus

---

<sup>87</sup> ver ob. cit. pág. 17.

<sup>88</sup> ver ob. cit. pág. 18.

<sup>89</sup> Ver Posada Adolfo, Tratado de Derecho Político, pág. 652.

<sup>90</sup> El subrayado y las negrillas son nuestros.

<sup>91</sup> Como excepción a la regla general, ver el correcto sentido del concepto en Zavala Egas Jorge, *Derecho Constitucional*, Tomo I, págs. 24 y 25: "Desde hace algunos años el

“analistas”<sup>93</sup>, así como a los asambleístas<sup>94</sup>. El concepto de instituciones<sup>95</sup> políticas, propio del Derecho Constitucional, es prácticamente desconocido por estos, y salvo rarísimos casos, siempre utilizan la expresión “instituciones” para designar a los órganos del Estado<sup>96</sup>.

Es cierto que puede atribuirse tal confusión, a la errónea voz utilizada por el artículo 118 de la Constitución de 1,998. Sin embargo, no es menos cierto que la lectura de los artículos 1, 25 núm. 17, 26, 52, 70,75, 93, 95, 191,197.198, 199, 200, 206, 241, 257 y 276, así como de la disposición transitoria vigésimo sexta del referido texto constitucional, en sentido contrario al utilizado por el artículo 118 de la misma Carta Política, tiene la virtud de aclarar la confusión ocasionada por esta última norma. Este no es sino otro de los “aciertos” de la Constitución de 1.998, que en forma inapropiada deformó la estructura y la redacción del artículo 72 del anterior texto constitucional el mismo que en forma adecuada, al referirse al conjunto de órganos que conforman el sector público, correctamente disponía:

---

estudio del Derecho Constitucional se hace, en muchos países, en forma conjunta con el de las Instituciones Políticas. La reforma de estudios jurídicos en Francia, en 1.954, comienza la tradición de llamar a la disciplina como Derecho Constitucional e Instituciones políticas, punto al que nos adherimos sin reservas”.

<sup>92</sup> Como ejemplo del carácter universal y generalizado del concepto, ver la entrevista al analista político español que se publica en la edición del 11-05-07 del diario El Comercio, en la cual el entrevistado hace referencia al concepto de instituciones políticas en el sentido que hemos precisado.

<sup>93</sup> Como lo acredita lo expresado por los panelistas del programa “Este Lunes” transmitido por Tele amazonas durante la noche de febrero 27 de 2007.

<sup>94</sup> Tal como lo acredita el diálogo sostenido por el autor -vía radiofónica- con el Asambleísta por Acuerdo País, Ab. Valerio Estacio, el día 18 de febrero de 2008 en “Radio Morena”.

<sup>95</sup> Ver Loewenstein Karl. Ob. cit. pág. 31. Al explicar la relación entre ideología e instituciones, Loewenstein expresa: “ Esta íntima correspondencia entre instituciones e ideologías es la explicación del hecho frecuentemente observado de que instituciones desarrolladas en un específico ambiente ideológico para cuyo servicio fueron creadas, pierden su identidad funcional cuando son trasplantadas a un sistema político con diferente ideología”.

<sup>96</sup> Tal como se aprecia en uno de los artículos innumerados referentes a las sanciones impuestas a los senadores que acepten remuneraciones del estado o sus “instituciones” en el proyecto de reforma política remitido por el ex Presidente, Dr. Alfredo Palacio al Congreso el 27 de septiembre de 2005.

“Art. 72.- **El sector público** está conformado por:

a) Las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial; los organismos Electoral y de Control; y, las diferentes dependencias del Estado”;

A diferencia del artículo 118 del texto de la Carta Fundamental de 1,998, la disposición transcrita no utiliza la voz “instituciones” sino que por el contrario se refiere al *sector público* en general, en la comprensión de que la estructura orgánica del Estado es una sola. Como explica Pablo Lucas Verdú, los institutos del texto constitucional no pueden operar en forma aislada, sino que por el contrario, deben conformar una sistemática estructura:

“Las instituciones políticas no funcionan aisladamente, sin conexión entre ellas. Toda institución opera dentro de un cuadro institucional<sup>97</sup>”.

Ese cuadro institucional se encuentra contenido en la Constitución Política del Estado. Es la Constitución misma. De igual forma, para Carré de Malberg, la estructura orgánica del Estado conforma una unidad, un todo orgánico:

“la doctrina de la separación plural de poderes de Montesquieú debe ser rechazada, por ser inconciliable con el principio de unidad del Estado y de su potestad. **En el Estado Moderno no cabe distinguir tres poderes desde el punto de vista subjetivo, lo mismo que, en su potestad, no se pueden distinguir tres poderes desde el punto de vista objetivo.** Precisamente, para señalar esta unidad subjetiva del poder estatal es para lo que se ha formado la teoría contemporánea del **órgano** del Estado. Expresa la idea de que los titulares de la potestad carecen de personalidad propia diferente de la del Estado componiendo un todo con ésta, siendo simplemente sus órganos. **La doctrina de la separación de poderes se reduce a una simple distribución de competencias,** pues los titulares de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial reciben estas funciones, no ya como trozos de potestad estatal, destinados a incorporarse separadamente en cada uno de ellos, y cuya posesión los convertiría en fuerzas políticas concurrentes o en personas soberanas llamadas a tratar juntas a modo de contratantes que alegasen derechos e

---

<sup>97</sup> Véase Verdú, Pablo Lucas, Curso de Derecho Político, Volumen I, pág. 424.

intereses diferentes, sino que estos múltiples titulares reciben la misión de cooperar al **ejercicio de la potestad única** y colaborar en la formación de una voluntad estatal única y común ". (Las negrillas son nuestras).

Coopera a la correcta comprensión de lo afirmado, la redacción del artículo 74 del mismo cuerpo constitucional de 1.998, que en su inciso tercero, haciendo alusión expresa al concepto de órgano estatal dispone:

"Todo órgano de poder público es responsable y no puede ejercer otras atribuciones que las consignadas en esta Constitución y la Ley".

Lo expuesto nos permite comprender entonces, que *transformar el marco institucional del Estado*, no es otra cosa que modificar las instituciones políticas insertas en el texto de la Constitución, es decir "reformular la Constitución" y no lo que el gobierno del año 2007 creyó que significaba la expresión cuando ocasionó la confusión nacional generada por el tautológico texto de la pregunta del INSÓLITO plebiscito-referéndum que dio pie al referido enredo conceptual. La pregunta de la consulta popular formulada por el Presidente de la República el 15 de abril del año 2007 constituye el ejemplo perfecto de lo afirmado: todo el país, -incluyendo los sectores del Gobierno y del Congreso- entendió que la expresión "transformar el marco institucional del Estado" significaba transformar la conformación de los órganos estatales como la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional, el Tribunal supremo Electoral etc., cuando en realidad lo que se preguntó es si la Asamblea tenía "plenos poderes" para reformar la Constitución. He aquí un sencillo ejemplo de cómo el manejo inadecuado de los conceptos puede generar tal confusión, que la misma invalide la constitucionalidad del proceso político<sup>98</sup>. En este caso, de uno tan trascendente como la consulta popular formulada por el Gobierno para posibilitar la instalación de la Asamblea Constituyente.

La pregunta del plebiscito fue entonces inválida, porque la Constitución regula la estructura de los órganos del Estado mediante

---

<sup>98</sup> ¿Qué valor político puede tener una consulta en la cual se está preguntando algo distinto a lo que un desinformado gobierno cree que está preguntando a la población? No olvidemos que el error, vicio del consentimiento, es causal de nulidad de los actos. Ya sean estos jurídicos, políticos o administrativos,

“instituciones políticas” como el principio de competencia o de separación de poderes.

De acuerdo con lo expuesto y como hemos expresado con anterioridad, este problema de comprensión ha sido generado por la equívoca expresión utilizada por el art. 118 de la Constitución de 1,998, que utilizaba inapropiadamente la palabra *instituciones*, en lugar de la correcta expresión que -como hemos demostrado- es la voz *órganos* del Estado. Esta es la que utiliza casi todo el referido texto constitucional. Pero es probable que la respuesta a dicho error sea un poco más profunda y tenga relación con la forma de utilización de ciertos conceptos provenientes de otras áreas del Derecho Público, no tan lejanas al Derecho Constitucional. Nos referimos expresamente, al concepto de la voz *instituciones* desarrollado por el Derecho Administrativo, en referencia a una de las formas conceptuales de la personalidad jurídica de ciertos entes estatales. Al efecto, el profesor García de Enterría<sup>99</sup>explica:

“HEISE va a lanzar en 1.807 la teoría jurídica de las personas jurídicas sobre la distinción entre Corporaciones (*universitas personarium*) y Fundaciones (*universitas rerum*), distinción capital que permanece aún viva. Sobre ella se mantiene el gran debate teórico sobre la esencia de las personas jurídicas que se inicia entonces y que durará un siglo entero. Dentro de este debate al que aporta, junto con su impresionante erudición y su calidad jurídica, el *pathos* de un germanismo romántico más o menos convencional, GIERKE perfecciona el esquema básico inicial en estos términos: la distinción básica sería la de Corporaciones e Instituciones (*Anstalten*); “otra clase de personas colectivas no existe” dice rotundamente. A su vez, entre las instituciones procedería distinguir la de Derecho Público (Instituciones Públicas) y las de Derecho Privado (Fundaciones).

Como es evidente, esta -ya clásica- polémica del Derecho Administrativo no debe constituir elemento suficiente para confundir a los “constitucionalistas” del gobierno del Ecuador. Quizás por eso, los de antaño, no cayeron en semejante equívoco, muestra de lo cual constituye

---

<sup>99</sup> Ver García de Enterría Eduardo, Curso de Derecho Administrativo, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2002, Tomo I, pág. 382.

el correcto uso de la expresión “órganos” en textos constitucionales anteriores.

Por lo expuesto, procedía la reforma del art. 118 de la Constitución de 1.998, en el sentido que hemos precisado: en lugar de la expresión instituciones, la referida disposición debió utilizar la palabra “órganos<sup>100</sup>”. Al Igual que el tenor de las restantes disposiciones del texto constitucional<sup>101</sup>. Y claro, esto pone de manifiesto que quienes redactaron el texto de la pregunta que se formuló a la población en la consulta popular del año 2007, de Derecho Constitucional no conocían mucho que se diga.

Queda claro entonces que la transformación del “marco institucional” del Estado no es otra cosa que reformular la Constitución.

Lo anterior nos permite concluir entonces, -a manera de resumen- que existen 10 razones de estricta técnica jurídica por las cuales la consulta popular que permitió la instalación de la Asamblea Constituyente, es NULA de NULIDAD ABSOLUTA e INSUBSANABLE<sup>102</sup>:

**a) Potestad estatutaria del Presidente.-**

No existe un **artículo** en la Constitución que permitiera dictar un "estatuto" electoral al Jefe de Estado; es decir que el Presidente no gozaba, ni goza actualmente, de una supuesta "*potestad estatutaria*" en el ordenamiento constitucional ecuatoriano.

**b) Las leyes no pueden ser reformadas por "estatutos".**

Una ley, -como la Ley de Elecciones vigente- que regula el *derecho de elegir y ser elegido*, no podía ni puede ser reformada mediante la

---

<sup>100</sup> Los patriotas de Montecristi, reeditaron el error y en lugar de reformar el texto siguieron utilizando en forma inapropiada la voz *instituciones*.

<sup>101</sup> En igual sentido era necesario reformar los artículos 14, 20, 33,35 núm. 9, 58, 74, 78, 79, el título V, 119, 121, 135, 196, 208, 220, 221, 222, 239, 244 núm. 1, 262, 265, 276, Disposiciones transitorias trigésima, trigésima quinta y Cuadragésimo segunda de la Carta Fundamental de 1,998.

<sup>102</sup> Es decir que no se debió formular la consulta popular en los términos planteados por el Presidente de la República en los Decretos 002, 054 y 148

expedición de una categoría inexistente en nuestro sistema constitucional, como es el "estatuto electoral"; sino por otra ley, una ley reformativa a la Ley de Elecciones.

**c) Trámite formal de la ley.**

Una reforma a la Ley de Elecciones debió ser tramitada por el Congreso. Las leyes las expide el Congreso y no el Presidente de la República.

**d) Error de la denominación.**

No se podía expedir una ley electoral bajo el disfrazado nombre de estatuto. De ser así, simplemente no existiría la Ley de Elecciones.

**e) Reserva legal general para los derechos.**

No se puede normar un derecho por una ley disfrazada bajo el nombre de estatuto.

**f) Reserva legal específica para los derechos políticos.**

El art. 26 de la Constitución establecía que el derecho de elección es un *derecho político* y los derechos políticos se regulaban por ley según los artículos 141 y 142 de la Constitución de 1,998.

**g) Rango legal.-**

La forma normativa que se requería para normar la materia electoral, era una **ley orgánica** de conformidad con el art. 142 de la Constitución.

**h) Consulta híbrida**

No se podía realizar una consulta simultánea de las dos formas previstas en el art. 104. Solo una u otra, pero no las dos al mismo tiempo.

**i) Texto de la pregunta.-**

La expresión " Asamblea Nacional Constituyente de plenos poderes" contraviene el carácter normativo que tiene el poder constituyente, y

como hemos explicado anteriormente, le da a la Asamblea el carácter de un órgano de gobierno y no de un órgano constituyente.

**j) Contenido erróneo de la pregunta.**

El contenido de la pregunta acredita que el Gobierno nunca supo a ciencia cierta lo que consultaba, ni la población lo que le estaban preguntando. Esto vicia el consentimiento y ocasiona la nulidad del inconstitucional plebiscito-referéndum.

**V.- Otros aspectos técnicos relativos a la institucionalización del poder constituyente como poder normativo.-**

La otra interrogante que debemos disipar es la concerniente a la *competencia reformativa*. ¿Corresponde ésta a uno de los órganos del poder constituido, como el Congreso; o por el contrario, se requiere una asamblea o convención instituida para tal efecto?

No es adecuada la reforma constitucional por parte del Congreso. Por el contrario, la *solución* de orden práctico, adoptada por países como Paraguay, Colombia y la Nación Argentina, ha sido activar el procedimiento constituyente únicamente para reformar la Constitución. Ante las necesidades sociales de una colectividad, debe procurarse la comprensión adecuada de los requerimientos de carácter teórico frente a la necesidad de configurar adecuadamente la democracia. Y es que no resulta sensato, pensar en una *refundación del Estado*, cada vez que se necesita reformar la Constitución.

En todo caso, lo trascendental reside en un hecho: el poder idóneo para reformar la Constitución, es el poder constituyente ejercido por el pueblo mediante sus representantes, no siendo conveniente, -salvo circunstancias extraordinarias<sup>103</sup>- que el poder constituido, (exteriorizado en las funciones del Estado) modifique el texto constitucional<sup>104</sup>. En eso

---

<sup>103</sup> Como las actuales en que -a causa del dispendioso gasto público implementado por el Gobierno para implementar la reforma constitucional- pensar siquiera en la instalación de una nueva Constituyente, resulta un verdadero dislate.

<sup>104</sup> Circunstancias extraordinarias que precisamente existen en el Ecuador después del proceso anti constituyente acaecido en Montecristi.

radica la diferencia entre ambos poderes, constituyente y constituido. Como bien expresa Sieyes, “la Nación tiene un poder distinto de los poderes constituidos<sup>105</sup> para reformar la constitución. Este no puede ejercerse por la Nación misma, sino por intermedio de representantes extraordinarios” (condición que no tiene la legislatura ordinaria). Y la razón del porqué debe reformarse la Constitución recurriendo a una representación extraordinaria, distinta del poder constituido, se encuentra en la explicación que nos proporciona el mismo autor<sup>106</sup>:

“Los *representantes ordinarios* de un pueblo están encargados de ejercer, en las formas constitucionales, toda esta porción de la voluntad común que es necesaria para el mantenimiento de una buena administración. **Su poder está limitado a los asuntos de gobierno**<sup>107</sup>.”

“Puesto que una gran nación no puede reunirse ella misma en realidad todas las veces que circunstancias fuera del orden común pudieran exigirlo, **es menester que ella confíe a representantes extraordinarios los poderes necesarios en esas ocasiones**<sup>108</sup>”

---

<sup>105</sup> En este aspecto, -si la traducción es correcta- debemos anotar que la época en que Sieyes elabora su teoría se hallaba aún influida por el pensamiento de Montesquieu y su concepción de la separación de poderes. En la actualidad, sabemos que la expresión “poderes constituidos” es inapropiada, pues existe un solo poder estatal que se ejerce a través de las tres funciones, y en esto radica uno de los aspectos fundamentales de la diferencia: el poder constituyente puede reformar la Constitución; el Congreso no, porque únicamente es una de las funciones del poder constituido y no la suma de las funciones del poder estatal, como sí lo es el poder constituyente. Por eso, resulta lógico que le esté vedado reformar la Carta Fundamental. El organismo que ejerce el poder constituyente (la asamblea o convención) es la habilitada políticamente para hacerlo.

<sup>106</sup> Ver Vanossi, Jorge Reinaldo, *Teoría Constitucional*, pág. 19 referente a la obra de Sieyes, *¿Qué es el tercer Estado?*, pág. 117. En la edición de Alianza Editorial, Madrid, 2003, puede encontrarse la cita en la pag.148.

<sup>107</sup> Las negrillas son nuestras. De igual forma, puede encontrarse esta cita en la pág. 148 de la misma edición de Alianza Editorial, Madrid, 2003.

<sup>108</sup> Las negrillas son nuestras. Esta cita también puede encontrarse en la pág. 148 de la misma edición de Alianza Editorial, Madrid, 2003.

Es que Sieyes liga a este poder con el concepto de constitución misma: "...una constitución supone ante todo, un poder constituyente<sup>109</sup>".

Este pensamiento nos permite comprender con toda claridad, porqué la Constitución no debe ser reformada por uno de los órganos del poder constituido: estos tienen el cometido específico de dedicarse a la función de gobierno. Y porqué la estructura estatal debe ser reformada por una potestad *diferente* al poder constituido, que únicamente reside en el poder constituyente, poder **superior** a la suma de los poderes constituidos.

Por eso, en otros ordenamientos constitucionales como el argentino<sup>110</sup>, el Congreso solo está facultado -en el mejor de los casos- para DECLARAR la necesidad de reforma<sup>111</sup> del texto constitucional, y la reforma en sí misma es implementada por una Convención o Asamblea convocada para reformar la Constitución. Pero es indispensable precisar que este procedimiento pre constituyente, configura la forma previa indispensable para la implementación de una reforma política adecuada. Si en lugar del bochornoso y anti jurídico procedimiento de reforma desarrollado en Montecristi en el año 2008, la sociedad en su conjunto hubiera debatido y establecido una agenda previa a la instalación de la Asamblea, este análisis *pre constituyente* hubiera servido de filtro, de tamiz previo a las ridiculeces y adefesios que se propusieron por parte de personas vinculadas al arte, la historia, la sociología y no al compromiso de construir una adecuada estructura constitucional para su país.

El definir mediante una ley previa las materias que requieren ser reformadas, tal como sucedió en la nación argentina en 1,994, constituye un ejemplo de sensatez, de madurez política. Tanto es así que<sup>112</sup>, - el ejemplo argentino resulta perfecto para ilustrar los peligros del ejercicio

---

<sup>109</sup> Ver Vanossi, ob. cit. pag. 25.

<sup>110</sup> También en el sistema constitucional norteamericano.

<sup>111</sup> Como expresa el artículo 30 de la Constitución de la Nación Argentina.

<sup>112</sup> Pese a configurar un sistema político razonable que permite el ejercicio de un verdadero poder pre-constituyente ejercido en forma previa, en base al cual la sociedad en su conjunto analiza y debate la agenda del cambio constitucional, en el mismo también se cometieron errores.

de un poder constituyente atolondrado, improvisado y propio de un ejercicio antojadizo como el de Montecristi. La reforma constitucional que se llevó a cabo en la Argentina de 1.994, -a nuestro modesto juicio-, en términos generales fue bastante bien implementada. Sin embargo, tiene el defecto de haber deformado el sistema presidencial argentino al incluir la figura de un *jefe de gobierno*<sup>113</sup>, en lugar de adoptar un nuevo *sistema político*<sup>114</sup>, el sistema semi presidencial que existe en Austria, Finlandia, Francia, Irlanda, Islandia y Portugal, y que a diferencia del verdadero sistema presidencial, sí permite la institución de esta *sui generis* figura política.

Es evidente entonces que, aún con las formas de protección que tiene el sistema constitucional argentino, el mismo fue deformado, lo cual ilustra los peligros de un ejercicio inapropiado del poder constituyente en sociedades que no han alcanzado un desarrollo cultural apropiado. Lo preocupante es que, cuando hablamos de la nación argentina, aludimos a una colectividad que ha logrado un perfeccionamiento de la ciencia del derecho realmente envidiable, lo cual debe servir para ALERTARNOS sobre los peligros de un inapropiado manejo del sistema constituyente que deseamos implementar en el país: si un somero análisis de la situación jurídica del Ecuador demuestra que es precisamente lo contrario, es decir una sociedad jurídicamente *subdesarrollada* ¿Cómo podríamos recomendar, -haciendo uso de una mínima y pragmática sensatez- la instauración de una forma irrestricta del poder constituyente concebido por Sieyes? ¿No luce más adecuado dotar al sistema de ciertas protecciones como tienen el sistema constitucional argentino y el paraguayo, sin caer en el exceso de atribuciones que el mismo confiere al Congreso en el régimen constitucional colombiano?

---

<sup>113</sup> Como sin ningún sustento teórico y en forma reiterada, ha propuesto instaurar en el Ecuador uno de los candidatos a la presidencia de la República en el año 2006.

<sup>114</sup> Ver *Derecho Constitucional de la Reforma de 1994*, INSTITUTO ARGENTINO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y POLÍTICOS, Ediciones Depalma, Bs. As.,1995 (Pérez Gilhou, Seisdedos, Abalos de Mosso, Buj Montero, Castorina de Tarquini, Coussirat, Cueto, Estrada, Farrando, Giunta, Gómez Sanchis, Kemelmajer de Carlucci, Livellara Luna, Martínez, Martínez Peroni, Morales, A Pérez Hualde, D Pérez Hualde, G. Segovia, J.F. Segovia), tomo II, pág. 155.

Quizás lo sensato sería pensar que el Congreso pudiera formular la declaratoria de necesidad de reforma, definiendo en forma previa los temas que requieren una enmienda constitucional, en un instrumento jurídico similar al “*Núcleo de coincidencias básicas*” argentino, por supuesto plasmado en una ley<sup>115</sup>, limitando la labor de la constituyente únicamente al tratamiento de los aspectos definidos en esta, tal estos como sucedió en dicho país en el año 1994. Y que solo por circunstancias excepcionales debidamente justificadas como la omisión de temas cuya reforma fuese necesaria se pudiera, se pudiera modificar la agenda previa definida por la legislatura. De esta manera, se lograría evitar las apuradas “constituyentes de seis meses” que en un plazo tan reducido pretenden cada vez y cuando “refundar” el Estado, con lo cual solo se obtiene un deterioro cada vez mayor de la institucionalidad democrática, tal como sucedió con el deplorable “Régimen de transición” de la nueva Constitución que nos dejó sin Corte Suprema<sup>116</sup>. Y así, al momento de instalar el organismo constituyente, existe ya una agenda definida, analizada y públicamente discutida antes de iniciar las labores de la Asamblea o Convención. No olvidemos que esta concepción existía ya en el Derecho Constitucional ecuatoriano, que en el texto de 1,835 atribuía al Parlamento la potestad de declaratoria de la reforma<sup>117</sup> para que la misma fuese implementada por el próximo Congreso y no para el que decidía la necesidad de la reforma.

Por otra parte, resulta deplorable que después de casi una veintena de Constituciones<sup>118</sup>, el país sigue manejando el ejercicio del poder constituyente<sup>119</sup> sin la existencia de un instituto adecuado<sup>120</sup> en el texto de

---

<sup>115</sup> Y no en un inconstitucional estatuto de convocatoria como hizo el Gobierno del año 2,007. Hasta Bolivia – país alineado con los postulados del “socialismo del siglo XXI” expidió una ley para convocar su Asamblea Constituyente.

<sup>116</sup> Esta no es sino la muestra de la ineptitud de quienes concibieron las normas que dejaron a la ciudadanía del Ecuador, sin el derecho a una tutela judicial efectiva, y con órganos del poder público controlados exclusivamente por el partido único de Gobierno, con una Función Legislativa exteriorizada en un Congresillo sin Fiscalización, con un proceso electoral que prohíbe el gasto electoral privado con lo cual acalla a la oposición, y las otras monumentales deficiencias políticas que hemos reseñado anteriormente.

<sup>117</sup> Ver el art. 111 de la Constitución de 1,835.

<sup>118</sup> Exactamente diecisiete.

<sup>119</sup> Por lo que resulta insostenible el argumento del Congreso del 2005 y de la tradicional partidocracia durante el proceso electoral del 2006, en el sentido de que no se podía

la Constitución, librándolo al arbitrio del gobernante ocasional que tiende a activar el mecanismo por razones de carácter político - tal como sucedió en el proceso electoral del año 2,006 -, y no por consideraciones de orden jurídico<sup>121</sup>, que configuran en suma, el requisito de fondo para proceder a una reforma constitucional. Al efecto, luce muy adecuada la afirmación de Fayt:

*“...corresponde a la propia Constitución aclarar sobre los medios de formar y reformar cualquiera de sus partes”*<sup>122</sup>.

Esta afirmación comprueba lo que pretendemos demostrar: la Constitución debe instituir el procedimiento adecuado para su reforma. Este no es otro que la activación del poder constituyente. De no ser así la Convención de Filadelfia de 1787 que promulgó la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica no hubiera plasmado el instituto en un texto que ostenta la -no poco común- virtud de sobrevivir hasta nuestros días sin haber sido reformado.

Pero ahora, -más que nunca, luego del “holocausto jurídico” de Montecristi- y pensando en una forma sensata de proteger el sistema e impedir los posibles abusos de un nuevo régimen autoritario, consideramos que la vía política más sensata es implementar una reforma que

---

convocar a una Constituyente por no existir una norma específica en el texto de la Carta Fundamental, cuando la totalidad de las constituciones del Ecuador son el producto de asambleas o convenciones constituyentes SIN QUE HUBIERA EXISTIDO LA NORMA QUE ESTABLECIERA EXPRESAMENTE EL INSTITUTO EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL; teniendo además su origen la carta política de 1,998 reformada, en dicha laguna normativa.

<sup>120</sup> A pesar de haberse reformado la Constitución mediante aproximadamente una veintena de constituyentes en el Ecuador. Una de las poquísimas referencias que existe, aunque sin estatuir el ejercicio del poder constituyente se encuentra en el art. 127 de la Constitución de 1.897: “Ni el Presidente de la República, ni otra autoridad, podrán, bajo su responsabilidad, reconocer o rentar otros Generales y Coroneles que los que hubieren sido, o fueren aprobados de una manera expresa e individual, por Congreso o Asamblea Constituyente”.

<sup>121</sup> Expresado en términos sencillos, un texto constitucional requiere una reforma cuando está mal hecho y traba de esta forma el desarrollo del proceso de gobierno o el ejercicio de los derechos fundamentales.

<sup>122</sup> Ver Fayt Carlos S., *Nuevas fronteras del Derecho Constitucional*, pag. 265.

institucionalice una disposición constitucional similar a la contenida en el art. 291 de la Constitución de Paraguay:

**“Art. 291. La Convención Nacional Constituyente es independiente de los poderes constituidos. Se limitará durante el tiempo que duren sus deliberaciones, a sus labores de reforma, con exclusión de cualquier otra tarea. No se arrogará las atribuciones de los poderes del Estado, no podrá sustituir a quienes se hallen en ejercicio de ellos<sup>123</sup>, ni acortar ni ampliar su mandato”.**

Resulta inevitable además, precisar la infantil y anti jurídica omisión<sup>124</sup>, contenida en el artículo 444 de la “constitución” de Montecristi<sup>125</sup>: este incorpora por primera ocasión en la historia del Ecuador, la figura de la Asamblea Constituyente. Lo deplorable es que **no dice para qué** se institucionaliza dicho órgano del poder público. No se sabe para qué servirá el organismo. No se dice si se convocará e instalará para reformar la Constitución, para refundar el Estado, para expedir insólitos mandatos o leyes como en el año 2,008 o si también podrá hacer reformas parciales del texto constitucional, aunque tal posibilidad, parecería excluida en virtud de la norma contenida en los artículos que preceden al 444 de la nueva “constitución”.

La interrogante obligada es: ¿un organismo que puede reformar el todo de la Constitución no puede reformar una de sus partes? Si tal competencia se encuentra atribuida a la legislatura ordinaria<sup>126</sup>, difícil-

---

<sup>123</sup> Tal como hizo la Asamblea de Montecristi.

<sup>124</sup> Que revela desconocimiento y una falta de experiencia en la redacción de textos jurídicos, realmente inaceptables es un órgano constituyente como la Asamblea de Montecristi.

<sup>125</sup> De hecho, tal como se desprende de la lectura del correspondiente informe de minoría preparado por el autor de este trabajo, los “revolucionarios” de Montecristi habían olvidado incluir en el texto de la nueva Constitución, la norma que establece la posibilidad de convocar una Asamblea Constituyente.cho. Y si no hubiese sido por dicho informe de minoría, no la hubiesen hecho. Esto –aparte de resultar increíble después de 8 meses de proceso “constituyente” - solo denota la improvisación y la falta de preparación de los redactores de la Constitución.

<sup>126</sup> Competencia atribuida al Congreso, según establece el art. 442, segundo inciso de la Constitución de Montecristi.

mente esta aceptaría la invasión de un órgano constituyente en su esfera de competencias, lo que inevitablemente acarreará una nueva pugna de poderes en el futuro. Otro más de los aciertos de la revolución ciudadana.

Y como hemos expresado anteriormente, la justificación para la existencia de una norma constitucional orientada a institucionalizar el poder constituyente se basa además, en un sencillo antecedente histórico: se han instalado 20 constituyentes en el país sin que existiera en el texto de la Constitución la norma que posibilitaba el ejercicio del poder constituyente. El uso de la simple lógica nos permite afirmar que no es sensato librar al vaivén de las ocasionales fuerzas políticas, el ejercicio de un poder -de suyo extraordinario y de tan relevante trascendencia- pues tal situación permite la manipulación del mismo en beneficio de intereses particulares<sup>127</sup>. Si un país como los Estados Unidos de Norteamérica -que nunca ha recurrido al ejercicio del poder constituyente para reformar la Constitución- fue capaz de prever la necesidad de su institucionalización, hace ya más de doscientos veinte años, parece correcto conjeturar que el Ecuador con casi una veintena de constituyentes en tan solo 178 años de historia republicana, se incline por su incorporación al texto de su Carta Fundamental. Así lo han hecho Colombia, Paraguay, Argentina y Bolivia que por supuesto no compiten con nosotros ni siquiera de lejos en el ejercicio de dicho poder, dada la proliferación de Asambleas, Convenciones y Congresos “constituyentes” que se han instalado en el país. Pero claro, para tal cometido, se requiere tener la capacidad de poder convertir la idea en una disposición constitucional. En ese punto es donde irremediamente falló la “revolución ciudadana”.

## VI.- Conclusión.-

La copiosa lista de violaciones constitucionales perpetradas por el régimen, -brevemente reseñada en este estudio- únicamente es factible en una nación de bárbaros en la cual el derecho es una mera referencia conceptual y no el fundamento que orienta y justifica los actos del poder

---

<sup>127</sup> Es evidente que la Constituyente de 1.997, fue un ardid político para mantener en el cargo a un presidente interino elegido en forma inconstitucional, pues la Carta Política no prevé la figura del interinato. Y que la del año 2008 fue una simple consecuencia de la estrategia electoral utilizada en campaña, para llegar al poder.

público. Según expresa Leon Duguit<sup>128</sup> en una magistral síntesis, “Nadie tiene el derecho de mandar a otros; ni un emperador, ni un rey, ni un Parlamento, ni una mayoría popular pueden imponer su voluntad como tal voluntad; sus actos no pueden imponerse a los gobernados sino en cuanto son conformes a derecho<sup>129</sup>”.

En consecuencia, corresponde a la sociedad toda el apoyar el inicio de las acciones legales que tiendan a la modificación de nuestra insólita realidad. Es cierto por otra parte, que la inconstitucional integración de la Corte Suprema –ahora Corte Nacional- y la arbitraria autoproclamación del ex Tribunal Constitucional, -ahora Corte Constitucional- dejaron a los ecuatorianos sin la garantía de tutela judicial efectiva.

No obstante, esto no puede servir de obstáculo para la iniciación de las acciones judiciales pertinentes. Es evidente que se puede anticipar el resultado, pero aun así, constituye un imperativo ético para cualquier jurista, el intentar que en el Ecuador vuelva a imperar el *estado de derecho* que se perdió el mismo día que entró en vigencia la Constitución de Montecristi. Este es quizás uno de los retos más trascendentales que enfrenta el Ecuador de hoy: recuperar el estado de derecho que nos legaron nuestros antepasados desde 1,830.

---

<sup>128</sup> Ver Duguit, León, Manual de Derecho Constitucional, Ed.Comares, Granada, 2,005, pag. 22.

<sup>129</sup> ¿Porque resulta tan difícil entender que si no existe *estado de derecho*, no puede haber un “estado de derechos y de justicia” como ridículamente afirma la Constitución? Los derechos y la justicia únicamente son posibles en el *estado de derecho*.

JOSÉ ROBERTO LÓPEZ MORENO