

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO
DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS**

**NATURALEZA JURÍDICA DE LOS MANDATOS
CONSTITUYENTES Y SU COMPATIBILIZACIÓN CON EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO**

DAVID FRANCISCO EGAS YEROVI

DIRECTOR: JUAN FRANCISCO GUERRERO DEL POZO

QUITO,DM, MARZO DE 2013

DEDICATORIA

Esta disertación está dedicada, en primer lugar, a todas las personas que optamos por vocación, el seguir el camino de la ciencia jurídica como vía para sustentar nuestra existencia, por estar vinculada a nuestra concepción respecto de la justicia, por nuestra convicción a la existencia y construcción de un verdadero Estado de Derecho en el que prime la juridicidad y el respeto a la dignidad de las personas. Dentro de esto, aprovecho para dedicar esta “tesis” a mis gratos compañeros que han compartido las aulas conmigo y en especial, a mis queridos ayudados de cátedra a lo largo de toda mi carrera.

Asimismo, este texto está dedicado a mi alma mater, la Pontificia Universidad del Ecuador, institución que me ha acogido durante todos estos años de vida estudiantil en el que he podido desarrollar mis conocimientos como profesional del Derecho, y sobre todo, por la gran experiencia humana surgida de su aula, de sus campus. Nunca olvidaré a las amistades forjadas con sinceridad, las luchas permanentes en el marco del movimiento político estudiantil por buscar un nuevo hombre que afronte con entereza y criterio las vicisitudes que se producen como consecuencia de una modernidad abusiva, de un desprecio por las instituciones, por el ejercicio predatorio del poder.

Cierro esta dedicatoria, emitiendo homenaje a través de ella a todas las personas que buscamos en el camino de la academia, las soluciones verdaderas a los problemas existentes en la realidad y que no nos conformamos con lo dado por el estado del arte. A todos ellos invito a marchar hacia donde esperamos la obtención de nuestras metas ¡Plus Ultra!

Quito, DM, 7 de marzo de 2013

AGRADECIMIENTO

Una vez concluido el desarrollo de esta disertación, que marca un hito dentro de la historia de mi vida, es menester recordar a aquellos que permitieron que esta tome forma y se convierta en la investigación que se está ofreciendo para enriquecer el debate en torno a este tema dentro de la ciencia jurídica.

Es así que quiero expresar en mi primer lugar mi agradecimiento a Dios todopoderoso, sin su omnipotente y Divina Providencia no habría podido tener la iluminación para la comprensión y estructuración de este pequeño trabajo.

Asimismo, quiero expresar mi gratitud a mi madre, la Doctora Laura Yerovi Romero, que desde la plenitud de la eternidad me protege y guía en todo momento. A ella debo mi existencia, y su recuerdo imprime la necesaria reminiscencia de su memoria. Dios la tenga en su gloria.

No puedo dejar de expresar mi homenaje, porque así lo amerita la ocasión, a mi padre el Doctor Juan Elías Egas Benavides, de manera especialísima y a mi tía la Doctora Gloria María Josefina Egas Benavides. Sin lugar a dudas, gracias a ellos, singularmente mi padre, he podido convertirme en la persona que soy ahora. No bastará la vida para expresar este voto.

Quiero expresar mi acción de gracias a las personas que contribuyeron a que el texto de esta disertación adquiriera la forma que actualmente tiene, y empiezo por mi director, Abogado Juan Francisco Guerrero del Pozo, quien a más de revisar el contenido de esta investigación, fue la persona que en el campo del aula universitaria, planteó esta temática como un verdadero “tema de tesis”. Sin su orientación académica esta disertación no existiría. Continúo con mis amigos, el Abogado Esteban Javier Polo Pazmiño y la Abogada María Belén Checa Altamirano, que a través de sus sinceras sugerencias y ayuda con respecto a la consecución de las fuentes de información, han permitido dotarle de calidad a este texto académico. ¡Muchas gracias por todo!

Quito, DM, 7 de Marzo de 2013

ÍNDICE

Contenido

RESUMEN.....	- 1 -
ABSTRACT.....	- 1 -
INTRODUCCIÓN	- 2 -
CAPÍTULO I.....	- 5 -
INSTALACIÓN, FUNCIONAMIENTO Y LEGITIMIDAD DEL PROCESO CONSTITUYENTE DEL AÑO 2007-2008.....	- 5 -
1.1 LA CONVOCATORIA E INSTALACIÓN DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE DEL 2007-2008.....	- 5 -
1.1.1 LOS HECHOS PREVIOS A LA CONSULTA POPULAR DE CONVOCATORIA A ASAMBLEA CONSTITUYENTE	- 6 -
1.1.2 EL ESTATUTO DE FUNCIONAMIENTO DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE.....	- 17 -
1.2 LOS PLENOS PODERES DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE	- 29 -
1.2.1 EL MANDATO CONSTITUYENTE NO. 1 Y SUS EFECTOS.....	- 31 -
1.2.2 CARACTERÍSTICAS DE LOS MANDATOS CONSTITUYENTES DE ACUERDO AL MANDATO 1 Y EL REGLAMENTO DE FUNCIONAMIENTO DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE.....	- 37 -
1.2.3 ACTUACIONES DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE SOBRE LOS PODERES CONSTITUIDOS. PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.	- 43 -
1.3 LEGITIMIDAD DE LAS ACTUACIONES DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DEL AÑO 2007-2008	- 57 -
1.3.1: SOBERANÍA, LEGITIMIDAD Y PODER CONSTITUYENTE.....	- 57 -
1.3.2 EL PODER CONSTITUYENTE	- 61 -
1.3.3 EL PODER CONSTITUYENTE FRENTE A LOS PODERES CONSTITUIDOS: ALCANCE DEL MANDATO POPULAR DE ABRIL DEL 2007.....	- 104 -
CAPÍTULO II	- 115 -
LOS MANDATOS CONSTITUYENTES COMO INSTRUMENTO JURÍDICO	- 115 -
2.1 COMPONENTE SEMÁNTICO	- 116 -
2.1.1 CONCEPTO DE MANDATO	- 116 -
2.2 CARACTERÍSTICAS DE LOS MANDATOS CONSTITUYENTES.....	- 119 -
2.2.1 LOS MANDATOS CONSTITUYENTES COMO ACTOS NORMATIVOS	- 119 -
2.2.2 LOS MANDATOS CONSTITUYENTES COMO ACTOS ADMINISTRATIVOS.....	- 126 -
2.2.3 COMO OTRO TIPO DE ACTOS.....	- 129 -

2.3 LOS ACTOS DE FUERZA	- 139 -
2.3.1 NOCIÓN DE FUERZA, GOBIERNO DE FACTO Y MANDATO CONSTITUYENTE COMO ACTO DE FUERZA	- 140 -
2.3.2 VALIDEZ Y TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS MANDATOS CONSTITUYENTES-	147 -
CAPÍTULO III.....	- 162 -
MECANISMOS DE COMPATIBILIZACIÓN DE LOS MANDATOS CONSTITUYENTES CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VIGENTE	- 162 -
3.1 PAUTAS LEGISLATIVAS PARA COMPATIBILIZACIÓN.....	- 163 -
3.1.1 DEROGATORIA EXPRESA DE LOS MANDATOS CONSTITUYENTES DESIGNATORIOS DE FUNCIONARIOS DE LOS PODERES CONSTITUIDOS	- 164 -
3.1.2 IMPOSIBILIDAD DE UN SOLO PROYECTO DE LEY DE COMPATIBILIZACIÓN -	165 -
3.1.3 CODIFICACIÓN Y DEPURACIÓN NORMATIVA	- 166 -
3.2 LAS POTESTADES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.....	- 167 -
3.2.1 LA COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS JURÍDICAS	- 169 -
3.2.3 LA COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA INTERPRETACIÓN OBLIGATORIA DE LA CONSTITUCIÓN	- 174 -
CAPÍTULO IV CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	- 179 -
BIBLIOGRAFÍA.....	- 187 -
APÉNDICE 1	- 194 -
ESTATUS JURÍDICO DE LOS MANDATOS CONSTITUYENTES.....	- 194 -

RESUMEN

Como consecuencia del proceso de inestabilidad política, social y jurídica de la década anterior, el Ecuador emprendió entre los años 2007 y 2008 un proceso constituyente de carácter originario, que tenía por objeto la “Refundación del Estado Ecuatoriano”. Como elemento fundamental del mismo se instaló una Asamblea Nacional “de plenos poderes”, que, a más de la realización del texto de la nueva Constitución que fue sometido a referendo, ejerció potestades de los poderes constituidos del Estado y otras decisiones que son inexplicables en el ordenamiento jurídico, que se instrumentalizaron a través de los denominados “Mandatos Constituyentes”. Estos “Mandatos” fueron dotados de características que los abstraen del resto del ordenamiento jurídico y que por el mismo motivo, resultan incompatibles con el nuevo marco constitucional. Sobre la base de esta premisa la presente disertación analiza el proceso constituyente de 2007-2008 desde sus antecedentes hasta la instalación del cuerpo constituyente; analiza a los Mandatos Constituyentes como instrumentos jurídicos con el fin de determinar su naturaleza jurídica y finalmente explora las formas de compatibilización de los mismos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Palabras clave: Poder Constituyente, Asamblea Constituyente, Mandato Constituyente, Compatibilización, Ordenamiento Jurídico, Plenos Poderes.

ABSTRACT

As a result of a political, social and legal crisis that occurred in Ecuador the last decade, Ecuador launched, between 2007 and 2008 a new constituent process, that objective was the “Rebirth of the Ecuadorian State”. Due to comply the proposed objective, a National Assembly with “full powers” was installed. This Assembly, more than approve the New Constitution, took other decisions like attributions of the regular powers and other decisions that are inexplicable in the legal System, These decisions are called “Mandatos Constituyentes” that were fitted with special characteristics that make different from the rest of the legislation. Is that the reason because the “Mandatos Constituyentes” are incompatible with the new constitutional framework. This dissertation

examines the Constitutional Process of 2007-2008, from this background to the installation of the Constituent Body, analyzing the “Mandatos Constituyentes” as legal instruments in order to determine their legal status and finally explores ways of reconciling thereof in the Ecuadorian legal system.

Key Words: Constituent Power, Constituent Assembly, “Mandato Constituyente”, Harmonization, Legal System, Full Powers.

INTRODUCCIÓN

Concebimos al Derecho como una creación humana que tiene por objeto la regulación de la vida social de las personas, establece un orden que impide la arbitrariedad y el abuso de los más fuertes a los más débiles, permite al ciudadano evitar los excesos del gobernante y genera paz social. Norberto Bobbio, se refiere a éste, en su calidad de ordenamiento normativo como un “(...) *Conjunto de normas de conducta y de organización que constituyen una unidad, que tienen por contenido la reglamentación de relaciones fundamentales para la convivencia y la supervivencia del grupo social (...)*”¹

En este sentido, el Derecho tiene como fin garantizar la sobrevivencia del grupo social y además denota el sentido de uniformidad y cohesión que deben tener las normas jurídicas como un todo en el que se ampara todo nuestro actuar social.

El Art. 82 de nuestra Constitución se refiere al derecho que todas y todos tenemos a la seguridad jurídica que se encuentra vinculada al máximo respeto a la Constitución y demás normas jurídicas contenidas en el ordenamiento jurídico que en este caso se refiere al caso ecuatoriano, se complementa con el Art. 424 que se refiere a que ninguna norma tiene eficacia jurídica si contraviene la Constitución. Asimismo el Art. 425, en su primer inciso, establece la jerarquía normativa existente en nuestro ordenamiento jurídico y señala los tipos de normas que existen en la República.

Sin embargo, la Asamblea Nacional Constituyente del año 2007, “investida de plenos poderes”, expidió un conjunto de normas jurídicas que se establecieron en instrumentos inimpugnables denominados “Mandatos Constituyentes”, los cuales, impuestos por la fuerza y basados en la pretensión revolucionaria, fundacional y soberana de este órgano colegiado, eliminaron la vigencia del Estado de Derecho, nombraron

¹Norberto Bobbio. Diccionario de Política. Madrid. Editorial Trotta. 1983. 508

autoridades de los poderes constituidos, expidieron actos de competencia normativa legislativa y administrativa, ejercieron actos administrativos y actuaciones en apariencia reñidas con la juridicidad que alteraron la seguridad jurídica y el pleno derecho del ciudadano a recurrir estos actos ante las autoridades nacionales correspondientes.

Lastimosamente, la aprobación de la nueva Constitución y el desarrollo de normativa secundaria, no han logrado la eliminación de muchos de estos instrumentos, que a la fecha, se encuentran en plena vigencia varios de los mismos, generando una serie de afectaciones a los derechos de las y los ciudadanos.

La presente disertación, en su Capítulo I, parte del análisis de las circunstancias que tuvieron como consecuencia al proceso constituyente efectuado en el Ecuador entre los años 2007 y 2008, la accidentada convocatoria a la Consulta Popular del 15 de abril de 2007, el Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente, la elección de representantes e instalación de este organismo, para después analizar los “plenos poderes” de los que estaba dotado este cuerpo colegiado, de forma tal que ahondaremos en el estudio del Mandato Constituyente No. 1 y sus efectos, las características de estos instrumentos jurídicos a la luz del Reglamento Interno de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente y las actuaciones de éste órgano frente a los poderes constituidos desde la óptica del pronunciamiento de la justicia constitucional ecuatoriana frente a las mismas. Posteriormente, procederemos a analizar la legitimidad de las actuaciones de la Asamblea, desde la doctrina de la teoría del Estado y el derecho constitucional, con el fin de determinar la naturaleza de este órgano y el alcance de sus competencias, en especial las referentes al acto constituyente y su relación frente a los poderes constituidos.

En el Capítulo II, analizaremos a los Mandatos Constituyentes como instrumento jurídico, partiendo de su componente semántico, de la naturaleza de las disposiciones contenidas en ellos, del órgano que los expidió, para de esa forma continuar con su tratamiento jurídico ante la vigencia del nuevo orden jurídico impuesto por la Constitución aprobada en el año 2008.

En el Capítulo III, analizaremos las opciones de compatibilización de los Mandatos Constituyentes dentro del ordenamiento jurídico vigente, desde la función legislativa ejercida por la Asamblea Nacional del Ecuador y las atribuciones del control abstracto e interpretación auténtica de la Constitución, que la carta magna ha otorgado a la Corte Constitucional.

Finalmente, es nuestro deber manifestar la importancia que este tema reviste en nuestro cotidiano vivir, por la ineludible relación de causa y efecto que tiene la vigencia del Estado de Derecho con el cumplimiento y desarrollo de los Derechos Humanos, inherentes por el hecho de que somos personas, y que lastimosamente han sido postergados permanentemente por la dinámica política del Ecuador. La historia constitucional de nuestro país, nos indica la necesidad de construir verdaderamente el ejercicio de la juridicidad como el medio para la efectiva garantía de los mismos, y de esa forma alcanzar el denominado “Buen Vivir”.

San Francisco de Quito, 15 de noviembre de 2012

CAPÍTULO I

INSTALACIÓN, FUNCIONAMIENTO Y LEGITIMIDAD DEL PROCESO CONSTITUYENTE DEL AÑO 2007-2008

1.1 LA CONVOCATORIA E INSTALACIÓN DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE DEL 2007-2008

La historia política del Ecuador ha tenido como elemento fundamental de comprensión a los procesos constituyentes. Desde 1812, cuando se establecieron los “*Artículos del Pacto Solemne de Sociedad y Unión entre las Provincias que formen el Estado de Quito*”, hasta 2011, en que a través de un referéndum se han enmendado algunos artículos de la carta magna aprobada en el año 2008, la dialéctica política ha estado enmarcada en el recurrir a la permanente recomposición del ordenamiento jurídico a través de la expedición de nuevos cuerpos constitucionales, dando lugar a la expedición de más de dieciocho cuerpos constitucionales e innumerables reformas, al punto de que la Constitución que más tiempo ha estado vigente, lo fue por un período de casi veinte años.² En sí, la marea constitucional presente en nuestra historia legislativa es evidencia de la consistente inestabilidad política, en la que se han producido constantes rupturas al orden constitucional mediante golpes de estado, revoluciones y demás en que la forma de ratificar o legitimar lo actuado mediante la fuerza ha sido por regla general la convocatoria a una Asamblea Constituyente y la redacción de un nuevo texto constitucional. La presencia de la fuerza, con la irrupción de gobiernos de facto, han dado lugar a la necesidad de encontrar caminos para regresar a la juridicidad, y ese camino siempre se ha traducido en recurrir al cuerpo constituyente para establecer un nuevo orden jurídico, siendo éste el método utilizado en todos los casos, salvo en los procesos de 1869 y 2008, en que el texto elaborado por la Asamblea fue puesto en consideración del pueblo para que éste se pronuncie mediante referéndum aprobatorio; y el de 1977-1978 en que se adoptó una solución sui generis en la historia jurídica del Ecuador, ya que el régimen de facto,

² La Constitución aprobada por la Asamblea Constituyente de 1946, llamada también la “Carta de la estabilidad” permaneció vigente por un período de casi dos décadas seguidas en las que hubo una continuidad democrática, que fue interrumpida con la presencia del régimen de Dictadura militar de 1963 a 1966.

convocó a la instalación de dos comisiones, mismas que presentaron sendos proyectos de Constitución, que fueron sometidos a aprobación del pueblo en consulta popular.

En definitiva, podemos aseverar que en los distintos procesos constituyentes que han ocurrido en nuestro país, se ha establecido como hecho generador la ruptura del orden jurídico mediante la destrucción de la institucionalidad, y además, la instalación del órgano constituyente ha tenido por objeto el legitimar la autoridad de quienes realizaron el acto de fuerza por el que se enervó el orden vigente. Ante la ausencia de quien detenta el poder del Estado por la vía regular, estos cuerpos colegiados asumieron, en varias ocasiones, las funciones y potestades correspondientes a los poderes constituidos del Estado, generando instrumentos jurídicos difíciles de encasillar en el ordenamiento jurídico positivo posterior.

1.1.1 LOS HECHOS PREVIOS A LA CONSULTA POPULAR DE CONVOCATORIA A ASAMBLEA CONSTITUYENTE

El proceso constituyente que se impulsó en el Ecuador en 2007, es producto de un escenario de inestabilidad política que aquejó al país en los diez años anteriores, marcados por una profunda debilidad del Estado y de los partidos políticos para afrontar las realidades y fenómenos sociales y económicos que caracterizaron a ese tiempo. El canibalismo político y la desconfianza de la ciudadanía en los órganos del poder, produjo un socavamiento, deterioro y destrucción de la institucionalidad del país que se desarrolló en tres etapas marcadas por un proceso de reforma constitucional, dos crisis del poder ejecutivo resueltas por medio de la sucesión presidencial y el escenario previo de pugna entre los sectores políticos que perseguían la convocatoria al Poder Constituyente Originario y aquellos que no querían modificar el escenario jurídico aprobado en 1998.

1.1.1.1 Cese en funciones por “Incapacidad mental”, sucesión Presidencial y Asamblea Nacional: En 1996, asumió la presidencia de la República el Abg. Abdalá Bucaram Ortiz, máximo representante del Partido Roldosista Ecuatoriano (PRE). Debido a la “*falta de seriedad y desgobierno*”³ del presidente Bucaram⁴, su estabilidad en el poder empezó a resquebrajarse, desde varios sectores de la sociedad se estaba pidiendo su

³ Diego Cornejo Menacho. **¡Que se vaya! : crónica del bucamato.** Quito. Edimpres. 1997. 40.

⁴ El Gobierno de Bucaram estuvo caracterizado por una serie de escándalos que empañaron la imagen de la administración, tanto desde la seriedad en la gestión del Estado como de la honestidad de los funcionarios leales a ese régimen

renuncia. El 5 de febrero de 1997, el Congreso Nacional, ante la presión popular y de manera inexplicable, procedió a cesarlo en sus funciones por la causal prevista en el Art. 100 num. 4 de la Constitución Política de la República vigente a la época. La disposición indicaba que *“El Presidente de la República cesará en sus funciones y dejará vacante el cargo: (...) 4. Por incapacidad física o mental declarada por el Congreso Nacional”*⁵. El Art. en mención se refería a las causales para el cese de funciones del Presidente de la República. A más de la que se aludió para la salida de Bucaram existían otras cuatro que detallamos a continuación: *“Terminación del período para el cual fue elegido, muerte, renuncia aceptada por el Congreso Nacional y Destitución o Abandono del Cargo declarado por el Congreso Nacional”*⁶ Inexplicablemente, la carta magna de la época no señalaba el funcionamiento de la sucesión presidencial en el caso de la ausencia definitiva de éste, por lo que el Congreso Nacional, tomando en base al segundo inciso del Art. 1 de la Codificación Constitucional, que plasmaba el principio de la soberanía popular, procedió a:

Designar como Presidente Constitucional Interino de la República del Ecuador, al Doctor Fabián Alarcón Rivera, Presidente del H. Congreso Nacional, para que en el lapso de un año contado a partir de esta fecha, convoque a elecciones generales para designar Presidente y Vicepresidente de la República y Diputados Provinciales, Concejales y Consejeros, quienes deberán posesionarse en el mes de agosto de 1998, de acuerdo con la ley.⁷

No existió fundamentación jurídica que permitiera estas actuaciones, ya que en ninguna parte de la Constitución existía la figura del Presidente Interino, ni tampoco estuvo presente en el espíritu del constituyente que promulgó la norma fundamental o siquiera sus reformas. Además, la misma resolución declaró cesantes de sus cargos al Contralor General del Estado, Superintendentes, Procurador General del Estado y a los vocales del entonces Tribunal de Garantías Constitucionales⁸, que se encontraban en funciones prorrogadas. En el texto de la resolución, se fundamentó la remoción de estos funcionarios en *“(...) que estos organismos de control sean dirigidos por ciudadanos independientes de la influencia del régimen y cumplan con su verdadero cometido”*⁹ (El subrayado es

⁵ Constitución Política de la República del Ecuador reformada de 1996. R.O. No. 969. 18 de Junio de 1996. Art. 100

⁶ Ídem.

⁷ Congreso Nacional del Ecuador. Resolución de Destitución de Abdalá Bucaran. Suplemento Registro Oficial No. 23, 14 de Marzo de 1997, Pág. 2

⁸ La Codificación Constitucional de 1996, procedió a eliminar al Tribunal de Garantías Constitucionales, reemplazando este organismo por el Tribunal Constitucional

⁹ Congreso Nacional Op. Cit. Sup. R.O. 23, 14 de marzo de 1997. Pág. 2

nuestro). Dado que se generó una pugna de poderes ya que la vicepresidenta de la república reivindicó para sí la sucesión presidencial con el respaldo de las fuerzas armadas, el Congreso Nacional emitió una nueva resolución el día 9 de febrero de 1997, en la que se encargó la Presidencia “*de manera temporal, a la Doctora Rosalía Arteaga Serrano, Vicepresidenta Constitucional de la República, por el tiempo limitado, (...) para que el Congreso Nacional designe Presidente Constitucional Interino de la República*”¹⁰. En esta resolución, se dio un paso atrás respecto a la designación del Presidente Interino. Sin embargo, se persistió en esta figura transicional y el adelanto de las elecciones para el año de 1998. Además, respecto de la vicepresidenta de la República, se estableció con claridad que una vez que se haya designado al Presidente Interino de la República, ella regresaría a sus funciones como segunda mandataria, ratificando, de esa manera, la estructura de la función ejecutiva provisional hasta la elección de los mandatarios definitivos. Con todas estas consideraciones, se convocó a un nuevo período extraordinario de sesiones para el once de febrero de 1997. En los tres primeros numerales de la Resolución del Congreso Nacional de esa sesión, se ratificó la designación de Fabián Alarcón como Presidente “Constitucional” Interino, la finalización del encargo en la persona de Rosalía Arteaga y la disposición de adelantar las elecciones para el año de 1998. Por otra parte, el numeral 6 se refería, a los “Compromisos asumidos por el Honorable Congreso Nacional”, entre los que constó de manera especial, la “*convocatoria a la Asamblea Nacional **Constitucional***” que tendría por objeto

(...) Crear por consensos los mecanismos jurídicos y constitucionales para que se convoque a una Asamblea Constitucional con el fin de iniciar y promover una reforma constitucional que permita un cambio estructural del Estado y la sociedad ecuatoriana (...)¹¹ (El subrayado es nuestro).

Esta expresión persiguió la limitación en el ámbito de decisorio que tendría este organismo a instalarse con posterioridad a esas resoluciones y que es fundamental para comprender su naturaleza.

Después de la consumación de las decisiones adoptadas por el Congreso Nacional, se buscó dotar de legitimidad a las mismas, y es así, que mediante Decreto Ejecutivo No. 201, publicado en R.O. de Lunes 7 de Abril de 1997, se convocó a Consulta Popular para el 25 de mayo de 1997, misma que incluyó doce preguntas y una disposición final que obligaba al Congreso Nacional a adoptar las preguntas aprobadas en “(...) *el plazo de 60*

¹⁰ Congreso Nacional. Resolución de ratificación de la destitución de Abdalá Bucaram. Suplemento R.O. No. 23, 14 de marzo de 1997. Pág. 3

¹¹ Congreso Nacional. Op. Cit. Sup. R.O.23, 1997, Pág. 2)

días contados a partir de la publicación de los resultados en el Registro Oficial".¹² La primera y la segunda pregunta tenían su origen en la Resolución del 6 de febrero de 1997 ya que en estas se inquirió respecto ratificar la destitución de Bucaram, la elección de Fabián Alarcón Rivera y la " (...)Convocatoria a una Asamblea Nacional con el exclusivo propósito de reformar la Constitución Política de la República del Ecuador (...)".¹³ Las demás preguntas orientaban el contenido de las futuras reformas constitucionales, que versaban sobre reformas al sistema electoral, a la designación de los miembros de los organismos de control y la Función Judicial.¹⁴ Sin embargo, la composición de la primera pregunta pretendía ratificar al mismo tiempo la destitución de Bucaram y el interinazgo de Alarcón, dos circunstancias que jurídicamente son diferentes, ya que si bien existe una relación de causalidad entre la primera con respecto a la segunda, encierran una naturaleza distinta ya que provienen de una génesis diferente. Dentro del margen de legitimidad, era evidente que prácticamente toda la sociedad ecuatoriana estaba de acuerdo con la salida del Presidente de la República, mientras que existía un porcentaje respetable de ciudadanos que consideraban la elección de Alarcón como contraria a toda noción de juridicidad. Es por esta razón que unos días después, se rectificó el contenido de la pregunta no. 1, separándose los hechos sometidos a escrutinio de la ciudadanía y se consultó por separado tanto la cesión presidencial, como el nombramiento del Presidente Interino.¹⁵ Con todos estos antecedentes, el 25 de mayo de 1997, se realizó el acto electoral, en el que el pueblo ecuatoriano votó afirmativamente por todas las propuestas planteadas.¹⁶ De esta manera logró legitimarse lo actuado en febrero de 1997 y se impulsaron una serie de reformas que se incorporaron a la Codificación Constitucional de 1997 y en la de 1998.¹⁷

Con los resultados de la consulta, y de acuerdo a la Disposición Final contenida en el cuestionario sometido a consideración del electorado, se ordenó que las decisiones adoptadas por la ciudadanía debían incorporarse como reformas a la Constitución en un plazo no mayor a "60 días contados a partir de la publicación de los resultados en el

¹²Presidencia de la República. Decreto Ejecutivo No. 201. Registro Oficial No. 38. 7 de abril de 1997. Pág. 3

¹³ *Ibid.* Pág. 4

¹⁴ Sobre este tema existe una discusión sobre el alcance de la reforma constitucional que cesó a los miembros de la Corte Suprema de Justicia y que dio lugar a la llamada "Corte del 97" y que instituyó la creación del Consejo de la Judicatura

¹⁵ Presidencia de la República. Decreto Ejecutivo No.240. Suplemento R.O No. 49, 22 de abril de 1997. Pág.1

¹⁶ Tribunal Supremo Electoral. Proclamación de resultados de la Consulta Popular del 25 de mayo de 1997. Registro Oficial No. 80, 5 de Junio de 1997.Págs. 11-13

¹⁷ El análisis pormenorizado de estas preguntas no corresponde a este estudio, salvo lo vinculado a la Asamblea Nacional.

Registro Oficial".¹⁸ Es por ello, que a partir de la fecha del plebiscito, se expidieron reformas constitucionales basadas en las preguntas aprobadas. Es así que se elaboró la Décimo Séptima Disposición Transitoria de la Codificación de la Constitución de la República, misma que refería a la integración de la "Asamblea Nacional"¹⁹. En esta disposición, se delimitó expresamente las competencias de este organismo y su sujeción al marco constitucional vigente. Claramente el numeral 4, estableció como única competencia del organismo, la reforma de la Constitución de la República y su imposibilidad de modificar el período de autoridades de elección popular²⁰. Además, en el numeral tercero, se otorgó a la Asamblea Nacional, de manera exclusiva, el poder constituyente derivado, ya que se le privó al Congreso Nacional de esta potestad. A fin de dotar de un marco normativo a la designación de los representantes, se aprobó una "Ley Especial", que fue publicada en el Registro Oficial del 10 de septiembre de 1997. De esta manera, se convocó a elecciones que se desarrollaron el 30 de noviembre. Terminado el proceso electoral, la Asamblea Nacional se instaló en la ciudad de Ambato, el 20 de diciembre de 1998. Mediante resolución expedida el 13 de enero de 1997, este organismo se autodenominó "*Asamblea Nacional Constituyente*"²¹. En un segundo inciso de esa resolución, reiteró su respeto a los demás poderes del Estado, a las dignidades de elección popular tanto nacionales como seccionales y a las personas que en ese entonces desempeñaban como máximas autoridades en los organismos de control.²² El Estatuto Orgánico de la Asamblea Constituyente, se enfocó en el procedimiento de debate y aprobación de las reformas constitucionales, la organización de las comisiones, y el manejo administrativo de la misma. Sin embargo, en determinados artículos se refirió la posibilidad de pronunciarse respecto a temas diferentes a la reforma constitucional, como es el caso del artículo 16 en el que se previó aprobar estos asuntos mediante mayoría simple²³. El acto normativo expedido en virtud de esta norma fueron las "Disposiciones Transitorias que se Aplicarán en las Elecciones de 1998", promulgadas en Suplemento del Registro Oficial No. 265 de

¹⁸ Presidencia de la República. Op. Cit. Pág. 2

¹⁹ Nótese que el legislador omite la expresión "Constituyente", dado que pretende dotarle de una naturaleza de poder constituyente derivado a este organismo, a fin de que no se vea tentado a actuar sobre los poderes constituidos

²⁰ Codificación de la Constitución Política del Ecuador. Suplemento Registro Oficial No. 146. 5 de septiembre de 1997. Disposición Transitoria Décimo Séptima.

²¹ Asamblea Nacional Constituyente. Resolución S/N. Registro Oficial No. 235, 14 de enero de 1998. Pág. 2

²² La Asamblea de 1997 se abstuvo de aducir que estaba ratificando en sus cargos a los titulares de los demás poderes constituidos.

²³ Asamblea Nacional Constituyente. Estatuto Orgánico y de Procedimiento de la Asamblea Constituyente. Registro Oficial No. 240, 21 de enero de 1998. Art. 16

27 de febrero de 1998, y que era un conjunto de disposiciones respecto a la elección de Presidente y Vicepresidente de la República, Legisladores, Consejeros Provinciales y Concejales. El cuerpo normativo aprobado contenía doce disposiciones denominadas como “transitorias”, cinco disposiciones generales y una disposición final. Sobre la naturaleza jurídica de estas “Disposiciones”, no se encuentra ninguna que determine que lo aprobado se agregaba a la Constitución codificada de 1997, para que se enmarquen dentro de la única competencia real de este cuerpo colegiado, que era la reforma constitucional. En todo caso, con salvedad a estas “disposiciones”, los actos emitidos se limitaron a reformar la Constitución vigente (Codificación de 1997), en la que se sustituyó la Disposición Transitoria Décima Cuarta, y la elaboración del texto definitivo que viene a ser la Codificación de la Constitución que entró en vigencia el 10 de Agosto de 1998. Si bien la Disposición Transitoria Décimo Séptima de la Codificación de 1997, refería que la Asamblea se “(...) *disolvería de pleno derecho el 30 de abril de 1998(...)*”²⁴, el texto codificado se aprobó definitivamente el 5 de junio de 1998, 36 días después de que este organismo dejare de existir jurídicamente. Aun así, el nuevo texto codificado entró en vigencia el 10 de Agosto de 1998, fecha en que se posesionó el Presidente electo por el pueblo en elecciones generales, para un período que concluiría el 15 de enero de 2003.

1.1.1.2 La “Sucesión Constitucional” por “abandono del cargo”: Después de los acontecimientos 1997 y 1998, junto con la vigencia de la nueva Codificación Constitucional, el país vivió, durante el año de 1999, la crisis financiera más grave de su historia. Los malos resultados de la política económica, dieron lugar a fuertes presiones sociales. El decreto de la dolarización de la economía²⁵ y el alza de los combustibles generaron un levantamiento indígena y una paralización general de varios grupos sindicales del sector público. El viernes 21 de enero del 2000, los sectores en medida de hecho, se aliaron con un grupo de coroneles del ejército que desconocieron la autoridad civil y se tomaron las instalaciones del entonces Congreso Nacional. Una vez tomado el recinto legislativo, proclamaron la disolución del legislativo y la destitución del Presidente de la República, proclamando un triunvirato conformado por uno de los coroneles alzados, el líder de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) y un ex

²⁴ Codificación de la Constitución Política del Ecuador. Suplemento Registro Oficial No. 146. 5 de septiembre de 1997. Disposición Transitoria Décimo Séptima.

²⁵ Decreto Ejecutivo en el que se eliminó la moneda nacional, el Sucre, para adoptar el dólar de los Estados Unidos de América, anunciado el 9 de enero del 2012.

Presidente de la Corte Suprema de Justicia²⁶. Durante el transcurso del día, se generó un total rechazo hacia la autoridad de facto, por ello el Coronel triunviro, cedió su puesto a favor del entonces Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas. En la madrugada del 22 de enero de 2000, el Jefe del Comando Conjunto, disolvió el triunvirato designado el día anterior, pidiéndose el retorno a la institucionalidad. El Congreso Nacional, mediante resolución número R21-025, declaró el abandono del cargo por parte del Presidente de la República y en consecuencia, se aplicó la sucesión presidencial, al proclamar como Presidente hasta finalizar el período, a Gustavo Noboa, que en ese tiempo era el Vicepresidente Constitucional de la República.²⁷ Dentro de esta resolución, cabe señalar el segundo considerando, ya que fundamenta la declaratoria de abandono del cargo: “(...) *El Presidente Constitucional de la República, Doctor Jamil Mahuad Witt, como es de conocimiento público, ha abandonado el cargo para el que fue democráticamente el elegido (...)*”²⁸. Dentro de las circunstancias en que se dieron los hechos, la forma en la que se desarrolló la sucesión presidencial, al menos aparentemente, recurrió al mecanismo previsto en la Constitución vigente a la época como una salida democrática a la crisis institucional, que sin embargo no deja de ser cuestionada por varios sectores de la sociedad.

Concluido el período presidencial (Enero del 2003), asumió la primera magistratura de nuestro país el Coronel Lucio Gutiérrez Borbúa, ganador de las elecciones que se realizaron en el año 2002, para el período 2003-2007. Debido a que el gobierno no contaba con mayoría en el legislativo, tuvo que realizar varias alianzas con las distintas tiendas políticas representadas en esta función del Estado, para poder impulsar su plan de gobierno. Es así, que a partir de una alianza política con el Partido Roldosista Ecuatoriano²⁹ y otros como el MPD y el PRIAN³⁰, se resolvió reestructurar los organismos de control debido a que “*habían sido designados de manera ilegal*”³¹, en el caso del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo Electoral. Sin embargo, el 8 de diciembre de 2004, el Pleno del Congreso aprobó la Resolución No. 25-181, que cesó de sus funciones a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia que fuera electa de

²⁶ Los miembros del triunvirato fueron Licio Gutiérrez, Antonio Vargas y Carlos Solórzano Constantine, Ex presidente de la Corte Suprema de Justicia.

²⁷ Congreso Nacional. Resolución No. 21-025 Registro Oficial No. 7, 1 de febrero de 2000. Pág. 2

²⁸ *Íbid.*

²⁹ Partido Político de Abdalá Bucaram Ortiz

³⁰ Movimiento Popular Democrático, de tendencia de extrema izquierda y el Partido Renovador Institucional Acción Nacional, impulsado por el Abg. Álvaro Noboa Pontón.

³¹ Congreso Nacional. Resolución No. 25-160. Registro Oficial No. 485. 20 de diciembre de 2004. Pág. 6

conformidad con la forma prevista en la Disposición Transitoria Décimo Sexta de la Codificación Constitucional de 1997. En la parte considerativa de la resolución, se señaló como argumento jurídico a la Disposición Transitoria No. 25 de la Codificación Constitucional de 1998, que estableció la vigencia de las designaciones de autoridades y organismos de control, forzando la interpretación de que los miembros de este máximo tribunal se encontraban con “*funciones prorrogadas*”. La disposición rezaba:

(...) Los funcionarios e integrantes de organismos designados por el Congreso Nacional y el Contralor General del Estado designado, a partir del 10 de agosto de 1998 para un período de cuatro años, en virtud de las disposiciones de esta Constitución, permanecerán en el desempeño de sus funciones hasta enero del año 2003.³²

Del texto invocado, podemos ver que claramente se está señalando a aquellas autoridades que se eligieron en el mes de agosto de 1998 y cuyo período de gestión es de cuatro años. Para este caso, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el Art. 201 de la carta magna vigente a esa época, los magistrados no se encontraban sujetos a un período fijo de duración en el cargo³³. Por ende, estos funcionarios no se encontraban dentro de la norma constitucional que se invocó como fundamento. Igualmente, se alegó, la “*inexistencia*” de un mecanismo previsto en la Constitución, para la selección de los magistrados de la corte, ya que la norma suprema únicamente “*(...)establece, en el artículo 202, el procedimiento para designar a un magistrado, en caso de generarse una vacante*”³⁴. Lo que nos permite concluir, que los legisladores desconocían el mecanismo de la cooptación³⁵, que se determinó en las reformas incorporadas en julio de 1997 para la designación de los miembros de la CSJ³⁶, como consecuencia del plebiscito de ese año. Además, el texto incorporado en 1997 como reforma al Art. 129, se trasladó de manera íntegra al articulado de la codificación de 1998, siendo incorporada la norma en el Art. 202. El espíritu del constituyente de esa época estaba orientado en fijar un procedimiento que se utilizaría por única vez para designar a los magistrados a través de diversas fuentes de la sociedad civil, con el fin que las personas elegidas, evitando la injerencia nefasta de las demás funciones del Estado, en especial la ejecutiva, pudieran designar en el futuro a los nuevos jueces a través del mecanismo de la

³² Constitución Política del Ecuador 1998. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998. Disp. Transitoria Vigésima Quinta.

³³ Constitución Política del Ecuador 1998. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998. Art. 201

³⁴ Constitución Política del Ecuador 1998. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998. Art. 202

³⁵ La cooptación es un sistema de integración de cuerpos colegiados, según el cual los nuevos miembros a incorporar son elegidos por los miembros que ya están en funciones. También abarca el caso en que los miembros de un organismo colegiado eligen a uno de ellos para ocupar una instancia superior de mando.

³⁶ Corte Suprema de Justicia

cooptación, que era visto como más adecuado al principio de independencia interna y externa de la Función Judicial. Basándose en el Art. 12 de la extinta Ley Orgánica de la Función Judicial, norma anterior a la Codificación de 1998, procedieron a designar a los nuevos magistrados, contando con miembros afines a la mayoría que se había pactado. La cuestionable remoción de la Corte, así como la designación de los nuevos magistrados, causó gran alarma en el colectivo social, que se movilizó permanentemente durante los meses siguientes, con el fin de que se proceda a derogar la resolución y se restaure a los anteriores jueces. La tensión social generada por la elección de la Corte Suprema de Justicia tuvo su punto culminante en el mes de abril de 2005, cuando el Presidente de este organismo, resolvió anular los juicios por peculado que pesaban sobre Gustavo Noboa, Alberto Dahik, Ex Vicepresidente de la República y Abdalá Bucaram Ortiz. El retorno de Bucaram produjo un amplio rechazo popular, que resolvió salir a las calles solicitando la destitución del presidente Gutiérrez. Éste, ante esta situación, decretó el Estado de Emergencia en el Distrito Metropolitano de Quito. En el artículo 2 de este decreto, el Presidente de la República resolvió, “(...)Ante el expreso mandato y voluntad soberana del pueblo ecuatoriano y en cumplimiento del Deber del Estado de reconocer y garantizar el Derecho a la seguridad jurídica(...)”³⁷, declarar cesantes a los miembros de la Corte Suprema de Justicia designados por el Congreso del 2004. Esta decisión abiertamente infractora del orden constitucional profundizó la crisis política y el enfrentamiento social, por este motivo el decreto fue derogado al día siguiente de su expedición. El 20 de abril del 2005, el Congreso Nacional, resolvió, declarar el abandono del cargo del Presidente de la República, y la aplicación de la sucesión presidencial en la persona del entonces Vicepresidente de la República Alfredo Palacio. La legalidad y constitucionalidad de la decisión del legislativo quedó sumamente en entredicho, ya que Gutiérrez nunca expresó su voluntad de abandonar las funciones de Presidente de la República, cosa que sí aconteció cuando culminó el gobierno de Mahuad. Ante este caos institucional, regresó con fuerza al debate la necesidad de una nueva Asamblea Constituyente que realice nuevos cambios a la carta magna de la república, y que fuera la tónica del debate, tanto del gobierno de Alfredo Palacio, como el de las elecciones que se llevarían a cabo en el año 2006.

³⁷ Presidencia de la República. Decreto Ejecutivo No. 2752. Registro Oficial No.12. 6 de mayo de 2005. Pág. 6

1.1.1.3 El camino hacia la “Refundación del Estado Ecuatoriano”: Antes de la caída del Presidente Lucio Gutiérrez, desde el ámbito académico y las organizaciones sociales, proliferó el análisis y propuesta de generar una amplia reforma en el texto de la norma fundamental del Estado, tanto desde el ejercicio pleno de los derechos y fundamentalmente a la designación de los organismos de control, como de las funciones del estado, con el objetivo de poner fin a la inestabilidad institucional que aquejaba por diez años al país. Hasta los acontecimientos previos a la ruptura de 2004, se coincidía en seguir el camino que prescribían los artículos 281 a 283 de la Codificación de 1998 que prescribían el procedimiento de reforma de la norma fundamental. Un sector minoritario, que partía del supuesto de la necesidad de una “Refundación de la República”, consideraba necesario llamar al Poder Constituyente Originario y convocar a una Asamblea Constituyente que reestructure totalmente el aparataje estatal. Después de la caída de Gutiérrez, el sentimiento de confianza de la población respecto a las instituciones democráticas y a las organizaciones políticas formales (Partidos Políticos) decreció significativamente, por lo que este discurso de ruptura fue cobrando fuerza. En afán de conseguir legitimidad, el gobierno de Alfredo Palacio ofreció iniciar el proceso de convocatoria a una nueva constituyente. Para iniciar este proceso, encargó al Vicepresidente de la República y al Consejo de Modernización del Estado (CONAM), receptar todas las propuestas de la ciudadanía que servirían como insumos de la nueva reforma constitucional.³⁸ Posteriormente a esto, mediante Decreto Ejecutivo No. 705 de 17 de octubre de 2005, publicado en Registro Oficial No. 133 de 26 de Octubre de 2005, resolvió convocar a los ciudadanos a una consulta popular, que contenía la siguiente pregunta:

¿Autoriza usted que se convoque la instalación de una Asamblea Nacional Constituyente que transforme la nación, reestructure el Estado Ecuatoriano y expida la Constitución que anhela el pueblo del Ecuador; Asamblea que será elegida de conformidad con el siguiente Estatuto Electoral?³⁹

La convocatoria se fundamentó principalmente, en la atribución del Presidente de la República para convocar a la consulta popular, que se encontraba contenido en el Art. 104 de la Constitución vigente a esa época. El contenido del artículo mencionado era el siguiente:

Art. 104.- El Presidente de la República podrá convocar a consulta popular en los siguientes casos:

³⁸ Presidencia de la República. Decreto Ejecutivo No. Registro Oficial No.141. de 2005.Pág.7

³⁹ Presidencia de la República. Decreto Ejecutivo No. 705 Registro Oficial No. 133. 26 de Octubre de 2005. Pág.9

1. Para reformar la Constitución, según lo previsto en el Art. 283.
2. Cuando, a su juicio, se trate de cuestiones de trascendental importancia para el país, distintas de las previstas en el número anterior.⁴⁰ (El subrayado es nuestro)

El texto del decreto ejecutivo, en su parte considerativa, interpretó el asunto de convocatoria a Asamblea Nacional Constituyente, como uno de “*trascendental importancia para el país*”. Sin embargo, el Tribunal Supremo Electoral remitió el texto del decreto a la función legislativa, considerando que el texto planteado por el ejecutivo se debía interpretar como una reforma constitucional, la cual, de acuerdo al Art. 283 de la Constitución de 1998, para ser aprobada mediante referendo, requería previamente de una calificación de urgencia por parte del Congreso Nacional. Éste, mediante Resolución No. 26-082, de 27 de octubre de 2005, resolvió impedir de toda forma la realización de este proceso electoral. En el numeral dos de la resolución legislativa el Congreso decidió:

Exhortar al Poder Ejecutivo y a la ciudadanía en general, a someternos al marco constitucional vigente, el mismo que fue producto de la consulta popular y la Asamblea Nacional del año 1997; así como responsabilizar al Gobierno por los efectos impredecibles que pueda generar la pública incitación al caos y a la violencia efectuada por el Primer Mandatario.⁴¹

A través de esta exhortación, el Congreso Nacional dejó en claro que no admitiría un proceso constituyente que no estuviere apegado a lo establecido en la carta magna, circunscribiendo cualquier reforma al poder constituyente derivado. Como motivos políticos que fundamentaron la resolución del legislativo, podemos encontrar que el texto del estatuto establecía ambigüedades que daban a entender que la Asamblea ejercería poderes ilimitados que implicaban intervenciones sobre las instituciones del Estado, debido a conceptos ambiguos como la “transformación de la nación” y “reestructuración del Estado”, que podían implicar actuaciones sobre los poderes constituidos. En cuanto a la integración y demás aspectos orgánicos de este cuerpo colegiado, el Estatuto establecía muy pocos elementos regulatorios, lo cual profundizaba las incertidumbres respecto al funcionamiento de esta Asamblea.

De esta manera culminó la iniciativa del ejecutivo de llevar a cabo la Asamblea Constituyente y aparentemente, la posibilidad de que las reformas en la estructura estatal se llevaran a cabo a través de ese organismo. En el año 2006, se llevaron a cabo elecciones generales en las que resultó triunfador Rafael Correa Delgado, quien no presentó candidato alguno al Congreso Nacional, ya que como principal propuesta de campaña ofreció, la convocatoria a una “*Asamblea Constituyente de plenos poderes*” que refundaría el

⁴⁰ Constitución Política del Ecuador 1998. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998. Art. 283

⁴¹ Registro Oficial No.141, 2005, Pág.8

Ecuador. Una vez que asumió la Presidencia de la República, mediante Decreto Ejecutivo No. 002, de 15 de Enero de 2007, resolvió, invocando el Art. 104 num. 2 de la norma fundamental, la convocatoria a una Asamblea de plenos poderes que funcionaría de acuerdo a un Estatuto que se adjuntaba al referido Decreto.

1.1.2 EL ESTATUTO DE FUNCIONAMIENTO DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE

El proceso constituyente que vivimos en el Ecuador desde el 2007 hasta octubre del 2008⁴², tuvo su origen en los hechos que citamos anteriormente. Después de diez años de profunda inestabilidad política y fracaso en el sistema político, las instituciones del Estado quedaron sumamente debilitadas por visualizarse en el pueblo como las más puras evidencias de la decadencia del sistema. Con este escenario político se posicionó el discurso de “Refundar La Patria”. El Presidente Correa expidió el Decreto Ejecutivo No. 002, en el que basado en el Art. 104 Num. 2 de la Constitución de 1998, convocó a los ciudadanos a pronunciarnos sobre la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente de acuerdo a un “Estatuto de Funcionamiento” que se adjuntaba al texto del decreto. Desde ese momento, se inició una larga pugna por lograr la realización de la Consulta Popular. Esta pugna tuvo su punto culminante cuando el Presidente de la República publicó la última codificación del estatuto, que fue aceptada por el Tribunal Supremo Electoral TSE. Como consecuencia de esto, una mayoría legislativa aprobó la destitución del órgano electoral sin emplear el mecanismo del juicio político, con el fin de evitar el plebiscito. El TSE como respuesta, destituyó a 57 legisladores que supuestamente votaron a favor de la remoción de los vocales, interpretando de manera curiosa un artículo de la Ley Electoral que permitía al TSE destituir a los funcionarios que obstruyeran la realización de un proceso electoral. Esta disposición fue apoyada por grupos políticos afines al gobierno, que arremetieron con violencia contra los diputados defenestrados. El 18 de abril de 2007, se aprobó por una mayoría del 81% del electorado la Convocatoria a la elección de representantes e instalación de una “Asamblea Constituyente de Plenos Poderes”.⁴³ De esta manera, en septiembre de 2007 se realizaron los comicios para la designación de representantes a la Asamblea y la instalación procedió en el mes de noviembre de ese

⁴² Tomando en cuenta el día en que se promulgó la Constitución en Registro Oficial No 449 de 20 de Octubre de 2008.

⁴³ Tribunal Supremo Electoral. 2007

mismo año. El Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea y su proceso de aprobación se fundamentan como elementos necesarios para comprender el actuar del Órgano Colegiado, ya que podremos analizar los límites bajo los cuales el ejecutivo estableció los términos de actuación de la Asamblea y sus potestades.

1.1.2.1 La Aprobación del Estatuto: El proceso de aprobación del Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, fue sin lugar a dudas, uno de los procesos más traumáticos para la institucionalidad en el país. El acto inicial en este proceso de aprobación fue la expedición del Decreto No 02, de fecha 15 de enero de 2007, en el que se convocó al pueblo del Ecuador, a votar sobre la convocatoria al poder constituyente originario, de acuerdo con las reglas establecidas en un “Estatuto Electoral” que se anexaba al texto del Decreto. Dentro de la parte considerativa de este instrumento, podemos definir que existen fundamentaciones fácticas y fundamentaciones normativas. Las fundamentaciones fácticas se hallan inmersas en los primeros dos considerandos, en los que se señala como antecedentes a la última década de inestabilidad política vivida en el país, la falta de una respuesta institucional y hasta popular a esta falta de gobernabilidad. Además, fundamentó como hecho sustancial el mandato político que se generó el 26 de Noviembre de 2006, cuando el pueblo ecuatoriano eligió mayoritariamente a la candidatura del Movimiento Alianza País y por ende al programa de gobierno que había sido propuesto por el binomio Correa-Moreno⁴⁴. Se redactó un brevísimo análisis jurídico en el que señaló los “defectos sustanciales” de la Codificación Constitucional de 1998, y luego de mencionar al pueblo como sujeto constituyente⁴⁵, invocó al Art. 21 Numeral 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 1 (Soberanía Popular), 119 (Principio de legalidad y constitucionalidad de los poderes públicos), 171 Num. 6 y 104 Num. 2 (Potestad del Presidente de Convocar a Consulta Popular) de la Constitución de la República como bases jurídicas de la convocatoria. La pregunta establecida en el texto del decreto denotaba la intención de convocar al poder constituyente ordinario, ya que establecía en primer lugar, la convocatoria e instalación de una Asamblea Constituyente de Plenos Poderes⁴⁶. En segundo lugar, se agregó la expresión “*De conformidad con el Estatuto Electoral que se Adjunta*”⁴⁷ delimitando el marco regulatorio mediante el que se

⁴⁴ Presidencia de la República. Decreto Ejecutivo No. 02. Registro Oficial No.8. 25 de enero del 2007. Pág. 3

⁴⁵ Titular del Poder Constituyente

⁴⁶ Frase que da a entender las potestades ilimitadas que tendría este organismo.

⁴⁷ Presidencia de la República. Decreto Ejecutivo No. 02 Registro Oficial No.8. 25 de enero del 2007. Pág. 4

designaría los miembros de este cuerpo colegiado. En tercer lugar se estableció la finalidad de la existencia de este organismo, mismo que se tradujo en dos metas: la primera consistente en “*transformar el marco institucional del Estado*” y el segundo que era elaborar “*una nueva Constitución*”, lo cual, perseguía una intervención en los poderes constituidos del Estado. Finalmente, el decreto presentaba el texto propuesto para ser aprobado como “Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Constituyente”. De este primer texto sometido al escrutinio público podemos extraer las siguientes características:

1.1.2.1.1 Naturaleza, Titularidad, Limitaciones: Reitera al pueblo como sujeto constituyente, único titular del poder constituyente, que dota a este organismo de las atribuciones para “*transformar el marco institucional del Estado y elaborar una nueva Constitución*”⁴⁸. En segundo lugar, supedita los plenos poderes al respeto a los derechos fundamentales e incluso ordena profundizar el contenido de los mismos en sentido progresivo. (Ídem.). Finalmente establece una clara diferenciación en cuanto al ejercicio de las atribuciones otorgadas al cuerpo colegiado, ya que exclusivamente señala que “*El texto de la Nueva Constitución será aprobado mediante Referéndum Aprobatorio*”⁴⁹, identificando plenamente como sujeto del Acto Constituyente al pueblo ecuatoriano.⁵⁰ En cuanto a la atribución de transformar el marco institucional del Estado, que podría ser entendido como la elaboración de una nueva carta magna, no menciona absolutamente nada, dando lugar a comprender que los actos encaminados a esta atribución serían aprobados directamente por la Asamblea y su vigencia se daría de forma inmediata. Esta distinción hace entender que el organismo constituyente intervendría en los poderes constituidos, de ser necesario, con la finalidad de aplicar el segundo objetivo.

1.1.2.1.2 Duración: El Art. 2 de este cuerpo normativo, prescribió que la duración de la Asamblea Nacional Constituyente sería de 180 días contados desde su instalación, con la opción de prorrogarse por un período no mayor a 60 días a partir de la finalización del plazo antes mencionado. El texto del artículo señaló que este cuerpo colegiado entraría en receso desde la culminación del plazo establecido hasta la aprobación de la nueva carta fundamental mediante referéndum. Esta norma daba a entender un nuevo período de

⁴⁸ Presidencia de la República. Decreto Ejecutivo No. 02 Registro Oficial No.8. 25 de enero del 2007. Pág. 4

⁴⁹ *Íbid.*

⁵⁰ La importante referencia a si la Asamblea Constituyente de 2008, ejerció efectivamente poder constituyente, la analizamos en el punto 1.3 de este capítulo

funcionamiento de la Asamblea Constituyente, ya que no se establecía con claridad la situación del órgano en caso de que la Consulta Popular arrojara un resultado negativo respecto del nuevo texto constitucional. Cabe mencionar que finalmente esta disposición se agregó al texto de la nueva Constitución, en la parte correspondiente al Régimen de Transición.

1.1.2.1.3 Integración: Llama la atención de manera especial el hecho de que se pretendió en primer lugar una integración de 87 Asambleístas Constituyentes, ya que este número era menor al total de Diputados integrantes del Congreso Nacional. Dentro de esta consideración se establecieron tres Distritos electorales para la designación de los representantes a este órgano: uno de carácter nacional de 28 representantes, uno provincial en el que se hacía una distribución poblacional proporcional a la población de cada circunscripción poblacional y además se mantenía el criterio territorial, y uno de circunscripción especial en el exterior distribuido por los distritos de la porción correspondiente a 1 por los migrantes de Europa y 1 por los migrantes de los otros países de América Latina, cosa inédita en la historia del país.

1.1.2.1.4 Adjudicación de escaños: El decreto previó la utilización de dos métodos de asignación de escaños. Es así que para los Asambleístas de circunscripción nacional y provincial, que correspondían a elecciones pluripersonales, se estableció la utilización del método proporcional, es decir “(*...*), *asignándolos proporcionalmente conforme al número de votos que obtenga cada lista y asignando los escaños a los candidatos más votados(...)*”⁵¹. La redacción del texto en el artículo citado genera confusión fundamental, ya que al referirse al método de asignación de escaños, se refiere de manera general “al método proporcional”, que en doctrina electoral, se comprendería que es un género que engloba varias metodologías por las cuales asignar los escaños en un balotaje pluripersonal⁵², por lo que, se describía la naturaleza del método de manera general, remitiendo al Tribunal Electoral la obligación de reglamentar este particular. En cuanto a la designación de los Asambleístas de la circunscripción del exterior, al ser elecciones unipersonales, se optó por la elección del que obtenga mayor número de votos. Este elemento es de consideración debido a que en las reformas posteriores a este decreto, se aumentó la representación de los ecuatorianos en el exterior y se decidió mantener el

⁵¹ Presidencia de la República. Decreto Ejecutivo No. 02 Registro Oficial No.8. 25 de enero del 2007. Pág. 5

⁵² En materia electoral, los métodos proporcionales procuran reflejar las preferencias políticas de la población en la asignación de los escaños del cuerpo colegiado a elegirse.

método mayoría, generando un criterio completamente reñido con los principios del sistema electoral previstos en la Constitución de la República⁵³.

1.1.2.1.5 Funcionamiento de la Asamblea y Régimen Interno: Del artículo 9 al 11 del Estatuto de Elección de los representantes a la Asamblea, se incorporaron ciertas normas tendientes a regular el funcionamiento interno de la Asamblea, ya que establecieron reglas respecto a la primera sesión (comisión de instalación), y la estructura directiva es este organismo (Una Presidencia, Dos Vicepresidencias, Dos vocalías). Asimismo, el inciso final del Art. 9 del Estatuto, evidenció la necesidad de un marco regulatorio que incluso permita delimitar las mismas atribuciones de la Asamblea Nacional. Es así que el inciso final del artículo mencionado refería que:

(...) En el plazo de 7 días, la Asamblea Constituyente debatirá y aprobará por mayoría absoluta de los presentes su Reglamento de Funcionamiento Interno, a partir de la propuesta que presente la Comisión Directiva”⁵⁴

A futuro estas disposiciones no recibirían mayor modificación. Sin embargo, el Reglamento que fuere aprobado en Montecristi, pudo dar lugar a la aprobación de los Mandatos Constituyentes.

1.1.2.1.6 Quórum de aprobación de las decisiones de la Asamblea: Del artículo 10 de este primer estatuto, se denota una contradicción o confusión en lo que se puede entender como quórum de instalación y el quórum de aprobación. El primer inciso utiliza la expresión “Discutir y Aprobar” con lo que se entiende que tanto para la apertura del debate como la adopción de la iniciativa debe contarse con igual número de miembros del cuerpo colegiado, y para el caso del inciso hablaríamos de mayoría absoluta (mitad más uno del total de miembros del cuerpo colegiado). Sin embargo, el inciso segundo contradice el primero, ya que establece la mayoría simple para la toma de decisiones, en abierta contradicción con el inciso primero de la siguiente codificación.

1.1.2.1.7 Aspectos Electorales: Dado que el instrumento promulgado por el Presidente de la República es principalmente un estatuto electoral, el capítulo cuarto se refiere exclusivamente al aspecto electoral organizativo de la elección de los representantes a la Asamblea Constituyente. En este se agregan los siguientes elementos: i) Las elecciones a Asambleístas se convocarían en los ocho días siguientes a la promulgación de los resultados de la Consulta. ii) En cuanto a la inscripción de las candidaturas se establecía

⁵³ El Art. 99 de la Constitución de 1998 consagraba el principio de representación proporcional de las minorías. El método mayoría atenta directamente contra este principio.

⁵⁴ Presidencia de la República. Decreto Ejecutivo No. 02 Registro Oficial No.8. 25 de enero del 2007. Pág. 5

que podían participar los movimientos y partidos políticos de conformidad con la legislación electoral vigente en ese momento. En cambio, los movimientos ciudadanos, debían respaldar sus candidaturas con firmas equivalentes al uno por ciento del padrón electoral de la circunscripción territorial de las candidaturas. A más de ello se estableció el respeto a la cuota de género y se agregó una cuota “generacional”, ya que se exigía que el 50% de la lista esté conformada de personas menores de 45 años⁵⁵. Esta condición es interesante, ya que este tipo de cuota de participación no había sido exigida en períodos electorales anteriores. Con motivo de esto, es menester señalar que en los requisitos para la postulación a asambleísta, este primer estatuto, mantuvo los requisitos que determinaba la codificación constitucional de 1998 para acceder al cargo de diputado. Posteriormente veremos que se eliminó la cuota generacional⁵⁶ en las siguientes ediciones del estatuto y en cambio, se redujo el requisito para acceder a una candidatura a Asambleísta. iii) Se estableció por primera vez, la financiación estatal exclusiva de la publicidad electoral en prensa escrita, radio, televisión y vallas publicitarias además de la prohibición de donaciones, dádivas o regalos de los candidatos hacia la ciudadanía, con la consecuente sanción de exclusión del proceso electoral a las listas que incumplieren con las disposiciones referentes a esta temática. iv) Se estableció que las elecciones se desarrollarían 125 días después de la convocatoria realizada por el Tribunal Supremo Electoral v) Se definió como fecha de instalación de la Asamblea a los diez días posteriores a la publicación de los resultados oficiales definitivos de la elección de Asambleístas.

1.1.2.1.8 Referéndum Aprobatorio: El Artículo 23 del Estatuto previó la aprobación del texto de la Nueva Constitución que preparare la Asamblea Constituyente en un referendo que se desarrollaría 45 días después de que se aprobase el texto constitucional en el cuerpo colegiado. Para que la Nueva Constitución sea aceptada se debía contar con el voto favorable de la mayoría de los sufragantes, es decir, los votos afirmativos debían superar a los votos negativos, nulos y blancos. Este parámetro se mantuvo idéntico hasta el texto que finalmente fue puesto en consideración de la ciudadanía en la consulta de abril de 2007.

⁵⁵ Presidencia de la República. Decreto Ejecutivo No. 02 Registro Oficial No.8. 25 de enero del 2007. Pág. 3

⁵⁶ Véase el Art. 13 Inc. Tercero del Decreto Ejecutivo No. 002 con la primera convocatoria a la Asamblea Constituyente

Ante las primeras críticas que se dieron al primer texto del Estatuto Electoral, el 23 de enero del 2007, se expidió el Decreto Ejecutivo No. 54, que contuvo las siguientes reformas:

I. Se modificó la integración del organismo, quedando en un número de 130 asambleístas distribuidos en 100 asambleístas provinciales que coincidían con la integración del Congreso Nacional de ese entonces, 24 asambleístas de circunscripción nacional, que coincidía en ese momento con la aspiración de Santo Domingo de los Colorados y de la Península de Santa Elena de convertirse en provincias⁵⁷. Finalmente se reestructuró la circunscripción del exterior y se dispuso la elección de seis representantes divididos en dos por la región de Europa, dos por la región de Estados Unidos y Canadá, y dos por América Latina. Para el caso de los funcionarios públicos se dispuso la aplicación de las condiciones y requisitos exigidos por la Constitución y la Ley Electoral a estas personas para presentar sus candidaturas⁵⁸

II. Se eliminó el texto que refería al receso de la Asamblea Constituyente a partir de la culminación de la elaboración del texto constitucional, a fin de evitar la incertidumbre que generaba el Estatuto anterior

III. Se redujo la edad mínima para ser Asambleísta de 25 años a 20, y se mantuvo la cuota generacional

IV. Se corrigió el quórum aclarando que las decisiones se tomarían por mayoría absoluta (Mitad más uno de los miembros de la Asamblea)

V. En cuanto a la inscripción de candidaturas se dispuso que tanto partidos y movimientos políticos así como ciudadanos debían presentar firmas de respaldo para la candidatura en todas las circunscripciones electorales, incluida la del exterior.

Al día siguiente de la expedición de este decreto, el Tribunal Supremo Electoral, mediante Oficio No. 059-P-JAC-TSE-2007, remitió al Congreso el expediente con la Convocatoria a Asamblea Constituyente por considerarlo como un caso de reforma constitucional y por ende, sujeto al procedimiento del Art. 283 de la Constitución vigente a esa época que ordenaba: “(...) *El Presidente de la República, en los casos de urgencia, calificados previamente por el Congreso Nacional con el voto de la mayoría de sus integrantes, podrá someter a consulta popular la aprobación de reformas*

⁵⁷ En el Año 2007, efectivamente, el Congreso Nacional, entre sus últimas actuaciones, procedió a aprobar la creación de las provincias de Santo Domingo de los Tsáchilas y de Santa Elena.

⁵⁸ Presidencia de la República. Decreto Ejecutivo No. 54. Registro Oficial No. 12, 31 de enero de 2007, Pág. 7

constitucionales.(...)”⁵⁹. De esta manera, el progreso del trámite parecía entramparse en una legislatura conformada íntegramente por fuerzas opositoras al régimen. Sin embargo, durante esos días, grupos sociales identificados con ideas de extrema izquierda, ejercieron una presión incontenible tanto en el Tribunal Supremo Electoral como en el Congreso Nacional. Es así que en sesión de 13 de febrero del 2007, el pleno de la legislatura resolvió:

Calificar de urgente la convocatoria a consulta popular para que el pueblo se pronuncie sobre la instalación de una Asamblea Constituyente de plenos poderes para transformar el marco institucional del Estado y para elaborar una nueva Constitución, respetando la voluntad popular expresada en las urnas tanto el 15 de octubre como el 26 de noviembre del año 2006.⁶⁰

Se condicionaron algunas reformas más al Estatuto para dar vía libre al Estatuto Electoral, que son las siguientes:

1. Se estableció que tanto la nueva Constitución como la transformación del marco institucional del Estado entren en vigencia con la aprobación del texto constitucional. Esta reforma pretendió asegurar que la Asamblea Constituyente no actuaría sobre los poderes constituidos, en especial la función legislativa, ya que existía como antecedente el texto incorporado en el primer Estatuto que pretendía el receso de la Asamblea Constituyente hasta la aprobación de la Constitución en referéndum, lo que implicaba, que en caso de una negativa ciudadana al proyecto sometido a votación, la Asamblea vuelva a reinstalarse indefinidamente ⁶¹. Además, dentro del discurso político se estaba manejando la teoría de los “poderes absolutos de la Asamblea Constituyente”, en la que sus defensores, afines a la tendencia que convocó a la consulta, proponían la disolución del Congreso y la remoción de los titulares de los organismos de control, cuestión que evidentemente aconteció.

2. Se eliminó la cuota generacional

3. Se dispuso un requisito de residencia de dos años para las representaciones provinciales y del exterior

4. Se volvió a eliminar el requisito del 1% de firmas a los partidos y movimientos políticos, aunque se incluyó la eliminación a los movimientos ciudadanos.

⁵⁹ Constitución Política del Ecuador 1998. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998. Art. 283

⁶⁰ Congreso Nacional. Resolución No. R-28-038. Suplemento de Registro Oficial No.25. 21 de febrero de 2007. Pág. 2.

⁶¹ El Artículo 2 del Estatuto presentado en el Decreto Ejecutivo No. 002, establecía que “(...) La Asamblea Constituyente entrará automáticamente en receso una vez cumplido el plazo anterior y solo se disolverá cuando la nueva Constitución sea aprobada en Referéndum. (Sup. Reg. Of. No. 8, 2007, 4)

5. Se agregó condiciones de equidad en las franjas publicitarias electorales

6. Y se aumentó el plazo para las elecciones de asambleístas de 125 a 150 días contados desde la publicación de resultados de la Consulta.

Con estas reformas, se remitió el texto al ejecutivo a fin de que realice la codificación del Estatuto Electoral para la convocatoria definitiva.

Una vez remitida la resolución legislativa, el Tribunal Supremo Electoral, mediante Resolución PLE-TSE-13-13-2-2007 de 13 de febrero del 2007, convocó a los ciudadanos en capacidad de votar, para que se pronuncien en consulta popular sobre la conveniencia de aprobar la elección y aprobación de una Asamblea Constituyente de “Plenos Poderes” para el día 15 de Abril del 2007, con la consecuente aceptación del Estatuto Electoral que se adjuntaba a la papeleta. Para efectos de indicar el texto definitivo del Estatuto, el TSE remitió el texto al ejecutivo, a fin de que éste lo codifique. Es así, que con fecha 27 de febrero del 2007, el Presidente de la República, expidió el Decreto Ejecutivo No. 148, que contenía la codificación del Estatuto Electoral. Sin embargo, el ejecutivo no respetó a cabalidad las reformas incluidas por el legislativo en la resolución de calificación de urgencia, ya que no modificó el texto en cuanto se refiere al requisito de la presentación de firmas como respaldo para la calificación de las candidaturas a Asambleístas Constituyentes. Es menester señalar, que la Presidencia de la República, en la parte considerativa del decreto, omitió el señalar que la calificación de urgencia aprobada por el Congreso, *“se enmarcaba, en la reforma del Estatuto Electoral”*⁶². por lo que se puede expresar que esta decisión del órgano legislativo se encontraba condicionada al acatamiento de las enmiendas que se impusieron al texto. En vez de ello, señaló en un considerando *“(…) conveniente recoger las diferentes opiniones de diversos sectores políticos y sociales a fin de mejorar el funcionamiento e instalación de la Asamblea Nacional Constituyente (…)*⁶³, interpretando las reformas como meras sugerencias del Pleno del legislativo para mejorar el articulado del Estatuto Electoral. Una vez expedido el decreto, éste fue remitido al TSE para incorporarlo a la convocatoria efectivamente realizada por este organismo mediante resolución No. **PLE-TSE-2-1-3-2007** de 1 de marzo del 2007. Este acontecimiento disgustó a los legisladores. Es por este motivo que en sesión del 8 de marzo del 2007, mediante Resolución No. 28-053, el Congreso Nacional,

⁶² Congreso Nacional. Resolución No. R-28-038. Suplemento de Registro Oficial No.25. 21 de febrero de 2007. Pág. 2.

⁶³ Codificación del Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente. Segundo Suplemento Registro Oficial No 33, 5 de Marzo de 2007. Considerando Sexto

resolvió *"la pérdida de calidad de representante del Vocal del Partido Sociedad Patriótica ante el Tribunal Supremo Electoral por haber incumplido con los mandatos constitucional y político asignados"*⁶⁴ al Doctor Jorge Acosta, Presidente del TSE, y la correspondiente principalización del vocal suplente, lo que implicaba en otros términos, la destitución del cargo. De esa manera se pretendió suspender el proceso electoral, que según los legisladores, se encontraba viciado. Como contestación a esta decisión, el pleno del Tribunal Supremo Electoral, mediante Resolución No. **PLE-TSE-2-7-3-2007**, de 8 de marzo del 2007, resolvió destituir y suspender los derechos políticos en el lapso de un año, en virtud ⁶⁵de la Ley Orgánica de Elecciones, a 57 diputados que supuestamente habían votado a favor de la remoción de las autoridades electorales. La destitución de los 57 diputados generó una crisis institucional que fue resuelta de forma polémica, con la principalización de los suplentes. Con un Congreso Nacional sumamente debilitado, y una clara ruptura al orden constitucional, el Ecuador acudió a las urnas el 15 de abril de 2007, para resolver de manera afirmativa, con un voto favorable del 81%, la convocatoria a las elecciones para representantes a la nueva Asamblea Constituyente, que se instalaría en el mes de noviembre del 2007, con una amplia mayoría del movimiento de gobierno.

1.1.2.2 El Estatuto como instrumento de delimitación del Poder Preconstituyente y como norma jurídica: Como consideración fundamental a lo que nos atañe, debemos analizar varias situaciones que implicaron la aprobación del texto del Estatuto de funcionamiento de la Asamblea, ya que debemos partir de algunos supuestos que nos permiten contextualizar la naturaleza que se otorgó al organismo que sería llamado a debatir el contenido de la nueva carta fundamental del Estado.

En primer lugar, podemos ver que la convocatoria e instalación de una Asamblea Constituyente, no se encontraba prevista en la Codificación Constitucional del año 1998, ya que únicamente, en el capítulo referente a la reforma de la Constitución, establecía procedimientos que se enmarcaban en el ámbito del poder constituyente derivado. Los mecanismos de reforma existentes, únicamente otorgaban competencia a poderes

⁶⁴ Resoluciones No. 28-053 y 28-054 del Congreso Nacional citadas en Resolución PLE-TSE-2-7-3-2007. Registro Oficial No. 39, 12 de marzo de 2007, Pág. 2

⁶⁵ EL Artículo 155 lit. e) de la Ley Orgánica de elecciones, publicada en Registro Oficial No. 117 de 11 de Julio de 2000 establecía que *"la autoridad, funcionario o empleado público extraños a la organización electoral que interfiera el funcionamiento de los organismos electorales, serán reprimidos con la destitución del cargo y la suspensión de los derechos políticos por el tiempo de un año."*

constituidos ordinarios, como eran el trámite en el legislativo y el referendo. Es así que el Art. 280 establecía que *“La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso Nacional o mediante consulta popular”*⁶⁶ Respecto al trámite legislativo, se debía seguir el procedimiento previsto para la aprobación de las leyes, con la diferencia de que el segundo debate debía realizarse un año después del primero, para que una vez aprobado el texto de reforma, éste pase a sanción u objeción del poder ejecutivo⁶⁷. En cuanto a la iniciativa para el referendo, se plantearon dos supuestos en los cuales se podría efectuar este método, los mismos que comprendían, en el primer caso, la iniciativa exclusiva al Presidente de la República con una calificación de urgencia aprobada por el legislativo por mayoría absoluta⁶⁸ (Ídem, Art. 283 Inc. 1º) y para el segundo caso, el hecho de que la legislatura no se pronuncie respecto de un proyecto de reformas en un plazo de ciento veinte días contados después del vencimiento del plazo de espera que se encontraba previsto en el Art. 281⁶⁹. Además de ello, la norma que estamos citando definía expresamente que lo que se sometería a consideración del pueblo serían textos concretos que se incorporarían directamente a la Constitución en caso de su aprobación⁷⁰. Dado este antecedente, podemos concluir que el marco constitucional vigente a la fecha en que se expidió el Decreto Ejecutivo N° 02, no podía regular aspecto alguno relacionado con la convocatoria al poder constituyente originario, cosa que además sería un contrasentido por las mismas cualidades inherentes a éste.

En segundo lugar, podemos considerar que el ejecutivo no persiguió ejercitar el procedimiento ordinario de reforma constitucional que estaba previsto en la carta magna, ya que únicamente se citaron aspectos dogmáticos de la soberanía popular y la norma constitucional que facultaba al Presidente de la República preguntar al pueblo para pronunciarse sobre aspectos de importancia para el país, demostrando una intencionalidad inequívoca de establecer un nuevo ordenamiento jurídico para el Estado ecuatoriano. Por este motivo, en el Art. 4 del Decreto, se dispuso *“Remitir al Honorable Congreso Nacional copia auténtica del presente decreto para su conocimiento.”*⁷¹, de manera que el legislativo fue únicamente “comunicado” de la decisión presidencial, que dispuso

⁶⁶ Constitución Política del Ecuador 1998. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998. Art. 283

⁶⁷ *Íbid.* Art. 280

⁶⁸ *Íbid.* Art. 283 Inc. Primero

⁶⁹ *Íbid.* Art. 281

⁷⁰ *Íbid.* Art. 283 Inc. Tercero

⁷¹ Presidencia de la República. Decreto Ejecutivo No. 02 Registro Oficial No.8. 25 de enero del 2007. Pág. 4

directamente al Tribunal Supremo Electoral la organización del proceso electoral. Como hemos señalado con anterioridad, el ejecutivo tomó como “opiniones” de los distintos sectores de la sociedad a las disposiciones resueltas por el Congreso, tanto así que no incluyó en el texto definitivo del estatuto lo concerniente al requisito de firmas para la inscripción de candidaturas para los representantes a la Asamblea Constituyente. Es evidente que la intención estaba abiertamente orientada a que este organismo actúe por fuera del ordenamiento jurídico, como efectivamente aconteció.

Dadas estas condiciones, es clarísimo comprender que el gobierno de Rafael Correa pretendió desde el primer momento, en consecuencia de lo proclamado durante las elecciones presidenciales, generar una convocatoria para que se conforme el organismo constituyente, de carácter extraordinario⁷², que expidiera una nueva Constitución que significara una profunda ruptura con el régimen constituido. Es por todo esto, que el Ejecutivo, ejerció de facto⁷³, el denominado “poder preconstituyente”, que en palabras de Sagüés, es “*previo al constituyente, y que opera como órgano de convocatoria de éste*”⁷⁴. En las palabras de este mismo tratadista, este poder preconstituyente tiene dos modalidades, las cuales comprenden el *poder de declaración* que implica la circunstancia en que se genera el inicio del proceso constituyente, dándose lugar a la actuación del poder constituyente derivado, o el llamado *poder de regulación* en que el órgano que aplica la facultad preconstituyente procede a reglar la forma en que se desenvolverá el proceso constituyente⁷⁵, cosa que ocurrió en el caso de la Consulta del 2007.

Es así, que el Estatuto de funcionamiento de la Asamblea Constituyente que fue finalmente aprobado por el soberano el 15 de Abril del 2007, se limitó a establecer el marco regulatorio en el que se elegirían a los representantes al organismo constituyente, la

⁷² A decir de Ignacio de Otto, citado por Rafael Oyarte en su obra “Curso de Derecho Constitucional, Tomo 1 Quito, Andrade & Asociados, 2007, “*lo más frecuente en el constitucionalismo del siglo XX es que la constitución sea aprobada por una asamblea constituida ad hoc, esto es, con esa específica finalidad que se disuelve tras la entrada en vigor de la Constitución*”) En este texto debemos resaltar el hecho de que el organismo se constituye con esa ocasión, como una circunstancia extraordinaria a la forma regular en que se modifica el texto constitucional.

⁷³ De acuerdo a lo que señala el Doctor Rafael Oyarte en “Curso de Derecho Constitucional”, Tomo 1, Quito, Andrade & Asociados, 2007, Pág. 167, “*(..) la Asamblea Constituyente es un órgano que ejerce poder constituyente originario, y la convocatoria que hacen los poderes públicos para su conformación va dirigida a que los electores-el pueblo soberano- designen a sus representantes ante dicho órgano (...) la decisión de quien ha ejercido la facultad de convocarla (a la Asamblea Constituyente) va dirigida a que se produzcan modificaciones constitucionales, vía reforma de la Constitución o cambio de Carta Suprema, determinándose un poder preconstituyente ejercido de hecho.*”

⁷⁴ Néstor Pedro Sagüés. Elementos de Derecho Constitucional. Buenos Aires. Astrea. 2001. Pág. 123

⁷⁵ *Íbid.*

forma de instalación del mismo, la duración, el quórum de aprobación del articulado del texto de la nueva carta magna, así como su ratificación mediante referéndum aprobatorio, y declarando la naturaleza extraordinaria e ilimitada para este cuerpo colegiado al ordenarle “expedir una nueva Constitución y transformar el marco institucional del Estado”, diferenciándose claramente de la forma adoptada en el proceso reformativo de 1997, en el que se subordinó la existencia de la denominada Asamblea Nacional, a lo previsto en las Disposiciones Transitorias del texto constitucional de ese año y a la legislación secundaria, lo que hizo a ese órgano una institución de iure, obligada a respetar el ordenamiento jurídico vigente a ese momento. De todo esto podemos colegir que el cuerpo constituyente del año 2007 carecía de limitaciones positivas para preparar el texto de la nueva Constitución y se le dotó de facultades ilimitadas para modificar, de manera sustancial, los elementos fundamentales del Estado, condicionando la vigencia de sus actuaciones al pronunciamiento positivo del pueblo.

1.2 LOS PLENOS PODERES DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE

Después de la aprobación del Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, el Tribunal Supremo Electoral, se resolvió convocar a elecciones para los representantes ante este organismo para el 30 de septiembre de 2007.

Durante el período comprendido entre la consulta popular y la elección de los Assembleístas Constituyentes, el país vivió una fuerte incertidumbre respecto al resultado que arrojarían los comicios y la futura composición política del cuerpo colegiado, además del futuro de las funciones del estado constituidas y el Estado de Derecho con respecto a la vigencia de la Constitución Política de 1998. La destitución de los legisladores a través de la polémica resolución del pleno del Tribunal Supremo Electoral con la consecuente conformación del “Congreso de los Manteles”, sumado a la designación de los miembros del Tribunal Constitucional con una mayoría adicta al proyecto gubernamental, y la continua presión del Ejecutivo, advertían la profundización de la crisis institucional y las actuaciones que realizarían los Assembleístas en base a su comprensión de los “*plenos poderes*” que gozarían estos representantes.

Los resultados electorales le dieron una cómoda mayoría al movimiento político Alianza País del Presidente Rafael Correa, con un total de ochenta escaños de los ciento treinta a distribuirse entre las fuerzas políticas que terciaron en esos comicios, de esta

manera, el movimiento de gobierno contó con una cómoda mayoría que le permitiría una fácil aprobación de los textos que compondrían la nueva carta constitucional.

Una vez proclamados los resultados de las elecciones, los asambleístas designados luego del proceso de asignación de escaños, debían instalar el organismo colegiado e iniciar su funcionamiento de acuerdo a las normas establecidas en el Estatuto Electoral, e incluir la aprobación del Reglamento Interno de Funcionamiento que les permitiría estructurar el trabajo de elaboración del proyecto de la nueva Constitución.

La Asamblea se instaló por primera vez el 29 de noviembre de 2007, en el complejo denominado “Ciudad Alfaro”, localizado en la ciudad de Montecristi, que fue construido con la finalidad de que en él se desarrollen las actividades de este organismo.

En la sesión inaugural, de acuerdo con lo establecido en el Estatuto, actuaron como comisión de instalación los tres candidatos mayormente votados en los comicios del 30 de septiembre, que eran los asambleístas Alberto Acosta, Fernando Cordero y Aminta Buenaño, todos, del partido de gobierno. Después de la constatación del quórum e instalación de la sesión, se procedió a la votación de un “Instructivo” de vigencia temporal para regular los debates en el interior de la Asamblea hasta la aprobación del Reglamento Interno de Funcionamiento. El instructivo fue aprobado por una mayoría de 89 votos que impidió la incorporación de los textos alternativos por los asambleístas de oposición. El instructivo evidentemente limitaba el derecho del uso de la palabra y otras herramientas de procedimiento parlamentario que garantizaban una preferencia a la mayoría que se había posicionado del espacio de debate de este órgano colegiado. Es así que una vez agotado el tema concerniente a la designación de los miembros de la Comisión Directiva, la mayoría afín al gobierno, decidió “debatir y delimitar” los plenos poderes de la Asamblea Constituyente, con el objetivo de ejercer de inmediato las potestades interpretadas por ellos como suficientes para poder elaborar de manera inmediata “la Transformación” del marco institucional del Estado y la elaboración de la nueva carta magna. El texto aprobado por los asambleístas para dejar sentada la eficacia de sus decisiones, fue decidido en el mismo momento de la aprobación de una serie de actos que fueron acompañadas a esa declaración de competencias. El instrumento fue denominado “Mandato Constituyente No. 1”, publicado en el Registro Oficial del 30 de Noviembre de 2007.

Algunos días después se aprobó (como lo determinaba el Estatuto Electoral) el Reglamento Interno de la Asamblea, Reglamento que ratificó a los Mandatos Constituyentes como una de las formas en que este órgano ejercería sus atribuciones.

1.2.1 EL MANDATO CONSTITUYENTE NO. 1 Y SUS EFECTOS

La temprana aprobación del Mandato Constituyente No. 1, fue concebida como una herramienta necesaria para delimitar las pretensiones de los asambleístas con respecto al ámbito y límite de sus potestades y la concepción de sus relaciones con respecto al ordenamiento jurídico nacional y con los poderes constituidos, en el marco de “operativizar” los plenos poderes de los que este organismo se hallaba investido, ya que según los asambleístas de la bancada oficialista, el Estatuto Electoral no era claro al definir esta capacidad.

Debemos recordar que el Art. 1 del Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente, definió como únicas competencias de este cuerpo colegiado, las de elaborar el proyecto de la nueva carta fundamental y la “transformación del marco institucional del Estado”, atribución que se interpretaba como recurrente o repetitiva de la fundamental del órgano constituyente, que se resumía en que al establecer una nueva norma fundamental que regula el marco institucional del Estado, resulta obvia la noción que a través de este instrumento jurídico se materializaría el cambio de la estructura del Estado. Aun así, el mismo texto del Estatuto estableció una diferenciación de los dos aspectos, ya que en el inciso final de ese mismo artículo, se expresó claramente que tanto la Nueva Constitución como la “Transformación” de la institucionalidad estatal, entrarían en vigencia una vez aprobado en referendo el nuevo texto por la ciudadanía. Dadas estas competencias, el mismo Estatuto Electoral, previó que la Asamblea Nacional Constituyente, en aras de poder establecer ejecutividad a su labor, apruebe un “Reglamento Interno”, en el que se contendría el marco regulatorio necesario para definir sus atribuciones y gestión. Es importante señalar, que la función de este instrumento jurídico se enfocaría en las relaciones jurídicas de la Asamblea en su interior, la forma de llevarse los debates, la creación de mesas especializadas de trabajo que preparen el articulado a ponerse en consideración del pleno, y demás aspectos internos de la organización de este organismo. En cambio, la relación de la ANC⁷⁶ con las demás instituciones del Estado estaría definida supuestamente en el sentido de que las decisiones del órgano constituyente únicamente adoptarían vigencia luego de la aprobación de la Constitución por parte del pueblo soberano, que admitiría tanto la vigencia del nuevo orden jurídico como la instalación de las nuevas instituciones estatales, con lo que se entendería, que las estructuras vigentes a

⁷⁶ Asamblea Nacional Constituyente

ese momento, serían reemplazadas por la nueva institucionalidad contenida en el nuevo marco constitucional.

Sin embargo, con una mayoría que promediaba los 90 votos consistentes en los del movimiento de gobierno y sus aliados políticos⁷⁷, y comprendiendo en su parte considerativa que, “(...) *la Asamblea Constituyente es la legítima representante de la voluntad soberana del pueblo (...)*”⁷⁸, se aprobó el denominado “Mandato Constituyente No. 1”, en el que se adoptaron decisiones que tuvieron los siguientes efectos:

1.2.1.1 De Instrumentalización, ejercicio y alcance de las atribuciones de la Asamblea Constituyente.- Mediante el Art. 1 del Mandato Constituyente No. 1, la Asamblea asumió los plenos poderes de los que se hallaba investida, de acuerdo a lo aprobado en plebiscito el 15 de abril de 2007. En el Art. 2, en cambio, se establecieron las formas por las cuales este organismo ejercería sus atribuciones. Es así que se facultó a la ANC a la “(...) *expedición de: mandatos constituyentes, leyes, acuerdos, resoluciones y las demás decisiones que adopte en uso de sus atribuciones(...)*”⁷⁹. De la redacción de la norma analizada, podemos ver que existió una omisión respecto de la facultad principal del órgano constituyente, que era la aprobación del texto de la nueva norma fundamental. Además, podemos notar que se previó la potestad de que la Asamblea pueda expedir leyes, acuerdos y resoluciones, por lo que deberían comprenderse los dos últimos dentro del ámbito de funcionamiento de esta institución y la expedición de las leyes dentro de la atribución de “Transformación del Marco Institucional del Estado”. Frente a todo esto, nos encontramos con la existencia del instrumento denominado “Mandato Constituyente”, que carece de una definición clara respecto del contenido o del tipo de decisión que se podría adoptar mediante éste.

⁷⁷ Es menester señalar, que de acuerdo a como consta en el Acta de la Sesión Inaugural de la Asamblea Constituyente, los asambleístas de oposición clamaron la propuesta de trabajar el Reglamento Interno e incorporar en éste al ejercicio de funciones de este organismo.

⁷⁸ Del Mandato Constituyente No. 1, publicado en Suplemento del Registro Oficial No.223, de 30 de noviembre de 2007, aprobado por los asambleístas de Montecristi es importante señalar que ésta se define como “*representante de la voluntad soberana del pueblo*”, lo que implica que este organismo está ejerciendo la soberanía del pueblo en representación de éste. En el contexto de lo aprobado mediante este instrumento, se comprenden las actuaciones de la ANC (Asamblea Nacional Constituyente) como soberanas, y por ende, la pretensión de este organismo respecto al ejercicio de esta cualidad. Comprenderemos de mayor manera este aspecto en el subcapítulo “La legitimidad de las Actuaciones de la Asamblea Nacional Constituyente”

⁷⁹ Mandato Constituyente No. 1. Suplemento de Registro Oficial No. 223, 30 de Noviembre de 2007. Art. 2

Es importante señalar que el segundo inciso del artículo analizado establece las siguientes cualidades a los mandatos constituyentes:

i. Jerarquía y obligatoriedad: El segundo inciso del Art. 2, dota de jerarquía normativa superior a las decisiones de la Asamblea, respecto a todo el ordenamiento jurídico vigente, incluido la Constitución, es así que la norma reza lo siguiente:

Las decisiones de la Asamblea Constituyente **son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma del orden jurídico y de obligatorio cumplimiento** para todas las personas naturales, jurídicas y demás poderes públicos sin excepción alguna⁸⁰.

Con esta norma, se dilucidó la no sujeción del organismo constituyente al Estado de Derecho previsto por la Constitución y el sometimiento de los poderes constituidos a los designios de este cuerpo colegiado. Correlativamente a la obligatoriedad respecto al cumplimiento de las decisiones de la Asamblea, se introdujo tanto en el inciso final del Art. 2 como en el Art. 3, sanciones, incluyendo la destitución del cargo, a todos los dignatarios, autoridades y servidores públicos que inobservaren las decisiones de la ANC, incurriendo también en la responsabilidad civil o penal a que diera lugar.

ii. Inimpugnabilidad: Se estableció una clara limitación al derecho de tutela judicial efectiva, de petición y de seguridad jurídica, respecto de los actos de la Asamblea, al aprobarse al final del inciso segundo del Artículo 2 la expresión: *“Ninguna decisión de la Asamblea Constituyente será susceptible de control o impugnación por parte de alguno de los poderes constituidos.”*⁸¹, que complementada con el inciso tercero del mismo artículo que prescribía lo siguiente:

Los jueces y tribunales que tramiten cualquier acción contraria a las decisiones de la Asamblea Constituyente serán destituidos de su cargo y sometidos al enjuiciamiento correspondiente. De igual manera, serán sancionados los funcionarios públicos que incurran o promuevan, por acción u omisión, el desacato o desconocimiento de las disposiciones de la Asamblea Constituyente.⁸²

La disposición consagró la inexistencia de limitaciones de ninguna clase para el actuar de la Asamblea Nacional Constituyente, lo cual generaba una espada de Damocles respecto a las decisiones emanadas por este organismo, debido a que si bien confirmaba la noción fundamental de que el poder constituyente originario carece de limitaciones positivas para la estructuración del nuevo orden jurídico, la actuación sobre los poderes constituidos y las disposiciones de vigencia inmediata, ponían en situación de indefensión

⁸⁰ Mandato Constituyente No. 1. Suplemento de Registro Oficial No. 223, 30 de Noviembre de 2007. Art. 2 Inc. 2

⁸¹ *Íbid.*

⁸² *Íbid.* Inc. 3

al ciudadano que se viera afectado en sus derechos por alguna decisión de la este organismo, ya que no existía la posibilidad siquiera de acudir a un órgano judicial para ser escuchado y defender sus derechos, dado que si el juez competente admitía a trámite la acción presentada sería destituido del cargo y enjuiciado por prevaricato, constituyéndose de manera clara un atropello al derecho fundamental de la defensa, del acceso a la justicia y demás garantías básicas, necesarias para que el Estado de Derecho pueda considerarse como tal.

1.2.1.2 Del Estado de Derecho: El Art. 5 del Mandato Constituyente No. 1 establecía literalmente que “(...)La Asamblea Constituyente ratifica y garantiza la existencia del estado de derecho.”⁸³, sometiendo con tal aseveración, la vigencia del ordenamiento jurídico a la decisión del órgano constituyente, que se asumió como ente supremo del Estado. Es importante analizar este aspecto porque influye de manera fundamental en la comprensión que la Asamblea manifiesta respecto a su naturaleza, evidenciándose como un órgano supremo, superior a los poderes constituidos y al ordenamiento jurídico del Ecuador. La redacción del artículo resulta completamente contradictoria con el contenido del resto del Mandato Constituyente, ya que el Estado de Derecho, en palabras de Elías Díaz es “ (...)El Estado sometido al Derecho, es decir, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley (...)”⁸⁴ Cuando la Asamblea Constituyente manifestó que ésta es la que ratifica la existencia del Estado de Derecho, sometiendo éste a la voluntad de la primera, y además, con las normas que dotaron a las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente las cualidades de inimpugnabilidad, jerarquía y obligatoriedad, sumadas a la designación o ratificación de las autoridades de los poderes constituidos, se eliminó la vigencia propia del orden del Estado, cambiando el principio de la juridicidad por el imperio de la fuerza y la coerción de los actos adoptados por la ANC, consumando un golpe de estado y la destrucción total de la institucionalidad vigente a ese momento. Sólo debemos recordar el Art. 272 de la codificación constitucional de 1998, que establece la supremacía constitucional dentro del ordenamiento jurídico:

(...) La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos - leyes, decretos,

⁸³ Mandato Constituyente No. 1. Suplemento de Registro Oficial No. 223, 30 de Noviembre de 2007. Art. 5

⁸⁴ Elías Díaz en Estado de Derecho, Concepto, Fundamentos y Democratización en América Latina. Estado De Derecho y Legitimidad Democrática. Buenos Aires / México DF. Siglo XXI Editores.2002. Pág. 17

estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones.”⁸⁵.

Al sobreponer las decisiones de la constituyente al ordenamiento jurídico, la Asamblea desconoce el ordenamiento jurídico y por ende destruye el Estado de Derecho.

1.2.1.3 De las calidades de los Asambleístas: El Art. 4 del Mandato Constituyente No. 1, desarrolló aspectos fundamentales inherentes a la calidad de los asambleístas que se encuentran presentes de manera tradicional en los miembros del poder legislativo. En primer lugar, se les otorgó un fuero general de Corte Suprema de Justicia en el que no se especificó el tipo de causas en contra de los asambleístas que el máximo organismo de justicia conocería, por lo que debe entenderse como un fuero para todas las materias.⁸⁶ En segundo lugar, se les otorgó inmunidad funcional respecto a los votos emitidos en su ejercicio de las funciones de asambleísta y las opiniones vertidas tanto al interior como al exterior de la Asamblea, que es la clásica noción de inmunidad inherente a los órganos parlamentarios. Finalmente, se estableció un procedimiento especial de detención en caso de delito flagrante, en el que la autoridad policial debía poner al asambleísta detenido a órdenes del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien estaba obligado de informar de este particular al Presidente de la Asamblea.⁸⁷

1.2.1.4 De la Función Ejecutiva: El Artículo 6 del Mandato Constituyente, ratificó en su cargo a Rafael Correa como Presidente Constitucional de la República y a Lenin Moreno como Vicepresidente de la República. Debemos contextualizar el fondo de este artículo en consideración a que el mismo día de inauguración de la Asamblea, el Presidente y Vicepresidente de la República pusieron su cargo a disponibilidad del organismo constituyente, generando el vacío de poder necesario para que la Asamblea, al ratificar sus dignidades, sea la fuente de la cual provenga su autoridad.

⁸⁵ Constitución Política del Ecuador 1998. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998. Art. 201

⁸⁶ Sin embargo, el Art 4 prescribió una limitación temporal respecto a las causas que serían conocidas en la Corte Suprema de Justicia, al señalar que *“Las causas judiciales que se hayan iniciado con anterioridad a la posesión del cargo, seguirán tramitándose ante el juez competente.”* (Mandato Constituyente No. 1, Art 4, Inc. Final)

⁸⁷ Mandato Constituyente No. 1. Suplemento de Registro Oficial No. 223, 30 de Noviembre de 2007. Art. 4

1.2.1.5 De la Función Legislativa: La Función Legislativa, cuya institucionalidad se encontraba mermada con la destitución de 57 legisladores en una resolución del Tribunal Supremo Electoral y la dudosa principalización de los legisladores suplentes, episodio conocido como “*El Congreso de los Mantales*”, y siendo la institución más desprestigiada del país por tener fama de corrupción e ineficiencia, fue asumida de manera directa por la Asamblea Constituyente. El Art. 7 del Mandato No.1 dice expresamente “*La Asamblea Constituyente asume las atribuciones y deberes de la Función Legislativa (...)*”⁸⁸. A fin de dotar una fachada que oculte la disolución efectiva de la legislatura, la Asamblea declaró en receso al Congreso Nacional a partir del 29 de noviembre del 2007 hasta la proclamación de los resultados del Referéndum aprobatorio de la Constitución, con lo que se supondría conservarían su calidad de diputados hasta ese momento. Sin embargo, el inciso segundo, les retiraba toda inmunidad, fuero, salario y posibilidad de autoconvocarse, es decir, elementos inherentes al ejercicio de sus funciones. Asimismo, declaró concluidos los períodos de los miembros de la Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional, privándoles de todo tipo de indemnización o liquidación, estableciéndose que cualquier pago realizado hacia ellos sería considerado como peculado y por ende conllevaría a la destitución del cargo de los funcionarios y las responsabilidades penales del caso. Finalmente, y como para considerar que el denominado “receso”, implicaba realmente el cese de funciones de los legisladores, se declaró la finalización de todos los contratos de servicios del personal del Congreso Nacional, garantizándose únicamente, la estabilidad del personal de carrera de la legislatura. Haciendo concordancia con lo expresado en el Art. 2, la Asamblea Nacional Constituyente, de esa manera asumiría la potestad legislativa, entendiéndose que la legislación que produciría en el periodo de sus funciones, sería de inmediata aplicación, ya que al ser imposible la oposición de los poderes públicos a las decisiones de este organismo, no tendrían que pasar por la sanción presidencial.

1.2.1.6 De las demás entidades del Estado: Al considerarse como único representante de la soberanía popular, la Asamblea Constituyente resolvió adoptar dos tipos de decisiones respecto a los titulares de los organismos de control, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales Supremo Electoral y Constitucional, y el Consejo Nacional de la Judicatura. En unos casos decidió la terminación de los períodos en

⁸⁸ Mandato Constituyente No. 1, Suplemento de Registro Oficial No. 223, 30 de Noviembre de 2007. Art. 7

unos casos y la ratificación hasta nueva orden. Es así que se decidió la terminación de períodos y designación provisional en los siguientes casos: a) Contralor General del Estado b) Procurador General del Estado, c) Fiscal General del Estado d) Defensor del Pueblo e) Superintendente de Bancos y Seguros f) Superintendente de Telecomunicaciones, g) Superintendente de Compañías.⁸⁹. En cambio, para el caso de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejo Nacional de la Judicatura, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo Electoral, se estableció la ratificación en los cargos de estos funcionarios, quedando condicionada su permanencia a otra decisión de la Asamblea Constituyente.

1.2.1.7 Frente a los niveles de gobierno: Respecto a los gobiernos seccionales, la Asamblea Nacional Constituyente decidió ratificar a todas las autoridades electas en esos cargos hasta la culminación de los períodos. Sin embargo, estableció la posibilidad de que por decisión de la Asamblea o por la Nueva Constitución, se puedan modificar los calendarios electorales de esas dignidades cosa que ocurrió en el Mandato No. 3. Es importante volver a señalar que la redacción desprende la pretensión del órgano constituyente de señalarse como origen de la ley y de la autoridad, asumiéndose como representante absoluto de la soberanía popular.

1.2.2 CARACTERÍSTICAS DE LOS MANDATOS CONSTITUYENTES DE ACUERDO AL MANDATO 1 Y EL REGLAMENTO DE FUNCIONAMIENTO DE LA ASAMBLLEA CONSTITUYENTE

Con la aprobación del Mandato Constituyente No. 1, se determinó, que la Asamblea, en ejercicio de sus poderes, aprobara leyes, reglamentos, acuerdos y los denominados “Mandatos Constituyentes”, generándose así la posibilidad de que se utilicen estos instrumentos para posteriores decisiones que adoptaría este organismo sobre aspectos potencialmente complejos o que impliquen nuevas reestructuraciones respecto a los titulares de las diferentes entidades del Estado, tal como había ocurrido con el caso del primer mandato.

El 20 de diciembre de 2007, se aprobó el Reglamento Interno de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente, en el que se procedió a regular el ejercicio de las funciones

⁸⁹ Mandato Constituyente No. 1, Suplemento de Registro Oficial No. 223, 30 de Noviembre de 2007. Art. 8

y el manejo administrativo de este cuerpo colegiado. El Reglamento, contenía normas jurídicas referentes a la naturaleza jurídica de esta entidad, los actos decisorios de la misma, la estructura orgánica del ente, los derechos, obligaciones y atribuciones de los asambleístas, iniciativa para presentar propuestas en el texto de la Constitución, debates y orden del día en todos los órganos de la Asamblea Constituyente, procedimiento de aprobación de los textos constitucionales, elaboración de leyes y fiscalización, formas de votación, participación y comunicación social en la elaboración de la Constitución, presupuesto, personal auxiliar, remuneraciones, viáticos y demás emolumentos, principios éticos, referéndum aprobatorio de la Constitución y la reforma e interpretación del reglamento. De esta forma la Asamblea se concibe a sí misma como representante de *“la soberanía popular que radica en el pueblo ecuatoriano, y por su propia naturaleza, está dotada de plenos poderes”*.⁹⁰

Es importante señalar que en ninguna parte del Reglamento, se normó el procedimiento para la aprobación de los mandatos constituyentes, limitándose, a la inclusión en el orden del día de las sesiones, el tratamiento de los mismos, con la inclusión del texto a debatirse en la convocatoria y la discusión y aprobación del mismo en un solo debate. Por el contenido de las actas de la Asamblea, podemos evidenciar que por el grado de polémica que estos documentos traían al pleno, terminaban siendo aprobados artículo por artículo en la misma sesión en que eran debatidos, agregándose en algunas ocasiones las correcciones que eran consideradas por los asambleístas.

A pesar de esto, el Reglamento de Funcionamiento, revela algunas características adicionales a los Mandatos Constituyentes, esclareciendo algunos aspectos respecto a la función de los mismos y su categorización dentro de las actuaciones del órgano constituyente, que nos servirán en gran manera para analizar su naturaleza jurídica y su posterior análisis.

Con todos estos antecedentes, podemos señalar, que los Mandatos Constituyentes poseen las siguientes características:

⁹⁰ Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente. Suplemento de Registro Oficial No. 236. 20 de diciembre de 2007. Art. 1

1.2.2.1 EL MANDATO CONSTITUYENTE COMO ACTO DECISORIO:

Tomando en consideración el primer inciso del Art. 2 del Mandato Constituyente No. 1, éste refería el tipo de actos que podía expedir la Asamblea en el cumplimiento de sus funciones. Es así que se estableció en esa norma la potestad de emitir mandatos constituyentes, leyes, acuerdos y resoluciones, y demás disposiciones que este organismo adoptare. Con la aprobación del Reglamento de la Asamblea Constituyente, se categorizan estos instrumentos como “Actos Decisorios”, validando su génesis como expresiones o formas de manifestación de las decisiones políticas que hayan sido adoptadas en el pleno, persiguiendo un fin específico para cada caso. Por ende, valida nuevamente el origen de estas disposiciones como normas preconstitucionales, ratificando su origen en la autoridad y no en el derecho, como establece el principio de unidad y jerarquía, evidenciando la no vigencia del Estado de Derecho, sintetizando un Estado de facto y no de iure que resolvería su vigencia en el futuro, con la aprobación del nuevo marco jurídico. La definición de estos actos como Decisiones Políticas, relegaba a las normas como simples instrumentos de materialización de la voluntad política, coincidiendo en postulado con la doctrina decisionista de la vigencia y fundamento del Derecho, de la cual hablaremos más adecuadamente en el punto relativo a la legitimidad de las actuaciones de la Asamblea Constituyente y en el Capítulo II de esta disertación. El Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente, en su artículo 2, estableció taxativamente cuáles son los “Actos Decisorios”, mediante los cuales este organismo ejerció su poder:

Art. 2.- De los actos decisorios.- En el ejercicio de sus poderes, la Asamblea Constituyente aprobará:

1. El texto de la nueva Constitución que será sometido a referéndum;
2. Mandatos Constituyentes: Decisiones y normas que expida la Asamblea Constituyente para el ejercicio de sus plenos poderes. Estos mandatos tendrán efecto inmediato, sin perjuicio de su publicación en el órgano respectivo;
3. Leyes: Normas aprobadas por la Asamblea Constituyente en ejercicio de las facultades legislativas, conferidas en el inciso primero del artículo 7 del Mandato Constituyente No. 1, de 29 de noviembre de 2007, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 223 de 30 de noviembre de 2007;
4. Resoluciones e instructivos: Están destinados a regular el funcionamiento de la Asamblea en el marco de este Reglamento; y,
5. Acuerdos: Pronunciamientos de la Asamblea sobre asuntos políticos, administrativos, cívicos, solidarios, sociales, entre otros.⁹¹

Es interesante recalcar, que todos los “*Actos Decisorios*” de la Asamblea, contenían también las características de supremacía jerárquica, inimpugnabilidad, obligatoriedad e inmediatez, a excepción del texto de la Constitución que sería sometido a

⁹¹ Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente. Suplemento de Registro Oficial No. 236. 20 de diciembre de 2007. Art. 2

ratificación del pueblo, contradiciendo específicamente el inciso segundo del artículo 1 del Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente generando un contrasentido en lo que se refiere a la dimensión normativa de la norma fundamental, que permite evidenciar de fondo, la intención del organismo de extralimitarse, ejerciendo competencias que no estaban supeditadas al acto constituyente. Si la Asamblea ni siquiera ostentaba la función constituyente, en menor sentido podía ejercer facultades supralegales, que confirman la imposición de estos actos por la fuerza.⁹²

1.2.2.2 EL MANDATO CONSTITUYENTE COMO INSTRUMENTO DE EJERCICIO DE LOS PLENOS PODERES: El numeral 2 del artículo 2 del Reglamento de funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, definió a los Mandatos Constituyentes como *“Decisiones y normas que expida la Asamblea Constituyente para el ejercicio de sus plenos poderes.”*⁹³ En virtud de esta disposición, se estaba vaciando lo previsto en el Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente, ya que de acuerdo a éste la Asamblea Constituyente limitaba el ámbito de desempeño de los plenos poderes a la redacción del texto de la Nueva Constitución y a la Transformación del Marco Institucional del Estado, y por ello, interpretando sistemáticamente las normas jurídicas citadas, se requeriría de un “Mandato Constituyente” para la expedición del proyecto constitucional.

En segundo lugar, la definición se encuentra en contradicción con el Art. 2 inc. Primero del Mandato Constituyente No. 1, teóricamente norma superior al mismo reglamento, en que se estableció que *“la Asamblea Constituyente ejerce sus facultades mediante la expedición de: mandatos constituyentes, leyes, acuerdos, resoluciones y las demás decisiones que adopte en uso de sus atribuciones”*⁹⁴, ya que en el texto citado todos estos actos constituyen expresiones del ejercicio de los plenos poderes de la ANC, y en cambio, el Reglamento, únicamente otorga esta cualidad a los Mandatos Constituyentes. Concomitantemente, la potestad de legislar, que es adoptada por este cuerpo colegiado invocando sus plenos poderes, queda excluida como expresión del ejercicio de los mismos, ya que la ley, no se manifiesta como expresión de las facultades supremas reivindicadas

⁹² Respecto a este particular, se servirá encontrar su desarrollo y análisis en el punto 1.2.3 y 1.3 del presente capítulo.

⁹³ Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente. Suplemento de Registro Oficial No. 236. 20 de diciembre de 2007. Art. 2 Núm. 2

⁹⁴ Mandato Constituyente No. 1. Suplemento de Registro Oficial No. 223, 30 de Noviembre de 2007. Art. 2 Inc.1

por los asambleístas. Por este motivo, se denota en la intención del legislador de este organismo, de emplear el mandato constituyente como un instrumento destinado para emitir decisiones que en el ordenamiento jurídico serían imposibles de adoptar, por estar aquellas reñidas con cualquier noción de juridicidad o que se pretenda blindar en el tiempo, incluso después de la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento jurídico que sea aprobado en referéndum.

c) EL MANDATO CONSTITUYENTE COMO NORMA DE SUPERIOR JERARQUÍA, OBLIGATORIEDAD, INIMPUGNABILIDAD E INMEDIATEZ: Ya en el Mandato Constituyente No. 1, en los incisos segundo y tercero, se definieron a las decisiones adoptadas por la Asamblea Constituyente, como normas de superior jerarquía, de obligatorio cumplimiento bajo prevención de apremio, destitución y enjuiciamiento para el servidor público que los inobservaren e imposibles de impugnar ante cualquiera de los poderes constituidos. Estas cualidades se repiten en el Art. 3 del Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, en el que se narra expresamente que:

Art. 3.- De la supremacía de los actos decisorios de la Asamblea Constituyente.- **Ninguna decisión de la Asamblea Constituyente será susceptible de control o impugnación por parte de alguno de los poderes constituidos.** La Asamblea Constituyente respetará, profundizando en su contenido social y progresivo, los derechos fundamentales de los ciudadanos y ciudadanas. Toda autoridad pública está obligada a su cumplimiento, bajo prevenciones de apremio y destitución.⁹⁵

Descomponiendo el contenido de la norma citada, podemos denotar que la primera frase del artículo, que se refiere a la imposibilidad de control o impugnación de los actos del órgano constituyente, guarda relación con el inciso segundo y tercero del artículo 2 del Mandato 1, en lo que se refiere a la superioridad jerárquica de las decisiones de la Asamblea. Además, se conjugan estas consideraciones con el contenido a la Disposición Final Primera del Reglamento, que refiere *“El ordenamiento jurídico se mantiene vigente, con excepción de lo que resuelva en sentido contrario la Asamblea Constituyente.”*⁹⁶, una vigencia condicionada del Estado de Derecho a los Actos Decisorios de este cuerpo colegiado.

La frase final del artículo mencionado reitera la condición de obligatoriedad de los mandatos constituyentes, señalando de manera general la prevención de destitución y

⁹⁵ Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente. Suplemento de Registro Oficial No. 236. 20 de diciembre de 2007. Art. 3

⁹⁶ *Íbid.* Disposición Final Primera.

apremio que se encuentra presente en el inciso final del Art. 2 del Mandato 1 y en el Art. 3 del mismo. Con esta definición se implementó el poder de coacción suficiente para la implementación de las todas las decisiones de la Asamblea, con normas contradictorias entre el Estatuto de Funcionamiento, el mismo Mandato 1 y el Reglamento. Finalmente, la ANC no delimitó el alcance de los “plenos poderes”, dando la noción de constituirse como un organismo supremo por encima de la legalidad y del ordenamiento jurídico, ratificando la destrucción de la juridicidad y el establecimiento de un Estado de Facto, llamado por Luis Fernando Torres como “Dictadura Constituyente”⁹⁷.

Es de especial atención, la especificación presente tanto en el Mandato 1 como en el Reglamento de la Asamblea, respecto a la vigencia inmediata de los Mandatos Constituyentes. Si bien en el Mandato Constituyente No.1 ya se definió la cualidad de inmediatez, el Reglamento la reitera de manera explícita para los Mandatos Constituyentes, con fin de dotar de más fuerza a lo resuelto con anterioridad

En otro aspecto importante que surge dentro del articulado del Estatuto y el Reglamento, y que no se encuentra presente en el Mandato 1, es la limitación de respeto y profundización de los Derechos Humanos, llamada en la doctrina como una de las limitaciones implícitas del Poder Constituyente Originario. Entonces, es menester señalar que la función primordial del órgano constituyente, a través de todos sus actos, principalmente en la elaboración del texto de la Nueva Constitución, consistía profundizar y respetar los derechos de las personas, aspecto que se evidencia totalmente distinto en la aprobación de los Mandatos.

Finalmente podemos señalar que en la definición de los plenos poderes, se omite la conceptualización de la expresión “Transformación del Marco Institucional del Estado”, que se estableció disyuntivamente en el Estatuto aprobado por consulta popular del 15 de abril de 2007, como competencia adicional a la de elaborar el texto de la Nueva Constitución, siendo no necesaria la ratificación mediante referendo de lo que se apruebe en uso de esta potestad.

Dado que la vigencia de lo actuado en base a esta potestad se efectuaría de manera posterior a la aprobación en referendo de la nueva Constitución, cabría realizar una interpretación en sentido sistemático, para que dentro de esta competencia la ANC estructure la normativa secundaria básica que instrumentalizaría la efectiva vigencia de los nuevos derechos consagrados en el texto constitucional y el funcionamiento de la nueva

⁹⁷ Luis Fernando Torres. Presidencialismo Constituyente. Quito. Cevallos Editora Jurídica. 2009. 253

estructura institucional del Estado, es decir, el desarrollo de las leyes orgánicas fundamentales.

Sin embargo, y como evidentemente ocurrió, la ANC, entendiendo sus plenos poderes como potestades no sujetas a ningún tipo de control o limitación, y la asunción de los plenos poderes como la de todos los poderes del Estado, procedió a la expedición de varias normas y actos preconstitucionales, muchos de ellos inconcebibles dentro de cualquier lógica jurídica, empleados tanto para la imposición de los objetivos de la tendencia política dominante, interpretándose a sí misma como el producto de una fuerza revolucionaria, refundadora del Estado.

Varios ciudadanos presentaron una Acción de Inconstitucionalidad en contra del Mandato Constituyente No. 1 para ver la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pudiera ejercer control sobre estas actuaciones de la Asamblea de Montecristi.

1.2.3 ACTUACIONES DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE SOBRE LOS PODERES CONSTITUIDOS. PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Uno de los elementos fundamentales para la vigencia del Estado de Derecho, es el control que se ejerce respecto de que todos los actos del poder público se realicen en cumplimiento del principio de legalidad y de la constitucionalidad. El control de la legalidad, de acuerdo a nuestra legislación, se encuentra bajo competencia de la Función Judicial, en específico de la jurisdicción contenciosa administrativa. En el caso del control del principio de la constitucionalidad, el sistema previsto en la abrogada Constitución de 1998 estableció un sistema mixto, al permitir, en el marco del control difuso, a cualquier juez de la función judicial, el declarar una norma como inconstitucional dentro de un proceso entre particulares con efecto para el caso concreto, sin perjuicio de resolver el asunto principal de la causa (Art. 274)⁹⁸, emulando el sistema americano iniciado en el caso *Madbury vs Madison*. Además, emulando el sistema europeo de un sistema de control constitucional concentrado, se instauró al Tribunal Constitucional para que ejerza el control de los actos emanados del poder público (Art. 276)⁹⁹, a través de la denominada Acción de Inconstitucionalidad que estaba reglamentada dentro de la Ley Orgánica de

⁹⁸ Constitución Política del Ecuador 1998. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998. Art. 274

⁹⁹ *Ibid.* 276

Control Constitucional. La Acción de Inconstitucionalidad tenía efectos *erga omnes*, lo que implicaba que esta magistratura de la República tenía la potestad de expulsar la norma infractora del ordenamiento jurídico dejándola sin vigencia.

Dentro de los acontecimientos que comprendieron la convocatoria, elección, instalación y funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, se hizo evidente la purga política y legal existente entre las facciones que perseguían por cualquier medio el avance del proceso de plenos poderes y de quienes querían evitarlo.

Como vimos anteriormente, la convocatoria a la Asamblea, así como la aprobación del Estatuto de Funcionamiento mediante Consulta Popular el 15 de abril del 2007, conllevó la expedición de diversos Actos Administrativos que se encontraban inmersos en una seria polémica, como es el caso Decreto Ejecutivo 148, en el que se emitió el Estatuto de Funcionamiento codificado por el ejecutivo, el acto ejecutado por el Tribunal Supremo Electoral al promover la destitución de 57 legisladores y finalmente la convocatoria de este organismo al referendo del 15 de abril, adjuntando a la misma el mencionado Decreto Ejecutivo.

Con la reinstalación del Congreso con los diputados suplentes de los destituidos, se procedió a la estructuración del Tribunal Constitucional, quedando designadas las personas que conformaron este organismo durante todo el tiempo en que funcionó la Asamblea Constituyente, la aprobación mediante referendo de la Nueva Constitución, y que al momento en que se escribe esta disertación son miembros de la autodenominada “Corte Constitucional Para El Período De Transición”¹⁰⁰. Este Tribunal tuvo que llevar a cabo la dura labor de arbitrar la situación jurídica existente entre los dos bandos políticos enfrentados abiertamente, de forma tal que debieron sortear las acciones de inconstitucionalidad que se presentaron a los actos a través de los cuales se instrumentalizó, en primer lugar, la convocatoria a la Asamblea Constituyente, presentada por el poder legislativo, inadmitiéndose la demanda en la resolución y posteriormente, la Acción que presentaron más de 1000 ciudadanos en contra del Mandato Constituyente No.1, cuyo resultado repercutió finalmente, en la reafirmación de lo dispuesto por el órgano constituyente y la virtual eliminación del control de la constitucionalidad durante el período de facto vivido entre la instalación de la Asamblea y la entrada en vigencia de la Nueva Constitución.

¹⁰⁰ 22 de Septiembre de 2012

La parte considerativa de estos fallos emitidos por el TC, nos ayudarán a comprender la sujeción de este organismo al cuerpo colegiado constituyente, las contradicciones respecto a las actuaciones de la Asamblea frente a los poderes constituidos y la final repercusión sobre los mismos. Las sentencias corresponden a los casos 008-007 – TC, referente a la demanda presentada por el Congreso Nacional, y el caso 0043-07-TC, que fue presentada por más de 1000 ciudadanos. De estos fallos, podemos decir lo siguiente:

1.2.3.1 La demanda del Congreso: El Presidente del Congreso, como titular de esta entidad del Estado, en base a resolución de este organismo de 4 de marzo de 2007, presentó Acción de Inconstitucionalidad en contra de la Resolución No. PLE-TSE-2-1-3-2007, de 1 de marzo de ese mismo año, en la que procedió a convocar a Consulta Popular para la convocatoria de la Constituyente de Plenos Poderes. De acuerdo a la demanda del Congreso Nacional, el texto del Estatuto correspondía a uno que no había sido de conocimiento del legislativo. Por ende alegó que la convocatoria realizada por el Tribunal Supremo Electoral inobservó lo contenido en los artículos 103,104 y 283, ya que en esa codificación de la carta magna no se podía convocar a una Consulta Popular para reformas constitucionales sin la calificación de urgencia que previamente debe hacer el poder legislativo, considerando de esa manera que la convocatoria a la Asamblea Constituyente implicaba una reforma de la Constitución y por ende, para ser aplicable debía contener un conjunto de textos concretos de reforma constitucional. Posteriormente, la parte demandante aseveró que las disposiciones del Ejecutivo *“pretenden convocar a una Asamblea Constituyente, órgano que no existe en la Carta Política vigente y que exigiría una reforma constitucional como condición previa sine qua non de su existencia jurídica”*¹⁰¹, cuestión que da lugar a interpretar, que para la visión del legislativo, el texto del Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente representaba una verdadera reforma a la Constitución vigente, tesis que se ratificó al señalarse a lo largo del texto de la demanda que el procedimiento a aplicarse para el caso era el Art. 104 Num. 1 y 283 de la carta magna de 1998, que establecía la necesidad de la calificación de urgencia por parte del legislativo, para que la Consulta se lleve a efecto, viciándose la norma constitucional cuando en la resolución del TSE se adjuntó un estatuto sin esas observaciones.

¹⁰¹ Tribunal Constitucional. Resolución No. 008-2007-TC. 2007

a. En los alegatos de defensa, tanto de parte del Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República, así como del Tribunal Supremo Electoral, se sostuvo la noción que la Convocatoria a la Asamblea Constituyente constituía “*una cuestión de trascendental importancia para el país y no una simple reforma constitucional*”¹⁰². A lo largo de todo el alegato de defensa, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República dejó sentado que la potestad de calificación de trascendencia de algún asunto para ser sometido a escrutinio de la ciudadanía correspondía al Jefe de Estado, afirmando que:

(...)la discrecionalidad que le confiere la Constitución Política del Ecuador al Presidente de la República, para calificar como trascendentales aquellas situaciones que deben ser consultadas al país y que no impliquen reformas constitucionales, excluye la facultad de cualquier otra institución del Estado de calificar la procedencia o no de la Consulta Popular(...) ¹⁰³

Partiendo de esta premisa, la argumentación procuró establecer que la consulta no se enmarcaba en una simple reforma constitucional, sino que perseguía un aspecto mucho más trascendental. Respecto al tema referente a la modificación del texto del Estatuto, se afirmó que “*no existe en la legislación ecuatoriana norma alguna que faculte al Congreso Nacional a introducir reformas en el texto de la Consulta Popular.*”¹⁰⁴.

b. Respecto a la Constitución y el Poder Constituyente, el Tribunal se manifestó realizando un breve análisis entre su naturaleza jurídica tanto como política. En cuanto a la concepción jurídica refirió:

es necesario precisar que la Constitución política de un Estado (sic), (...), es su norma fundamental, que establece y organiza su poder político, estableciendo los deberes, derechos y garantías de que gozan los ciudadanos; en consecuencia, su función es la de articular el ordenamiento jurídico a través de los principios de jurisdicción y competencia constitucionales que distribuyen el poder en forma horizontal y vertical entre los organismos del Estado¹⁰⁵ (El subrayado es nuestro).

Sin embargo, es de mayor interés para los efectos de la Consulta, el análisis referente a la naturaleza política de la carta magna, cuando el tribunal fundamenta lo siguiente:

(...) la Constitución tiene carácter político, siendo manifestación elevada de la soberanía popular y de la voluntad general, (...), que contiene los procedimientos fundamentales con los que se adoptan las decisiones políticas viabilizando los términos del contrato social que ha dado origen al Estado, entendiéndose por política no solo el arte o ciencia de gobernar, sino que se debe entender que la naturaleza de lo político es el poder cuando están en juego la dirección y orientación de una comunidad, poder que

¹⁰² Tribunal Constitucional. Resolución No. 008-2007-TC. 2007

¹⁰³ Íbid.

¹⁰⁴ Íbid.

¹⁰⁵ Íbid.

en sí mismo no tiene contenido ético, sino instrumental, (...) ¹⁰⁶(El subrayado y negritas es el nuestro)

Ahora bien, del texto que hemos transcrito podemos colegir que el Tribunal Constitucional empleó las dos nociones de la Constitución, de carácter jurídico y político, para de esa manera diferenciar el poder constituyente derivado del originario, y así enmarcar al contenido de la Consulta Popular en uno de ellos. Frente a esta realidad, el Tribunal refiere:

(...)es el poder de reformar la Constitución (poder constituyente derivado) ; poder que radica en el órgano del Estado que la Constitución determina (Julio César Trujillo Vásquez), que en el caso de nuestro sistema constitucional corresponde al Congreso Nacional, como se ha denominado en nuestro país al órgano parlamentario, el ejercicio del poder **constituyente** derivado de conformidad con lo establecido en el artículo 280 de la Constitución vigente (...) ¹⁰⁷.

Al ser éste un poder regulado por la Constitución, tiene que someterse al procedimiento que ésta establece para efectuar los cambios a realizarse. Es por ello que en los considerandos octavo y noveno de la Resolución, se realizó un análisis del procedimiento de reforma de la Constitución, señalando que para que las modificaciones sean válidas debe observarse rigurosamente el marco normativo adjetivo y sustantivo de la carta fundamental, ya que este poder se encuentra subordinado a ella. En cambio, al referirse al Poder Constituyente Originario, el Tribunal hizo una primera distinción:

(...) el cambio de la Constitución, debiendo anotar que este poder (Poder Constituyente Originario), reside en último término en el pueblo que es el soberano, soberanía a la cual la Constitución se somete de conformidad con lo establecido en su artículo 1, inciso segundo, ¹⁰⁸ ya mencionado. ¹⁰⁹

Como consecuencia de esta premisa, se estableció que:

(...)Dicho poder constituyente originario no admite limitaciones positivas, es decir, que **ninguna norma positiva puede condicionar el contenido que el constituyente originario dé al nuevo texto constitucional** (...) ¹¹⁰(Subrayado y negritas es nuestro)

De esta manera se aclaró que la ausencia de limitaciones es respecto a la creación del nuevo texto constitucional. Aun así, el organismo de control constitucional, de acuerdo a la doctrina constitucional reconoció las limitaciones implícitas existentes al ejercicio de esta facultad y que se encuentran enmarcadas en el ámbito del Derecho Internacional, el

¹⁰⁶ Íbid.

¹⁰⁷ Tribunal Constitucional. Resolución No. 008-2007-TC. 2007

¹⁰⁸ El inciso segundo del Art. 1 de la Constitución de 1998 refería “La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución.

¹⁰⁹ Tribunal Constitucional. Resolución No. 008-2007-TC. 2007

¹¹⁰ Íbid.

Derecho Natural con respecto de los derechos fundamentales, la dignidad de las personas y limitaciones de orden fáctico respecto a la realidad social del país, haciendo eco de la esencia política de la norma fundamental. De esa forma, la justicia constitucional concluyó que el llamado a Consulta Popular para convocar a una Asamblea Constituyente de plenos poderes estaba fuera del control que podría ejercerse sobre las actuaciones del ejecutivo, invocando, como razón más que suficiente, el pronunciamiento popular aprobatorio del texto propuesto en las elecciones efectuadas el 15 de abril de 2007, asumiendo el hecho como consumado.

c. Con respecto a los plenos poderes y la relación de la Asamblea Constituyente con los órganos constituidos, el Tribunal Constitucional partió del carácter del órgano constituyente, partiendo de la siguiente afirmación:

el ejercicio del poder constituyente originario es extraordinario y, en tal sentido, el órgano que lo ejerce es, asimismo, extraordinario y de duración limitada; siendo la esfera de su pleno poder (y por tanto su limitación natural) la de establecer en la Constitución que crea, el marco institucional que a bien tenga, sin que tal marco institucional (parte orgánica) esté limitado o condicionado por las normas constitucionales y legales anteriores a ella, pues, la Constitución nace del poder constituyente originario (de ahí su nombre de originario) y no de ninguna norma jurídica anterior.”¹¹¹

A través de este razonamiento, el Tribunal estableció un acercamiento a la naturaleza del poder constituyente originario, el que por ser de carácter extraordinario, conlleva una naturaleza extraordinaria y limitada en su aspecto temporal, con una potestad circunscrita al establecimiento de la nueva carta magna del Estado, pudiendo obrar con total discrecionalidad, respecto al texto de la misma.

Con todas estas aseveraciones, se aclaró que la mencionada discrecionalidad estaba circunscrita a esta potestad extraordinaria y por ende no podía actuar con respecto a los poderes constituidos, es decir, a un ámbito institucional que funciona de manera regular expresándose que:

(...)La doctrina y ciencia política lo han estimado así, por considerar que en el actual momento del desarrollo histórico, **tal poder constituyente originario (y no fundacional) se lo ejerce mientras existe un poder constituido, por tanto, mientras se plasma el nuevo orden constitucional, el orden establecido continúa vigente.**¹¹² (El Subrayado y Negritas es nuestro)

En este sentido, se pretendió que el paso de la vieja a la nueva institucionalidad se efectúe de forma pacífica y no violenta. En segundo lugar, el Tribunal invocó a la noción

¹¹¹Tribunal Constitucional. Resolución No. 008-2007-TC. 2007

¹¹² *Íbid.*

de legitimidad respecto a la aplicación del nuevo ordenamiento jurídico propuesto en la nueva Constitución, y es por ello que consideró fundamental el establecimiento de los nuevos poderes constituidos para este fin:

(...) las tareas de designación de funcionarios del Estado, de administración del Estado y de la justicia, etc. corresponden, precisamente, a los nuevos poderes constituidos por el nuevo orden constitucional que deben ser conformados de acuerdo con los nuevos lineamientos constitucionales, por lo cual, hay que proceder a **elecciones generales para conformar los nuevos organismos que se encuentran ya constituidos, para lo cual, el constituyente dicta las pertinentes disposiciones constitucionales generales y transitorias que permitirán la pronta conformación de los nuevos poderes constituidos.**¹¹³

Por todo ello, el Tribunal concluyó en sentido que una pretensión del órgano constituyente de ejercer los poderes que constituye a través del acto constituyente

resulta arbitrario, tornando cuestionable el accionar del constituyente, pues, concentraría el poder en un solo órgano: la Asamblea Constituyente (siendo dicha concentración de poderes la semilla de la arbitrariedad, que es precisamente lo que la Constitución destierra a través de la división de las funciones del poder), (...) convirtiendo al constituyente en Juez y parte, cuando su accionar debe ser desinteresado e independiente”¹¹⁴.

De esta manera se comprendió la preocupación de evitar la violación de los derechos fundamentales de las personas a través del principio de la separación de los poderes, en vista de que un organismo omnímodo y supremo, exento de todo control de legalidad, lesiona de manera engorrosa el Estado de Derecho y somete al ciudadano a la discrecionalidad del órgano colegiado que pretende fungir de soberano.

Finalmente, la parte resolutive del fallo decidió rechazar la acción planteada por el Presidente de la Legislatura.

1.2.3.2 La demanda de los mil ciudadanos: El criterio del Tribunal Constitucional se modificó de manera radical en la Resolución del trámite de Acción de Inconstitucionalidad iniciado en contra del Mandato Constituyente No. 1, que fue resuelto mediante Resolución No. 0043-2007-TC, publicada en Suplemento del Registro Oficial de 3 de marzo del 2008, de la cual podemos analizar lo siguiente:

i. Los demandantes refirieron 6 argumentos principales para fundamentar la demanda de inconstitucionalidad del Mandato, empezando con la (1) impugnación de los plenos poderes de la Asamblea Nacional Constituyente, por estar en contra de la esencia

¹¹³ Tribunal Constitucional. Resolución No. 008-2007-TC. 2007

¹¹⁴ Tribunal Constitucional. Resolución No. 008-2007-TC. 2007

del Estado Constitucional que es la limitación del poder y la condición de representatividad de la misma, así como del carácter originario o fundacional del poder de ésta, en base a que el poder constituyente de la ANC era de carácter postfundacional y por ende, se hallaba limitado por el ordenamiento jurídico anterior, hasta que entre en vigencia la nueva carta fundamental; (2) La impugnación de la asunción de la Función Legislativa por parte de la ANC, por extralimitarse al mandato dado a este organismo; (3) La impugnación a la intangibilidad de las actuaciones de la ANC, por mutilar la posibilidad de justiciabilidad de los actos de este ente; (4) La violación al principio de supremacía constitucional al poner sus decisiones por sobre el ordenamiento jurídico nacional; (5) La existencia de limitaciones materiales a los poderes de la Asamblea y la existencia de un pronunciamiento previo (Resolución 008-2007-TC), respecto a este particular, por parte del TC; (6) La violación del Derecho a Tutela Judicial Efectiva, contenido en la Carta Interamericana de Derechos Humanos Pacto de San José.¹¹⁵

ii. En las consideraciones de la magistratura constitucional, se dilucidó como aspecto principal, la competencia del TC para ejercer control sobre las actuaciones de la Asamblea Constituyente. El pleno de este organismo terminó declarándose incompetente para conocer sobre las mismas, en base a consideraciones de carácter político y otros de carácter jurídico. Así, haciendo eco de Carl Schmitt, que define al Poder Constituyente como:

(...) voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de determinar el modo y la forma del Estado, la cual no está ligada a formas o procedimientos jurídicos. Se trata de un poder fáctico y extra - ordinem que no tiene ni puede tener su fundamento de legitimidad en ninguna norma jurídica.¹¹⁶

En virtud de esto, la Asamblea Constituyente, no reposa su legitimidad en una norma jurídica y comprende una realidad extrajurídica en que este organismo, ***“no es un órgano estatal sino supra estatal, y la capacidad normativa que tiene atribuida viene desarrollada, no por mandato del Estado, sino directamente por voluntad popular, que es según el principio democrático, una voluntad distinta y superior al Estado.”***¹¹⁷ (El subrayado y negritas me pertenece)

Ahora, en el marco de lo jurídico, el Tribunal acudió al texto positivo de las normas contenidas en la Constitución de la República y la Ley Orgánica de Control Constitucional para fundamentar su incompetencia.

¹¹⁵ Tribunal Constitucional. Resolución No. 0043-2007. 2008

¹¹⁶ Carl Schmitt citado por Tribunal Constitucional. Resolución No. 0043-2007. 2008

¹¹⁷ Tribunal Constitucional. Resolución No. 0043-2007. 2008

En la medida que los artículos 276 de la Constitución Política, 18 y 23 de la Ley de Control Constitucional, establecen cuáles son las atribuciones del Tribunal, y **en ellas no se incluye la facultad de revisar la constitucionalidad de los Mandatos Constituyentes, ni de ningún acto de la Asamblea desarrollado en ejercicio del poder constituyente, (...)**¹¹⁸

De esta manera, partiendo de la inexistencia de normas jurídicas que permitieran al TC ejercer control constitucional sobre organismos que no se encuentran previstos en la carta fundamental ni a actos normativos o administrativos de efectos erga omnes¹¹⁹ que no se encontraban descritos en la Constitución o la ley¹²⁰, el Tribunal se definió como incompetente para conocer la acción e incapacitado para categorizar jurídicamente a la decisión adoptada por la constituyente, reconociendo tácitamente la no vigencia del ordenamiento jurídico y la supeditación a un “Estado Anterior”, representado por la fuerza del poder ilimitado del órgano colegido.

iii. A pesar de haberse declarado incompetente para conocer y ejercer control constitucional a la Asamblea, el Tribunal realizó un análisis respecto a los problemas jurídicos pertinentes a la aprobación del Mandato Constituyente No.1 y los plenos poderes de este órgano. En primer lugar, se refirió a la aplicación del principio “stare decisis”¹²¹, en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana. Para este efecto es menester recordar que el TC se pronunció respecto a la probable intervención de la ANC sobre los poderes constituidos en el considerando undécimo de la Resolución TC-008-2007, pronunciamiento que fue alegado por los demandantes como fundamento de su pretensión. Por este motivo, el Tribunal analiza aplicación del sistema “stare decisis”, en base al sistema mixto de control constitucional que estuvo establecido en la Constitución de 1998, comprendiendo a éste en el sistema de precedente formalmente obligatorio¹²², manifestando al respecto:

En el caso ecuatoriano, a pesar de que no existe doctrina clara al respecto, en principio, los jueces están vinculados por el tercer sistema de precedente, lo

¹¹⁸ Tribunal Constitucional. Resolución No. 0043-2007. 2008

¹¹⁹ De acuerdo a Cabanellas “*Expresa que la ley, el derecho, o la resolución abarcan a todos, hayan sido partes o no; y ya se encuentren mencionados u omitidos en la relación que se haga.*” (Cabanellas, 2005,146)

¹²⁰ “**Art. 18.- La inconstitucionalidad total o parcial de una ley, decreto - ley, decreto, reglamento u ordenanza, ya sea por razones de fondo o de forma, podrá ser demandada por (...)**” (Ley Orgánica de Control Constitucional: Art. 18). De acuerdo al contenido del artículo, ese tipo de actos normativos eran susceptibles de la interposición de una Acción de Inconstitucionalidad

¹²¹ Principio del Derecho Anglosajón por el que los jueces se atienen al criterio jurisprudencial implementado por otros tribunales respecto a una situación jurídica idéntica.

¹²² De acuerdo a este sistema el precedente es en principio de obligatorio cumplimiento para los jueces inferiores, sin embargo, éstos pueden inobservarlo, después de realizar un profundo análisis en el que se explique claramente el sentido del precedente y las razones fundamentales que motiven el apartamiento (Corte Constitucional Colombia: Sentencia C – 836:2001)

cual significa que deben adherirse a lo decidido por ellos mismos en el pasado y deben tomar en consideración, para efectos de su argumentación jurídica las decisiones de sus superiores, pero por supuesto que pueden apartarse, razonadamente de su jurisprudencia, para lo cual deben dar argumentos que resuelvan mejor el caso concreto. (...) ¹²³

A más de ello, en líneas posteriores, el TC se identificó como de visión garantista, y por ende admitió la presencia del principio stare decisis en su concepción formal y horizontal, y concluyó que los argumentos expuestos en las partes considerativas de las resoluciones tienen fuerza vinculante para el mismo TC, las salas de ese organismo y los jueces inferiores “(...) *si están estructuralmente vinculadas con la decisión, es decir, si forman parte de la ratio decidendi; lo anterior sin perjuicio de la capacidad de éstos, para no seguir el precedente y cambiarlo después de un proceso de argumentación fuerte.* (...) ¹²⁴ (Subrayado es nuestro)

En todo caso, el organismo de control constitucional recalcó que esta adopción del principio era de forma relativa, en el marco jurídico vigente a ese momento, y que por ello pretender

(...) darle un valor normativo erga omnes a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, resulta improcedente. Con el sistema de control constitucional actual, no existe forma de aplicar en el país el principio de stare decisis, en forma absoluta, como lo piden los impugnantes, invocando la Resolución No. 008-2007.” ¹²⁵.

Sin embargo, el Tribunal reafirmó la necesidad de una fundamentación adecuada del juzgador para operar una modificación en la ratio decidendi respecto de un asunto jurídico importante, de manera que este cambio jurisprudencial tenga un sustento fuerte por el que se justifique una mejor comprensión del fenómeno jurídico sobre el que pesa la decisión ¹²⁶. Por todo esto, el Tribunal Constitucional inició una argumentación encaminada a afirmar la no existencia de identidad en la línea jurisprudencial tanto de objeto como de materia entre la Resolución 008-2007-TC con respecto a la impugnación del mandato 1, ya que de acuerdo a su criterio “(...) *el considerando Décimo Primero de la Resolución 008, de 24 de julio de 2007, no constituye ratio decidendi de la mencionada resolución, sino que se refiere a cuestiones que por su naturaleza son obiter dicta* ¹²⁷ *en relación con la misma.* (...)” ¹²⁸, todo esto en base a que de acuerdo al criterio de los magistrados, la Resolución previa del Tribunal Constitucional no tenía como problema jurídico principal al

¹²³ Tribunal Constitucional. Resolución No. 0043-2007. 2008

¹²⁴ Íbid.

¹²⁵ Íbid.

¹²⁶ Íbid.

¹²⁷ Implica que no corresponde al asunto principal en cuestión

¹²⁸ Tribunal Constitucional. Resolución No. 0043-2007. 2008

poder constituyente sino que éste fue tratado “obiter dicta”, dentro del aspecto fundamental que era la convocatoria a la Asamblea Constituyente de Plenos Poderes y en cambio, la impugnación presentada, tenía como elemento sustancial, el alcance de los plenos poderes de los que se encontraba investido el organismo constituyente.¹²⁹ Si bien existe una diferencia respecto al tema principal a tratarse en ambas resoluciones (la primera se refiere a la potestad de convocar al poder constituyente originario y la segunda al alcance del mismo), por el que se justificaría la inaplicabilidad del principio stare decisis en la resolución de esa sentencia, existe claramente un cambio de criterio de parte del Tribunal con respecto a su concepto respecto a las actuaciones de la Asamblea, procurando confirmar la inexistencia de control alguno sobre las decisiones del órgano constituyente, que se explica más adelante cuando se empieza a definir la naturaleza y características del Poder Constituyente.

iv. Continuando con el desarrollo del concepto de poder constituyente, la Asamblea partió de la definición de Carl Schmitt al establecer que éste es “(...) *la voluntad suprema del pueblo delegada a un órgano **especial y extraordinario**, encargado de llevar adelante un proceso de cambio profundo y transcendental del orden político y jurídico del Estado.*”¹³⁰ (Subrayado y negritas me pertenece). En este sentido, al hablar de una voluntad suprema, la misma contiene un carácter netamente político, dotándole de una naturaleza ilimitada que no tiene ninguna forma de contención u objeción, respecto a la cual el Tribunal concluyó que “*el poder constituyente puede entenderse como aquella manifestación de voluntad política, absoluta y extraordinaria, que tiene la fuerza suficiente para crear o transformar sustancialmente la organización y ordenamiento jurídico de un Estado*”¹³¹ (Subrayado y negritas me pertenece). Asimismo, dio a entender la destrucción del ordenamiento jurídico al reconocerle como un poder de facto y extraordinario. Es así que se visualizó como una circunstancia excepcional en la que el pueblo manifestó su voluntad de establecer un cambio total del orden jurídico establecido.

v. Dentro de las características del poder constituyente, el Tribunal Constitucional estableció que es extraordinario (fáctico-político), de carácter extra-jurídico, ilimitado y originario. El pueblo, como titular de la soberanía, emplea la potestad constituyente en circunstancias especiales. Inclusive, de acuerdo a lo que mencionó el Tribunal “(...) *sólo en momentos decisivos, (el pueblo) manifiesta su voluntad.*” (Tribunal Constitucional,

¹²⁹ Tribunal Constitucional. Resolución No. 0043-2007. 2008

¹³⁰ *Íbid.*

¹³¹ *Íbid.*

2008). Asimismo, es un poder de carácter fáctico, porque no se halla supeditado a norma jurídica alguna, y por ende se encuentra enmarcado como un fenómeno político y no jurídico. Por esto se definió al pueblo como “(...) *instancia, ni magistratura, es simplemente voluntad* (...)”¹³² que manifiesta sus decisiones supremas y soberanas a través del sufragio, y que deben ser cumplidas sin dilaciones. El Tribunal basó, citando al Doctor Rafael Oyarte, la condición de poder originario afirmando que éste “*no es recibido de nadie, pues ninguna norma o poder lo otorga, es ejercido de hecho, como poder originario que es.*”¹³³. Finalmente, desarrolló la condición de supremo e ilimitado en el sentido de que no puede estar supeditado a ningún poder inferior por estar éste subordinado al primero y como proviene directamente de la soberanía, “(...) *no puede estar condicionado a ninguna circunstancia o norma preexistente.*”¹³⁴ Aun así, el Tribunal reconoció que el poder constituyente, en ejercicio de sus potestades absolutas, puede autolimitarse. Es así que para el caso de nuestro país, estas limitaciones se establecieron en el mandato contenido en el Estatuto aprobado en la Consulta Popular de Abril de 2007, añadiendo además las limitaciones implícitas que se encuentran en la doctrina y que de acuerdo al criterio del TC, no deben ser confundidas con derechos naturales previos al Estado¹³⁵.

vi. Como corolario a las características del poder constituyente, se trató el tema respectivo a la titularidad del poder constituyente, en el que, como cuestión fundamental, se ratifica que ésta descansa en el pueblo, evolucionando este concepto desde las teorías monárquicas de la Edad Media hasta el desarrollo democrático iniciado en la revolución francesa y las teorías de Sieyes, que finalmente concluyen con la soberanía popular.

vii. Así también, respecto a los contenidos jurídicos concernientes al poder constituyente, el Tribunal se pronunció respecto a la forma en que éste se ejerce. Es así que reconoce la diversidad existente en cuanto a las formas en que este poder actúa. Sin embargo, se hizo referencia a la identificación realizada por la doctrina, que distingue tres sistemas posibles: la aclamación, el plebiscito y el convencional o asambleario. Asimismo, distinguió, dentro de este último a varios subsistemas, entre ellos el sistema norteamericano, empleado en la Constitución de Massachusetts en 1780, en el que una asamblea creada para el efecto aprobaba el texto en mayoría de votos para luego ser

¹³² Tribunal Constitucional. Resolución No. 0043-2007. 2008

¹³³ *Íbid.*

¹³⁴ *Íbid.*

¹³⁵ *Íbid.*

sometido a ratificación a los votantes mediante un referéndum.¹³⁶ Es por ello que se identificó el caso norteamericano con el adoptado por el Ecuador en la Constituyente de 2007, agregándose la noción de que el pueblo en el referéndum, no solamente aprobaría la Constitución, sino también a “(...)las decisiones adoptadas por los miembros de la Asamblea.”¹³⁷. Es de esta manera que el Tribunal concluyó la posibilidad de la ANC de emitir decisiones de inmediata vigencia y eficacia:

En ese sentido, es obvio, que aunque la Asamblea **Constituyente** adopte decisiones de aplicación inmediata, plenamente vigentes y eficaces desde el momento de su promulgación, hasta tanto **no se dé su ratificación, éstas aunque válidas y eficaces no están en firme y eventualmente pueden ser cambiadas por una decisión en contrario del propio pueblo.**¹³⁸ (Subrayado y negritas es nuestro)

viii. Respecto a la posibilidad de que la Asamblea Constituyente pueda asumir las funciones del Estado, podemos resumir que partiendo de que este órgano colegiado, si bien asume la función constituyente que implica el originar a los poderes constituidos, puede obviamente asumir los poderes que constituye, dando a entender el cumplimiento del adagio jurídico de “*Quien puede lo más, puede lo menos*”. Este criterio se complementa respecto al razonamiento efectuado en base a la determinación de si las facultades asumidas por el órgano constituyente rompen con el principio de poderes. A este respecto, el Tribunal se pronunció de la siguiente forma:

Desde la teoría jurídica encontramos que la separación de los poderes, como bien dice Ricardo Guastini es una técnica jurídica procesal que tiene como finalidad básica garantizar la limitación del poder del Estado; pero obviamente opera solo una vez se constituye el Estado; **y por lo tanto, no vincula ni hace referencia a poderes prejurídicos o fácticos como los derivados del ejercicio del poder Constituyente.**¹³⁹ (El resaltado me pertenece)

De todo esto podemos colegir con claridad que el Tribunal se refiere a la situación del Estado al momento de la instalación de la Asamblea, como una situación prejurídica o de facto, por lo que está haciendo un claro desconocimiento a la vigencia del Estado de Derecho en el Ecuador, cosa que vuelve a reiterar nuevamente cuando se refiere al sometimiento o no de la ANC al procedimiento legislativo y de control político previstos en la Constitución, dando total discrecionalidad a este organismo para adoptar el sistema que ésta considere adecuado para esta potestad y las demás decisiones que se adopten en el seno de este organismo. Asimismo, como consecuencia de todos estos antecedentes, se concluyó la incapacidad del Tribunal Constitucional para controlar las actuaciones del

¹³⁶ Schmitt, citado en Tribunal Constitucional. Resolución No. 0043-2007. 2008

¹³⁷ Tribunal Constitucional. Resolución No. 0043-2007. 2008

¹³⁸ *Íbid.*

¹³⁹ *Íbid.*

cuerpo constituyente, con lo que, se ratificó su total discrecionalidad para el ejercicio de sus funciones.

ix. Finalmente, el Tribunal se refirió al sometimiento de la Asamblea Nacional Constituyente al Estatuto aprobado en Consulta Popular del 15 de abril del 2007, de manera que buscó abordar el problema jurídico de los límites que este instrumento preconstituyente había impuesto a este órgano colegiado. Respecto a este particular, el Tribunal desarrolló las potestades de transformación del marco institucional del Estado y la elaboración de la nueva Constitución, interpretando la voluntad popular en sentido de que *“el pueblo ecuatoriano ha delegado a la Asamblea Constituyente todas las atribuciones originarias relacionadas con el ejercicio del poder constituyente y por lo tanto su actuación no tiene límite alguno, salvo los que la propia Asamblea se auto imponga.”*¹⁴⁰. Así coincidió el criterio con la delimitación de los plenos poderes que se estableció en el Art. 1 del Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente, que analizamos en páginas anteriores.

Una vez emitido este fallo, los demás intentos de reclamación judicial a los Mandatos Constituyentes quedaron profundamente neutralizados y el órgano constituyente continuó con el ejercicio de sus funciones mediante la expedición de 22 mandatos más que se encargaron de la regulación de diversos temas y la designación de ciertos funcionarios de los organismos de control, 6 leyes e innumerables resoluciones de pronunciamientos respecto a distintos casos de la realidad nacional de ese momento. Es necesario comprender la legitimidad del proceso constituyente del año 2007, para determinar su validez y el alcance de lo actuado y ratificado por la ciudadanía en el referéndum del 28 de septiembre de 2008.

¹⁴⁰ Tribunal Constitucional. Resolución No. 0043-2007. 2008

1.3 LEGITIMIDAD DE LAS ACTUACIONES DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DEL AÑO 2007-2008

1.3.1: SOBERANÍA, LEGITIMIDAD Y PODER CONSTITUYENTE

Un aspecto imprescindible en la comprensión del poder constituyente, es que éste se encuentra ligado inexorablemente, al fenómeno político que incluye, como señala el Dr. Rafael Oyarte a la *“realidad social, económica, cultural, etc.”*¹⁴¹. Es por este motivo que la relación del fenómeno político y jurídico se encuentra inmerso inevitablemente en el tema que vincula a ambas categorías; el poder, que se identifica con el concepto de la soberanía.¹⁴² El ejercicio de esta potestad se encuentra determinada en las normas constitucionales, que establecen la regulación y delimitación de todos los aspectos del poder, que para las teorías democráticas tiene como base *“el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular”*¹⁴³, que persigue el fin de la defensa y protección de los derechos fundamentales. Para el caso de las doctrinas voluntaristas, la norma constituye un *“acto de voluntad”* de quien detente la soberanía, que puede ser de carácter monárquica o popular, sin importar aquella distinción para su justificación.

La soberanía se define como una cualidad del poder que fundamenta al Estado y la coercitividad de las decisiones que adopta la persona que ostente su titularidad.¹⁴⁴ El concepto de soberanía se plantea desde una perspectiva negativa, es decir, que evidencia un *non plus ultra* de esta cualidad respecto a la sujeción de este atributo con respecto a algún otro poder, lo que conlleva la negación de una entidad superior que controle el actuar del poder soberano. Como consecuencia de este carácter negativo esencial a su naturaleza, se excluye identificar a la soberanía como un poder, sino como un *atributo del poder*. Por este motivo es el carácter de la decisión o la manifestación de la voluntad la que determina si el ejercicio del poder está provisto de la cualidad soberana. Esto implicaría que el poder que permite la autodeterminación del orden jurídico es de carácter soberano, por ende no puede depender de la anuencia de alguna instancia superior. Sin embargo, la actividad que

¹⁴¹ Doctor Rafael Oyarte. Curso de Derecho Constitucional. Tomo 1. Quito. Andrade & Asociados. 2007. Pág. 47

¹⁴² Que en palabras de Bodin, citado por Germán Bidart Campos, en *“Derecho Político”*, Buenos Aires, Aguilar, 1972, pág. 350 es *“la potencia absoluta y perpetua de una República”*.

¹⁴³ Elías Díaz en *Estado de Derecho, Concepto, Fundamentos y Democratización en América Latina*. Estado De Derecho y Legitimidad Democrática. Buenos Aires / México DF. Siglo XXI Editores. 2002. Pág. 72

¹⁴⁴ En palabras de Bidart Campos, en *“Derecho Político”*, Buenos Aires, Aguilar, 1972, pág. 357, ésta se conceptualiza como *“la cualidad suprema de una potestad por encima de la cual no hay otra que jurídicamente pueda obligarla”*.

se encuentra fundamentada en este orden jurídico, tendrá que estar subordinada a éste y no podrá salir de los límites que se encuentran previstos en el mismo.¹⁴⁵

Una vez entendida la soberanía como atributo del poder, es necesario verificar que éste, como manifestación de la capacidad de obrar y estructurar de manera coercitiva un orden jurídico, debe reposar en un sujeto concreto, que como titular, cuente con la autodeterminación necesaria para ejercerla. El debate respecto a la titularidad del poder soberano, ha estado marcado por la visualización respecto al sujeto que la ostenta, yendo desde la noción de un sujeto concreto, en este caso, la persona del monarca o príncipe, hacia la construcción del sujeto abstracto, que implicaría las teorías de la soberanía nacional y de la soberanía popular.

El concepto de la soberanía popular, está ligado fundamentalmente a la abstracción del pueblo como sinónimo de comunidad perfecta o de sociedad ideal¹⁴⁶, que tiene como presupuesto a la independencia, la no sujeción a otra entidad superior y a la adquisición de medios para lograr la autodeterminación¹⁴⁷. Carl Schmitt, asocia este concepto al de su “Unidad Política”, que es la entidad que tiene la capacidad para el ejercicio del poder, partiendo del supuesto que el pueblo “(...) *se hace consciente por primera vez como Nación, de su capacidad de obrar (...)*”¹⁴⁸. A partir de esto podemos colegir que el fenómeno de la soberanía se encuentra vinculado al objeto de nuestro análisis en el marco de su ejercicio en un ámbito interno, ya que desde la perspectiva del Derecho Internacional, ésta se comprende como un atributo del Estado.¹⁴⁹ En palabras de Heller, a través del

(...) principio mayoritario y la idea de la representación, y estos dos elementos, que a su vez, constituyen los medios técnicos a través de los cuales el pueblo, como unidad, domina al pueblo como pluralidad

¹⁴⁵ Como consecuencia de esto y tomando en cuenta lo señalado por Jellinek, citado por Bidart Campos, en “Derecho Político”, Buenos Aires, Aguilar, 1972, pág. 358, la soberanía indica “*la facultad de determinarse por sí mismo exclusivamente, y por tanto, la autolimitación del poder del estado, no obligado jurídicamente por poderes extraños, para instituir un orden dado sobre la base del cual solamente la actividad del estado adquiere un carácter jurídico.*”

¹⁴⁶ La sociedad ideal, en palabras de Bidart Campos, Op. Cit., pág. 358, tiene como elemento fundamental a la autarquía, elemento que refiere como “*la misma idea moderna de la soberanía*”.

¹⁴⁷ Bidart Campos. Op. Cit. Pág. 358

¹⁴⁸ Carl Schmitt. Teoría de la Constitución. Madrid. Alianza Editorial. 1933. Pág.81.

Es por este motivo, que este reconocimiento del colectivo respecto de su existencia y su poder de determinación, le constituye como pueblo, y por ende, se hace depositario de la soberanía y capaz de efectuar las decisiones políticas fundamentales. De esta forma, la soberanía se ejerce por un conglomerado que a pesar de encontrarse indeterminado, obtiene una identidad concreta en su propia esencia.

¹⁴⁹ En el caso de la de la soberanía popular, ésta subordina su existencia al pueblo que es anterior a la superestructura estatal, la cual es constituida por efecto del pacto social que está concebido como un efecto de la voluntad general que se impone,

e integran, al mismo tiempo, el principio que permite hacer del pueblo el sujeto de la soberanía (...)¹⁵⁰

Por ello es que la manifestación de esta voluntad tiene que reflejarse en el establecimiento de la organización del Estado. Haciendo eco a las palabras de Kelsen, la soberanía es “*una propiedad del orden jurídico, que consiste en que sea un orden supremo cuya vigencia no es derivable de ningún otro superior.*”¹⁵¹. De esta manera podemos verificar que el poder constituyente es necesariamente la manifestación por excelencia de la soberanía popular.¹⁵²

La legitimidad, es la cualidad de origen con la que nace la decisión adoptada por el detentador del poder de autodeterminación que permite caracterizar a la comunidad política. De esta manera Schmitt se refiere a que la decisión política es legítima cuando es reconocida no únicamente como una situación de facto, sino que también se convierte en una orientación jurídica¹⁵³, siempre y cuando quien detenta el poder es reconocido como auténtico titular¹⁵⁴.

Cuando el fundamento de la autoridad parte del principio de la soberanía popular, la juridicidad parte de la noción del pacto social que se configura como el paso imprescindible que constituye al colectivo social, que se entendió de forma prima en el abstracto término de la nación y que después avanzaría hasta la misma noción del pueblo, creador del Estado, que se configurará a través del acto constituyente, que surgirá como consecuencia del mencionado *pactum societatis*.¹⁵⁵

¹⁵⁰ Herman Heller. *La Soberanía*. México D.F., Universidad Autónoma de México, 1965. Pág.166

¹⁵¹ Han Kelsen en Bidart Campos. Op. Cit. 359

¹⁵² El tratadista Sánchez Viamonte expone lo siguiente: Tanto la soberanía nacional como su expresión-el poder constituyente- consiste en la voluntad general (Rousseau) o voluntad política (Schmitt) del pueblo. Pero esto solo ocurre cuando el pueblo lo forman seres humanos libres e iguales, dueños de su voluntad, o si se quiere, de su albedrío, como hombres y como ciudadanos. Sánchez Viamonte, citado en Bidart Campos. Op. Cit. 569.

¹⁵³ Dentro de la noción de legitimidad, en cuanto a la producción jurídica, ésta se puede entender en tres dimensiones sobre las que actúa el proceso de la construcción del Derecho. Es así, que de acuerdo a lo que menciona Héctor Fix-Fierro y Sergio López, podemos distinguir una dimensión sistémica que implica la vinculación del modelo jurídico con la organización de la sociedad, una de capital técnico y humano, vinculada al nivel de preparación de la sociedad para afrontar y asimilar la forma política a adoptar, y los aspectos culturales y políticos-institucionales, que se refieren a la institucionalidad que soporta o fomenta la actividad creadora del derecho por parte de la misma unidad política que constituye en base a su condición de titular del poder. Fix-Fierro y López Ayllón en Op. Cit. 336

¹⁵⁴ Schmitt. Op. Cit. 104

¹⁵⁵ Lo decisivo es que el tránsito de la *socialitas natural* a la sociedad civil, se produce por un acto particular, a cuyo través cada uno de los individuos renuncia a su libertad y autonomía originaria, en aras de la creación de una seguridad y libertad colectivas, con la aparición, a través del contrato, de la *societas civilis sive política*. Pedro de Vega García. *En Torno a la Legitimidad Constitucional*. Internet. <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/641/38.pdf>. Acceso: 15/06/2012. Pág. 8)

Partiendo del contractualismo social como el presupuesto de la legitimidad, se generó de manera inexorable el constitucionalismo como generador de la legalidad, bajo tres supuestos fundamentales de justificación, que son el poder constituyente, los derechos fundamentales y la secularización de la sociedad con respecto del Estado. El producto de éstos, es el origen del Estado de Derecho.

Evidentemente, el Estado de Derecho es indiscutiblemente el producto de la soberanía popular y la legitimidad democrática. En éste descansa el ordenamiento jurídico, que comprende el conjunto de normas que rigen a la sociedad, y que tienen como fundamento los mismos valores que caracterizan a la democracia¹⁵⁶. Al reposar sobre la base de la doctrina pactista del contrato social, éste viene dado por la misma voluntad de los hombres, cuestión que determina que el Estado no es una realidad insuperable, y al ser establecido por la sociedad, está sometido a los valores y principios que rigen a la misma. Todos estos valores implican el reconocimiento de derechos anteriores al mismo surgimiento del Estado, que en palabras de De Vega García, se constituye un *núcleo ileso de derechos* que no pierden su carácter esencial ni siquiera con el establecimiento del contrato social. Bajo este concepto el Estado surge como el mecanismo idóneo para garantizar los derechos de los ciudadanos frente a los abusos que éste o los otros particulares puedan efectuar para enervarlos. Por este motivo, surgirán cuatro características fundamentales que comportan la esencia del Estado de Derecho, y que nos permitimos citar: a) El imperio de la ley¹⁵⁷, b) La división de los poderes del estado,¹⁵⁸ c) La fiscalización de la administración pública¹⁵⁹, y d) La garantía de los derechos fundamentales.¹⁶⁰

Bajo esta concepción el poder constituyente perseguirá el reconocimiento de los derechos de las personas y su pleno ejercicio con la expedición de la norma fundamental, llegando a la conclusión de los revolucionarios franceses de que si no se incluye

¹⁵⁶ Díaz Elías en Op. Cit. Pág. 69

¹⁵⁷ La ley regirá de igual forma a todos los ciudadanos, incluido los que se encuentran al frente del gobierno y que encuentra su máxima expresión en la norma constitucional, fundamento de todas las demás. Díaz Elías. Op. Cit. Pág. 69.

¹⁵⁸ Implica la desconcentración de las funciones de legislación, gobierno y administración de justicia para evitar la concentración y manipulación del ordenamiento jurídico en una sola autoridad, que necesariamente es presupuesto de arbitrariedad. Díaz Elías. Op. Cit. Pág. 70

¹⁵⁹ permite la verificación que las actuaciones de la autoridad ejecutiva en todos sus niveles se ciña al ordenamiento jurídico, sometiendo al gobernante al derecho Díaz Elías. Op. Cit. Pág. 69

¹⁶⁰ Razón prima de ser del Estado de Derecho implicará una serie de acciones normativas, judiciales y de gobierno para la consecución de los objetivos sociales, que necesariamente implican la vivencia plena de las libertades fundamentales y el desarrollo del ciudadano. Díaz Elías. Op- Cit. 69).

claramente el establecimiento de los derechos, sencillamente el Estado carecerá de la Constitución¹⁶¹

Partiendo de todas estas aseveraciones, finalmente, podemos ver, de acuerdo a la visión de Sagüés, a la legitimidad del poder constituyente, entendiéndose, la necesidad de éste de ser doblemente justificado desde una visión de origen¹⁶² y de ejercicio.¹⁶³

Para Carl Schmitt, la legitimidad de la Constitución se encuentra basada en la existencia del titular del poder constituyente, que históricamente puede considerarse que reposa o en el monarca o en el pueblo. Esto implica que el sujeto constituyente realmente esté constituido como una unidad política.¹⁶⁴

1.3.2 EL PODER CONSTITUYENTE

El Poder Constituyente está asociado siempre al espectro político, por estar éste siempre vinculado a la generación del ordenamiento jurídico, por fundamentar al gobierno al dotar la estructura del Estado, que representa la abstracción política y jurídica en la que manifiesta la sociedad su forma de ser.

Como vimos anteriormente, el poder político se justifica en la legitimidad que se asocia a la soberanía como su origen y la consecución de mecanismos de defensa y

¹⁶¹ De Vega García. Op. Cit. Pág. 12

¹⁶² Para el caso de la legitimidad de origen, es fundamental que el sujeto que ejerce el poder constituyente obtenga esa calidad de fuente auténtica. En palabras de Sagüés, esta característica se evidencia en "*métodos legítimos de designación de quien ejerce el poder constituyente*" Sagüés. Op. Cit. Pág.121.

¹⁶³ Para Sagüés, "la legitimidad de ejercicio, requiere también que quien ejerza el poder constituyente originario, cumpla durante las tareas de elaboración de la Constitución, con las reglas de procedimiento fijadas por él." En el caso de Carl Schmitt, el procedimiento se vuelve irrelevante, al punto de que le resta cualquier tipo de incidencia en la legitimidad constitucional. Para este autor, es inconcebible que una "Constitución nueva, una nueva decisión política fundamental, se subordine a una Constitución anterior y se haga dependiente de ella. Allí donde se va hacia una nueva Constitución por abolición de la anterior, no es legítima la nueva porque la vieja haya sido abolida" Schmitt. Op. Cit. Pág. 105. Por el mismo origen que se otorga a la norma, ésta no puede obtener su legitimidad de sí misma, porque ésta parte de la validez de la voluntad que origina su existencia. Sagüés. Op. Cit. Pág. 121. En este sentido, será fundamental que la Constitución otorgada por el constituyente sea esencialmente justa. Esto implica de acuerdo a Sagüés que "Las cláusulas constitucionales absurdas, injustas, demagógicas, utópicas, totalitarias, superfluas o confusas hacen perder autoridad ética al texto constitucional (...)" Sagüés. Op. Cit. 121. conectando con este precepto con los objetivos teleológicos del Estado de Derecho, que se fundamenta en la legitimidad democrática y la doctrina de los derechos fundamentales. Para los decisionistas como Schmitt, la Constitución no puede tener valoración ética ya que la misma " (...) no es pues cosa absoluta, por cuanto que no surge de sí misma. Tampoco vale por su virtud de su justicia normativa o por virtud de su cerrada sistemática. No se da a sí misma, sino que es dada por una unidad política concreta." Schmitt. Op. Cit. Pág. 46

¹⁶⁴ Y esta noción es consecuencia del mismo concepto que la teoría decisionista otorga a la Constitución, una decisión política primigenia Schmitt. Op. Cit. 47.

garantía de los derechos fundamentales, y de la limitación del poder como su telos indispensable.

El Poder Constituyente encuentra una serie de elementos que lo configuran y definen en su esencia, que se manifiestan en el proceso en el que desempeña su función por naturaleza, que es la creación de la Constitución.

1.3.2.1Hacia una definición de poder constituyente: Realmente, coincidimos con el tratadista Jorge Carpizo, en su afirmación de que dentro de la doctrina constitucional, no existen muchas definiciones de poder constituyente, ya que, realmente, el asunto gnoseológico en cuestión se ha resuelto al describir las características esenciales en las que actúa este poder. Por la misma naturaleza del poder constituyente, éste ha sido objeto de estudio no únicamente en la ciencia jurídica, sino que ha existido una importante investigación respecto a este concepto en varios campos de las ciencias sociales, entre ellos la sociología, la antropología y la politología.¹⁶⁵

Sin embargo, corresponde revisar algunos conceptos que nos aporta la doctrina respecto a esta temática especial:

a. Néstor Pedro Sagüés, en su Teoría de la Constitución, se refiere a éste tanto como *“la facultad de o potencia para establecer y alterar la Constitución, como a quién lo hace”*¹⁶⁶, teniendo en su definición tanto un elemento objetivo (la estructuración de la Constitución), como un elemento subjetivo (el titular del poder constituyente y quien lo ejerce efectivamente).

b. Para Bidart Campos, el poder constituyente es la *“Competencia, capacidad o energía, para constituir o dar Constitución a un Estado, es decir, para organizarlo, para establecer su estructura jurídico-política”*¹⁶⁷

c. Juan Alberto Carbajal, define a este poder como *“aquel que realiza el acto de creación constitucional y asimismo, de soberanía por antonomasia; darle vida al Estado a través de un documento político jurídico supremo: la Constitución. Es en sí, el Poder de*

¹⁶⁵ Algunos autores como Quiroga Lavié, han manifestado que éste pertenece al campo de la sociología social al definirlo como *“la relación social de mando y obediencia a través de la cual la sociedad establece la distribución y el modo del ejercicio monopólico de la fuerza en ella”* Quiroga Lavié citado por Jorge Carpizo. Algunas reflexiones sobre el Poder Constituyente. Internet. Acceso: 25/06/2012. Pág. 5.

¹⁶⁶ Sagüés. Op. Cit. 114

¹⁶⁷ Bidart Campos limita su definición al acto constituyente, abandonando la idea subjetiva que adopta Sagüés. Germán Bidart. Campos. Tratado elemental de Derecho Constitucional. Buenos Aires. Tomo 1. Editar. Pág. 107

Poderes”¹⁶⁸. La concepción de Carbajal aporta con la expresión de “poder de poderes”, al reconocerle como suprema a la Constitución, que es el principal producto del ejercicio de este poder.

d. Para Carl Schmitt, dentro de su concepción decisionista define al poder constituyente como “*la voluntad política cuya fuerza o autoridad*¹⁶⁹ *es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo*”¹⁷⁰. De esta definición es importante la noción de voluntad política, ya que establece la necesidad de que el pueblo, como una unidad política, tenga la convicción certera de configurarse como Estado.

e. Para Kelsen, el problema del poder constituyente se encuentra en el orden del derecho natural y por ende “*no puede tener otro sentido que el de poner dificultades a la modificación de las normas que fundamentan ciertos casos del derecho positivo*”¹⁷¹

f. El Doctor Rafael Oyarte, en su “Curso de Derecho Constitucional” analiza separadamente el poder constituyente, tanto desde el punto de vista jurídico como político. Es así que desde el punto de vista técnico jurídico sintetiza a éste “*en el órgano especial, o con atribuciones especiales, que se prevé para elaborar una Constitución y para reformar la ya existente de acuerdo a los procedimientos dificultados que se encuentran establecidos en la misma Carta Suprema*”¹⁷²

1.3.2.2 Naturaleza del Poder Constituyente: Como hemos señalado anteriormente, el poder constituyente, al ser aquel que genera la Constitución, es una realidad político jurídica que conlleva tanto un ejercicio político como jurídico, al ser la carta fundamental la norma que sustenta al ordenamiento jurídico en general.

a. Jorge Carpizo, al analizar a Sieyes, concluye, que éste es “*una de las características de la nación, y como quien decide sobre la Constitución que le da al*

¹⁶⁸ Juan Alberto Carbajal. Tratado de Derecho Constitucional: Teoría de la Constitución. México DF. Editorial Porrúa. 2002. 77

¹⁶⁹ Schmitt, realiza la distinción entre fuerza y autoridad basándose en la potestas y la auctoritas del Derecho Romano.

¹⁷⁰ Schmitt. Op. Cit. Pág. 94

¹⁷¹ Hans Kelsen. Teoría General del Estado. México. Editora Nacional. 1965. Pág. 330-331

¹⁷² Oyarte. Op. Cit. 71.

Sin embargo, se ocupa de la cuestión política al señalar ampliamente el tema respectivo a la titularidad del poder constituyente.

gobierno”¹⁷³. Por ende, es un poder diferente de los poderes constituidos, superior a éstos que ejercen otro tipo de competencias. De acuerdo a Harliou, se genera la existencia de una superlegalidad constitucional¹⁷⁴ que debe reunir una doble condición, en primer lugar, la del poder constituyente que se encuentra por encima de los poderes constituidos¹⁷⁵, efectúa la Constitución y le otorga a la misma un procedimiento de reforma especial que le confiera al texto constitucional rigidez con respecto a las demás normas y aquella en la que en la norma fundamental tenga previsto un control jurisdiccional de las normas infraconstitucionales.¹⁷⁶

b. Para Schmitt, *“el poder constituyente es voluntad política: Ser político concreto.”*¹⁷⁷ Por este motivo la Constitución se comprende como una Decisión, es decir, un acto de la voluntad. Por este motivo la “ley constitucional”, no agota el ejercicio del poder constituyente, ya que éste se encuentra permanentemente presente. Como consecuencia de aquello, *“todo auténtico conflicto constitucional que afecte a las bases mismas de la decisión política de conjunto, puede ser decidido, tan sólo, mediante la voluntad del poder constituyente mismo”*.¹⁷⁸

c. De acuerdo a Rafael Oyarte, el poder constituyente es un poder superior a la potestad normativa. Fundamenta esta superioridad en la misma jerarquía de la Constitución como norma superior y como condición de validez y unidad del ordenamiento jurídico.¹⁷⁹

d. Para Carbajal, dado que el poder constituyente, como poder de poderes, es de naturaleza anterior a los poderes constituidos, y por ende superior a éstos, en sentido de que su coactividad *“no se manifiesta en quitarles o someter a tales poderes (poderes constituidos), sino en la atribución de dotarle al sistema jurídico coacción”*¹⁸⁰. En ese sentido, el poder constituyente es un poder de carácter representativo, ya que el órgano

¹⁷³ Carpizo Op. Cit. Pág. 3

¹⁷⁴ La Superlegalidad Constitucional se refiere a la existencia de una Constitución escrita y rígida, establecida por el poder constituyente. Harliou citado por Jorge Carpizo. Op. Cit. Pág.3

¹⁷⁵ El poder constituyente se caracteriza por ser una *especie* de poder legislativo, de titularidad de la nación, cuyos representantes (legislador constituyente), actúan como representantes de la nación, ya que el poder constituyente es un elemento de la nación, anterior al Estado. Harliou citado por Jorge Carpizo. Op. Cit. Pág.3

¹⁷⁶ Harliou citado por Jorge Carpizo. Op. Cit. Pág. 3

¹⁷⁷ Carl Schmitt. Op. Cit. Pág. 95

¹⁷⁸ De esta manera fundamenta al Poder Constituyente como permanente, inalienable, irreductible y superior al Estado, ya que como manifestación de voluntad, expresa claramente la intención positiva del titular. Carl Schmitt. Op. Cit. Pág. 95

¹⁷⁹ Este poder puede ser ejercido por algún órgano especial o el mismo órgano legislativo regular, que se encontraría en ejercicio de una competencia especial. Rafael Oyarte. Op. Cit. Pág. 69

¹⁸⁰ Carbajal. Op. Cit. Pág. 68

constituyente representa al pueblo en su deseo de dotarse de una Constitución. Es inalienable, por ser indelegable e intransferible.¹⁸¹

1.3.2.3 Titular o Sujeto del Poder Constituyente y la forma o Función Constituyente y Órgano de Ejercicio: Uno de los aspectos que influyen dentro de la dinámica del poder constituyente es el vinculado a su titularidad. Éste, al estar en el espectro de lo político, es el que más puede incidir en su comprensión, ya que el titular es el sujeto que tiene la capacidad de elaborar la Constitución, ponerla en vigencia, y por ende, imponerla dentro del Estado que se pretende normar. Silva Bascuñán, citado por Rafael Oyarte, afirma que:

El poder constituyente es la expresión máxima del Poder del Estado, de su soberanía interna, de modo que resulta ser titular de él quien, dentro de la sociedad política, es el soberano, o sea, quien se proclama capaz de expresar la voluntad decisoria que implica la superior dirección de ella.¹⁸²

a. De acuerdo a Pedro Sagüés, se plantea una diferencia entre el titular del poder constituyente, que viene a ser *“en quien se hace formalmente residir la potestad constituyente y a quien se le atribuye o imputa la decisión del poder constituyente”*¹⁸³, de quien ostenta el *ejercicio* de esta potestad, que vienen a ser quienes efectivamente elaboran y sobre todo ponen en vigencia el régimen constitucional.¹⁸⁴

b. De acuerdo a la configuración política de la sociedad, los sistemas de titularidad del poder constituyente admiten dos clases de fuente que son aquellas de: a) carácter monocrático (un sujeto constituyente individual); y, b) Tendencias policráticas (de sujeto constituyente colectivo), que resumiremos a continuación:

i. Cuando la concepción de titularidad es de carácter monocrático, implica que el poder constituyente es ejercido por un órgano unipersonal, que puede identificarse en el monarca, en dios o en un líder político que promulgue y ponga en vigencia la Constitución. La concepción teocrática, es la primera en concebirse, ya que dentro de las doctrinas medievales se reserva a la divinidad, como suprema legisladora del universo, el establecimiento de la autoridad y el Derecho, por lo que las normas religiosas se convierten

¹⁸¹ En este sentido es un órgano unitario, ya que éste tiene la potestad de expedir la norma fundamental sin la necesidad de someterse a otro, sin embargo, la característica de unidad puede menguar cuando se tiene que someter el nuevo texto constitucional a referéndum. Finalmente le dota al órgano una naturaleza temporal, ya que existe únicamente para la expedición de la nueva Constitución, de forma tal, que una vez cumplido su propósito, tiene que disolverse. (Carvajal, 2002, 68)

¹⁸² Silva Bascuñán citado por Rafael Oyarte. Op. Cit. Pág.74

¹⁸³ Sagüés. Op. Cit. Pág.119

¹⁸⁴ *Íbid.*

también en preceptos de cumplimiento obligatorio para la sociedad.¹⁸⁵ La concepción monárquica o absolutista, que estuvo presente desde la configuración del Estado Nacional, hace que la Constitución provenga de la voluntad del monarca soberano, ya que *“en virtud del principio monárquico, permanece en él la plenitud del poder del Estado, incluso cuando se vincula, con vistas al ejercicio de ciertos derechos, en volumen limitado, a la cooperación de los estamentos”*¹⁸⁶. Por este motivo, al ser el rey el titular del poder constituyente, se convierte en la fuente del ordenamiento jurídico, y por ser anterior a éste no está sujeto al mismo.¹⁸⁷

En algunos casos, la concepción monocrática no es adoptada por el monarca o parte de una visión teocrática, sino que se manifiesta por la actividad de un líder dictatorial o revolucionario, que en ejercicio de su poder de facto, establece el código político a seguirse mientras subsista el régimen subrogante del constitucional, como es el caso de los decretos supremos que expide el titular de la autoridad ejecutiva de facto al asumir el gobierno¹⁸⁸.

ii. Dentro de los sistemas de sujeto colectivo, encontramos tres especies de sujeto constituyente, de los cuales cada uno va ampliando el espectro de participación, de acuerdo a la construcción de soberanía sobre la que se fundamentan estas titularidades. Es así que encontramos sujetos constituyentes estamentarios, de soberanía nacional y de soberanía popular.

Las teorías estamentarias ubican la titularidad del poder constituyente en un grupo específico de la sociedad política. En palabras de Schmitt, *“puede ser que una organización firme adopte como tal, sin invocar la voluntad de la mayoría de los ciudadanos, de las decisiones políticas fundamentales sobre modo y forma de la existencia política; es decir de una Constitución”*.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Un ejemplo de concepción teocrática la encontramos en la República Islámica del Irán, que ha fundamentado la estructura del Estado a los preceptos contenidos en el Corán, siendo la máxima autoridad, un Consejo Religioso que observa el cumplimiento irrestricto de las normas religiosas dentro del aparato estatal.

¹⁸⁶ Carl Schmitt. Op. Cit. Pág. 98

¹⁸⁷ Dentro de la concepción de la monarquía constitucional, la carta fundamental se puede dar por dos procedimientos, uno por vía unilateral, en la que el rey por propia voluntad cede algunas de sus potestades exclusivas, lo que implica la recuperación de las mismas de ser voluntad soberana, y la vía pactada, en la que el monarca y una asamblea que representa al pueblo acuerdan la Constitución, en la que el rey se reserva algunas facultades para sí. Oyarte. Op. Cit. Págs. 76-77

¹⁸⁸ Como ejemplo podemos mencionar al Decreto Supremo No. 1 publicado en R.O. de 16 de febrero de 1972, que puso en vigencia a la Constitución de 1945, en todo lo que no se opusiera al gobierno militar que en ese momento se estaba estableciendo.

¹⁸⁹ Tanto en Schmitt como en Oyarte, se cita en esta forma a los estados comunistas como el soviético o el modelo fascista italiano, que identifican al pueblo con el partido y a éste con el Estado. Carl Schmitt. Pág. 98

En el caso de los modelos de soberanía nacional, la nación transfiere la soberanía al parlamento, órgano meramente representativo que es designado por sufragio¹⁹⁰. La legitimidad del parlamento queda reducida a las personas que logran ostentar la calidad de ciudadanos. Las teorías de soberanía nacional son propias del constitucionalismo clásico.

En el caso de la soberanía popular, que vincula al principio democrático por antonomasia, como vimos anteriormente, fundamenta su legitimidad en el pueblo como unidad política titular indiscutible de esta calidad. Para el poder constituyente en palabras de Schmitt:

El pueblo, la Nación, sigue siendo el basamento de todo el acontecer político, la fuente de toda la fuerza, que se manifiesta en formas siempre nuevas, que siempre saca de sí nuevas formas y organizaciones, no subordinando nunca, sin embargo, su existencia política a una formulación definitiva.¹⁹¹

La ciudadanía, de acuerdo a esta concepción, deja de ser una función pública para pasar a ser un derecho, y por ello los requisitos para ejercerla son los mínimos e indispensables.¹⁹²

c. De acuerdo a lo mencionado por Carpizo, la función constituyente comprende la forma en cómo el poder constituyente procede¹⁹³. En este sentido, Paolo Barile, señala a la función constituyente como la forma de manifestar al poder constituyente en cuanto ésta tenga capacidad de generar “*hechos normativos, (...), actos de implantación del ordenamiento jurídico realizados (...) por las fuerzas políticas primordiales de la sociedad*”¹⁹⁴, lo que permite identificar a esta función con quien detente la capacidad de generar el Acto Constituyente y permitir la efectiva vigencia de la nueva Constitución.

d. En cuanto al órgano constituyente, que se define como la instancia que detenta el ejercicio de la función y del acto constituyente, se plantean algunas nociones que consideramos fundamentales:

¹⁹⁰ El sufragio, en la soberanía nacional, comprende el ejercicio de la función pública de la ciudadanía, como ésta comprende una función pública, los requisitos exigidos para ser ciudadano son muy estrictos, y generalmente están supeditadas a la condición socioeconómica de las personas.

¹⁹¹ Schmitt. Op. Cit. Pág. 97

¹⁹² La noción de representatividad se modifica sustancialmente, ya que el pueblo, al no poder ejercer directamente todas las potestades, delega algunas a las autoridades constituidas, y en cambio, se reserva para sí el poder constituyente Sánchez Viamonte citado por Rafael Oyarte. Op. Cit. Pág. 87.

¹⁹³ Jorge Carpizo. Op. Cit. Pág. 6

¹⁹⁴ Barile citado por Jorge Carpizo. Op. Cit. Pág. 6

i) En los casos en que la titularidad del poder constituyente parte de una concepción monocrática, el órgano constituyente se identifica con el titular, ya que es el único sujeto capaz de estar investido de la función constituyente.¹⁹⁵

ii) En el poder constituyente de sujeto colectivo, se reviste un problema adicional que se encuentra reflejado entre quien detenta la titularidad, que es el colectivo como tal, frente a quien actúa como ejercitador del poder constituyente. Tal problema, en apariencia, no tendría mayor relevancia en las constituciones de sujeto estamentario, ya que esta manifestación estaría dada por el órgano de gobernanza dentro del grupo detentador del poder (llámese Junta de Notables, Politburó, Consejo de Generales, etc). El problema se evidencia con mayor complejidad, en los esquemas de soberanía popular, ya que el pueblo no es una instancia firme y organizada.¹⁹⁶ Como contraparte a este elemento, se propone desde la doctrina el establecimiento claro y reglado mediante el cual se determine “*la composición del cuerpo electoral que va a ejercer soberanía por medio de referéndum o que va a elegir a la asamblea respectiva*”¹⁹⁷.

e. En cuanto al ejercicio del poder constituyente, podemos partir de lo teorizado por el profesor Dr. Juan Vicente Sola en su obra *Derecho Constitucional*, que en su capítulo “*¿Cómo se hacen las Constituciones?*”, diferencia tres tipos de procedimientos mediante los cuales se da nacimiento a la Constitución del Estado. Asimismo, emplearemos lo expuesto por Carl Schmitt en su *Teoría de la Constitución*, dentro del apartado de la *Actividad del Poder Constituyente*, de forma tal que ubicaremos las formas expuestas por este jurista alemán en las tres categorías establecidas por el primero. De esta manera, se pueden distinguir los procedimientos constituyentes directos, indirectos y mixtos¹⁹⁸, que expondremos a continuación:

i) Procedimientos directos: En los procedimientos directos, partiendo de la soberanía popular, “*el pueblo debe directamente decidir sobre su Constitución, debe plebiscitar su ley fundamental*” (Sola, 2006, 229). En su concepción clásica, implicaría que

¹⁹⁵ De esa manera “*la actividad del poder constituyente se regula a sí misma*”, de forma tal que la expedición del decreto o edicto que promulgue la Constitución será dado por la persona que detente el poder absoluto, quedando esta decisión carente de limitación alguna. Schmitt. Op. Cit. Pág. 99

¹⁹⁶ Tomando las palabras de Schmitt, “*Pueblo no es por esencia, magistratura, ni nunca-tampoco en Democracia-autoridad permanente*”. Este elemento, determina una cierta debilidad del pueblo como titular del poder, ya que se ve limitado a “*decidir sobre las cuestiones fundamentales de su forma política y su organización*”, cosa que puede dar lugar a que se mal interprete, se desconozca o se falsee la decisión adoptada por el pueblo, generando un fraude constitucional. (Schmitt. Op. Cit. 99-100)

¹⁹⁷ Rafael Oyarte. Op. Cit. Pág. 188

¹⁹⁸ Juan Vicente Sola. Derecho Constitucional. La ley. Buenos Aires. Pág.229

el pueblo directamente elaborará, aprobará y promulgará la carta fundamental que decida otorgarse. Sin embargo, dentro de la concepción de la democracia moderna es una situación imposible, debido a que el número de los ciudadanos es excesivamente grande y la complejidad de la sociedad impide que todos decidamos sobre todos los asuntos. En este contexto, para Schmitt, la forma natural en que el pueblo expresa su voluntad es a través de la *aclamación*, que constituye una expresión de facto, que modernamente se manifiesta a través de la *opinión pública*.¹⁹⁹

Para Sola, el procedimiento directo por antonomasia es el referéndum que “*permite que la voluntad popular pueda expresarse sin el filtro de los representantes políticos y de alguna (forma), evitar las consecuencias de coaliciones políticas circunstanciales que puedan imponer un pacto constitucional a sus espaldas*.”²⁰⁰ El problema respecto del referéndum reviste en quién estructura la propuesta constitucional que va a ser sometida a votación por el electorado y la forma en que se desarrollará el acto electoral, que si bien en varios casos está regulado en la misma Constitución, para el caso del poder constituyente originario se ejerce de facto²⁰¹. Para Schmitt, este problema se evidencia en el “*plebiscito general sobre una propuesta surgida por un modo cualquiera, o sobre una nueva ordenación y regulación introducida de un modo cualquiera*”²⁰². Para ilustrar este caso, el jurista alemán cita los plebiscitos convocados durante los gobiernos napoleónicos²⁰³, en que el “*influjo electoral del gobierno napoleónico fue bastante fuerte y desconsiderado; estropeó la finalidad del plebiscito haciendo sospechosa la experiencia democrática*”.²⁰⁴

¹⁹⁹ La aclamación es una expresión de facto que no se encuentra regulada por ninguna disposición normativa positiva. De acuerdo a Schmitt, esta manifestación de voluntad del pueblo únicamente se produce en momentos críticos, cuando es fundamental su expresión respecto a la decisión fundamental que debe adoptar respecto a su existencia política, que se manifiesta en una afirmación (sí) o negación (no). En virtud de esto, la aceptación del orden constitucional en tiempos de paz se evidenciará mediante una acción negativa, “*El que no se dé a conocer ninguna manifiesta y especial voluntad, significa precisamente asentimiento para que subsista la Constitución presente*” Schmitt. Op. Cit. Pág. 100.

En cambio, cuando se generan hechos críticos, es imprescindible una expresión positiva de voluntad, que se manifestará claramente en una negación de la Constitución vigente que evidenciará el “*no*” a la decisión política fundamental y que se complementará con la afirmación de una existencia política que se presente como contraria a la que es negada. Schmitt. Op. Cit. Pág. 100

²⁰⁰ Juan Vicente Sola. Op. Cit. Pág.229

²⁰¹ Claro ejemplo del mismo es la forma en que se convocó al referéndum de abril de 2007, en el que se dictaminó sobre la conveniencia de convocar a la ANC y el Estatuto Electoral.

²⁰² Schmitt. Op. Cit. 103

²⁰³ Refiriéndose a los plebiscitos convocados por Napoleón I (Napoleón Bonaparte), para el establecimiento del Consulado en 1799, el Consulado Vitalicio en 1802, el Imperio en 1804 y 1815, y los convocados por Napoleón III (Luis Napoleón Bonaparte), para cimentar el II Imperio Francés. Véase en Schmitt, 1933, 103.

²⁰⁴ Schmitt. Op. Cit. Pág. 103

En el caso ecuatoriano encontramos esta situación en el caso de la aprobación de la Constitución que estuvo vigente a partir de 1979 hasta 2008, cuyo proceso electoral fue organizado por la dictadura del

ii) Procedimientos indirectos: Los procedimientos indirectos surgen del principio representativo, que en palabras de Sola “*es la técnica de elaboración de la Constitución en la cual la participación del pueblo se sitúa en el momento de elección de representantes a deliberar y aprobar la Constitución*”²⁰⁵. Este es el caso tradicional de la Asamblea Constituyente, que tuvo su origen en la Francia revolucionaria, que desde Sièyes, conceptualizó la posibilidad de que una asamblea representativa, por mandato de la nación pueda establecer la carta fundamental y expedirla. Schmitt, la describe como una “Asamblea Nacional que acuerda y despacha”, misma que “*elegida según los postulados democráticos fundamentales, comisionada especialmente para la formulación y normación de las determinaciones legal-constitucionales, acuerda el texto de las leyes constitucionales y las expide*”²⁰⁶. En este caso, es la Asamblea o Congreso Constituyente la que ejerce el poder constituyente a nombre del pueblo, estando su potestad delimitada en el ámbito de crear la nueva Constitución.²⁰⁷

c) Procedimientos mixtos: En los procedimientos mixtos, el ejercicio del poder constituyente se realiza mediante una “*Asamblea (Convención) que proyecta (normaciones legal-constitucionales) con inmediato referéndum otra confirmación, directa o indirecta del proyecto, por los ciudadanos con derecho a voto*”²⁰⁸. El caso señalado por Schmitt, corresponde al caso de la Asamblea Proyectista, que en palabras de Carpizo son aquellas “*electas por el pueblo para que redacten un proyecto de Constitución, el cual ha de ser sometido después a la consideración del pueblo a través de un referendo.*”²⁰⁹ De acuerdo a Sola, se deben distinguir los momentos de elaboración del texto constitucional y de la ratificación, sanción y promulgación de la misma, estando el primero (actuación de la convención constituyente) en el plano indirecto representativo, y el segundo (referendo aprobatorio), en el elemento directo de la participación popular. Es fundamental señalar que en este caso la participación del pueblo en el proceso constituyente se ubica desde el origen, cuando a través de las elecciones designa a los representantes que participarán en la

Consejo Supremo de Gobierno (1976-1979) en que el triunvirato designó dos comisiones de juristas que prepararon dos proyectos de Constitución, el uno consistente en la Constitución de 1945 reformada y el otro de una propuesta nueva (que finalmente fue el ganador), para ser sometidos a escrutinio del pueblo soberano.

²⁰⁵ Juan Vicente Sola. Op. Cit. Pág. 230

²⁰⁶ Schmitt. Op. Cit. Pág. 101

²⁰⁷ En el caso ecuatoriano, en todos los procesos constituyentes, salvo los de 1869, 1977-1979 y 2008, el poder constituyente fue ejercido por una Asamblea Constituyente.

²⁰⁸ Schmitt. Op. Cit. 102

²⁰⁹ Carpizo. Op. Cit. 10

Asamblea Proyectista. Finalmente, el pueblo se reserva la potestad de realizar el acto constituyente a través del referéndum aprobatorio de la Constitución, por lo que en este caso, el único ejercitador del poder constituyente es el pueblo soberano, quedando la convención como un organismo generador del proyecto normativo, que sin la ratificación del pueblo jamás nacerá a la vida jurídica.²¹⁰

1.3.2.4 Acto Constituyente, sanción y promulgación de la Constitución para su entrada en vigencia: La noción del acto constituyente parte del doctrinario francés Emilio Boutmy, quien lo define como aquel que da vida a la Constitución.²¹¹ Para Sánchez Viamonte “*es el hecho o los hechos históricos de voluntad política, necesarios para la formación y estructuración de un Estado.*”²¹². Dadas estas condiciones, el acto constituyente se define como aquel en el que se pone en vigencia la Constitución.

Para Sagüés, el acto de sanción y promulgación en el caso del Poder Constituyente se encuentra regulado por quién ejerce el mismo, que determinará los mecanismos idóneos para que la norma fundamental entre en vigencia de manera efectiva. En el caso del poder constituyente derivado, los actos de sanción y promulgación se encuentran previstos en la Constitución que va a ser reformada, o en las normas establecidas por el preconstituyente.

Es importante que el mecanismo de sanción y promulgación de la Constitución se encuentren debidamente regulados, ya que caso contrario, podrían existir conflictos de competencia que pondrían en riesgo al ejercicio del poder constituyente por parte del titular. En el caso ecuatoriano, esta problemática se evidenció en la Asamblea Constituyente de 1938, en que el Presidente de la República se negó a promulgar el texto constitucional aprobado por el órgano colegiado alegando varias irregularidades en el proceso de aprobación del articulado, lo que culminó con la puesta en vigencia de la Constitución de 1906 por el Congreso Nacional de 1939²¹³. Es importante mencionar que el ejercicio de esta potestad de control por parte del titular del ejecutivo es sumamente discutible, ya que a éste únicamente correspondía la atribución de promulgar el texto constitucional para que entre en vigencia, perfeccionando su nacimiento a la vida jurídica. Por este motivo es que el mismo titular del poder constituyente debe reservarse también el

²¹⁰ En el caso ecuatoriano, este tipo de ejercicio del poder constituyente se efectuó en los procesos de 1869 y 2008, en los que se sometió a referéndum el texto aprobado por la Asamblea, siendo en ambos ratificada por el electorado.

²¹¹ Boutmy citado por Jorge Carpizo. Op. Cit. Pág. 7

²¹² Sanchez Viamonte citado por Jorge Carpizo. Op. Cit. Pág. 8

²¹³ Oyarte. Op. Cit. 170

acto de sanción y promulgación de la Constitución, que es fundamental para su vigencia y eficacia. En el caso de la Constitución de 2008, el texto constitucional aprobado en referendo fue publicado en el Registro Oficial una vez terminados los escrutinios en el Tribunal Supremo Electoral.

1.3.2.5 Clases de Poder Constituyente: El Poder Constituyente, como poder de crear o modificar la Constitución, se ejerce mediante la generación de una nueva norma fundamental diferente de la anterior o mediante la revisión de algunos de sus contenidos que por el evento de las necesidades de la sociedad requieren ser modificados para ajustarse a estos requerimientos. El primero, como acto generador del ordenamiento jurídico, no sujeto a limitaciones de orden positivo es denominado “Poder Constituyente Originario”²¹⁴, y el segundo, por tener como fin la revisión y reforma de ciertas partes de la carta fundamental sin alterar su espíritu, y por estar sometido a las normas impuestas por la misma Constitución y demás normas del ordenamiento jurídico, es denominado “Poder Constituyente Derivado” o “Poder Constituyente derivado”.

Dentro de la doctrina, en autores como Luis Recaséns Siches o Carl Schmitt, existe un debate respecto a si el Poder Constituyente Derivado realmente es un Poder Constituyente, ya que siendo éste una expresión máxima de la soberanía del pueblo, como un acto anterior al Estado, evidentemente no puede estar sujeto a ningún tipo de limitación de orden positivo, y por ello, si la facultad de reforma de la Constitución está sometida a los procedimientos y requisitos determinados en el ordenamiento jurídico, no puede considerarse como poder constituyente. Schmitt, en su *“Teoría de la Constitución”*²¹⁵, se refiere a este tema en particular:

“Es especialmente inexacto caracterizar como **Poder Constituyente**, la facultad atribuida y regulada sobre la base de una ley constitucional, de cambiar, es decir, de revisar determinaciones legal-constitucionales. También la facultad de reformar o revisar leyes constitucionales (...) es, como toda facultad constitucional, una competencia legalmente regulada, es decir, limitada en principio. No puede sobrepasar el marco de la regulación legal-constitucional en que descansa”²¹⁶

En nuestra opinión, coincidimos con lo manifestado por autores como Sagüés o Rafael Oyarte, respecto a que el llamado Poder Constituyente Derivado es efectivamente una especie de poder constituyente, ya que si bien éste se encuentra limitado por la propia

²¹⁴ Crea la Constitución, por el hecho de inexistencia de una anterior o por poner en vigencia una nueva norma fundamental en caso de quebrantamiento del orden jurídico o por abrogar la anterior.

²¹⁵ Para Schmitt, “Ley Constitucional”, se refiere a la Constitución formal.

²¹⁶ Schmitt. Op. Cit. Pág. 114

Constitución, la posibilidad de que a través de éste se pueda alterar partes de la norma fundamental, y dado que éstas deben tener el mismo nivel normativo que la disposición sustituida, éstas no pueden provenir de un poder inferior, ya que éste no puede subordinar a un órgano superior.²¹⁷ A continuación describiremos brevemente las características del poder Constituyente Originario y Derivado:

1.3.2.5.1 Poder Constituyente Originario: El Poder Constituyente Originario es la máxima expresión del ejercicio de éste en el sentido de que manera primigenia ejerce la potestad de otorgar la Constitución, siendo el caso del Estado que está fundándose o el de la abrogación de la norma fundamental anterior por una nueva, en la circunstancia de un quebrantamiento constitucional que elimina el Estado de Derecho, como mecanismo necesario para el retorno a la juridicidad. Por este motivo, es un poder de carácter supremo e ilimitado, ya que *“no se encuentra sometido a normas jurídicas preexistentes de derecho positivo”*²¹⁸.

En vista de que es un poder sin limitaciones positivas, y tomando a Gaete Rojas, citado por Oyarte *“la fundamentación, ejercicio, límites y titularidad del poder constituyente en etapa de primigeneidad deberá buscarse, pues, en un Derecho superior al Positivo. Por lo tanto, debe encontrarse en el Derecho Natural”*²¹⁹.

Dado que este poder se ejerce en dos tipos de circunstancias, el poder constituyente originario se ejerce de manera fundacional (al momento de la creación del estado), o de manera postfundacional (al momento de una ruptura constitucional que implica la expedición de una nueva carta fundamental) que es denominado poder constituyente de simple organización.

1.3.2.5.1.1 Poder Constituyente Originario Fundacional: Tomando la definición de Julio César Trujillo, el Poder Constituyente Originario Fundacional, es aquel *“pleno, que, a la vez que **constituye al Estado**, establece las normas que han de regular su organización funcionamiento”*²²⁰. El elemento relevante de este poder es que es el que da lugar al nacimiento del Estado como sociedad jurídicamente organizada y éste mismo se estatuye a través de la norma constitucional. Es un poder que parte de una realidad

²¹⁷ Por este motivo, consideramos que el poder constituyente derivado sí es efectivamente “poder constituyente”, y por ende debe *“respetar formal y materialmente a la Constitución que reforma.”* (Oyarte. Op. Cit. Pág. 128.

²¹⁸ Sagüés. Op. Cit. Pág. 116

²¹⁹ Gaete Rojas citado en Oyarte. Op. Cit. Pág. 93

²²⁰ Julio César Trujillo. Teoría General del Estado. Quito. Abya Yala. 2006. Pág. 125

completamente fáctica comprendida en una sociedad que tiene el deseo y la capacidad de establecerse como Estado y autodeterminarse.²²¹ Ya que no existe ningún ordenamiento jurídico anterior a la primigenia Constitución es un poder pleno, por ende no tiene limitaciones de carácter jurídico.

1.3.2.5.1.2 Poder Constituyente Originario de Simple Organización o Postfundacional: Como vimos anteriormente, el Poder Constituyente Originario tiene la característica de dar origen al ordenamiento jurídico a través de la puesta en vigencia del texto de la Constitución que aprueba. Este acto puede ser constitutivo del Estado, por el cual este nace a la vida, dando lugar a la configuración política-jurídica que instrumentalice el poder de autodeterminación de una sociedad. Sin embargo, dentro del devenir político, como elemento de la dialéctica del poder, existen momentos en que el orden constitucional es vulnerado abiertamente, generando la destrucción del Estado de Derecho y la entrada del imperio de la fuerza que pone fin a la vigencia constitucional. Ante estas circunstancias, es necesario que el pueblo soberano, como titular del Poder Constituyente, pueda establecer el regreso a la juridicidad otorgando una nueva carta magna que fundamente el ordenamiento jurídico. Este es el Poder Constituyente Originario de Simple Organización, que si bien no da origen al nacimiento del Estado, que en este caso ya se encuentra constituido, procede a reorganizar el mismo a través del nuevo código político que abroga al anterior, generando una nueva Constitución que plasmará la nueva estructura del poder. El poder constituyente originario tiene las siguientes características:

ii.i Es un poder superior o supremo, en palabras de Carbajal “poder de poderes”, ya que no admite subordinación a ningún otro, por ser en palabras de Sánchez Viamonte como “expresión de la soberanía”. Como señala Rafael Oyarte, este poder “(...)no cabe que sea confrontado por parte de un modo, no depende de ningún poder anterior, puesto que el soberano no reconoce poder superior al suyo.”²²².

ii.ii El Poder Constituyente Originario es sin lugar a duda el origen de la normatividad del Estado, ya que al establecer la Constitución, norma fundamental del ordenamiento jurídico, liga con ésta a la legislación secundaria. Como lo menciona Rafael Oyarte, de acuerdo con la doctrina del Derecho Constitucional, la carta fundamental es

²²¹ En el territorio del Ecuador, el Poder Constituyente Originario Fundacional se ejerció en 1812 con la expedición de la Constitución del Estado de Quito de efímera duración y en 1830 con la creación definitiva del Estado del Ecuador.

²²² Rafael Oyarte. Op. Cit. Pág. 103

“condición de validez y unidad de todo el ordenamiento jurídico y es fuente positiva de dicha normatividad”²²³. Como consecuencia de este principio de unidad, toda norma jurídica debe ser material y formalmente concordante con la norma constitucional, careciendo de validez y eficacia en caso de contrariar los preceptos establecidos en ella.²²⁴

ii.iii. El Poder Constituyente Originario, es un poder positivamente ilimitado, ya que no se somete a normas jurídicas de derecho positivo. De acuerdo a Carbajal, el poder constituyente “es un poder político superior y autolimitado, pues es el único que pondrá costos y taxativas a su actuación al crear la Constitución”²²⁵. Asimismo, Rafael Oyarte señala que “Al implicar el ejercicio de un poder nuevo y originario, se da la consecuencia de que no existan normas a la que deba subordinar sus facultades, pues tanto formal como materialmente, es positivamente ilimitado”²²⁶. En palabras de Einsenmann, citado por Sagüés:

Ninguna regla limita su poder, ninguna obligación jurídica, positiva ni negativa, pesa sobre él; puede incluir o no en la Constitución toda regla que le plazca. Porque es jurídicamente todopoderoso, él funda un orden radicalmente nuevo en su principio (...) ²²⁷

De estas aseveraciones, podemos determinar que el Poder Constituyente Originario carece de limitaciones positivas, ya que no basa su funcionamiento en una norma jurídica vigente, sino que encuentra su fundamento en el principio de la soberanía popular, y por ende, únicamente éste puede autolimitar su ejercicio de acuerdo a su discrecionalidad. Sin embargo, es menester señalar que puede existir una regulación, incluso positiva, respecto a la convocatoria al poder constituyente, que se denomina en la doctrina como Poder Preconstituyente, que abarcará la llamada al establecimiento del órgano constituyente y la regulación respecto a su conformación.²²⁸

ii. iv El Poder Constituyente Originario no puede entenderse como un poder soberano u omnipotente, ya que se encuentra sujeto a límites respecto de su propia competencia y a limitaciones implícitas que determinarán la validez material del texto constitucional. El límite del Poder Constituyente corresponde a su esencia fundamental, la

²²³ Íbid. Pág. 104

²²⁴ Al establecerse la nueva norma fundamental, el ordenamiento secundario debe subordinarse a las nuevas disposiciones, haciéndose necesaria la reforma de los preceptos contenidos en la legislación secundaria en caso de no mantenerse conformes al nuevo esquema constitucional.

²²⁵ Carbajal. Op. Cit. Pág. 89

²²⁶ Rafael Oyarte. Op. Cit. Pág. 105

²²⁷ Néstor Pedro Sagüés. Notas sobre el Poder Constituyente irregular. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Año XV. Montevideo.2009. Pág. 152

²²⁸ La Constitución vigente en el Ecuador regula esta actividad en el Art. 444, que establece los requisitos para la convocatoria a Asamblea Constituyente.

cual se subsume en la potestad de creación de la Constitución. Como señala Carpizo “*El poder constituyente es poder de una sola función: dar una Constitución*”²²⁹. Esto implica que el Poder Constituyente no puede ejercer los poderes constituidos, ya que estaría extralimitando sus funciones abandonando su misma naturaleza. El Poder Constituyente, tiene como su fuente a la soberanía del pueblo, por ende no se encuentra sometido a normatividad positiva alguna, los poderes constituidos, en cambio, tienen su fundamento en la Constitución y por ende, su ejercicio se encuentra delimitado por ésta y por el resto del ordenamiento jurídico. En virtud que en la concepción democrática no puede existir un poder constituido ilimitado, el órgano constituyente tendría que someterse al Derecho Positivo, lo cual iría en contra de su propia naturaleza.²³⁰

ii.v. Si bien el poder constituyente originario es considerado como un poder trascendente al orden jurídico positivo²³¹, éste ejerce una potestad jurídica que es la producción de la norma fundamental. Por este motivo, si bien el poder constituyente carece de limitaciones positivas, no puede obrar con desconocimiento de ciertas condiciones que hagan materialmente válida a la Constitución, y que asimismo hagan aplicable lo que se establece en la norma fundamental. Néstor Pedro Sagüés refiere la existencia de tres dimensiones de estos topes que la Constitución debe considerar, éstos son a) Fácticos b) Normativos y c) Axiológicos.²³²

Los límites fácticos están determinados por las condiciones políticas del momento en que se establece el ejercicio del poder constituyente, la realidad socioeconómica del país, el mismo ordenamiento jurídico previo del Estado en el caso del poder de simple organización y otros aspectos que deben impedir que la Constitución nazca utópica, desfasada con la realidad o inaplicable.²³³

Los límites normativos se encuentran en el marco del Derecho Internacional Público, ya que el Estado, al suscribir tratados internacionales, se encuentra sometido por la condición *Pacta Sunt Servanda*²³⁴, que le implica la responsabilidad de cumplir los

²²⁹ Jorge Carpizo. Op. Cit. Pág. 10

²³⁰ Además, el poder constituyente no es sinónimo de soberanía, es manifestación de ella. El pueblo es el titular de la soberanía, y el Estado no puede ejercer un poder soberano, un poder superior no sometido a otro.

²³¹ Sagüés. Op. Cit. Pág. 117

²³² *Íbid.*

²³³ La técnica constitucional recomienda crear una Constitución que se pueda cumplir, que refleje las mismas posibilidades del Estado, de forma tal que no quede como letra muerta o como una declaración de principios alejados de la realidad social.

²³⁴ El principio *pacta Sunt Servanda* se encuentra consagrado en el punto 26. de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que establece que “*Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser*

compromisos internacionales, sin poder alegar normas de derecho interno (incluso la Constitución) para inobservarlos.

Además de ello, existen normas de *Ius Cogens*²³⁵, principalmente las vinculadas a los Derechos Humanos, que son imperativos que todos los Estados están llamados cumplir.²³⁶ Sin embargo, es menester señalar que éstas constituyen limitaciones de carácter implícito y no positivas, ya que al Poder Constituyente Originario no se le puede reconocer ningún tipo de tope normativo positivo, sea éste de derecho interno o internacional, que en el mismo marco de la soberanía de los Estados, atraen efectos jurídicos que se ventilan en la esfera de este Derecho, cosa que en nada afecta al efectivo ejercicio del poder constituyente.

Los topes axiológicos²³⁷ se encuentran determinados en los preceptos de Derecho Natural, que son “*valores que son previos y superiores a cualquier constitución positiva*”²³⁸. Estos valores y principios jurídicos garantizarán que la Constitución sea materialmente válida. Como tales, estos preceptos están relacionados a la concepción democrática del Estado y al principio fundamental de limitación del ejercicio del poder y de la garantía de los derechos fundamentales.²³⁹ La ausencia de uno de estos elementos impediría que se cumplan los fines del Estado democrático, generándose como consecuencia que la nueva Constitución entre a regir por la fuerza, constituya un falso Estado de Derecho, produciendo un ordenamiento jurídico alejado de la juridicidad.²⁴⁰ Tal situación permite al ciudadano resistir a la espuria normativa inobservando sus preceptos y la necesaria llamada al poder constituyente para que restaure el Estado de Derecho.²⁴¹

cumplido por ellas de buena fe”. Esto trae como consecuencia, la disposición contenida en el punto 27. de este Tratado Internacional, en el que afirma que “*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.*”.

²³⁵ La Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados, en su Art. 53 establece la definición de las normas de *Ius Cogens*, de la siguiente manera: “*Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.*”

²³⁶ Sagüés. Op. Cit. Pág. 118

²³⁷ El profesor Néstor Pedro Sagüés se refiere a las limitaciones implícitas del poder constituyente originario como “*topes axiológicos*”.

²³⁸ Sagüés. Op. Cit. Pág. 118

²³⁹ Por este motivo, se consideran como presupuestos mínimos el reconocimiento de la Soberanía Popular, el establecimiento de la separación de poderes, la declaración de derechos fundamentales y la dignidad de las personas.

²⁴⁰ Oyarte Rafael. Op. Cit. Págs. 123-125

²⁴¹ Néstor Pedro Sagüés. Notas sobre el Poder Constituyente irregular. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Año XV. Montevideo.2009. Pág. 154

ii.vi. El Poder Constituyente Originario parte de una situación de hecho, como es en el caso del fundacional, el nacimiento del Estado, o la ruptura del ordenamiento jurídico, en el caso del de simple organización. Tal como lo señala Carbajal *“El poder constituyente es un poder **revolucionario** por antonomasia, puesto que deriva generalmente de ello, de una revolución (...) La revolución no es entendida si no es con una Constitución nueva; una Constitución nueva no se entiende si no es a través de una revolución.”*²⁴² Por este motivo, el cambio del ordenamiento jurídico indica una negación respecto del antiguo régimen por la implantación de uno nuevo, lo que implica una ruptura dentro del orden constituido que finalmente da lugar a la imposición de la nueva institucionalidad.²⁴³

ii.vii Como consecuencia de este ejercicio fáctico del poder constituyente originario, podemos denotar que este es un poder extraordinario, coincidiendo con Rafael Oyarte, *“tanto en el tiempo de ejercicio, como de la actividad del órgano a través del cual se concreta su ejercicio.”*²⁴⁴ En este sentido, los órganos constituyentes no actúan de manera permanente, ya que su actividad se circunscribe a la emisión del acto constituyente que concluye con la entrada en vigencia de la nueva Constitución.²⁴⁵

1.3.2.5.2 Poder Constituyente Derivado: La Constitución, como norma fundamental del Estado, y por ende, como código político del mismo, se halla vinculado directamente a la dinámica social, que de acuerdo con el paso del tiempo, toma diferentes características que son disonantes con las condiciones fácticas con las que se produjo el Acto Constituyente originario. Estos presupuestos hacen necesaria la modificación de los textos constitucionales que han caído en desfase, recuperando la aplicabilidad de las normas desfasadas. Ya que no es necesario que toda la Constitución sea reemplazada, la misma carta fundamental establece los órganos de los poderes constituidos y los procedimientos para reformar una parte de ésta. Esta potestad es denominada como poder constituyente derivado, constituido o reformador.

²⁴² Carbajal. Op. Cit. Pág. 82

²⁴³ Por ende, debe entenderse que el Poder Constituyente Originario actúa ante la destrucción de la juridicidad, porque de esa manera se comprende la existencia del regreso a un escenario anterior al Estado de Derecho, que debe ser restaurado a través de un nuevo orden constitucional.

²⁴⁴ Rafael Oyarte. Op. Cit. Pág. 106

²⁴⁵ Sin embargo, no se debe confundir la actividad del órgano constituyente, que concluye y finaliza con la promulgación de la norma fundamental con el sujeto o titular del poder constituyente, en este caso el pueblo, que continúa existiendo como tal con la potencia de volver a ejercer la función constituyente, de ser el caso que se produzca la situación que obligue a un nuevo proceso de creación constitucional.

Pedro Sagüés, refiere que este poder, que se conoce también como poder de reforma o revisión, “es el que se desenvuelve conforme a las pautas jurídicas (De trámite y de contenido) que marca la constitución preexistente²⁴⁶. Por este motivo, existen ciertas constituciones como la ecuatoriana, que discrimina dos tipos de modificaciones a la carta fundamental, éstas son la enmienda y la reforma²⁴⁷. La enmienda, se refiere a cambios secundarios de la norma fundamental que no impliquen una modificación a la institucionalidad esencial establecida en ella. La reforma permite transformaciones mucho más profundas que no impliquen un cambio material de la Constitución, ya que esa potestad únicamente la tiene el Poder Constituyente Originario. A continuación referiremos brevemente los siguientes aspectos respecto al Poder Constituyente Derivado:

Como señalamos anteriormente, el Poder Constituyente Derivado está “sometido a reglas jurídicas preexistentes de derecho positivo”²⁴⁸. Por este motivo, ya que comprende el ejercicio de una potestad debidamente reglada en la Constitución y la ley, “no implica el rompimiento del orden constitucional sino que éste es preservado o mantenido. (...) Por ello, el poder de reforma es un poder conservador, no originario, ni fáctico ni incondicional”²⁴⁹. En virtud de que este poder se encuentra fundamentado en la misma Constitución, este cuerpo normativo le somete material y formalmente.²⁵⁰ En palabras de Oyarte, este poder está:

Ligado materialmente, no puede desconocer los principios fundamentales que inspiran la Constitución que se va a reformar, pues ello equivale a cambiarla. Ligado formalmente, pues debe cumplir los trámites y procedimientos de reforma que se encuentran establecidos en la Constitución que se va a reformar²⁵¹.

Bidart Campos, citado por Rafael Oyarte, señala con razón que “el poder constituyente derivado es ejercido válidamente por el poder estatal constituido”²⁵². De manera tradicional, el órgano constituido al que se ha otorgado el poder de reforma de la Constitución ha sido al poder legislativo, por ser éste la máxima expresión de la democracia representativa, y que por ende, estaría llamado a ejercer una potestad especial.

²⁴⁶ Sagüés. Op. Cit. Pág. 122

²⁴⁷ La Constitución del Ecuador, en sus artículos 441 y 442, respectivamente, establecen los procedimientos de enmienda y reforma de la Constitución, y los casos en que procede cada uno de ellos, siendo el caso de la enmienda, limitado de mayor manera al de la reforma constitucional.

²⁴⁸ Sagüés. Op. Cit. Pág. 116

²⁴⁹ Víctor Vacca González. Constituyente: Compromiso y Realidad. Quito. Cámara Ecuatoriana del Libro. 2007. Pág. 86

²⁵⁰ Este poder no es ni supremo ni absoluto, debe someterse a lo que el constituyente originario estableció en su acto constituyente, que es la fuente de su competencia.

²⁵¹ Rafael Oyarte. Op. Cit. Pág. 130

²⁵² Bidart Campos, citado por Rafael Oyarte. Op. Cit. Pág. 129

Como contraparte a ésta, se ha establecido un procedimiento especial y dificultado para su ejercicio. En algunos casos, en consideración a que la reforma de la Constitución implica el ejercicio de un poder constituyente, ciertos ordenamientos constitucionales han establecido órganos extraordinarios para esta finalidad, que se denominan “Convenciones o Asambleas Constitucionales”, abstrayendo la potestad ordinaria del legislativo de expedir reformas constitucionales. Así también, y con el asentamiento de la soberanía popular, se ha dado una proliferación de los mecanismos de democracia directa, que persiguen una participación mayor de la ciudadanía en la toma de decisiones, lo que ha dado lugar al establecimiento de nuevos procedimientos o instancias de aprobación. Sagüés, en su Teoría de la Constitución²⁵³ establece la existencia de cuatro sistemas de instrumentación de este poder, que nos permitimos señalar brevemente:

a) El Sistema de la “Convención o Asamblea Constituyente”, en el que la Constitución establece la existencia de un órgano convocado para tal efecto, que ejerce el poder constituyente derivado. En este caso, el organismo constituyente extraordinario se someterá a lo establecido en la Constitución y las leyes que se dicten para tal efecto.²⁵⁴

b) El Sistema del Poder Legislativo, que es el más tradicional, es aquel en que el poder legislativo, a través de un procedimiento especial, ejerce el poder constituyente derivado.²⁵⁵

c) El Sistema del Referéndum, que procura legitimar en la soberanía popular la enmienda constitucional, se ejerce mediante elecciones generales en que la ciudadanía manifiesta su adhesión o negación de las modificaciones.²⁵⁶

²⁵³ Sagüés. Op. Cit. Pág. 124

²⁵⁴ Evidencia de este sistema en nuestra historia constitucional es el caso de la Asamblea que aprobó la codificación constitucional de 1998, que fue instrumentada en la Codificación Constitucional de 1997, en una de las Disposiciones Transitorias que fueron agregadas después de la Consulta Popular posterior al derrocamiento de Abdalá Bucaram, en la que se suspendió al poder legislativo la posibilidad de procesar reformas constitucionales durante el ejercicio de funciones de la Asamblea. Asimismo, se aprobó una ley especial que estableció las normas respecto a la designación de los representantes en elecciones universales.

²⁵⁵ En el Ecuador, este sistema está consagrado en el numeral 2 del Art. 441 de la Constitución, que permite a la Asamblea Nacional tramitar en dos debates, proyectos de enmienda constitucional, y se aprueban con un quórum de mayoría calificada (mayoría especial que de manera general comprende los 2/3 del total de miembros del cuerpo legislativo).

²⁵⁶ En nuestro país, este procedimiento se encuentra previsto en el numeral 1 del Art. 441 de la Constitución, mediante el que la enmienda constitucional puede aprobarse en Consulta Popular propuesta por el Presidente de la República y el 8% de los inscritos en el padrón electoral. (Constitución de la República del Ecuador 2008, Art. 441 Num. 1). Este procedimiento se aplicó en la Consulta Popular del 7 de mayo del 2011, en que el Presidente de la República consultó a la ciudadanía respecto a la enmienda de algunos artículos de la Constitución de la República.

d) Existen otros sistemas que incluyen elementos del sistema del poder legislativo con el del referéndum aprobatorio del pueblo, en los que, en primera instancia, se aprueba el texto de las reformas en el seno del parlamento para finalmente ser ratificadas por el pueblo en Consulta Popular.²⁵⁷

El Poder Constituyente Derivado, al ser un poder sometido al ordenamiento jurídico positivo, debe observar las normas de procedimiento que se establecen en la Constitución y la ley, para el ejercicio de la facultad de reformar la norma fundamental. Generalmente, estos procedimientos tienen un carácter especial, ya que en la mayoría de los casos éstos revisten de una dificultad mayor al proceso ordinario de creación de la normativa secundaria. Estos procedimientos o trámites son considerados limitaciones formales del poder constituyente derivado, que se establecen de acuerdo al grado de rigidez que el constituyente originario otorga a la Constitución que expide. A este respecto, Rafael Oyarte señala que “*Si la carta fundamental es flexible no existirá, en verdad, esta especial limitación formal pues operaría como una simple reforma legal.*”²⁵⁸.

Las limitaciones formales del poder constituyente derivado, pueden consistir en la exigencia de mayorías especiales de aprobación, un mayor número de debates, la aprobación mediante legislaturas sucesivas, la necesidad de ratificación de la reforma por medio de referendo, la convocatoria a un órgano especial que efectúe la reforma constitucional²⁵⁹, entre otros.

En el caso de nuestro país, encontramos como una limitación formal e inclusive material, que es la necesidad de la calificación previa del procedimiento que tiene que ser efectuado para realizar el proceso de enmienda o reforma constitucional, realizado por la Corte Constitucional, tal como se establece en el Art. 443 de la Constitución: “**Art. 443.-** *La Corte Constitucional calificará cual de los procedimientos previstos en este capítulo (enmienda o reforma constitucional) corresponde en cada caso.*”. Esta calificación se realiza de acuerdo a lo previsto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC):

Art. 100.- Remisión de proyecto normativo.- Todo proyecto de enmienda o reforma constitucional debe ser enviado a la Corte Constitucional para que indique cuál de los procedimientos previstos en la Constitución corresponde, de acuerdo en los siguientes casos:

²⁵⁷ Este sistema se encuentra previsto en nuestra constitución para el caso de la *reforma constitucional*, previsto en el Art. 442. De acuerdo a éste, las modificaciones se aprueban en la Asamblea Nacional en dos debates, para luego ser ratificadas en un referéndum aprobatorio.

²⁵⁸ Rafael Oyarte. Op. Cit. 134

²⁵⁹ Véase la explicación respecto al sistema de “Convenciones o Asambleas Constitucionales

1. Cuando la iniciativa provenga de la Presidenta o Presidente de la República, antes de expedir el decreto por el cual se convoca a referendo, o antes de emitir el decreto por el cual se remite el proyecto a la Asamblea Nacional;
2. Cuando la iniciativa provenga de la ciudadanía, antes de dar inicio a la recolección de las firmas requeridas para la respectiva convocatoria a referendo o para la presentación a la Asamblea Nacional;
3. Cuando la iniciativa provenga de la Asamblea Nacional, antes de dar inicio al proceso de aprobación legislativa.²⁶⁰

De esta manera, una vez que la justicia constitucional determina el procedimiento se puede dar inicio al trámite de reforma de la Constitución, que dependiendo del procedimiento y tipo de cambio constitucional tiene las siguientes limitaciones formales:

i. La *enmienda* constitucional, que es aprobada mediante trámite legislativo, tiene una limitación de Quórum, ya que el proyecto de reforma debe aprobarse con una mayoría calificada de dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional y la iniciativa de la iniciativa del 30% de los miembros de este organismo.²⁶¹

ii. Tanto el referéndum convocado por el Presidente de la República, como el de iniciativa popular, tienen una limitación de control de procedibilidad por parte de la Corte Constitucional, que revisará el contenido propuesto para ser sometido a votación, antes de la emisión del Decreto de convocatoria en el caso del ejecutivo, o antes del inicio del proceso de recolección de firmas en el caso de la iniciativa de la ciudadanía (LOGJCC, Art. 100)

iii. En el proceso de reforma de la constitución, la limitación formal comprende a los órganos en que se aprueba el texto de la modificación constitucional, ya que el proceso implica una aprobación en instancia legislativa (dos debates) y la necesaria ratificación mediante referendo por parte de la ciudadanía.

Tales limitaciones formales denotan la excesiva rigidez de nuestra Constitución vigente, que puede incidir en una dificultad para la permanencia de la norma fundamental en el tiempo.

El Poder Constituyente derivado, se encuentra también con limitaciones de orden material que deben ser consideradas para cuando ejerce el poder de reforma de la Constitución. Éstas consisten en limitaciones implícitas y explícitas. En el caso de las limitaciones implícitas, tenemos que remitirnos a las mismas que afectan al poder

²⁶⁰ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Suplemento del Registro Oficial No. 52. 22 de Octubre de 2009. Art. 100

²⁶¹ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449. 20 de Octubre de 2008. Art. 441 Num.2

constituyente originario Como un aspecto adicional, se encuentra limitación implícita al hecho de que el poder constituyente derivado, como potestad de modificación de la carta fundamental, únicamente circunscribe la imposibilidad de abrogar la Constitución en sus caracteres esenciales porque esa prerrogativa corresponde al poder constituyente originario, que es producir una nueva norma fundamental. De acuerdo a Oyarte, más que una limitación, corresponde al límite del poder constituyente derivado.²⁶²

Las limitaciones explícitas o “cláusulas pétreas”, o como denomina Pedro Sagüés, “limitaciones de contenido”, evidencian a aquellos contenidos, materias y principios que por disposición de la misma Constitución, no pueden ser reformados por el poder constituyente derivado, por considerarse elementos fundamentales e intrínsecos a la naturaleza del Estado que se han plasmado en la norma fundamental, entendiéndose que sin ellos, la esencia de la carta magna quedaría mancillada, y dejaría de cumplir su teleología. Pedro Sagüés, al respecto, señala lo siguiente:

Ciertas constituciones impiden el cambio de algunas de sus normas o postulados (...). Estas son cláusulas pétreas de tipo expreso. En otros casos se habla de cláusulas pétreas tácitas o implícitas, producto de la voluntad del constituyente o de las creencias sociales.²⁶³

Asimismo, Biscaretti señala que:

“éstas son prohibiciones sin límites de tiempo, sólo están circunscritas al objeto o materia (...) que se prohíbe reformar, y que prevalentemente se refieren a la forma de gobierno o a diversos principios político-jurídicos fundamentales que se establecen en el ordenamiento constitucional”²⁶⁴.

En el caso ecuatoriano, encontramos como cláusula pétrea, al procedimiento de reforma de la constitución, que no puede ser modificado ni por enmienda o reforma constitucional²⁶⁵. En el caso de los derechos fundamentales, nos encontramos con unas disposiciones de efecto particular, que son denominadas intangibles, debido a que si bien sí se permite hacer reformas respecto a estos contenidos, éstas únicamente se pueden realizar en sentido progresivo, quedando el caso de si se aprobare una reforma en sentido regresivo, ésta adolecería de nulidad. Tal principio está consagrado en el Art. 11 Num. 8 Inc. 2 que dice lo siguiente: “**Art. 11.-** *El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes*

²⁶² Rafael Oyarte. Op. Cit. Pág. 141

²⁶³ Sagüés. Op. Cit. Pág. 126

²⁶⁴ Biscaretti citado en Oyarte. Op. Cit. Pág. 143

²⁶⁵ Véase los Arts. 441 y 442 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de Octubre de 2008.

*principios: (...) Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.”*²⁶⁶

Como otra limitación explícita y material nos encontramos con los plazos de espera, que consisten en disposiciones constitucionales que establecen períodos de tiempo en que se imposibilite la reforma de la Constitución. Estas normas tienen como objetivo el permitir el desarrollo y afianzamiento del ordenamiento constitucional con sus disposiciones y fines, sumados a la generación de conciencia constitucional en la ciudadanía.²⁶⁷

En el caso ecuatoriano, la Constitución codificada en 1998, establecía el plazo de un año entre el primero y segundo debate de un proyecto de reforma constitucional, que fue denominado comúnmente como el “Candado Constitucional”²⁶⁸, que pretendía dotar de cierta rigidez a la norma fundamental, y que las reformas sean detenidamente analizadas y consensuadas entre las fuerzas políticas.

1.3.2.6 ¿La Asamblea Constituyente de 2008, ejerció poder constituyente? A lo largo de este capítulo hemos analizado los hechos que llevaron al proceso constituyente del año 2007-2008, en que señalamos todos los antecedentes respecto a la desinstitucionalización progresiva del Estado ecuatoriano en el decenio previo a la convocatoria del Presidente Correa a la Consulta Popular de Convocatoria a Asamblea Constituyente del 15 de abril de 2007, las actuaciones de este organismo empezando por los Mandatos Constituyentes, el Reglamento de Funcionamiento, entre otros. Luego de ello vimos cómo la justicia constitucional se pronunció al respecto de la convocatoria a la Consulta Popular y la acción de inconstitucionalidad del Mandato Constituyente No. 1. Finalmente revisamos de manera breve la doctrina del Poder Constituyente, partiendo del tema de la legitimidad hasta un breve análisis respecto a las peculiaridades de la

²⁶⁶ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de Octubre de 2008. Art. 11 Núm. 8 inc. 2

²⁶⁷ Como corolario de esta situación podemos anotar que con las reformas empleadas en 2011 respecto al sistema de justicia y la estructura de la función judicial, no se permitió el pleno desarrollo de las disposiciones aprobadas en 2008, lo cual genera un antecedente negativo para el afianzamiento de la novel carta fundamental.

²⁶⁸ La Constitución de 1998, en su Art. 282, establecía lo siguiente: **Art. 282.-** El Congreso Nacional conocerá y discutirá los proyectos de reforma constitucional, mediante el mismo trámite previsto para la aprobación de las leyes. El segundo debate, en el que se requerirá del voto favorable de las dos terceras partes de la totalidad de miembros del Congreso, no podrá efectuarse sino luego de transcurrido un año a partir de la realización del primero. Constitución Política del Ecuador 1998. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998. Art. 282

titularidad, naturaleza, formas y demás aspectos esenciales. Con todos estos antecedentes podemos contextualizar al proceso del año 2007-2008 dentro de la teoría del poder constituyente, determinar bajo qué forma operó, el titular y el órgano ejercitador de este poder, el alcance del mandato popular del mes de abril del 2007 y los mismos límites del cuerpo colegiado que sesionó en la ciudad de Montecristi. El tema referente al alcance del mandato conferido a la ANC será analizado en el siguiente punto cuando describiremos el aspecto relacionado a la relación poder constituyente-poderes constituidos, mientras que a continuación, explicaremos brevemente respecto al tipo de poder constituyente que se ejerció en el año 2008 y si la Asamblea ejerció esta potestad, tanto desde el punto de vista de los hechos fácticos, la normativa de origen, y del producto final que fue ratificado por el pueblo en el referéndum de 28 de septiembre de 2008. Para ilustrar de mejor manera, haremos una comparación con lo actuado en el año de 1997, que servirá de referencia para diferenciar con claridad ambas situaciones.

En primer lugar, podemos verificar que el proceso constituyente de 2007-2008 es consecuencia de la dinámica política que caracterizó al Ecuador de los años 90 y la primera década del siglo XXI, ya que la institucionalidad del Estado sufrió un episodio prolongado de inestabilidad en el que progresiva y sistemáticamente se quebrantó la Constitución para hacer efectivo el ejercicio del poder de las fuerzas políticas de la época y al debilitamiento del sistema de partidos políticos que se había delineado en el retorno a la democracia en el año de 1979. Esta inestabilidad tuvo su máxima expresión cuando los tres gobiernos elegidos democráticamente en el período 1996-2007, no pudieron concluir con el período para el cual habían sido elegidos al ser derrocados mediante golpes de Estado en los que valiéndose del malestar general de la ciudadanía y luego de un arbitrio sui generis de las fuerzas armadas²⁶⁹, el Congreso Nacional decidía la aplicación de una causal para la cesación definitiva de funciones o destitución del Presidente de la República, y la consecuente adopción de la sucesión presidencial²⁷⁰ o peor aún, el optar por mecanismos absolutamente inconstitucionales “para resolver” la crisis institucionales.²⁷¹ Cuando el problema tocó fondo en el año 2005, desde varios sectores de la sociedad se generó el clamor por una nueva forma de ejercicio de la política y el regreso a una estabilidad que

²⁶⁹ Este arbitrio se manifestaba cuando al momento en que se producía el golpe de estado o la sucesión presidencial, “retiraban el apoyo” al Presidente de la República destituido y se manifestaban a favor de lo actuado por el Congreso Nacional.

²⁷⁰ Cuando el Vicepresidente de la República asume la titularidad de la Función Ejecutiva por el resto del período presidencial ante la falta del Presidente de la República

²⁷¹ Refiérase a la designación de un Presidente Interino en el caso de 1997

permitiese el desarrollo económico y social del país. Por todos estos motivos, y la emergencia de nuevos sectores sociales como las nacionalidades indígenas, se generó en el discurso la necesidad de establecer un nuevo pacto social que provea mejores condiciones de vida para los ciudadanos y una estructura del Estado que permita la gobernabilidad y una nueva forma de ejercicio del poder. Como el camino de la reforma ordinaria de la Constitución era insuficiente para los cambios que se querían implementar, se propuso la instalación de una Asamblea Constituyente de carácter originario.

Como hemos señalado anteriormente, de acuerdo a lo que la doctrina ha desarrollado, el poder constituyente originario es un poder revolucionario, pues parte de una situación de hecho que culmina con la entrada en vigencia del nuevo texto constitucional, una ruptura con el orden jurídico anterior. De manera general estas rupturas se producen como consecuencia de golpes de estado, de revoluciones, o como producto del necesario regreso al orden democrático después de la instauración de una dictadura o gobierno de facto. En el caso ecuatoriano, en el año de 1997, el proceso de reforma de la Constitución partió del derrocamiento inconstitucional de Abdalá Bucaram, el desconocimiento a la sucesión presidencial y la alteración del período presidencial que debía concluir en el mes de agosto de 2000.²⁷² Posteriormente se ratificó lo actuado por el Congreso Nacional en el plebiscito de mayo de 1997, que además permitió la expedición de las reformas constitucionales necesarias para la convocatoria a la Asamblea que promulgó la Codificación de 1998. En el caso del proceso 2007-2008, la iniciativa partió del poder ejecutivo legal y legítimamente constituido como resultado del proceso electoral del año 2006. Sin embargo, desde el discurso político, el movimiento del presidente Correa propuso, como oferta principal de campaña, la llamada a una “*Asamblea de Plenos Poderes*” que redacte una nueva Constitución para el Ecuador, por lo que se advertía la poca disposición del entonces candidato de acatar las disposiciones de la norma fundamental, cuestión que se evidenció en el mismo proceso electoral cuando el movimiento PAIS no presentó candidato alguno a la legislatura, arguyendo que ese poder del Estado era ilegítimo por el alto grado de desprestigio que había adquirido en el transcurso de la década. Todos estos elementos presentes en el discurso de los comicios presidenciales advertían que el Presidente ganador desconocería la Constitución de 1998 para llamar a un proceso constituyente de orden originario, cosa que efectivamente ocurrió de manera simbólica cuando el Presidente Correa no juró la Constitución al momento de

²⁷² Véase capítulo 1.1 y Sup. Registro Oficial No. 23 , Marzo 1997

ser posesionado en el cargo, de manera jurídica cuando expidió el Decreto Ejecutivo No. 002 y de manera fáctica al desconocer la calificación de urgencia a la convocatoria a Consulta Popular y el Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea que hizo el Congreso Nacional. A esto se sumó la progresiva destrucción de la institucionalidad existente con la polémica destitución de 57 legisladores por parte del Tribunal Supremo Electoral y finalmente con la renuncia de los poderes constituidos²⁷³ al momento de la instalación del organismo constituyente, produciendo un vacío institucional que permitió la consumación de un Estado de facto que se instrumentalizó a través del Mandato Constituyente No. 1. En conclusión podemos señalar con absoluta claridad que el proceso de reforma constitucional de 1997 se originó por una ruptura del orden establecido, y por ende, tuvo como objetivo el restablecimiento de la juridicidad afectada por la salida de Bucaram, y que partiendo del voto favorable del pueblo, se reglamentó desde el mismo ordenamiento jurídico²⁷⁴. En cambio, en el año 2007, el proceso se impulsó desde un gobierno democrático, que en aplicación de un discurso revolucionario y de ruptura, desconoció y destruyó paulatinamente la institucionalidad para generar las condiciones necesarias en el ejercicio del poder constituyente originario, que incluso, como señalaremos adelante, se extralimitó de su naturaleza y límite esencial, que es la expedición de la nueva Constitución.

Para dilucidar respecto de la condición de poder constituyente originario o derivado en los casos de los procesos de 1997 y 2007, es fundamental analizar a la normatividad preconstituyente que delimitó al ejercicio de esta facultad, que tuvo como resultados la Codificación de 1998 y la Constitución de 2008, respectivamente. En el caso de 1997, la regulación preconstituyente provino de la Disposición Transitoria Décimo Séptima de la Codificación Constitucional de 1997, y de la “Ley Especial para la Elección de Representantes a la Asamblea Nacional”, mientras que en el caso de 2007, la regulación preconstituyente se estableció en el “Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente”. En ambos casos, el poder de convocatoria al poder constituyente se ejerció partiendo de una Consulta Popular, en la que el pueblo se

²⁷³ Al momento de la primera sesión de la Constituyente, el Presidente y el Vicepresidente de la República, los vocales del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo Electoral y otras autoridades de control habían “puesto a disposición el cargo” para ratificación o sustitución del organismo constituyente.

²⁷⁴ La pregunta que se planteó a la ciudadanía en 1997, se refería a la autorización de “convocar a una Asamblea Nacional con el exclusivo propósito de reformular la Constitución” (Reg. Oficial No. 38, 1997, 2). El pronunciamiento favorable del pueblo permitió la aprobación de las reformas constitucionales que dieron lugar a la conformación de la Asamblea de 1997-1998

manifestó a favor de la iniciación del proceso de elaboración constitucional, sin embargo señalaremos las siguientes diferenciaciones:

1. En la Consulta Popular de 1997, se le preguntó al pueblo respecto de la decisión política de “*Convocar a una Asamblea Nacional con el exclusivo propósito de que reforme la Constitución Política de la República*”²⁷⁵ y sobre si la conformación de este organismo debía partir únicamente de fuente popular o si debía preverse una representación funcional. Además de ésta, se preguntaron otras cuestiones adicionales respecto a varios temas relacionados con el sistema electoral y la función judicial. Dentro del tipo de Consulta Popular que se efectuó en aquella ocasión, podemos afirmar, que se trató de un plebiscito, que en palabras de Elisur Arteaga es aquella “*consulta al cuerpo electoral sobre un acto de naturaleza gubernamental o constitucional, es decir, político en el genuino sentido de la palabra. No gira en torno a un acto legislativo, sino a una decisión política, aunque susceptible quizá de tomar forma jurídica*”²⁷⁶. Podemos confirmar respecto a este caso, en el sentido de que ninguna de las preguntas sometidas a votación contenía un texto legislativo concreto, sino a mandatos populares que orientarían futuros actos normativos, que se recalcan con la pregunta final de la Consulta en la que se preguntó al pueblo si el Congreso Nacional debía incorporar las preguntas aceptadas como reformas constitucionales en un plazo de sesenta días contados a partir de la promulgación de los resultados oficiales del escrutinio en el Registro Oficial²⁷⁷. Por este motivo, una vez promulgados los resultados, el Congreso Nacional procedió a tramitar y aprobar las reformas constitucionales necesarias para viabilizar la designación de los representantes a la Asamblea Nacional, que finalmente dieron como resultado la Disposición Transitoria de la Constitución y la Ley que mencionamos anteriormente.

En cambio, en el proceso de 2007, se adoptó una forma mixta de Consulta Popular que incorporó elementos de referéndum y de plebiscito. El referéndum, en palabras de Eduardo Andrade Sánchez es “*la consulta que se hace al pueblo para que por voto directo y secreto apruebe o rechace un texto constitucional, legal o un tratado internacional*”²⁷⁸. En un sentido más amplio, a través del referéndum se aprueban textos normativos

²⁷⁵ Presidencia de la República. Decreto Ejecutivo No. 201. Registro Oficial No. 38. 7 de abril de 1997. Pág. 2

²⁷⁶ Arteaga citado por Isidro De los Santos Olivo. Plebiscito y Referéndum. Concepciones Terminológicas. Internet. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2921/21.pdf> Acceso: 17/07/2012. Pág. 18

²⁷⁷ Presidencia de la República. Decreto Ejecutivo No. 201. Registro Oficial No. 38. 7 de abril de 1997. Pág. 2

²⁷⁸ Andrade Sánchez citado por Isidro De los Santos Olivo. Op. Cit. Pág.17

concretos, que una vez ratificados por el pueblo, nacerán a la vida jurídica plena. La Consulta Popular del mes de abril de 2007 contuvo el elemento plebiscitario y refrendatario en el mismo texto de la pregunta sometida a votación, ya que a la vez de que se solicitó un pronunciamiento respecto a la decisión política de convocar a la Asamblea Constituyente para que elabore la nueva Constitución y además, la aprobación del Estatuto Electoral (un texto normativo concreto) por el que se reglamentaría el proceso constituyente.²⁷⁹

Ante esta circunstancia es menester señalar la clara orientación, en el caso de 1997, de estructurar un proceso constituyente de poder derivado, ya que la pregunta sometida a escrutinio del pueblo se refería únicamente a “reforma constitucional” y no a la estructuración de una nueva norma fundamental. Además, la decisión política únicamente se enmarcaba en la convocatoria a la Asamblea Nacional y la obligación de que el Congreso Nacional instrumentalice la misma a través de reformas a la Constitución, por lo que se estableció de antemano que el organismo a constituirse e instalarse se subordinaría al ordenamiento jurídico vigente y limitaría su actuar a lo previsto en el marco regulatorio que se aprobó previamente. Evidentemente, la adopción de este mecanismo era el permitido en la Constitución vigente en ese entonces, ya que en ninguna norma positiva se establecía la existencia de la Asamblea Nacional y tampoco se permitía someter a Consulta Popular textos concretos de reformas constitucionales con la salvedad de la falta de tramitación de un proyecto de modificaciones de la carta magna, que fueren de iniciativa presidencial.²⁸⁰ Como este caso no correspondía al previsto en la Constitución, se optó por la causal genérica²⁸¹, en el que se generaría la decisión política y luego se instrumentalizaría a través del trámite ordinario de reforma constitucional.

²⁷⁹ El texto de la pregunta era el siguiente: “¿Aprueba usted que se convoque e instale una asamblea constituyente con plenos poderes, **de conformidad con el estatuto electoral que se adjunta**, para que transforme el marco institucional del Estado, y elabore una nueva Constitución?”. Tribunal Supremo Electoral. Resolución No. PLE-TSE-2-1-3-2007. Registro Oficial No. 37, 9 de Marzo 2007. Pág. 20

²⁸⁰ El Art. 58 lit. a) de la Codificación Constitucional de 1997, establecía lo siguiente: “**Art. 58.-** El Presidente de la República tiene la atribución para convocar a consulta popular en los siguientes casos:

a) Cuando el Congreso Nacional no hubiere conocido, aprobado o negado un proyecto de reformas a la Constitución presentado por el Presidente de la República, en el término de ciento veinte días contados desde la fecha de recepción por parte del Congreso Nacional.

En el caso de negativa parcial, la consulta popular se circunscribirá exclusivamente a la parte negada.

El Presidente de la República podrá ejercer la facultad de convocar en el término improrrogable de treinta días contados a partir del día siguiente de que se le notifique con la negativa. La consulta se efectuará dentro de los sesenta días posteriores a su convocatoria” Constitución del Ecuador 1997. Registro Oficial No. 02 de 13 de febrero de 1997. Art. 58 Lit. a)

²⁸¹ El literal b) del art. 58 de la Codificación de la Constitución de 1997 establecía que el Presidente de la República podría convocar a consulta popular “b) Cuando a su juicio, se trate de cuestiones de

En el caso de 2007, la orientación de la Consulta Popular estaba enfocada en la convocatoria a un proceso constituyente de carácter originario, ya que el resultado a obtenerse al final del mismo debía ser la “*transformación del marco institucional del Estado, y la elaboración de una Nueva Constitución*”²⁸², que implicaba en su esencia el cambio del ordenamiento jurídico a través de un texto constitucional esencialmente distinto del vigente que sería totalmente abrogado, y una “transformación institucional” que podría entenderse como una frase reiterativa respecto de la función de cambio constitucional y en un sentido más amplio, del desarrollo de la normativa secundaria básica que instrumentalice el nuevo orden a establecerse. La transformación del Estado y la Nueva Constitución debían ser elaboradas por una “Asamblea Constituyente de plenos poderes”, es decir, de Poder Constituyente Originario. La regulación del proceso constituyente se encontraba establecida en un “Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Constituyente”, que se adjuntaba al decreto de convocatoria, y que igualmente se encontraba ligado a la votación afirmativa del pueblo respecto a la decisión política planteada. Este Estatuto definía la forma de elección de los representantes al cuerpo colegiado, los requisitos para ser elegido como asambleísta, la instalación y organización mínima del cuerpo constituyente, y la forma de ejercicio del acto constituyente, que radicaba en la ciudadanía, a quien se encomendó la ratificación de la nueva Constitución mediante un referéndum a realizarse luego de concluida la labor de la Asamblea. En vista de que la convocatoria a un proceso constituyente no se encontraba prevista en la Constitución, el poder ejecutivo expuso, como fundamento de su convocatoria, presupuestos fácticos y de derecho natural como son los continuos quebrantamientos a la norma fundamental en los años anteriores, la ingobernabilidad del país en la época, el mandato popular de noviembre de 2006, el principio de soberanía popular y el derecho al sufragio. Como contrapartida, se expuso como presupuesto de “legalidad” el Art. 104 Núm. 2 de la Constitución codificada en 1998, que consistía en la potestad del Presidente de la República de convocar a Consulta Popular para asuntos trascendentales para el país²⁸³, contraviniendo el texto de la norma fundamental vigente, respecto del procedimiento de reforma regulado en la misma. La intención del ejecutivo siempre estuvo circunscrita en inobservar la normativa positiva, al punto de que después de que el

trascendental importancia para el Estado.” Constitución del Ecuador 1997. Registro Oficial No. 02 de 13 de febrero de 1997. Art. 58 Lit. b

²⁸² Presidencia de la República. Decreto Ejecutivo No. 02. Registro Oficial No.8. 25 de enero del 2007. Pág. 3

²⁸³ Véase las referencias al respecto en el Capítulo I.I y I.II

Congreso Nacional calificó con carácter de urgente la convocatoria realizada por el Presidente de la República²⁸⁴, y éste, al codificar el Estatuto, tomó a las reformas señaladas por el legislativo²⁸⁵ como “*diferentes opiniones de diversos sectores políticos y sociales a fin de mejorar el funcionamiento e instalación de la Asamblea Nacional Constituyente*”²⁸⁶, cuando el parlamento condicionó la calificación de urgencia a esas modificaciones. Evidentemente, la acogida de la calificación de urgencia hubiese implicado tácitamente un sometimiento del órgano constituyente a la Constitución y el ordenamiento jurídico, ya que el proceso debía ser originario y revolucionario, incluso con pretensión de “refundar el Estado ecuatoriano”.

2. En los procesos de 1997 y 1998 se estableció un marco regulatorio general que permitió las elecciones, instalación, funcionamiento y ejercicio del poder constituyente por parte del órgano de ejercicio previsto para cada caso. En el caso de 1997, se aprobó la Disposición Transitoria Décimo Séptima de la Constitución de la República codificada en 1997, promulgada mediante Suplemento del Registro Oficial No. 146, de 5 de septiembre de ese año. Para el año 2007, el pueblo ecuatoriano aprobó, en conjunto con la Consulta del 15 de abril, el Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Constituyente. Ambas normas jurídicas, prescribieron las siguientes regulaciones:

a) Aspectos electorales: Dado que la conformación de la Asamblea Nacional, tanto en el caso de 1997 como de 2007, requería de la elección popular de los representantes, y este tipo de proceso democrático no se encontraba previsto en la legislación electoral secundaria, las regulaciones preconstituyentes se preocuparon de reglamentar la forma cómo éstas se realizarían, desde el momento de la convocatoria a cargo del Tribunal Supremo Electoral, la inscripción y calificación de candidaturas, la campaña electoral, el ejercicio del sufragio, el escrutinio y posesión de los elegidos para la dignidad de

²⁸⁴ De acuerdo con la Constitución Codificada en 1998, el Presidente podía convocar a Consulta Popular para aprobar textos de reforma constitucional, siempre y cuando existiese una calificación de urgencia de parte de la mayoría absoluta del Congreso Nacional. Constitución del Ecuador 1998. Registro Oficial No. 1. 11 de Agosto de 1998. Art. 283. Cuando el Presidente Rafael Correa remitió al TSE el Decreto con la convocatoria a la Asamblea Constituyente, el organismo electoral remitió el mismo al Congreso Nacional para proceder conforme con la carta fundamental.

²⁸⁵ La calificación de urgencia del Congreso se “enmarcaba en la reforma del Estatuto Electoral” (Resolución del Congreso Nacional que se publicó en el Suplemento Registro Oficial No. 25), de acuerdo a ciertos preceptos del estatuto que fueron observados por los legisladores. Al estar condicionada la calificación de urgencia a esas modificaciones, la inobservancia de una de ellas implicaba que ésta quedaba sin efecto.

²⁸⁶ Codificación del Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente. Segundo Suplemento Registro Oficial No 33, 5 de Marzo de 2007. Considerando Sexto

asambleístas. En el caso de 1997, la disposición transitoria décimo séptima de la Constitución Codificada, se limitó a determinar que la convocatoria a las elecciones debía efectuarse *“al día siguiente de publicadas estas reformas en el Registro Oficial”*²⁸⁷. Por este motivo, el resto de asuntos relativos a la organización de las elecciones se estableció que se actúe *“de conformidad con la Ley de Elecciones, en todo lo que no se oponga a las reformas constitucionales aprobadas”*²⁸⁸, cuestión que en el fondo generaría conflictos de aplicación de las normas. Por este motivo, y en virtud de que la conformación de la Asamblea estaba dentro del texto constitucional, y por ende, podría ser objeto de desarrollo de legislación secundaria, el Congreso Nacional aprobó la “Ley Especial para la Elección de Representantes para la Asamblea Nacional”, publicada en Suplemento del R.O. de 13 de septiembre de 1997, en la que se estableció de manera detallada el calendario electoral y los demás aspectos inherentes al desarrollo de la elección. Para el caso de la Constituyente de 2007, debido a que la normativa preconstituyente se encontraba fuera del orden jerárquico normativo del Estado, el Estatuto aprobado con la Consulta Popular, estableció un Capítulo denominado “Del Calendario Electoral”, en el que se regularon los aspectos generales del proceso electoral, dejándose supletoriamente a la Ley Orgánica de Elecciones para la solución de aquellos aspectos no especificados en el Estatuto. Esta norma de remisión se encontraba prevista en la Disposición Final Única, que contemplaba lo siguiente:

En todo aquello que no sea incompatible con el espíritu y la finalidad de este estatuto y siempre que se requiera para darle eficacia al mismo, serán aplicables las disposiciones de la Ley Orgánica de Elecciones y la vigente normativa electoral²⁸⁹

Finalmente, la Disposición Transitoria Decimoséptima de la Constitución Codificada de 1997, facultó al Tribunal Supremo Electoral *“a dictar las normas reglamentarias necesarias para el cumplimiento del proceso pre-electoral y electoral”*²⁹⁰, para que de esa manera se pudieran solventar los vacíos normativos que resultaren de una posible contradicción entre la ley Electoral vigente y el proceso electoral. En cambio, el Estatuto de 2007, no otorgó esa potestad a este organismo. Por este motivo, es cuestionable la expedición de la Resolución **PLE-TSE-16-14-6-2007**, en la que el Tribunal Supremo

²⁸⁷ Constitución del Ecuador 1997. Registro Oficial No. 02 de 13 de febrero de 1997. .Disposición Transitoria Decimoséptima Inc. 2

²⁸⁸ Constitución del Ecuador 1997. Registro Oficial No. 02 de 13 de febrero de 1997. .Disposición Transitoria Decimoséptima

²⁸⁹ Codificación del Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente. Segundo Suplemento Registro Oficial No 33, 5 de Marzo de 2007. Disposición Final Única.

²⁹⁰ Constitución del Ecuador 1997. Registro Oficial No. 02 de 13 de febrero de 1997. .Disposición Transitoria Decimoséptima Inc. 3

Electoral reglamentó la asignación de escaños en las elecciones de los asambleístas constituyentes. El problema radicó en que el Estatuto dejó un vacío normativo al no especificar el método de asignación de escaños para los Asambleístas Nacionales y Provinciales, estableciendo únicamente que se adoptaría un “*método proporcional*”²⁹¹, sin especificar qué método se iba a emplear. El Tribunal Supremo Electoral se decantó por la aplicación del denominado “*Método de Hare o de cociente natural*”²⁹². Bajo nuestra consideración, y al tenor del Estatuto que permitía la aplicación de la normativa electoral vigente para el caso de los vacíos jurídicos, se debió emplear el método que se encontraba previsto en esta norma para el caso de las elecciones pluripersonales²⁹³, en lugar de la reglamentación que fue impuesta por el máximo organismo electoral.

b) Integración: Para la integración de las Asambleas Nacionales, las normas preconstituyentes se diseñaron en base a la conformación que tenía la función legislativa al momento en que se convocaron a esos procesos electorarios, aunque adoptaron algunas diferenciaciones con respecto a ese poder del Estado. Es así que en el caso de 1997, se estableció que la Asamblea estaría conformada por 70 representantes “*elegidos de acuerdo con las listas presentadas en cada provincia; en igual número del que de acuerdo a la Constitución Política de la República se eligen los diputados de cada provincia*”²⁹⁴. La distribución del número de asambleístas por cada provincia, se determinó en la ley especial de elección de los representantes.²⁹⁵ Con esta disposición se estableció que el distrito electoral a adoptarse sería el provincial, distanciándose de esa manera con la conformación del parlamento prevista en la Constitución vigente a ese momento, que preveía la elección

²⁹¹ Véase el punto I.I del presente capítulo, en el análisis que se realiza respecto al Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente de 2007 (Pág. 15)

²⁹² Véase Resolución **PLE-TSE-16-14-6-2007, publicada en Sup. R.O No. 125 de 12 de julio de 2007**

²⁹³ La Ley Orgánica Electoral vigente a la época, establecía como método de asignación de escaños para las elecciones pluripersonales, el desarrollado por el matemático Germán Rojas, en el que se debía obtener un número ponderador exacto, con el fin de consolidar la votación por listas con la votación entre listas (cuando el sufragante escogía opciones electorales de varias listas), para de esa manera después aplicar el criterio de distribución del método D’ Hondt (Se divide el resultado de la votación consolidada para los divisores secuenciales 1,2,3, hasta tantos escaños se vayan a repartir).

²⁹⁴ Constitución del Ecuador 1997. Registro Oficial No. 02 de 13 de febrero de 1997. .Disposición Transitoria Decimoséptima Núm. 1

²⁹⁵ El Art. 2 de la Ley Especial para la Elección de Representantes para la Asamblea Nacional establecía lo siguiente: “Art. 2 Las elecciones se efectuarán para elegir 70 representantes provinciales a la Asamblea Nacional, distribuidos de la siguiente manera: Guayas 10 representantes; Pichincha 8; Manabí 5; Azuay y Los Ríos 4 por cada provincia; Esmeraldas, El Oro, Imbabura, Cotopaxi, Tungurahua, Chimborazo y Loja, 3 representantes por cada provincia; y, Carchi, Cañar, Bolívar, Sucumbíos, Napo, Pastaza, Morona Santiago, Zamora Chinchipe y Galápagos, 2 representantes por cada provincia”. Ley Especial para la Elección de Representantes para la Asamblea Nacional. Suplemento de Registro Oficial No. 149. 10 de septiembre de 1997. Art. 2

de legisladores de circunscripción nacional.²⁹⁶ En el caso de la Asamblea del año 2007, se agregaron dos circunscripciones electorales a la prevista en la Codificación Constitucional de 1998 para la función legislativa.²⁹⁷ Es por este motivo que en el texto definitivo del Estatuto se agregó un distrito electoral nacional de 24 representantes y el novísimo distrito de los asambleístas del exterior conformado por 6 Asambleístas divididos territorialmente en tres circunscripciones geográficas abarcativas de los distintos continentes del mundo.²⁹⁸

c) Instalación y lugar de funcionamiento: Para el caso de la Asamblea Nacional de 1997, se dispuso que ésta debía instalarse a los ciento dos días siguientes a la fecha de convocatoria de la elección de representantes hecha por el Tribunal Supremo Electoral.²⁹⁹ En el año 2007, la instalación del cuerpo colegiado estaba prevista a los diez días de proclamados los resultados oficiales de las elecciones de Asambleístas.³⁰⁰ En cuanto al lugar de funcionamiento, la Asamblea Nacional de 1997 debía instalarse en la ciudad de Ambato, funcionar en la ciudad de Quito y mantener su sesión de clausura en la ciudad de Riobamba.³⁰¹ En cuanto a la Asamblea del año 2007, el Estatuto omitió señalar el lugar de funcionamiento de la misma, por lo que este aspecto quedaba a discreción de este órgano colegiado. Debido a las decisiones políticas del gobierno nacional, la Asamblea sesionó en la ciudad de Montecristi.

d) Regulación Interna y Autonomía: Las normas preconstituyentes de los procesos de 1997 y 2007, previeron que la Asamblea a instalarse pudiera establecer reglamentaciones internas que regulen el funcionamiento de las mismas, tanto en los aspectos orgánicos de estos cuerpos colegiados, como en la producción de las normas constitucionales. Es así que en la Disposición Transitoria Décima Séptima de la

²⁹⁶ En la Constitución Codificada de 1997, se establecía que el Congreso estaría conformado por Diputados elegidos en circunscripción provincial, de acuerdo a un criterio poblacional y uno territorial, y por doce diputados de circunscripción nacional. Constitución del Ecuador 1997. Registro Oficial No. 02 de 13 de febrero de 1997. Art. 79

²⁹⁷ La Constitución Codificada de 1998 suprimió a los diputados nacionales, dejando la integración del Congreso únicamente con legisladores electos en circunscripción provincial. El Art. 126 de esta norma fundamental establecía lo siguiente: "La Función Legislativa será ejercida por el Congreso Nacional, con sede en Quito. Excepcionalmente podrá reunirse en cualquier parte del territorio nacional. Estará integrado por diputados que serán elegidos por cada provincia en número de dos, y uno más por cada doscientos mil habitantes o fracción que pase de ciento cincuenta mil." Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 1. 11 de Agosto de 1998. Art. 126

²⁹⁸ Véase el Capítulo 1.1 en lo referente al Estatuto de Funcionamiento de la ANC

²⁹⁹ Constitución del Ecuador 1997. Registro Oficial No. 02 de 13 de febrero de 1997. .Disposición Transitoria Decimoséptima Inc. 1

³⁰⁰ Codificación del Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente. Segundo Suplemento Registro Oficial No 33, 5 de Marzo de 2007. Art. 22.

³⁰¹ Constitución del Ecuador 1997. Registro Oficial No. 02 de 13 de febrero de 1997. .Disposición Transitoria Decimoséptima Inc. 1 y 4

Codificación Constitucional de 1997, se prescribió que la Asamblea *“elegirá a sus autoridades y dictará sus normas orgánicas y de procedimiento”*³⁰². El mismo texto constitucional contemplaba que esta normativa aprobada por el cuerpo colegiado, se erigiría como *“la base legal de su autorregulación”*³⁰³, y por ende todas las regulaciones que la Asamblea se autoimpusiera, debían estar aprobadas por ese organismo. Como contrapartida, la disposición determinó, que las normas de organización debían ser aprobadas mediante resolución apoyada con la mayoría absoluta de los miembros de ese cuerpo colegiado³⁰⁴. Si bien no se establecían concretamente los aspectos específicos a autorregularse por la Asamblea, el texto de la Disposición Transitoria Décima Séptima sí hace una recomendación respecto al quórum de aprobación de las reformas constitucionales al señalar que el organismo *“podrá establecer mayorías especiales para la aprobación de las reformas constitucionales.”*³⁰⁵. En el caso del 2007, el Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente estableció únicamente que este cuerpo colegiado debía aprobar su “Reglamento Interno de Funcionamiento” a los 7 días de haberse instalado, a partir del proyecto que para tal efecto fuera preparado por la Comisión Directiva³⁰⁶. Con esta norma, y la característica de los plenos poderes, se establecía total discrecionalidad para que el órgano constituyente pueda regular los aspectos relacionados a sus competencias.

En cuanto a la autonomía, la Asamblea Nacional de 1997 tenía garantizada esta cualidad por los textos incorporados en la Decisión Transitoria Décima Séptima de la Constitución codificada de 1997, en la que se estableció la imposibilidad de que alguna autoridad del Estado pudiese suspender las labores de ese cuerpo colegiado, la prohibición de interferencia del Gobierno o del Congreso Nacional en las labores de la Asamblea y la potestad de autorregulación de la organización y funcionamiento del órgano constituyente, normas que no debían ser sometidas a conocimiento del Presidente de la República para su sanción u objeción³⁰⁷, normativa que perseguía que el ejercicio de las funciones de reforma constitucional no sea perturbada por las demás entidades del aparato estatal. Eso sí, la

³⁰² Constitución del Ecuador 1997. Registro Oficial No. 02 de 13 de febrero de 1997. Disposición Transitoria Decimoséptima Núm. 5

³⁰³ *Íbid.*

³⁰⁴ *Íbid.*

³⁰⁵ *Íbid.*

³⁰⁶ Codificación del Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente. Segundo Suplemento Registro Oficial No 33, 5 de Marzo de 2007. Art. 9 Inc. Final

³⁰⁷ Constitución del Ecuador 1997. Registro Oficial No. 02 de 13 de febrero de 1997. Disposición Transitoria No. Décimo Séptima Núm. 3 y 5

misma Disposición señalaba con claridad que la Asamblea tampoco podía interferir en las labores de los demás poderes del Estado.

En el caso de la Asamblea Nacional Constituyente de 2007, la autonomía de este organismo se encontraba garantizada por los plenos poderes de los que el Estatuto Electoral le dotaba para la transformación institucional del Estado y la elaboración de la nueva Constitución. Esta característica indicaba la total libertad del órgano constituyente en la estructuración del nuevo texto constitucional y por ende, ninguna autoridad podría limitar el ejercicio de esta competencia. La condición de autonomía se hallaba ratificada en la potestad de elaboración del Reglamento Interno de la Asamblea, además de otros instrumentos como el Mandato Constituyente No. 1, en el que se sobrepasó el ámbito de autonomía del cuerpo colegiado al permitirle ejercer las competencias correspondientes a los poderes constituidos.

e) Límites de tiempo, de competencia y de contenido de la reforma: En cuanto al límite de tiempo, la Disposición Transitoria Décima Séptima de la Constitución Codificada de 1997 no estableció un período específico de tiempo en el que la Asamblea Nacional debía realizar las reformas a la norma fundamental. Sin embargo, la Disposición Transitoria señalaba que este organismo *“deliberará durante un período que en ningún caso excederá del 30 de abril de 1998, fecha en la cual se disolverá de pleno derecho.”*³⁰⁸ Sin embargo, la Asamblea se autoextendió en un período de ocho días con respecto a la fecha de finalización prevista en la norma constitucional, cuestión que generó un cuestionamiento respecto de la validez de las normas aprobadas durante el tiempo de esta prórroga antijurídica³⁰⁹.

En el caso del proceso de 2007, de acuerdo con el Estatuto Electoral, la Asamblea Constituyente disponía de una duración de 180 días contados a partir de la instalación de ese organismo. Asimismo, el mismo cuerpo normativo dispuso la posibilidad de que la misma Asamblea *“establezca una prórroga que no podrá exceder de sesenta (60) días*

³⁰⁸ Constitución del Ecuador 1997. Registro Oficial No. 02 de 13 de febrero de 1997. Disposición Transitoria Décima Séptima. Inc. 4

³⁰⁹ El problema principal a este particular se encontraba en la imposibilidad de control de los actos de la Asamblea Nacional, ya que esta potestad no había sido prevista en las reformas constitucionales que viabilizaron la conformación de este cuerpo colegiado. El Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del numeral 9 del Art. 130 de la Codificación constitucional de 1998, actuación que escapaba a las atribuciones otorgadas a este organismo de control constitucional. Rafael Oyarte. Op. Cit. Pág. 182

contados a partir del vencimiento de plazo inicial.”³¹⁰. En este caso, el cuerpo colegiado cumplió con el tiempo previsto en el Estatuto, efectuándose la sesión de aprobación del proyecto de la nueva norma fundamental el último día en que ésta debía funcionar.³¹¹ Sin embargo, la Nueva Constitución dispuso en el denominado “Régimen de Transición”, la reinstalación de la Asamblea Constituyente, con el fin de organizar la Función Electoral transitoria y la Comisión de Legislación y Fiscalización que ejerció la función legislativa hasta las elecciones generales de 2009³¹².

En cuanto al aspecto relacionado con la competencia, la Asamblea de 1997, tenía como ámbito exclusivo de competencia la reforma de la Constitución vigente a ese momento. El texto de la Disposición Transitoria afirmaba, que este organismo se conformaría *“para única y exclusivamente reformar la vigente Constitución Política del Ecuador”*³¹³. Esta finalidad se ratificó en el numeral 4 de la misma disposición constitucional, que afirmaba que *“4. Será facultad única y propósito exclusivo de la Asamblea Nacional la reforma a la Constitución Política.”*³¹⁴. Esto nos permite evidenciar que este cuerpo colegiado tenía a la reforma constitucional como la única de sus competencias, excluyendo a la función legislativa de dicha prerrogativa, tal como se definió en el numeral 3 de la norma constitucional que hemos citado anteriormente, al señalar que *“Durante el período de funcionamiento de la Asamblea, el Congreso Nacional no tramitará reforma a la Constitución Política de la República.”*³¹⁵

En el caso de la Asamblea del año 2007, las competencias establecidas para este organismo se enmarcaban en *“transformar el marco institucional del Estado, y elaborar una nueva Constitución.”*³¹⁶ Entendiéndose a la norma fundamental como aquella que configura el aparataje estatal podríamos afirmar que las dos “competencias” resumían que

³¹⁰ Codificación del Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente. Segundo Suplemento Registro Oficial No 33, 5 de Marzo de 2007. Art. 2 Inc. Final

³¹¹ Sin embargo, el primer Presidente de la Asamblea Constituyente, Econ. Alberto Acosta, manejó la posibilidad de admitir una prórroga para la aprobación del articulado definitivo del proyecto de Constitución a someterse a referéndum. Debido a que en las fuerzas políticas no era admisible esta extensión de tiempo, tuvo que dejar la presidencia del organismo a favor del vicepresidente del mismo, Arq. Fernando Cordero, quien efectivamente cumplió con los plazos establecidos en el Estatuto.

³¹² Véase Arts. 17 y 18 del Régimen de Transición de la Constitución de la República del Ecuador aprobada mediante referéndum en 2008.

³¹³ Constitución del Ecuador 1997. Registro Oficial No. 02 de 13 de febrero de 1997. Disposición Transitoria Décima Séptima, Inc. 1

³¹⁴ *Íbid.* Disposición Transitoria Décima Séptima, Núm. 4

³¹⁵ *Íbid.* Disp. Trans. Décima Séptima, Núm. 3 Inc. 2

³¹⁶ Codificación del Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente. Segundo Suplemento Registro Oficial No 33, 5 de Marzo de 2007. Art. 1 Inc. 1

la función de este organismo sería estructurar el texto que sería sometido a referéndum para que, en el caso de que la votación popular sea ratificatoria, éste se convierta en la nueva Constitución del Estado. Sin embargo, el texto del inciso 1 del Art. 1 del Estatuto de Funcionamiento determinó como distintas a estas competencias, ya que solamente “*el texto de la nueva Constitución será aprobado mediante referéndum aprobatorio*”³¹⁷, cosa que indicaba, que la “transformación del marco institucional del Estado”, no iba a ser sometida a consideración del pueblo. Haciendo una extensión en cuanto a la interpretación de la norma señalada, podríamos inferir que se le otorgaría a la Asamblea la potestad de establecer parte de la normativa secundaria fundamental que sea necesaria para el funcionamiento de la nueva estructura institucional del Estado, normas que por desarrollar los principios establecidos en la norma constitucional, no debían ser sometidos a pronunciamiento del pueblo, sino que gozarían de validez al ser aceptado el marco principal al cual responderían. La incorporación del inciso segundo por parte del Congreso Nacional intentó delimitar esta potestad en este sentido a fin de evitar la interpretación de que el organismo constituyente podría interferir en los poderes constituidos (como se desprendía de la redacción inicial del artículo en mención), a través de la inclusión de un inciso al final del Art. 1 en el que se aclaró que tanto la transformación institucional como la nueva Constitución entrarían en vigencia únicamente con la aprobación de la carta magna en el referéndum.

En cuanto al límite de contenido de las reformas a implementarse, la Asamblea Nacional de 1997, como órgano de poder constituyente derivado, debía limitarse a reformar la Constitución de la República vigente a esa época, cuestión que implicaba el no cambiar los elementos fundamentales del Estado y la esencia de la misma norma fundamental. Además, el mismo Congreso Nacional limitó el poder de reforma en el tema respectivo a las autoridades políticas, al establecer que el cuerpo colegiado “*No podrá modificar los períodos de los actuales Presidente y Vicepresidente de la República, diputados, prefectos, alcaldes, consejeros provinciales y concejales municipales.*”³¹⁸ De esta forma se precautelaba el respeto al calendario electoral que había sido establecido previamente tanto para las autoridades nacionales como las seccionales.

³¹⁷ Codificación del Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente. Segundo Suplemento Registro Oficial No 33, 5 de Marzo de 2007. Art. 1 Inc. 1

³¹⁸ Constitución del Ecuador 1997. Registro Oficial No. 02 de 13 de febrero de 1997. Disposición Transitoria Décima Séptima. Núm. 4

En cuanto al límite de contenido, la Asamblea de 2007 carecía de límite en cuanto a la estructuración del proyecto de la nueva Constitución, ya que el objetivo a perseguirse era un cambio en el Código Político que transforme las estructuras del Estado en función de los postulados de la tendencia política dominante en la época. Sin embargo, el mismo Art. 1 prescribió que la nueva norma fundamental debía profundizar el contenido de los derechos fundamentales de los ciudadanos, haciéndose eco de las limitaciones implícitas que ya hemos analizado previamente al tratar el Poder Constituyente Originario.

f) Acto Constituyente: Con respecto a este aspecto, es importante verificar quién tenía la capacidad de ejercicio del acto de poner en vigencia el texto de las reformas constitucionales, ya que efectivamente en éste se evidencia cuál es la naturaleza del órgano extraordinario convocado para implementar el cambio constitucional. En el caso de 1997, el ejercicio del acto constituyente correspondió exclusivamente a la Asamblea Nacional. El numeral 6 de la Disposición Transitoria Décima Séptima establecía que *“Una vez aprobadas las reformas constitucionales, su texto completo se publicará en el Registro Oficial, sin necesidad de someterlas a conocimiento del Presidente de la República para su sanción u objeción.”*³¹⁹. Con esta disposición, la Asamblea tenía una independencia mayor con respecto al Congreso Nacional en el trámite de la reforma constitucional, ya que el poder legislativo, en un trámite ordinario de reforma de la carta magna, debía someter a sanción u objeción presidencial los textos aprobados por este organismo, asimilando el trámite de la reforma constitucional con el de la legislación ordinaria. En cambio, la Asamblea tenía la potestad de poner en vigencia directamente los textos constitucionales, estando el poder ejecutivo impedido de pronunciarse respecto de sus decisiones, cuestión que nos permite inferir inequívocamente que este cuerpo colegiado ejerció poder constituyente de carácter derivado al estar sometido a la Constitución y la ley que regulaba su funcionamiento.

Para el caso de la Asamblea “Constituyente” del año 2007, el Estatuto de Funcionamiento aprobado en Consulta Popular de 15 de abril de ese año, imposibilitó a este cuerpo colegiado la potestad de ejercer el acto constituyente, ya que este mismo cuerpo normativo señaló que el texto de la norma fundamental sería aprobado mediante referéndum, con lo que el órgano constituyente investido de la función constituyente y capaz de ejercer el acto de poner en vigencia el nuevo ordenamiento jurídico era el pueblo

³¹⁹ Constitución del Ecuador 1997. Registro Oficial No. 02 de 13 de febrero de 1997. Disposición Transitoria Décima Séptima.

del Ecuador, a través del sufragio afirmativo del cuerpo constitucional sometido a su escrutinio. Es así que el mismo inciso segundo del Art. 1 del Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea prescribía que “La transformación del marco institucional del Estado y la nueva Constitución, solo entrarán en vigencia con la aprobación en referéndum, de la nueva Constitución.”³²⁰ El referéndum debía realizarse en los 45 días siguientes a la aprobación del texto constitucional en el seno de la Asamblea, y debía contar con el respaldo de la mayoría absoluta de los sufragantes.³²¹ De esta manera podemos inferir de manera precisa que el organismo que se instaló y preparó el texto de la Constitución de 2008, no estuvo nunca investido de la función constituyente y por ende, no tenía capacidad de ejercer el acto constituyente de ninguna forma, quedando este cuerpo colegiado como una gran comisión elaboradora del proyecto de Constitución, que el verdadero titular del poder constituyente decidió otorgarse como base del nuevo ordenamiento jurídico que se fundaría en base a la nueva norma fundamental, entendiéndose finalmente, que si bien el proceso implicó un poder constituyente originario, éste no fue ejercido por el órgano extraordinario que sesionó en Montecristi, sino el pueblo soberano a través del sufragio popular, tanto al momento de convocar y elegir a los miembros del cuerpo colegiado, como al pronunciar su conformidad con el texto aprobado por la Asamblea.

3. Desde el punto de vista del producto de los procesos de reforma y cambio constitucional de 1997 y 2007, es decir, la Codificación Constitucional de 1998 y la Constitución de 2008, podemos ver que en el primer caso, se produjeron importantes reformas con respecto al aparataje estatal, la concepción de los derechos, en especial los denominados derechos difusos y colectivos, las acciones constitucionales, y ciertos aspectos relativamente pequeños con respecto a la estructura del Estado. Sin embargo, podemos observar que la esencia de la Constitución, la forma de Estado Social de Derecho, la concepción clásica de la división de poderes, no fueron afectados con el nuevo articulado de la norma fundamental. Inclusive, la disposición final de ese cuerpo normativo se refería al texto aprobado por la Asamblea, como una Codificación que contenía reformas y textos no modificados de la Constitución vigente de 1997.³²² A este respecto

³²⁰ Codificación del Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente. Segundo Suplemento Registro Oficial No 33, 5 de Marzo de 2007. Art. 1 Inc. 2

³²¹ *Íbid.* Art. 23

³²² La Disposición Final de la Constitución de 1998, establecía que: “La presente Constitución codificada, aprobada hoy 5 de junio de 1998, en Riobamba - ciudad sede de la fundación del Estado Ecuatoriano en

debemos comprender que la codificación implica la sistematización de un conjunto de normas jurídicas, discriminando entre vigentes, derogadas, reformadas o sustituidas en un nuevo cuerpo que le dé una coherencia lógica y ordenada a la mencionada normativa³²³, correspondiendo a una actividad de carácter formal, que no afecta al fondo o esencia de la regulación sometida a esta codificación.

En el caso de la Constitución del año 2008, la esencia misma de la concepción estatal fue cambiada por un nuevo paradigma que fue plasmado a lo largo de todo el articulado de esta norma fundamental. Es así que se determinó al Ecuador como Estado de Derechos, Justicia y plurinacional³²⁴, defensor de los derechos fundamentales³²⁵, con una nueva visión respecto de la garantía de éstos, de la justicia constitucional³²⁶, de la concepción respecto a los sujetos de Derecho y otros principios³²⁷. Asimismo, se abandonó la tradicional división de los poderes del Estado para la incorporación de dos nuevas

1830 -, que contiene reformas y textos no reformados de la actual, entrará en vigencia el día en que se posea el nuevo Presidente de la República en el presente año 1998, fecha en la cual quedará derogada la Constitución vigente.” Constitución del Ecuador 1998. Registro Oficial No. 1, 11 de Agosto de 1998, Disp. Final)

³²³ **La Codificación**, definida por Jorge Machado, es la *“Agrupación orgánica, sistemática y completa— generalmente un cuerpo legal llamado código— de todas las normas que se refieren a una misma materia no permitiendo contradicción ni ambigüedad y, teniendo ellas una vida unitaria.”* Jorge Machado. La Codificación. Internet <http://jorgemachado.blogspot.com/2009/10/ccr.html> Acceso: 24/09/2012

³²⁴ El Art. 1 de la Constitución aprobada en 2008 define al Ecuador como un *“Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.”* Constitución del Ecuador. Registro Oficial No. 449. 20 de Octubre de 2008. Art.1 Esta definición contiene como elementos innovadores los términos “Estado de Derechos y Justicia” y “Plurinacional”, que tienen como consecuencia el reconocimiento del pluralismo existente en el Ecuador tanto a nivel político como jurídico, lo que conllevará a una nueva forma de entender el Derecho, que deberá integrar las composiciones jurídico-políticas existentes tanto en el pueblo blanco-mestizo como en el indígena, labor compleja que al momento de desarrollo de esta disertación, continúa en serio debate, con los riesgos y oportunidades que este escenario nos propone.

³²⁵ El neoconstitucionalismo, contextualizado desde una visión garantista de los derechos fundamentales, es la corriente jurídica que engloba a la Constitución ecuatoriana aprobada en 2008, que se expresa de manera inequívoca, en el Art. 11 de la norma fundamental.

³²⁶ El sistema de garantías de la Constitución del 2008, se ha establecido en un ámbito tridimensional compuesto por las garantías normativas (normas jurídicas presentes en el ordenamiento jurídico), las políticas públicas (que vendrían a ser garantías administrativas), y las garantías jurisdiccionales que contienen a las acciones constitucionales frente a la vulneración de derechos (Acción de Protección, Hábeas Corpus, Hábeas Data, Acceso a la Administración Pública, Acción por Incumplimiento y Acción Extraordinaria de Protección) Constitución del Ecuador 2008. Registro Oficial No. 449. 20 de Octubre de 2008. Arts. 84 A 94. Asimismo, la Constitución del 2008 estableció la creación de la Corte Constitucional, organismo máximo de justicia en el país, que ha modificado sustancialmente la concepción del control constitucional en el país, por las amplias competencias con las que se ha dotado a este organismo. (Véase Constitución de la República Arts. 429 a 440)

³²⁷ La Constitución del 2008 ha establecido grupos de atención prioritaria, con derechos específicos relacionados con las condiciones particulares de estas personas y además, ha concebido a la naturaleza, como sujeto de derechos, concepción única en el ámbito planetario y que requiere de desarrollo normativo secundario y jurisprudencial para determinar su real alcance. (Véase Constitución del Ecuador, Arts. 71 a 74)

funciones de éste³²⁸, y se cambió de manera drástica el papel del legislativo en la estructura estatal.³²⁹ Este cambio completo respecto de la realidad jurídica previa al nacimiento de la nueva Constitución se manifiesta en la Disposición Derogatoria de ésta, que estableció la supresión de toda norma jurídica contraria al nuevo orden constitucional, fijando así la existencia de un nuevo orden jurídico que se origina en la norma fundamental.

Con todo lo expuesto anteriormente, podemos inferir de manera clara que el proceso constituyente realizado en Ecuador en 2007 y 2008 fue un proceso de carácter originario que partió de un presupuesto fáctico configurado por los acontecimientos políticos previos a la convocatoria a la Consulta Popular del 15 de abril de 2007, que sirvieron como justificación para establecer la necesidad de la creación de un nuevo Código Político que permita devolver la institucionalidad del Estado ecuatoriano, la gobernabilidad y estabilidad perdidas durante el decenio anterior y la profundización de los derechos que habían sido reivindicados por grupos sociales emergentes que demandaban su inclusión en la carta constitucional. Por esta razón se veía a este proceso como revolucionario e incluso, a visualizarse como fundacional³³⁰ Dicho proceso se inició fuera de las prescripciones constitucionales que existían en la Constitución vigente para el procedimiento de reforma constitucional, ya que en ninguna parte de la norma fundamental se establecía la posibilidad de convocar a una Asamblea Constituyente que elaborase un proyecto de Constitución a someterse a referéndum aprobatorio, y que por ese motivo se reguló por un “Estatuto” que se encontraba por fuera de la jerarquía normativa prevista en el ordenamiento jurídico, lo que evidencia un ejercicio de la facultad preconstituyente desde una situación de facto y no de iure, que se hizo completamente evidente cuando el ejecutivo, que ejerció de órgano preconstituyente, hizo caso omiso a la calificación de urgencia emitida por el Congreso respecto de la Consulta Popular de convocatoria. A eso

³²⁸ Se agregaron la Función Electoral (Organismos encargados de los procesos electorales del Estado) y la Función de Transparencia y Control Social (Agrupación de los organismos de control previstos en la Constitución) al aparato estatal, convirtiéndose éstas en árbitros y auditores de las tres funciones clásicas (legislativo, ejecutivo y judicial)

³²⁹ Con la creación de la Función de Transparencia y Control Social, el legislativo perdió la capacidad de designación de los titulares de los organismos de control, pasando a ser de organismo nominador a organismo “poseionador” de las autoridades de estas entidades. A eso se debe sumar ciertas disposiciones relativas a la labor de control político y fiscalización que dificultan el ejercicio de estas facultades a esta función del Estado, generando así un mayor peso del poder Ejecutivo en el desenvolvimiento político nacional. (Véase respecto a este particular el Título de la Constitución referente a la Función de Transparencia y Control Social y la del poder legislativo)

³³⁰ Recuérdese que dentro del discurso político de la época se habló incluso de una “refundación del país”.

debe sumarse las competencias delimitadas para la Asamblea Nacional Constituyente, que eran la elaboración de la nueva Constitución y la discutida “Transformación del Marco Institucional del Estado”, para las cuales estaba dotada de plenos poderes, y que por ende significaban carencia de limitaciones positivas en la estructuración constitucional. Finalmente, el producto obtenido a raíz de la instalación, funcionamiento, clausura de la Asamblea y referéndum aprobatorio fue una Constitución diferente tanto en la forma como en los elementos fundamentales del Estado, generando así un nuevo orden jurídico a someterse y la necesidad de adecuar la normativa vigente al nuevo marco jurídico.

Sin embargo, el órgano denominado “Asamblea Nacional Constituyente”, que se instaló y sesionó en la ciudad de Montecristi, no fue de ninguna manera el órgano constituyente en el proceso de cambio constitucional porque como ya vimos anteriormente, tenía incapacidad para poner directamente en vigencia a las normas jurídicas que ésta elaboró, al estar condicionadas sus actuaciones frente al pronunciamiento popular que se realizó en el referéndum aprobatorio del proyecto de Nueva Constitución, tal como había quedado establecido en el inciso segundo del Art. 1 del Estatuto de Funcionamiento de este organismo. El cuerpo colegiado fue en realidad una comisión redactora de conformación política plural, que realizó la tarea de presentar al Ecuador una propuesta de estructura jurídica del Estado distinta a la vigente en ese momento, para que el pueblo como único titular del poder constituyente decida su aprobación o rechazo, de acuerdo al tipo de mayoría que se había establecido en el Estatuto Electoral³³¹. De esta manera, el pueblo reservó para sí la esencia del proceso constituyente, actuando directamente en el proceso de convocatoria, de elección del cuerpo redactor y sobre todo, reservando para sí el acto constituyente, dotando de unidad y legitimidad a la actividad del poder constituyente, con el objetivo de dotar una carta constitucional de inspiración popular. Por este motivo, es inconcebible considerar el hecho de que la Asamblea Constituyente, simple organismo redactor del proyecto de Constitución, y por ende, incapaz de ejercer la función constituyente y peor aún, de los poderes constituidos del Estado, haya puesto en vigencia antes del mismo referéndum del 2008, normativa legal y supralegal ajenas a las competencias que este organismo tenía por naturaleza, evidenciando una burda extralimitación en sus funciones originales que desnaturalizaron la esencia del poder

³³¹ El Art. 23 del Estatuto de funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente determinó, que para que la Nueva Constitución sea aprobada por el pueblo se requería el voto afirmativo de la mayoría absoluta de sufragantes, es decir que la opción afirmativa obtener una votación más alta que los votos negativos, nulos y blancos alcanzados en conjunto.

constituyente, configurando un Estado de facto que se oficializó³³² en el Ecuador entre la aprobación del Mandato No, 1 hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 2008.

1.3.3 EL PODER CONSTITUYENTE FRENTE A LOS PODERES CONSTITUIDOS: ALCANCE DEL MANDATO POPULAR DE ABRIL DEL 2007

El poder constituyente, dada su condición de poder fáctico, extraordinario y preestatal³³³, tiene una relación ineludible con el fenómeno político que funciona como motor de la dinámica social que comprende los aspectos materiales que inciden en los presupuestos que determinan los contenidos que se plasman finalmente en la norma fundamental. Es por este motivo, que generalmente aparece en circunstancias especiales, que se verifican cuando se producen cambios políticos violentos que modifican la composición ideológica de la sociedad, o que coinciden con el reconocimiento de derechos de nuevos grupos, o que responden al desgaste de la estructura orgánica del Estado.

La Historia Política del país, ha estado marcada constantemente por rupturas del orden constituido a través de revueltas, golpes de Estado y gobiernos de facto o dictatoriales que han conllevado al cambio constitucional como mecanismo de retorno a la juridicidad, casi siempre a través del funcionamiento del poder constituyente originario, que tuvo por objetivo generar una nueva Constitución que permita la designación de las autoridades y de esa manera consumir la conformación legítima de los poderes del Estado. Sin embargo, durante la transición entre la supresión de la Constitución y el establecimiento del nuevo orden jurídico ha existido un profundo debate respecto del ejercicio de las funciones ordinarias del Estado, mientras se configura el nuevo marco normativo y se procede a la designación de las autoridades estatales al tenor de la nueva regulación, enfrentándose las posturas que defienden la tesis de que el órgano ejercitador del poder constituyente, de carácter supremo y superior, tiene la capacidad de ejercer los poderes que constituye, frente a quienes sostienen que al ser dos poderes de distinta

³³² Referimos la expresión “oficializó”, debido a que la destrucción del Estado de Derecho vigente al momento de la iniciación del proceso constituyente de 2007 y 2008 se inició con la Resolución del Tribunal Supremo Electoral que destituyó a 57 legisladores de la República (más de la mitad de la totalidad de ese cuerpo colegiado), como consecuencia de la resolución del pleno de esa función del Estado de remover al Presidente del Tribunal Supremo Electoral. Con la aplicación de esta resolución, se principalizó a los suplentes de los diputados defenestrados, con lo que este organismo fundamental en el Estado Constitucional quedó deslegitimado y por ende, mancillado en su institucionalidad.

³³³ En su fase originaria.

naturaleza, tienen determinadas sus competencias de manera excluyente, de manera que el poder constituyente no puede ejercer los poderes constituidos, ni tampoco estos últimos, tienen la competencia de ejercer el primero.

A continuación, describiremos como presupuesto la concepción del poder constituyente como extraordinario frente a la cualidad de permanencia que fue sostenida por Carl Schmitt, para después analizar la relación de los poderes constituidos con el poder constituyente y las posibilidades en que podría darse una injerencia del segundo con respecto a los primeros, para finalmente visualizar el caso del Ecuador en el proceso del año 2007.

1.3.3.1 El Poder Constituyente extraordinario frente al poder constituyente permanente: Hemos señalado anteriormente que el poder constituyente es un poder revolucionario ya que al establecer un nuevo orden constitucional abroga o superpone una nueva institucionalidad con respecto a una anterior. Como señala Carbajal, *“no se puede entender a un poder constituyente si no es a la luz de una revolución que cambia las estructuras de raíz y vuelve sobre su propia destrucción para construir”*³³⁴

Además, el poder constituyente es un poder supremo, ilimitado positivamente, insubordinado frente a los poderes constituidos al ser capaz de por sí expedir una nueva Constitución. Esta potestad, al ser únicamente atribuible al órgano constituyente, comprende una potestad diferente y exclusiva, superior a las demás. En palabras de Sieyes, citado por Jorge Carpizo. *“El poder constituyente lo puede todo en esta materia. De ninguna manera está sometido a una Constitución dada.”*³³⁵.

Finalmente, el aspecto de la temporalidad del órgano de ejercicio reafirma la condición extraordinaria del poder constituyente, ya que únicamente ejerce funciones mientras se estructura y promulga el nuevo orden constitucional, tal como refiere Rafael Oyarte *“En un sentido orgánico, el ente que ejerce el poder constituyente originario tiene una existencia extraordinaria. Así, las asambleas constituyentes realizan su labor (...), y concluyen su existencia al cumplir sus funciones”*³³⁶

³³⁴ Carbajal. Op. Cit. Pág. 82

³³⁵ Sieyes citado por Jorge Carpizo. Op. Cit. Pág. 9

³³⁶ Rafael Oyarte. Op. Cit. Pág. 106

Carl Schmitt, dentro de su concepción decisionista, se refiere al poder constituyente como un poder permanente, en virtud de que éste

(...)no es susceptible de traspaso, enajenación, absorción o consunción. Le queda **siempre la posibilidad de seguir existiendo**, y se encuentra al mismo tiempo y por encima de toda Constitución, derivada de él, y de toda determinación legal- constitucional, válida en el marco de esta Constitución³³⁷.

En este caso, es menester aclarar que la noción de permanencia del poder constituyente no se refiere en cuanto a la temporalidad del órgano de ejercicio que estructura la nueva Constitución, sino que se encuentra relacionada con respecto al sujeto del poder constituyente, que tiene la facultad de otorgar la Constitución para el Estado. En este sentido *“El poder constituyente de un pueblo no puede ser aniquilado; luego, en quedando garantizada la existencia política (sic), entra en escena otro sujeto del poder constituyente, p. ej. un monarca como titular de dicho poder”*³³⁸. De esta manera, existe poder constituyente mientras existe sujeto constituyente, que tiene la capacidad de emitir la Decisión Fundamental. Sin embargo, es menester señalar que la facultad constituyente, para Schmitt, se ejerce de manera excepcional, cuando la voluntad del sujeto constituyente se expresa negativamente respecto de la permanencia de la Constitución vigente y el necesario cambio de la misma.³³⁹

En virtud de lo expuesto, podemos concluir que el poder constituyente es permanente en cuanto existe latentemente la facultad del sujeto constituyente de expedir una Constitución y eliminar la que se encuentra en vigencia, mientras que tanto el ejercicio de este poder como el órgano ejercitador son de carácter extraordinario, ya que se agotan con la expedición de la nueva norma fundamental.

1.3.3.2 El Poder Constituyente y los poderes constituidos: El poder constituyente es un poder de origen, basado en sí mismo, creador de todo el orden jurídico, positivamente ilimitado, fáctico, extraordinario, subsumido en la función de generar la Constitución que dará lugar a la proliferación de la normativa secundaria que integra el derecho objetivo del Estado³⁴⁰.

³³⁷ Carl Schmitt. Op. Cit. Pág. 108

³³⁸ Carl Schmitt. Op. Cit. Pág. 109

³³⁹ Véase en “Teoría de la Constitución” de Carl Schmitt, el subcapítulo referente a la “Actividad del Poder Constituyente”, citado en esta disertación en la parte referente a los procedimientos constituyentes directos.

³⁴⁰ Jorge Carpizo. Op. Cit. Pág. 10

Los poderes constituidos son poderes derivados, que se originan a través de la Constitución, desarrolladores de los principios establecidos en la Constitución, limitados por normas jurídicas positivas en las que se establece el ámbito de sus competencias, de iure, ordinarios y provistos de varias competencias, entre las que no se encuentra el cambio total de la Constitución³⁴¹

De acuerdo con lo que menciona el Doctor Hernán Salgado:

La distinción entre poder constituyente y poderes constituidos significa distinguir entre la ley constitucional y las leyes ordinarias, fijando las siguientes diferencias: rígida la primera, flexibles las segundas; las leyes ordinarias deben guardar conformidad con la ley constitucional para tener validez, no la pueden contradecir o violar. De este modo, los poderes constituidos quedan enmarcados y limitados por el poder constituyente.³⁴²

De esta aseveración podemos extraer tanto la subordinación normativa existente entre el poder constituyente y los poderes derivados como el ámbito de competencias de los mismos, en el que se atribuye al primero la expedición de la norma fundamental y a los segundos la expedición de la normativa secundaria.

En cuanto a la potestades de gobierno, Sieyes se expresó respecto a la imposibilidad de que el órgano constituyente pueda ejercer los poderes constituidos, ya que si bien el pueblo “*puede depositar su confianza en representantes que sólo se reunirán en Asamblea para este objeto (elaborar y promulgar la Constitución), **no podrán ejercer por sí mismos ninguno de los poderes constituidos.***³⁴³. En palabras de Carbajal “*la coercitividad (del poder constituyente) no se manifiesta en quitarles o someter a tales poderes (constituidos), sino en la atribución de darle al sistema jurídico coacción, no de imponerse el poder constituyente sobre los poderes constituidos*”³⁴⁴.

El mismo Carl Schmitt, distingue el poder constituyente del pueblo con respecto a los poderes constituidos al exponer lo siguiente:

Todo lo que se verifica en la regulación legal-constitucional³⁴⁵ a base de la Constitución, y en el marco de las competencias constitucionales a base de la regulación legal-constitucional, es, en esencia, **de naturaleza distinta** a un acto del Poder Constituyente. **Ni aun las facultades y competencias constitucionales del pueblo**, esto es, de los ciudadanos con derecho a voto, por ejemplo: elección de Presidente del Reich³⁴⁶ (...), elección del Reichstag³⁴⁷

³⁴¹ Jorge Carpizo. Op. Cit. Pág. 10

³⁴² Hernán Salgado. Lecciones de Derecho Constitucional. Quito. Ediciones Legales. 2004. Pág. 55

³⁴³ Sieyes citado por Jorge Carpizo. Op. Cit. Pág. 9

³⁴⁴ Juan Carbajal. Op. Cit. 87

³⁴⁵ Se refiere a la Constitución formal.

³⁴⁶ Refiérase al Presidente de la República Federal de Alemania en el período 1919-1933, conocido como “República de Weimar. Reich es la expresión de que los Alemanes emplean para definir el régimen imperial,

(...), referéndum, son facultades del pueblo soberano que se da una Constitución y realiza actos del Poder Constituyente; son competencias dentro del marco de la Constitución dada.³⁴⁸

De acuerdo al texto citado, cuando el pueblo ejerce el poder constituyente, no puede ejercer las potestades del poder constituido, ni siquiera aquellas que le corresponden al mismo pueblo de acuerdo a la norma fundamental vigente, como es la elección de representantes, de forma que en ninguna doctrina constitucional se puede admitir que el poder constituyente ejerza competencias y funciones de los poderes ordinarios porque estaría atentando contra su propia naturaleza.

En cuanto al órgano constituyente, Rafael Oyarte refiere la imposibilidad de que la Asamblea pueda acumular las facultades de los poderes ordinarios asumiéndose como soberana. “*En un sistema en que sólo el pueblo es el soberano, es éste quien tiene la titularidad originaria del Poder Constituyente, y a través de éste determina a los demás poderes.*”³⁴⁹. Debido a esto la Asamblea puede ejercer un poder originario que es de carácter ilimitado positivamente, sin embargo, este poder jamás será un poder soberano, ya que únicamente la soberanía es ejercida por el titular, que en este caso, es el pueblo. Y en virtud de que la soberanía es una potestad absoluta y excluyente, ésta no puede ser transferida ni delegada, tiene que ser ejercida por quien tiene la cualidad de soberano.

1.3.3.3 Situación de la Constitución vigente frente a un proceso del poder constituyente originario: El poder constituyente originario actúa como consecuencia de rupturas institucionales, o como forma de reinstitucionalizar al Estado después de la instauración de un gobierno de facto o una Dictadura absoluta, es decir, parte de una situación irregular en la que la juridicidad ha sido fuertemente violentada. Por este motivo, la convocatoria a un órgano constituyente de carácter originario se produce en el marco de las situaciones que explicaremos a partir de los conceptos generados por Carl Schmitt y Néstor Pedro Sagüés, que vienen a ser los siguientes:

a. Destrucción de la Constitución: De acuerdo a Carl Schmitt, la destrucción de la Constitución es “*la supresión de la Constitución existente (y no sólo de una o varias leyes constitucionales), acompañada de la supresión del Poder Constituyente en que se*

reconociendo como I Reich al Sacro Imperio Germánico, II Reich al Imperio Alemán existente entre 1871 a 1914, y el III Reich, como el período de la Alemania Nazi entre 1933 a 1945

³⁴⁷ Parlamento Alemán en la República de Weimar.

³⁴⁸ Carl Schmitt. Op. Cit. Pág. 114

³⁴⁹ Rafael Oyarte. Op. Cit. Pág. 112

basaba”³⁵⁰. En este caso, no únicamente pierde vigencia el texto constitucional, sino que la titularidad del poder constituyente es sustituida como es en el caso de un golpe de Estado en el que se establece un gobierno Dictatorial, en el que quien ejerza la jefatura de Estado desconoce la Constitución vigente y establece un nuevo marco jurídico para el Estado mientras dure este gobierno. En el Ecuador, existen algunos casos de destrucción de la Constitución. Como ejemplo podemos citar el caso de 1972, en el que las Fuerzas Armadas derrocaron al Presidente Dr. José María Velasco Ibarra, quien había gobernado de facto el país desde el 22 de junio de 1970.³⁵¹ (Espinosa, 1996). El nuevo titular del ejecutivo, el General Guillermo Rodríguez Lara³⁵², expidió el Decreto Supremo No. 1, en el que asumió las funciones encomendadas por las fuerzas militares y puso en vigencia la Constitución de 1945 “(...) *en todo cuanto no se opongan a los fines de la transformación política y a los bandos expedidos y que se expidieren durante el imperio de la ley militar.*”³⁵³. En este caso, la titularidad del poder constituyente pasó del pueblo a las fuerzas armadas, quienes a través del Decreto No. 001 pusieron en vigencia una norma fundamental, con el curioso agregado indeterminado de la posibilidad de hacer caso omiso a aquellas normas que contraríen el programa de gobierno “revolucionario y nacionalista”, que pretendía ser impulsado por los militares.

b. Supresión de la Constitución: Se refiere a la extinción de la Constitución que se encuentra vigente, siempre y cuando se esté “*conservando el Poder Constituyente en que se basaba*”³⁵⁴. En este caso, la Constitución vigente deja de tener vigencia, sin embargo la titularidad del poder constituyente sigue estando radicada en el mismo titular, en este caso el pueblo. De acuerdo a Sagüés, esta extinción de la norma fundamental puede producirse cuando la misma Constitución establece su extinción (autoderogación), o en el caso de derogatoria expresa cuando la nueva carta magna prescribe la derogación de la anterior³⁵⁵, o por aplicación del principio jurídico *lex posterior derogat priori*³⁵⁶, o en el

³⁵⁰ Carl Schmitt. Op. Cit. Pág.115

³⁵¹ El Presidente José María Velasco Ibarra alegó que la Constitución de 1967 le era insuficiente para gobernar, por lo que decidió gobernar asumiendo los poderes del Estado y poniendo en vigencia la Constitución de 1946.

³⁵² El General Guillermo Rodríguez Lara, en ese tiempo máxima autoridad del ejército, fue designado para asumir la Presidencia de la República mientras las fuerzas armadas ostentaban el poder político. En el año de 1976, se retiró el apoyo al General Rodríguez, por lo que se conformó un triunvirato conocido como “Consejo Supremo de Gobierno”, que gobernó hasta 1979. Simón Espinosa. Presidentes del Ecuador. Quito. Editorial Vistazo. 1996. Págs. 193 a 208

³⁵³ Decreto Supremo No. 001. Registro Oficial No. 001, 16 de Febrero 1972, Art.1

³⁵⁴ Schmitt. Op. Cit. Pág. 115

³⁵⁵ Véase Disposición Final de la Constitución de la República del Ecuador aprobada en referéndum de 2008.

caso de aboliciones inconstitucionales por parte de autoridades de iure o de facto. (Sagüés, 2001, 134). Un ejemplo de este caso, dentro de la historia constitucional ecuatoriana constituye el caso presente cuando el triunvirato conformado después de la revolución marcista de 1845³⁵⁷, eliminó la norma fundamental de 1843 (Carta de la Esclavitud), y convocó a una Constituyente que expidió una nueva Constitución³⁵⁸.

c. Quebrantamiento de la Constitución: Carl Schmitt define y distingue el quebrantamiento de la Constitución con respecto a la suspensión constitucional, al definir al primero de la siguiente manera:

El quebrantamiento de la Constitución es una violación de prescripciones legal-constitucionales para uno o varios casos determinados, pero a título excepcional, es decir, bajo el supuesto de que las prescripciones quebrantadas siguen inalterables en lo demás, y por tanto, no son ni suprimidas permanentemente, ni colocadas temporalmente fuera de vigor (suspendidas).³⁵⁹

El quebrantamiento de la Constitución puede operar de manera constitucional o inconstitucional, verificándose el primer caso cuando la inobservancia es permitida por la norma fundamental cuando establece casos excepcionales y en cambio, el segundo se produce cuando una autoridad inobserva alegando una situación excepcional una disposición contenida en la carta fundamental. Como ejemplo del primero podemos observar a la norma presente en la Disposición Transitoria Segunda y el Art. 29 del Régimen de Transición de la Constitución del 2008³⁶⁰ para la integración del Consejo de Participación Ciudadana transitorio, que fue designado por un concurso efectuado por el

³⁵⁶ “La ley posterior deroga a la ley anterior”

³⁵⁷ Movimiento político surgido por la aprobación de la Constitución de 1843, en la que se establecieron varios preceptos autoritarios, que motivaron el alzamiento de la ciudadanía por la recuperación de las libertades democráticas que culminaron con la derrota de Flores y la instalación de un triunvirato conformado por José Joaquín de Olmedo, Diego Noboa y Vicente Ramón Roca y la convocatoria e instalación de la Constituyente de 1845. (Espinosa, 1996)

³⁵⁸ Espinosa. Op. Cit. Pág. 18

³⁵⁹ Carl Schmitt. Op. Cit. Pág. 116

³⁶⁰ La Disposición Transitoria Segunda de la Constitución del 2008, estableció lo siguiente: “El órgano legislativo, en el plazo de treinta días desde la entrada en vigencia de esta Constitución, designará con base en un concurso público de oposición y méritos, con postulación, veeduría e impugnación ciudadanas a las consejeras y consejeros del primer Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, quienes permanecerán provisionalmente en sus funciones hasta la aprobación de la ley correspondiente. En este proceso se aplicarán las normas y principios señalados en la Constitución.” (Constitución del Ecuador. Registro Oficial No. 449. 20 de Octubre de 2008. Disp. Trans Segunda) Asimismo, el Art. 29 del Régimen de Transición establecía lo siguiente: **Art. 29.- (Consejo de Participación Ciudadana y Control Social)** La Comisión Legislativa, en el plazo de los quince (15) días posteriores a su conformación, iniciará el concurso público de oposición y méritos para la designación de los miembros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. (Constitución del Ecuador. Registro Oficial No. 449. 20 de Octubre de 2008. Art. 25 Régimen Transición)

legislativo³⁶¹. Asimismo, puede estar dentro de esta categoría la potestad del Presidente de la República de disolver la legislatura por una sola vez durante su período, dentro de la institución que ha sido denominada como “*muerte cruzada*”³⁶². Para el segundo caso, debido a la escasa cultura de juridicidad existente en nuestra historia podemos encontrar muchos casos como el de la destitución de los magistrados de la Corte Constitucional en 2004 o la misma Consulta Popular de Abril de 2007 que dio lugar a la Convocatoria a la Asamblea Constituyente, ya que esta institución no se encontraba prevista en la norma fundamental, desconociéndose de manera abierta el procedimiento de reforma constitucional previsto en la Constitución.

d. Suspensión de la Constitución: De acuerdo con Sagüés, la suspensión constitucional comprende la “*inaplicación transitoria de la totalidad o parte de la Constitución*”³⁶³. En este caso, es necesario señalar, que a diferencia del quebrantamiento constitucional en que la vigencia del precepto constitucional se mantiene a pesar de la inobservancia de la misma, la norma suspendida pierde vigencia mientras supervive el presupuesto fáctico que permitió la inaplicación de la misma. En cambio, con relación a la supresión de la norma fundamental, esta pérdida de vigencia es de carácter temporal mientras que la Constitución suprimida pierde su vigencia de manera permanente.

La suspensión de la norma constitucional se puede producir de manera constitucional o inconstitucional, efectuándose el primer caso cuando la misma Constitución establece circunstancias especiales en que la autoridad puede suspender la vigencia de ciertos derechos o garantías fundamentales como es en el caso del estado de excepción que puede ser decretado por el Presidente de la República ante causales claramente definidas en el texto de la norma fundamental. En el segundo caso, la suspensión constitucional puede provenir de una autoridad de facto o de iure, como es el caso ocurrido en el Perú cuando el presidente Fujimori en 1992 declaró por Decreto Ejecutivo la suspensión de ciertas partes de la Constitución de 1979 o el de la Asamblea Constituyente de nuestro país en el año

³⁶¹ De acuerdo al Régimen de Transición, la función legislativa, entre el período de la vigencia de la Nueva Constitución y las elecciones generales, fue ejercida por una Comisión de Legislación y Fiscalización que fue electa de entre los miembros de la Asamblea Constituyente. Véase Art. 17 del Régimen de Transición de la Constitución 2008

³⁶² “**Art. 148.**- La Presidenta o Presidente de la República podrá disolver la Asamblea Nacional cuando, a su juicio, ésta se hubiera arrogado funciones que no le competan constitucionalmente, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional; o si de forma reiterada e injustificada obstruye la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, o por grave crisis política y conmoción interna.” (Constitución del Ecuador 2008. Registro Oficial No. 449. 20 de Octubre de 2008. Art. 148)

³⁶³ Sagüés. Op. Cit. Pág. 133

2007, cuando mediante el Mandato No. 1 y el Reglamento de Funcionamiento de este cuerpo colegiado, se condicionó la vigencia del orden jurídico a las decisiones adoptadas por el mismo.³⁶⁴

1.3.3.4 El caso ecuatoriano de 2007: Los procesos constituyentes de carácter originario en el Ecuador, han sido producto de golpes de Estado, revoluciones o rupturas institucionales graves, en las que se convocó e instaló al órgano constituyente como una forma de retorno al Estado de Derecho y por ende a la juridicidad. De esta forma la Asamblea de 1845 que fue consecuencia de la revolución marcista, la de 1861 que se estableció para el restablecimiento del orden en el Ecuador después de la crisis nacional de 1859³⁶⁵, la de 1884, producto del final de la dictadura de Ignacio de Veintemilla, la de 1897 que fue consecuencia de la revolución liberal de 1895, la de 1929 que se estableció después de la revolución juliana, la de 1945 que fue producto de la revolución conocida como “La Gloriosa”³⁶⁶ y la de 1967 que fue establecida para el retorno al régimen democrático luego del gobierno militar que ejerció los poderes del Estado entre 1963 y 1966. En un sentido político, se empleó la Asamblea Constituyente como una forma de legitimar el golpe de Estado producido por el caudillo de turno que pretende acceder al poder.³⁶⁷

De manera general, los órganos constituyentes en el Ecuador se extralimitaron con respecto a su función única y exclusiva de establecer la nueva Constitución, es así que designaron al titular de la función ejecutiva³⁶⁸, expidieron leyes, decretos, reglamentos y

³⁶⁴ Véase el análisis del Mandato Constituyente No.1 y el Reglamento Interno de la Asamblea Nacional Constituyente en el subcapítulo 1.1 y 1.2 de la presente disertación

³⁶⁵ En 1859 se produjo una crisis nacional en la que el Estado ecuatoriano prácticamente desaparece debido a la desaparición del Estado central en gobiernos locales que se administraban como países aparte. A esta situación se sumó la presión internacional del Perú y del sur de Colombia por repartirse el territorio del inestable Ecuador. La crisis se resolvió gracias al indudable talento de Gabriel García Moreno para sortear esta situación.

³⁶⁶ Levantamiento popular contra el gobierno de Carlos Arroyo del Río iniciado el 28 de mayo de 1944, en virtud de la pérdida territorial en el conflicto con el Perú en 1941 y la crisis económica producto de la Segunda Guerra Mundial.

³⁶⁷ En este contexto, la Constitución de 1835 funcionó como medio para legitimar el pacto político entre Flores y Rocafuerte, la Constituyente de 1843 fue el medio para cristalizar el afianzamiento del primero en el poder, la de 1851, para legitimar la revuelta de Diego Noboa, la de 1852 para legitimar el levantamiento del General José María Urvina, la de 1869 para el Golpe de Estado de García Moreno, la de 1878 el de Ignacio de Veintimilla, la de 1906 el de Eloy Alfaro contra Lizardo García y la de 1946, que persiguió legitimar el autogolpe de Estado de José María Velasco Ibarra, aduciendo la insuficiencia de la Constitución aprobada en 1945

³⁶⁸ La Constituyente de 1835 designó a Vicente Rocafuerte como Presidente de la República, asimismo la de 1843 designó a Juan José Flores, la de 1845 a Vicente Ramón Roca, la de 1851 a Diego Noboa, las de 1860 y

otro tipo de actos que son propios de los poderes constituidos. Estas actuaciones se justifican, en palabras de Julio Echeverría con la combinación de los dos momentos inherentes a un proceso constituyente que son la descomposición del régimen institucional anterior y la instauración del nuevo régimen³⁶⁹. Por esta razón, “*el momento de desinstitucionalización tiene que ver con la ruptura del procedimentalismo constitucional*”³⁷⁰, que se traduce en un sistemático irrespeto por la normativa vigente. En el caso ecuatoriano, partiendo de que las Asambleas Constituyentes se instalaron como consecuencia de rupturas constitucionales como Golpes de Estado, revueltas populares o regímenes de facto, el primer momento se concretaría con esas interrupciones violentas sobre el orden constituido. Al producirse el derrocamiento de las autoridades de los poderes públicos, se entendía que el órgano constituyente gozaba de la legitimidad suficiente como para designar al titular de estos poderes cubriendo el vacío de poder generado por la cesación inconstitucional de las autoridades previas, en especial el titular del ejecutivo, mientras se restablecía el Estado de Derecho y se convocaba a elecciones generales que designen a los dignatarios definitivos de acuerdo al nuevo orden vigente. Asimismo, la Asamblea Constituyente reservaba para sí la función legislativa del Estado, como se evidenció en el el proceso de 1967³⁷¹. Dadas las circunstancias políticas de estos casos, es comprensible que la única entidad representativa de la sociedad estableciera estas autoridades temporales para evitar un mal mayor que significaba la anarquía existente por el vacío de poder.

En el caso de la “Asamblea Constituyente” de 2007 y 2008, acontecieron varias circunstancias que diferenciaron a éste de los demás procesos constituyentes de la Historia del Ecuador. En primer lugar, la convocatoria al poder constituyente originario no aconteció como consecuencia de un golpe de Estado o ruptura violenta del orden constituido. Si bien en los años anteriores se había producido una constante inestabilidad

1869 a García Moreno , la de 1878 a Ignacio de Veintemilla, la de 1883 a José María Plácido Caamaño, las de 1897 y 1906 a Eloy Alfaro, la de 1929 a Isidro Ayora, las de 1945 y 1946 a Velasco Ibarra y la de 1967 a Otto Arosemena.

³⁶⁹ Julio Echeverría en “Plenos Poderes y Transformación Constitucional. Plenos poderes y democracia en el proceso constituyente ecuatoriano. Quito. Abya Yala. 2008. Pág. 15

³⁷⁰ *Íbid.*

³⁷¹ La Asamblea Constituyente de 1967, elegida a partir del final de la Dictadura militar de 1966, designó como Presidente de la República al Dr. Otto Arosemena Gómez, asimismo se reservó para sí la función legislativa del Estado mientras se producía la elección de los representantes al Congreso de 1968. La Disposición Transitoria Primera de la Constitución de ese año establecía “*La Asamblea Nacional Constituyente, una vez expedida esta Constitución, continuará ejerciendo, hasta la clausura de sus sesiones, todas las atribuciones que como a tal le corresponden.*” (Constitución del Ecuador, 1967, Disp. Trans. Primera)

política y varios quebrantamientos constitucionales, la autoridad que ejerció la convocatoria a la Consulta Popular de abril de 2007 había sido elegida por sufragio universal, dentro del marco constitucional vigente al momento en que se celebraron las elecciones. Partiendo de esta premisa, podemos denotar que a diferencia de los procesos anteriores, en que la llamada al poder constituyente es consecuencia de la violación constitucional, en el año 2007 se procedió de manera inversa, apareciendo el proceso constituyente como fuente de desinstitucionalización del Estado de Derecho vigente para permitir la instauración del nuevo orden que vio la luz el 20 de octubre del 2008³⁷².

En segundo lugar, el discurso político publicitó de manera abierta los plenos poderes que estarían investidos en la futura Asamblea Constituyente, haciendo entender que podría intervenir en los demás poderes del Estado, incluso destituyendo a las autoridades en funciones de considerarlo necesario. Además de ello, aprovechando la crisis de representatividad del Congreso Nacional, se acosó a esta función del Estado a través del boicot político que se manifestó por primera vez cuando el Tribunal Supremo Electoral destituyó a 57 legisladores, hecho que produjo que este importante órgano del poder público quedase reducido en su legitimidad por estar conformado por legisladores suplentes principalizados de manera contraria a la Constitución y la ley, que tuvo como consecuencia el deterioro del funcionamiento e independencia de esta función del Estado. Sumando estos hechos a que la Consulta Popular había sido convocada inobservando la norma fundamental vigente, se preparó el terreno para la destrucción final de la institucionalidad, cuando la Asamblea empezó a ejercer sus funciones.

La desinstitucionalización del Estado ecuatoriano tuvo como punto culminante la primera sesión de la Asamblea Constituyente, en que se originó un vacío de poder a través de las renuncias del Presidente, Vicepresidente de la República y algunos titulares de los organismos del Estado, que sirvió de presupuesto fáctico ineludible para que el cuerpo colegiado que sesionó en Montecristi se autodenomine como representante soberano del pueblo y en tal calidad, apruebe el Mandato Constituyente en el que se erigió como gran electora del aparataje institucional, configurando un Estado de facto que duró hasta la expedición de la nueva norma fundamental y que se confirmó por medio de la suspensión inconstitucional de la Constitución de 1998, cuya vigencia había sido condicionada a las decisiones de la Asamblea Constituyente, haciendo evidente su actuación e injerencia en los poderes constituidos existentes en el país y el ordenamiento jurídico

³⁷² Fecha en que se publicó la Constitución en el Registro Oficial.

En virtud de todo esto, la Asamblea Constituyente actuó sobre los poderes constituidos destituyendo funcionarios, designando autoridades, suspendiendo procesos electorales, entre otras acciones y ejerciendo actos propios de los poderes ordinarios del Estado como la expedición de leyes, reglamentos y otro tipo de resoluciones de tipo político-administrativo. Como ya demostramos anteriormente, la Asamblea no contaba siquiera con la capacidad de ejercer el acto constituyente, por lo que era imposible que emitiera disposiciones de vigencia inmediata como fue el caso de las leyes y los mandatos constituyentes, con lo que se extralimitó de su única función de redactar el proyecto de la Nueva Constitución a someterse a referéndum, por lo que todas las decisiones que adoptó antes de la aprobación del proyecto constitucional, fueron ejercidas por la fuerza, de manera tal que confirmó la condición de antijuridicidad de estas actuaciones, que únicamente se convalidaron al momento de que el pueblo manifestó su conformidad con la propuesta constitucional.

CAPÍTULO II

LOS MANDATOS CONSTITUYENTES COMO INSTRUMENTO JURÍDICO

A lo largo del Capítulo I de esta disertación hemos analizado los acontecimientos y normas que marcaron el proceso constituyente de los años 2007 y 2008, llegando a determinar con claridad la condición de la Asamblea Constituyente como órgano de ejercicio del poder constituyente y además su capacidad de ejercer los poderes constituidos del Estado. Por este motivo analizamos tanto los acontecimientos previos al proceso constituyente, el Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea, el Mandato Constituyente No. 1 y el Reglamento Interno de la Asamblea Nacional, así como los pronunciamientos de la justicia constitucional respecto de la convocatoria a la Asamblea y el Mandato Constituyente No. 1, para después estudiar el tema correspondiente a la legitimidad y el poder constituyente.

Una vez revisados estos aspectos, nos remitiremos a los Mandatos Constituyentes desde una perspectiva instrumental partiendo desde su componente semántico y sus características, de forma tal que al final de este capítulo, conglobando lo analizado en el

primer capítulo, podemos señalar su naturaleza, aspecto fundamental en la labor de su compatibilización

2.1 COMPONENTE SEMÁNTICO

Para revisar la semántica³⁷³ de los Mandatos Constituyentes, es necesario desglosar los conceptos que son contenidas por esta categoría creada en la sesión inaugural de la Asamblea de Montecristi. La expresión “Mandato Constituyente”, se halla compuesta por los términos jurídicos “Mandato” y “Constituyente”, el primero haciendo referencia a la figura del Mandato, presente tanto en el Derecho Civil como en el Derecho Político, y el segundo, que hace referencia al Poder Constituyente, potestad de otorgar una Constitución para el Estado.

Dado que en el Capítulo anterior hemos tratado de manera amplia el Poder Constituyente, procederemos a revisar brevemente cómo se define el mandato en su dimensión jurídica.

2.1.1 CONCEPTO DE MANDATO

Definición en Derecho Civil: El Mandato es un contrato bilateral, por el que una persona denominada mandante o ponderante, confía la gestión de uno o más negocios a otra persona denominada mandatario, apoderado o procurador judicial quien se hace cargo de los mismos a cuenta y riesgo del mandante. A través de este contrato, se genera en el mandatario la obligación jurídica de ejecutar el negocio señalado dentro de los límites de lo estipulado en el acto contractual.

La representación es el efecto causado cuando una persona actúa legalmente investido en nombre de otra persona. La representación obra de manera voluntaria como es el caso del contrato de mandato o de manera forzosa en los casos que determine la ley. La representación consiste en un ejercicio de cooperación entre las personas, que permite a quienes no se encuentran presentes o se hallan inhabilitados de manifestar su voluntad por sí mismas al momento en que se celebren actos o contratos diversos que le permitan el

³⁷³ La Semántica es la parte de la Gramática que se encarga del significado de las palabras, haciendo de este estudio la descomposición de los conceptos contenidos en ellas en los aspectos de la realidad que contextualizan. Diccionario Salvat. 2005

ejercicio de la voluntad, aunque sea de manera indirecta. Por este motivo, hay que tener claro que, dentro del ámbito jurídico, el mandato es el instrumento para lograr el efecto de la representación; y mediante el cual se designa o inviste a una persona de la facultad de realizar, en nombre de quien lo otorgue, los actos o negocios encomendados.

Definición en Derecho Político: Dado que la sociedad de un Estado, por el número de personas que lo conforman (ciudadanos), y por el grado de complejidad que implica el ejercicio de la labor del gobierno, se hace imposible que ésta pueda ser ejercida por todo el conglomerado social, y por ende, se hace necesario que el gobierno sea ejercido por un grupo minoritario de personas que representen y velen por los intereses de la comunidad. Tal como lo señala Rodrigo Borja *“La gestión gubernativa fue siempre, y hoy lo es con mayor definición, una labor técnica que demanda algún grado de especialización en quienes deben desempeñarla y que, por lo mismo, no puede ser confiada a la multitud”*³⁷⁴ Es por este motivo que surge como necesaria la idea de la representación política.

La idea de la representación política parte del origen de la autoridad fundamentada en la soberanía popular. En virtud de que la función de gobierno debe ser ejercida por un número reducido de personas, éstas deben encontrar su fundamento en una decisión de la comunidad. En palabras del mismo Rodrigo Borja *“Se afirma que un gobierno es representativo cuando quienes lo ejercen **obran en nombre del pueblo** y sus actos valen como si fueren celebrados directa e inmediatamente por el pueblo.*³⁷⁵ De esta manera, los representantes obran en nombre del titular de la soberanía, por quien ejercen la potestad gubernativa de conformidad con la Constitución que ha sido otorgada por el mismo soberano. Dado que el soberano otorga el poder al representante, éste queda sujeto a la fiscalización de la sociedad, quien podrá pedir la rendición de cuentas respecto de su gestión. Evidentemente, esta representación es consecuencia de un mandato conferido por el pueblo al momento de elegir a los dignatarios de elección popular.

Dentro de la discusión respecto del contenido de este mandato, se han confrontado las acepciones de quienes defienden que el mandato es libre (fiduciario) y quienes sostienen que el mismo es de carácter imperativo (delegado). En el primer caso, el mandatario (representante de elección popular) tiene un amplio margen de acción, ya que la orden que establece el representado únicamente se circunscribe al ejercicio de la autoridad con sujeción a lo establecido a la Constitución y la ley, y por ende actúa de

³⁷⁴ Rodrigo Borja. Derecho Político y Constitucional. México. Fondo de Cultura Económica. 1991. Pág. 125

³⁷⁵ *Íbid.* Pág. 127

acuerdo a su criterio al momento de la toma de decisiones. Este tipo de mandatario surgió con el Estado de Derecho clásico y la división de los poderes.³⁷⁶ En el caso del mandato imperativo, el pueblo dispone instrucciones al representante para que éste las aplique al momento del ejercicio de sus funciones, quedando éste sujeto al escrutinio de sus representados en caso del incumplimiento de las órdenes expedidas por los electores, teniendo que tomar las decisiones en base a lo dispuesto por los mandantes, que pueden revocarle de su posición de mandatario de ser el caso. Este tipo de representación surgió con las primeras nociones de gobierno representativo.³⁷⁷ En estos tiempos, la tesis del mandato libre se hace más evidente en el caso de los miembros del poder legislativo, que si bien pueden ser elegidos por una circunscripción electoral, al momento de investirse como legisladores, tienen que actuar con sentido nacional, y por ende, al momento de la expedición de las nuevas leyes, debe obrar de acuerdo al criterio que conviene a todo el país, más allá del distrito electoral por el que llegó a su curul.³⁷⁸ Por ende, el mandatario tendrá una mayor flexibilidad en cuanto a la adopción de decisiones, sin estar por ello inmune a la fiscalización por parte de los electores. La figura del mandato imperativo renace en las democracias contemporáneas³⁷⁹, en las que se establece la revocatoria de mandato en el caso de que el dignatario no cumpla con las propuestas que hayan sido establecidas al momento de la campaña electoral, que viene a ser el contenido del mandato establecido por el representado para quien ejerce la autoridad y las decisiones que surgen de los mecanismos de democracia directa, que contienen órdenes concretas del soberano que deben ser cumplidas por quienes ejercen los poderes públicos³⁸⁰.

³⁷⁶ Rodrigo Borja. Op. Cit. Pág. 129

³⁷⁷ Íbid. Pág. 130

³⁷⁸ Véase el Art. 117 de la Constitución de la República del Ecuador, en el que se establece que los legisladores deben actuar con sentido nacional-

³⁷⁹ La institución de la Revocatoria del Mandato y los mecanismos de Democracia Directa. ambas surgidas en el Constitucionalismo de Posguerra, pretenden dar forma a un mandato imperativo para quien ejerce la función de gobernanza.

³⁸⁰ En el caso de la Asamblea Constituyente de 2007, este mandato se encontraba circunscrito al texto del Estatuto aprobado en Abril de 2007 mediante Consulta Popular, Estatuto que debió ser cumplido por los representantes ante ese órgano colegiado.

2.2 CARACTERÍSTICAS DE LOS MANDATOS CONSTITUYENTES

En el capítulo anterior, al analizar el Mandato Constituyente No. 1 y el Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Nacional, pudimos observar las características generales otorgadas a los Mandatos Constituyentes, entre las que se incluían la calidad como actos decisorios de ejercicio de los plenos poderes, la jerarquía normativa, la inimpugnabilidad y coercitividad, la vigencia inmediata y demás elementos con los que se determinaría la interferencia del órgano constituyente en la esfera de competencia de los poderes constituidos.

Los Mandatos Constituyentes se encuentran fuera de la esfera normativa regular del Estado de Derecho, y por ende, no son actos que puedan comprenderse dentro del espectro regular de la normatividad positiva, es imposible encasillarlos dentro de la estructura jurídica establecida por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, es fundamental analizar, como un aspecto de técnica jurídica, el contenido de los mismos, de forma tal que se pueda verificar la finalidad de las decisiones adoptadas mediante esos instrumentos jurídicos y de esa manera comprender su probable compatibilización con el actual marco constitucional y además comprender los poderes constituidos que fueron asumidos por este organismo al aprobar los mismos.

Tomando en consideración la condición de cuerpo colegiado de la ANC y las disposiciones contenidas en los Mandatos Constituyentes, procederemos a analizarlos como actos normativos, actos administrativos y otro tipo de actuaciones.

2.2.1 LOS MANDATOS CONSTITUYENTES COMO ACTOS NORMATIVOS

Dentro de las facultades y competencias que ejercen las instituciones del Estado se encuentra la potestad normativa o capacidad de producción de normas jurídicas, que son preceptos que regulan determinados aspectos de la convivencia social, como un medio de establecer un conjunto claro de imperativos que deben ser cumplidos por todos los habitantes que residen en el territorio del mencionado Estado.

La potestad normativa implica la capacidad que tiene un determinado órgano del Estado de producir normas jurídicas que formarán parte del ordenamiento jurídico de la República, es decir, la capacidad de ejercer un acto normativo. Para determinar la capacidad normativa de los distintos órganos del poder público, debemos necesariamente

hacer referencia al inciso primero del Art. 425 de la Constitución de la República, que establece lo siguiente:

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.³⁸¹

La potestad de creación y reforma de la Constitución es ejercida por el titular del poder constituyente, sea éste originario o derivado, tal como hemos señalado en el capítulo anterior. En el caso de los tratados internacionales, corresponde el acto normativo a quien de acuerdo con la Constitución, tenga la competencia del acto de ratificación o aprobación interna del mismo, que va a depender en cada caso.³⁸²

La potestad legislativa, corresponde tradicionalmente al órgano que ejerce la función legislativa del Estado. En palabras de Patricio Secaira, “*La potestad legislativa pertenece por entero al parlamento*”³⁸³. De acuerdo a esta misma aseveración, se entendería que el acto legislativo, que en palabras de Muro Ruiz, se refiere al “*poder o potestad de hacer leyes y al cuerpo o código de leyes*”³⁸⁴. Sin embargo, la misma Constitución puede permitir que el acto legislativo pueda ser ejercido por otros órganos de los poderes del Estado, cuando por ejemplo prevé ciertas circunstancias en que el órgano parlamentario delegue la potestad legislativa a otro organismo del Estado, o que la misma norma fundamental otorgue la categoría normativa de ley a instrumentos jurídicos emitidos por otras instituciones del Estado³⁸⁵, cuestión que mengua la exclusividad de la legislatura en la producción legal.

³⁸¹ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449. 20 de Octubre de 2012. Art. 425 Inc. Primero

³⁸² La Constitución del 2008 establece tres órganos de ratificación de los Tratados Internacionales, que de manera general es el poder ejecutivo, con la salvedad de ciertos casos en que la ratificación tiene que efectuarse por votación legislativa o por vía de referéndum aprobatorio de la ciudadanía. (Véase Arts. 418 a 420 de la Constitución de la República aprobada en 2008)

³⁸³ Patricio Secaira. Curso Breve de Derecho Administrativo. Quito. Editorial Universitaria. 2004. Pág. 70

³⁸⁴ Eliseo Muro Ruiz. Elementos de Técnica Legislativa. México D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México. 2006. Pág. 155

³⁸⁵ En la Constitución aprobada por referéndum en 2008, se prevé la existencia de los decretos-leyes de urgencia económica, que se generan en el caso de que el legislativo no trate el proyecto de ley de urgencia económica presentado por el Presidente de la República en el plazo de treinta días contados desde su recepción. (Véase Constitución 2008, Art. 140)

Asimismo, el Presidente de la República puede expedir decretos-leyes de urgencia económica en el caso de la disolución de la Asamblea Nacional prevista en el Art. 148 de la Constitución, las mismas que pueden ser derogadas por el nuevo legislativo al momento de su instalación. (Véase Constitución 2008, Art. 148)

Además, la Constitución ha incluido, entre las atribuciones de la Corte Constitucional, la de realizar el control de la Inconstitucionalidad por Omisión, en la que la Corte Constitucional tiene la potestad de dictar la norma no expedida, en este la ley aprobada por la Asamblea Nacional de manera provisional, la misma

El producto de la potestad legislativa, es sin lugar a duda la ley, que en palabras de Rafael Oyarte es el “*acto normativo que aprobado por el órgano legislativo competente*”³⁸⁶ *mediante el procedimiento de creación previsto en el texto constitucional.*”³⁸⁷ De esta definición se pueden extraer los elementos formales de la ley, que son el procedimiento y el órgano de expedición.³⁸⁸

En nuestra legislación, existe un problema que es generado por la ausencia de una definición clara del concepto de ley, ya que tanto la afirmación del artículo 132 de la carta magna vigente³⁸⁹, así como la del art. 1 de la Codificación del Código Civil³⁹⁰, dejando a salvo el elemento formal (órgano y procedimiento), no abarca con ninguna claridad el elemento material, generando un problema respecto de la distinción material entre la ley de otros actos normativos.³⁹¹

En todo caso, de acuerdo a lo expuesto por el Doctor Rafael Oyarte³⁹², podemos encontrar que las leyes presentan las características de generalidad³⁹³, universalidad³⁹⁴, abstracción³⁹⁵, obligatoriedad³⁹⁶, coactividad³⁹⁷, permanencia³⁹⁸ y carencia de ejecutoriedad³⁹⁹.

que estará en vigencia hasta que el órgano legislativo apruebe la ley definitiva. (Véase Constitución de la República Art. 436 Núm. 10). Sin embargo, debemos señalar que esta disposición no contiene una verdadera delegación de la potestad legislativa hacia el órgano máximo del Control de la Constitucionalidad, ya que la finalidad de la misma es la protección del ordenamiento jurídico frente a la inconstitucionalidad generada por la falta de acción de la función legislativa, y por ello, a través de su sentencia, genera un acto normativo sui-géneris, que tiene la misma jerarquía normativa que la ley. Además, las normas emergentes dictadas por la Corte carecen de la cualidad de permanencia, por el mismo hecho de que su supervivencia jurídica está condicionada a que la Asamblea Nacional ejerza su facultad legislativa para esa situación.

³⁸⁶ Téngase en cuenta que el autor citado se refiere a “órgano legislativo competente” para abarcar las situaciones señaladas en la cita anterior.

³⁸⁷ Rafael Oyarte. Op. Cit. Tomo II. Pág. 62

³⁸⁸ El procedimiento de creación de la ley se encuentra previsto en los Artículos 132 a 140 de la Constitución y en la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

³⁸⁹ El Art. 132 de la Constitución vigente señala que “*la Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común*” (Constitución de la República, 2008. Registro Oficial No. 449. 20 de Octubre de 2008. Art. 132).

³⁹⁰ El Art. 1 de la Codificación del Código Civil señala que “*La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.*” (Codificación Código Civil. Suplemento de Registro Oficial No. 46. 24 de junio de 2005 Art. 1)

³⁹¹ Si tomamos en cuenta lo referido en el Código Civil, podemos encontrar preceptos mandatorios, prohibitivos o permisivos en normas jurídicas de distinta jerarquía dentro de nuestro ordenamiento jurídico, desde la misma Constitución hasta en cuerpos normativos infralegales.

³⁹² Rafael Oyarte. Op. Cit. Pág. 66

³⁹³ El presupuesto normativo se aplica para todas las personas sin distinción alguna, es decir no se legisla con dicatoria.

³⁹⁴ Implica el evitar que el presupuesto normativo se aplique a determinadas personas de manera arbitraria

³⁹⁵ Implica que no regula situaciones jurídicas concretas, sino que desarrolla abstractamente el principio jurídico, dejando su aplicación particularizada, a los actos administrativos

Como otra manifestación de la potestad normativa se encuentra la potestad reglamentaria, que por disposición de nuestra Constitución se encuentra otorgada al Presidente de la República. El Art. 147 Núm. 13 de la norma fundamental establece que el primer mandatario tiene como atribución “*Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración.*”⁴⁰⁰. De acuerdo a Secaira, la potestad reglamentaria constituye “*la expresión mayor de la capacidad de colegislación que tiene el poder ejecutivo*”⁴⁰¹, ya que a través del Reglamento el Ejecutivo tiene la posibilidad de generar derecho, modificando el derecho objetivo al incorporar normas jurídicas al mismo, que desarrollan, regulan o integran los contenidos de las normas legales.

Norberto Bobbio manifiesta que las normas jurídicas que se producen en el marco de la potestad reglamentaria constituyen una fuente delegada del ordenamiento jurídico, ya que si bien el legislativo es en esencia el órgano que se encarga de la creación de las leyes, éste delega al ejecutivo, la expedición de normas generales con la función de “*integrar leyes muy genéricas, que contienen sólo máximas de dirección y que no pueden ser aplicadas sin una especificación posterior*”⁴⁰². Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico, esta delegación está otorgada por la misma Constitución, de donde proviene la atribución asignada a la Función Ejecutiva.

La potestad reglamentaria, en nuestro ordenamiento jurídico, no está reservada al poder ejecutivo, ya que la misma carta magna establece que el poder legislativo puede otorgar a los organismos públicos de control y regulación, mediante ley, “*la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que*

³⁹⁶ La norma legal debe ser cumplida por todos los habitantes del Estado, sin importar la convicción de cada persona respecto a la misma.

³⁹⁷ En caso de incumplimiento de la norma legal, ésta puede hacerse cumplir por medio de la fuerza.

³⁹⁸ La ley trasciende al cumplimiento del presupuesto fáctico previsto en la misma, la misma continúa en vigencia hasta que se produzca su derogatoria.

³⁹⁹ Implica que para que las consecuencias jurídicas de la norma se produzcan en caso de cumplirse el hipotético fáctico previsto en la norma, se deben realizar actos de ejecución o aplicación de la misma.

⁴⁰⁰ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449. 20 de Octubre de 2008. Art. 147 Núm. 13

Es fundamental señalar que la potestad reglamentaria no se subsume únicamente a expedir actos reglamentarios de aplicación de la ley, sino que también se incluye la posibilidad de emplear esta potestad para regular aspectos que “contribuyan a la buena marcha de la administración”, que no necesariamente estén atados a una ley preexistente.

⁴⁰¹ Secaira. Op. Cit. Pág. 78

⁴⁰² Norberto Bobbio. Teoría General del Derecho. Madrid. Editorial Debate S.A. 1956. Pág. 167

puedan alterar o innovar las disposiciones legales.”⁴⁰³. Asimismo, dentro de las funciones y atribuciones del Consejo Nacional Electoral, se le ha reconocido a éste la potestad de reglamentar las disposiciones legales electorales, otorgándole de esa manera, potestad normativa reglamentaria.⁴⁰⁴

El producto de la potestad normativa reglamentaria son los reglamentos, que son normas administrativas de carácter general que son emitidas por la autoridad competente. En nuestro ordenamiento jurídico, estas normas se denominan actos normativos.⁴⁰⁵ El acto normativo está definido en el Art. 80 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE⁴⁰⁶, el mismo que reza lo siguiente:

Art. 80.- ACTO NORMATIVO.- Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales, objetivos de forma directa. De conformidad con la Constitución corresponde al Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria. Un acto normativo no deja de ser tal por el hecho de que sus destinatarios puedan ser individualizados, siempre que la decisión involucre a la generalidad de los diversos sectores.⁴⁰⁷

A los actos normativos, se les puede reconocer las características de generalidad, abstracción, permanencia y carencia de ejecutoriedad que encontramos en los actos legislativos.

En virtud de que las normas reglamentarias cumplen con la función de complementar la ley y facilitar su ejecución, y dado que los actos normativos reglamentarios no pueden alterar ni contravenir la ley, tomando las palabras de Efraín

⁴⁰³ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449. 20 de Octubre de 2008. Art. 132 Núm. 6)

Para este caso aplica plenamente lo referido por Bobbio respecto a la fuente delegada, y que nos permitimos citar en el párrafo anterior.

⁴⁰⁴ Véase Art. 219 Núm. 6 de la Constitución de la República del Ecuador 2008.

⁴⁰⁵ En estricto sentido, los actos normativos que provienen de la potestad reglamentaria, constituyen actos administrativos de carácter general, en el que se entiende que los efectos jurídicos de los mismos son *erga omnes*. Nuestro ordenamiento jurídico limita la expresión “acto administrativo” a aquellas actuaciones unilaterales de la administración que generan efectos jurídicos particulares.

⁴⁰⁶ El Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE, es una norma preconstitucional que fue promulgada en el año 2002. En este cuerpo normativo se regulan los aspectos orgánicos de la Función Ejecutiva y los procedimientos en sede administrativa dentro de esta función del Estado. Por la misma disposición que otorga la potestad normativa reglamentaria al Presidente de la República, se podría dar a entender que la existencia del ERJAFE está justificada en cuanto a instrumento que regula orgánicamente a la Función Ejecutiva. Sin embargo, la norma fundamental no se refiere de forma alguna a los procedimientos en sede administrativa, lo cual da lugar a que se genere una iniciativa legislativa que establezca un marco común para este tipo de procedimientos

⁴⁰⁷ Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Registro Oficial No. 536. 18 de marzo de 2002. Art. 80

Pérez, “*estos actos administrativos tienen una jerarquía inferior a la ley, por lo cual no pueden contradecirla ni modificarla.*”⁴⁰⁸.

Como un elemento adicional, la Constitución del 2008, otorga potestades normativas a los Gobiernos Autónomos Descentralizados GAD, expresadas como “*facultades legislativas*”⁴⁰⁹. A través de éstas, se ejercen las competencias que la misma norma fundamental otorga a estos organismos del régimen seccional, y se instrumentan aspectos relacionados con la realidad de la circunscripción territorial en las que se expiden.
410

Dentro de los Mandatos Constituyentes que expidió la ANC durante su funcionamiento, encontramos varias normas que se encuadrarían dentro de los actos legislativos debido a que responden a asuntos propios de reserva legal y que contienen las condiciones propias de la ley que hemos señalado con anterioridad⁴¹¹. Disposiciones de este tipo encontramos en los mandatos constituyentes No. 2 y 4 que establecen ciertas disposiciones respecto al régimen laboral del sector público que estaban regulados en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa⁴¹²; el mandato 5, en el que se determinó la adjudicación gratuita de mercadería decomisada o abandonada en caso de desastres naturales; el mandato 8 referente a la intermediación y tercerización laborales; el mandato 14, que derogó la ley de creación de la Universidad Cooperativa de Colombia; el Mandato 15, que modifica disposiciones de la Ley de Régimen Eléctrico con el fin de establecer los nuevos planes tarifarios en el servicio eléctrico y que otorga jurisdicción coactiva a las empresas eléctricas de distribución y la Corporación para la Administración

⁴⁰⁸ Efraín Pérez. Manual de Derecho Administrativo. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. Segunda Edición. 2011. 15

⁴⁰⁹ El Art. 240 de la Constitución reza lo siguiente: “Los gobiernos autónomos descentralizados de las regiones, distritos metropolitanos, provincias y cantones tendrán facultades legislativas en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales. Las juntas parroquiales rurales tendrán facultades reglamentarias.” (Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449. 20 de Octubre de 2008. Art. 240)

⁴¹⁰ En cuanto a la expresión de “*facultades legislativas*”, debemos expresar nuestro profundo desacuerdo con esta terminología expresada por primera vez en la Constitución de 1998 y repetida en la de 2008, con el fin de definir a la capacidad de los organismos seccionales de expedir normas jurídicas. En la motivación de nuestro desacuerdo, coincidimos con lo expresado por Rafael Oyarte, en el sentido de que las normas jurídicas de los GAD no tienen la jerarquía jurídica de la ley, ni son dictadas por el órgano legislativo, y por ende no se someten al trámite de formación de la ley. (Rafael Oyarte. Op. Cit. Pág. 38). Además, el ámbito territorial de aplicación de estos actos se circunscribe al ámbito territorial del órgano que la expide, careciendo del sentido y alcance nacional que tiene el acto legislativo.

⁴¹¹ Con relación al contenido de cada Mandato Constituyente y su desarrollo normativo posterior, nos remitimos al Apéndice de esta disertación que contiene un resumen detallado de los mismos.

⁴¹² La ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa (LOSCCA), regulaba el régimen laboral de los empleados del sector público hasta que ésta fue sustituida por la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP), que entró en vigencia por el ministerio de la ley el 12 de Octubre de 2010.

Temporal Eléctrica de Guayaquil (CATEG); el Mandato 16, que establece ciertas exenciones tributarias en el caso de comercialización de alimentos; el Mandato 17, que crea la empresa pública Corporación Ciudad Alfaro⁴¹³; y el Mandato Constituyente No. 23, que reguló el funcionamiento de la Comisión de Legislación y Fiscalización.⁴¹⁴

Asimismo, existen normas de los mandatos constituyentes que se ajustan a la potestad normativa administrativa, ya sea porque (1) desarrollan preceptos contenidos en leyes, como en el caso del Mandato Constituyente No. 5, en el que se modificó el trámite de adjudicación gratuita de bienes decomisados en aduana⁴¹⁵ y que incluyó una disposición general respecto al destino de la mercadería incautada por efecto de una Medida de Frontera al momento de la aprobación del Mandato⁴¹⁶; (2) Se encargan de aspectos que se incluirían en reglamentos autónomos, como es el caso del Mandato Constituyente No. 16 en el que se dispuso la creación de un Programa de Soberanía Alimentaria dentro de la Función Ejecutiva; (3) Establecen un tipo de efectos de carácter abstracto y general, que requieren de la expedición de actos administrativos individuales para su implementación, como es el caso del Mandato No. 6, en el que se dispuso la revocatoria de las concesiones mineras⁴¹⁷; (4) Corresponden a la capacidad reglamentaria otorgada por la ley a los organismos de control y regulación, como es el caso del Mandato No. 10, en el que se estableció el régimen de portabilidad numérica en el país, que estaría dentro de las competencias que le corresponden a la Superintendencia de Telecomunicaciones, el Capítulo II del Mandato Constituyente No. 12, en el que se disponen algunas normas

⁴¹³ La Corporación Ciudad Alfaro fue creada para la gestión del complejo “Ciudad Alfaro”, en el que se desarrollaron las sesiones de la ANC de 2007-2008

⁴¹⁴ La Comisión de Legislación y Fiscalización fue el órgano establecido en el Régimen de Transición de la Constitución del 2008, para ejercer la función de la función legislativa, hasta la instalación de la Asamblea Nacional con los representantes electos en las elecciones generales de 2009.

⁴¹⁵ El procedimiento para la subasta, remate y adjudicación gratuita, se encontraba en el Reglamento General a la Ley Orgánica de Aduanas. Sin embargo, la norma no profundiza respecto a la adjudicación gratuita, con lo que el trámite quedaría a discreción del gerente de la CAE (Actual SENA), hasta la aprobación del mandato.

⁴¹⁶ La Medida de Frontera es un mecanismo de defensa de Propiedad Intelectual que tiene por objeto evitar el ingreso al país de mercadería que vulnere derechos de esta naturaleza. Básicamente tiene como objetivo el que *“Los titulares de los derechos que tienen motivos válidos para sospechar que se enfrentan a la importación inmediata o futura de mercancías falsificadas o pirateadas tienen derecho a presentar una solicitud de intervención ante las autoridades aduaneras competentes.”* (World Intellectual Property Organization. Medidas de Frontera. Internet. <http://www.wipo.int/enforcement/es/faq/border/faq01.html>, Acceso: 24/09/2011). En el caso ecuatoriano, este procedimiento se encuentra previsto en el Art. 342 de la Ley de Propiedad Intelectual

⁴¹⁷ El denominado “mandato minero”, tuvo como finalidad el revocar las concesiones mineras existentes en el país al momento de la instalación de la ANC, especialmente las destinadas a la exploración y explotación de minerales preciosos, y establecer una “moratoria” minera hasta el momento en que se establezca una nueva legislación en esa materia.

respecto al voto en el exterior para el referéndum constitucional, o el Mandato No. 20, en el que se regula la cancelación de obligaciones a acreedores no garantizados de instituciones financieras en liquidación⁴¹⁸, que correspondería a la potestad regulatoria de la Junta Bancaria o de la Superintendencia de Bancos, de conformidad con la Ley de Instituciones del Sistema Financiero.

Asimismo, podemos encontrar otra actuación de carácter normativa, como es el caso del Mandato 1 respecto a la culminación anticipada de los contratos de servicios ocasionales del personal de la función legislativa⁴¹⁹, que viene a ser una consecuencia de la asunción de la función legislativa por parte de la Asamblea Nacional Constituyente y que requerían de actos individuales para su plena aplicación.⁴²⁰

2.2.2 LOS MANDATOS CONSTITUYENTES COMO ACTOS ADMINISTRATIVOS

El ordenamiento jurídico contiene un conjunto de normas que se encargan de establecer el marco regulatorio que rige a una determinada sociedad. Este conjunto de normas se encuentra de manera abstracta, es decir, como presupuestos hipotéticos que se refieren indistintamente a la generalidad de los casos en que pueden ocurrir las circunstancias previstas en la normativa. Las normas jurídicas son expedidas por los poderes públicos en base a las competencias otorgadas en la Constitución y la ley. Asimismo, las normas jurídicas establecen los medios para aplicarla, concretándose de esa manera relaciones jurídicas entre la administración⁴²¹ y las personas. La principal manifestación de esta relación se genera a través de los actos administrativos.

La concepción ecuatoriana de los actos administrativos tiene un carácter bastante restrictivo, ya que esta denominación se remite únicamente a “*las manifestaciones*

⁴¹⁸ Recuérdese que en el año 1999 se produjo una crisis financiera sin precedentes en la Historia del Ecuador, que tuvo como consecuencia la quiebra de alrededor de 30 instituciones del sistema financiero entre Bancos, Mutualistas y otras. Las entidades en liquidación pasaron a control del Estado, a través de los organismos reguladores del sector (Junta Bancaria, Superintendencia de Bancos y Banco Central), y la Agencia de Garantía de Depósitos, que estaba encargada de garantizar que los acreedores de la banca cerrada (principalmente los depositantes), pudieran recuperar los dineros invertidos en estas entidades

⁴¹⁹ El Art. 7 Inc. Final del Mandato 1 establecía lo siguiente: “Se declaran terminados los contratos de servicios del personal del Congreso Nacional, los cuales quedarán sin efecto a partir de la presente fecha. Se garantiza la estabilidad del personal amparado por la carrera legislativa.” (Mandato Constituyente No. 1 Art. 7 Inc. Final)

⁴²⁰ En el mismo Art. 7 del Mandato 1, la Asamblea se reservó el ejercicio de la función legislativa del Estado, como consecuencia de la declaración de “receso” del Congreso Nacional y su desestructuración.

⁴²¹ Entiéndase como los órganos del poder público.

unilaterales de los órganos públicos con efectos individuales y subjetivos”⁴²². De esta manera, se excluye de esta categoría a los actos normativos que expiden los órganos de la administración, que si bien son actos administrativos de carácter general⁴²³, se prefiere tratarlos de manera separada, ya que las normas expedidas por estas entidades constituyen parte del derecho objetivo, que requerirán de actos administrativos de carácter particular para su efectiva aplicación. El acto administrativo, en palabras de Cichero, citado en Secaira, “*es un acto jurídico ya que se relaciona con la finalidad de que produzca efectos de esa naturaleza (jurídicos)*”⁴²⁴. De este modo podemos colegir que el acto administrativo persigue modificar una situación jurídica particular con la finalidad del cumplimiento de un objetivo de la administración.

Los actos administrativos, de acuerdo a Efraín Pérez, contienen elementos de carácter subjetivo⁴²⁵, objetivos⁴²⁶, formales⁴²⁷ y accidentales⁴²⁸, que nos permiten identificarlos como tales. Como consecuencia de estas características, se encuentran los efectos jurídicos que producen este tipo de actuaciones de la administración, que subsumen en la presunción de legitimidad⁴²⁹, ejecutoriedad⁴³⁰, exigibilidad⁴³¹ y ejecutividad⁴³²

⁴²²Efraín Pérez. Op. Cit. Pág. 67

El Art. 65 del ERJAFE define a los actos administrativos como “*Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.*” (ERJAFE, Art. 65)

⁴²³ La expresión de “Actos Administrativos de efectos generales”, es acuñada por la Constitución de la República del año 2008 en su art. 436 Núm. 4 en lo referente a las competencias de la Corte Constitucional. En este caso, y dado que el numeral 2 del mismo artículo se refiere a los actos normativos, se podría entender que se trataría de una categoría intermedia entre los actos normativos y los actos administrativos propiamente dichos. Dentro de la doctrina, existen tratadistas que se inclinan por la teoría de la existencia independiente de los actos administrativos de carácter general respecto de los actos normativos y otros que se decantan por comprender tanto a actos normativos y a actos administrativos de carácter general como términos sinónimos, criterio con el que abiertamente coincidimos.

⁴²⁴ Patricio Secaira. Op. Cit. Pág. 179

⁴²⁵ Estos elementos afectan al sujeto que emite el acto administrativo y se refieren al órgano de la administración que emite el acto, su competencia y el origen legítimo de la misma (Pérez. Op. Cit. Pág. 76)

⁴²⁶ En cuanto a los elementos objetivos se debe tener en cuenta al hecho generador del acto administrativo, su finalidad, la causa, la motivación y la declaración de voluntad contenida en el mismo (Pérez. Op. Cit. Pág. 76)

⁴²⁷ Los elementos formales se contextualizan en los aspectos adjetivos como son el procedimiento, y la forma de manifestación de los actos administrativos Efraín Pérez. Op. Cit. Pág. 76), que deben efectuarse de conformidad con las normas jurídicas aplicables al caso.

Los elementos subjetivos, objetivos y formales son condiciones de validez del acto administrativo. (Bocanegra citado por Pérez. Op. Cit. Pág. 76)

⁴²⁸ Los elementos accidentales vienen a ser accesorios a las condiciones de validez, y encuadran dentro de éstos la condición, el término y el modo. (Pérez. Op. Cit. Pág. 76)

⁴²⁹ En palabras de Secaira “La presunción de legalidad de los actos administrativos es aquella característica por medio de la cual se considera que toda decisión por medio de la cual se considera que toda decisión emanada del poder público está enmarcada en el respectivo ordenamiento jurídico.” (Secaira. Op. Cit. Pág. 181)

La Asamblea Nacional Constituyente, si bien ejerció principalmente potestades normativas a partir de la asunción de sus “plenos poderes”, se permitió utilizar los mandatos constituyentes para emitir decisiones respecto de situaciones jurídicas particulares, como es el caso del Mandato Constituyente No. 13, que elevó a esta novedosa categoría la resolución administrativa de la AGD, respecto de los bienes de los accionistas de Filanbanco⁴³³, de conformidad con el artículo que citamos a continuación:

Art. 1.- Ratificar la plena validez legal de la Resolución AGD-UIO-GG-2008-12 del 8 de julio de 2008, en la que se ordena la incautación de los bienes de los ex accionistas y ex administradores de Filanbanco S.A., con la finalidad de devolver el dinero al Estado y a todos los ecuatorianos que aún permanecen perjudicados por la quiebra de dicho banco.⁴³⁴

Como podemos observar, la disposición se remitió a un acto administrativo emitido por la Agencia de Garantía de Depósitos AGD, con el fin de dotarle de inimpugnabilidad⁴³⁵ y superioridad, “elevando” la jerarquía de la actuación de un órgano correspondiente a los poderes constituidos a la “máxima expresión” de los plenos poderes de los que supuestamente estaba investida.

A más de estas disposiciones, la Asamblea aprobó mediante resoluciones, algunas curiosas amnistías⁴³⁶ dirigidas hacia determinadas personas como es el caso de la efectuada

⁴³⁰ La presunción de ejecutoriedad se encuentra relacionada directamente con la de legalidad ya que “permite a la administración cumplir materialmente sus decisiones, sin que ello signifique el imperio del abuso, pues la misma ley establece límites, excepciones y responsabilidades” (Secaira. Op. Cit. Pág. 182). De esta manera la resolución de la administración puede ser ejecutada de inmediato, incluso si se recurre judicialmente a la misma. (Pérez, Op. Cit. Pág. 83)

⁴³¹ El contenido del Art. 162 del ERJAFE, nos ilustra suficientemente respecto a la exigibilidad del acto administrativo: “Art. 162.- Ejecución forzosa.- La Administración Pública, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los tribunales para efectos de dicha ejecución.” (Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Registro Oficial No. 536. 18 de marzo de 2002. Art. 162)

⁴³² Efraín Pérez. Op. Cit. Págs. 76-82

⁴³³ Filanbanco fue una institución bancaria que quebró con motivo de la crisis financiera del año 1999. Al año 2000, esta entidad entró en proceso de liquidación, quedando bajo administración de la Agencia de Garantía de Depósitos AGD. Dentro de este proceso de liquidación de la entidad, la AGD procedió a la incautación de los bienes de los antiguos dueños de Filanbanco, basándose en un informe de auditoría que estableció pérdidas en un valor aproximado de 660 millones de dólares. (El Telégrafo, 2008). Dentro de este mismo caso, se estableció un juicio penal por peculado bancario, que tuvo como resultado una sentencia condenatoria de 8 años de reclusión para los accionistas del banco.

⁴³⁴ Mandato Constituyente No. 13. Suplemento de Registro Oficial No. 378. 10 de Julio. 2008, Art. 1

⁴³⁵ En el Mandato Constituyente no. 1 se estableció que las decisiones de la ANC no podrían ser impugnables ante ninguna autoridad judicial o administrativa, so pena de destitución del juez o funcionario que admitiere a trámite la impugnación.

⁴³⁶ Dentro de las potestades otorgadas al poder legislativo, se encuentra la de conceder amnistías por delitos políticos. La amnistía es un “olvido legal” de los hechos constitutivos de la infracción, por el cual “éstos se tornan inexistentes para efecto de determinar una eventualidad responsabilidad penal que no

sobre el ex presidente de la República Gustavo Noboa Bejarano, algunos gerentes de la AGD, que eran considerados como “perseguidos políticos”⁴³⁷, al momento en que el cuerpo colegiado se encontraba en funcionamiento. Si bien estas decisiones no fueron adoptadas mediante Mandatos Constituyentes, el mandato constituyente no. 1 estableció las características de superioridad e inimpugnabilidad a todas las decisiones emanadas del órgano constituyente.⁴³⁸

2.2.3 COMO OTRO TIPO DE ACTOS

Dentro de las decisiones que se efectuaron mediante los mandatos constituyentes, podemos observar que algunas de ellas no pueden enmarcarse dentro de la potestad normativa o de la emisión de actos de efectos particulares y que se encuentran en el ámbito del ejercicio de un indeterminado poder constituyente, ejercicio de potestades políticas de la función legislativa, la suspensión de procesos electorales, modificación de normativa preconstituyente⁴³⁹ e incluso, el ejercicio de potestades ulteriores a la promulgación del nuevo marco constitucional. Dentro de éstos, tenemos los siguientes:

a) Ejercicio de Poder Constituyente: El Mandato Constituyente No. 1, estableció una serie de disposiciones que configuraron las condiciones necesarias para la materialización de un gobierno de facto. Para este efecto, estableció la vigencia del orden jurídico, al manifestar en su art. 5 que *“ratifica y garantiza la existencia del estado de derecho.”*⁴⁴⁰. Sin embargo, se estableció un indeterminado poder de reforma del ordenamiento jurídico, incluyendo la Constitución de 1998, al definir en el art. 2 inc. 2 del mismo mandato la jerarquía jurídica de las decisiones de la Asamblea:

brotar ni subsiste, imposibilitando el inicio o continuación de los procesos sobre tales actos, o la ejecución de la pena, en caso de haberse impuesto.”(Oyarte. Op. Cit. Vol.2. Pág. 59). Por este motivo, el efecto de la amnistía es de carácter general, ya que al desaparecer los hechos constitutivos del delito, ninguno de los implicados deberá responder por los mismos. En el caso de la Asamblea Constituyente, se empleó este instrumento de manera particular.

⁴³⁷ Los amnistiados por la Asamblea Nacional Constituyente estaban siendo procesados por peculado, que es un delito contra la administración pública de carácter imprescriptible y sin posibilidad de ser objeto de amnistía o indulto. (Constitución de la República del Ecuador 1998, Art. 130 Núm. 15). Sin embargo, la Asamblea consideró que los cargos imputados a las personas que se beneficiaron de las amnistías se produjeron por persecución política de determinados partidos políticos.

⁴³⁸ Véase el Art. 2 del Mandato Constituyente Número 1

⁴³⁹ Refiriéndose a las normas contenidas en el Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, que fue aprobado por el pueblo el 15 de abril del 2012.

⁴⁴⁰ Mandato Constituyente No. 1. Suplemento de Registro Oficial No. 223. 30 de Noviembre de 2007. Art. 5

Las decisiones de la Asamblea Constituyente son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma del orden jurídico y de obligatorio cumplimiento para todas las personas naturales, jurídicas y demás poderes públicos sin excepción alguna.⁴⁴¹

El espíritu de esta norma es confirmada por la Disposición Transitoria Primera del Reglamento Interno de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente, en el que se señaló la vigencia del ordenamiento jurídico, con excepción de aquello que resolviere el órgano colegiado en contrario.⁴⁴²

Una vez establecida esta potestad supranormativa, la Asamblea Constituyente procedió a ejercitar verdaderas reformas de la Constitución, como es el caso de la cesación en funciones y la designación de las autoridades de control de manera directa por el cuerpo colegiado⁴⁴³, sumando a éstas las “ratificaciones” de los miembros de la Corte Suprema de Justicia, Tribunal Supremo Electoral y el Tribunal Constitucional⁴⁴⁴, convirtiendo a estos funcionarios en servidores de libre nombramiento y remoción, limitando sus períodos de funciones a la voluntad de la ANC.⁴⁴⁵

Como consecuencia del Mandato No.1, la Asamblea Constituyente modificó la Constitución respecto a las entidades pertenecientes al Fondo de Solidaridad⁴⁴⁶, al permitir, mediante el Mandato Constituyente No. 9, en primer lugar, respecto al destino de las inversiones financieras y de administración de recursos mantenidas por esta institución, que debían ser orientadas a la recapitalización de las empresas eléctricas y de

⁴⁴¹ Mandato Constituyente No. 1. Suplemento de Registro Oficial No. 223. 30 de Noviembre de 2007. Art. 2 Inc. 2

⁴⁴² Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente. Suplemento de Registro Oficial No. 236. 20 de diciembre de 2007. Disposición Transitoria Primera

⁴⁴³ La Constitución de 1998 establecía que las autoridades de control (Superintendentes, Fiscal General del Estado), debían ser designados por el Congreso Nacional de ternas remitidas por el Presidente de la República o del Consejo de la Judicatura (para el caso del fiscal), por un período de 4 años. En el caso del Mandato 1, la designación de estos funcionarios se efectuó de manera directa y se alteró la naturaleza de sus cargos, que a ese entonces eran de período fijo, para pasar a ser de libre nombramiento y remoción. (Mandato Constituyente No. 1, Art. 8)

⁴⁴⁴ El Mandato Constituyente, en su art. 9 dispuso que *“Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los vocales del Consejo Nacional de la Judicatura, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Electoral, continuarán en el ejercicio de sus funciones mientras la Asamblea Constituyente no disponga lo contrario.”* (Mandato Constituyente No. 1, Art. 9)

⁴⁴⁵ Mandato Constituyente No. 1. Suplemento de Registro Oficial No. 223. 30 de Noviembre de 2007. Art. 8 y 9

⁴⁴⁶ El Fondo de Solidaridad se constituyó como una entidad que se encargaría de administrar los recursos provenientes de la enajenación de las empresas y servicios públicos, es decir, de la privatización de los mismos, con el fin de emplear los fondos generados por estas transferencias en proyectos sociales (Constitución del Ecuador, 1998, Art.250). Es menester recordar que en la década de los años noventa, se inició el proceso de “modernización del Estado”, que perseguía reducir el tamaño del mismo y permitir que la iniciativa privada se ocupe de ciertas actividades económicas que se encontraban exclusivamente bajo la actuación del Estado.

telecomunicaciones pertenecientes a este fondo, reformando de esta manera el contenido de la carta constitucional⁴⁴⁷ .

Complementariamente a este punto, el mandato permitió que en las inversiones en las empresas eléctricas y de telecomunicaciones en las que el Fondo de Solidaridad participaba como accionista, en cuanto a los recursos adicionales necesarios para efectuarlas, se utilicen recursos del Presupuesto General del Estado⁴⁴⁸, modificando la disposición constitucional en la que se establecía que *“El capital del Fondo de Solidaridad provendrá de los recursos económicos generados por la transferencia del patrimonio de empresas y servicios públicos”*⁴⁴⁹.

b) Atribuciones Políticas de la función legislativa: El poder legislativo, como organismo clásico de representación de las distintas tendencias políticas existentes en la sociedad, ejerce, a más de las facultades primarias de su existencia que son la capacidad de expedir leyes y la fiscalización de los actos del poder público, otras potestades de orden político como son la posesión y designación de ciertas autoridades que lideran los organismos de control de la República⁴⁵⁰. Esta atribución persigue la finalidad de que los

⁴⁴⁷ Mandato Constituyente No. 9. Registro Oficial No. 339. 17 de Mayo de 2008. Art.1

El Art. 250 de la Constitución de 1998, establecía que el capital del Fondo de Solidaridad *“(...) se empleará en inversiones seguras y rentables y no podrá gastarse ni servir para la adquisición de títulos emitidos por el gobierno central u organismos públicos.”*(Constitución del Ecuador, 1998, Art. 250) Por ende, la norma impedía que las inversiones de esta entidad se emplearan en la capitalización de sus propias empresas, por lo que el Mandato Constituyente efectivamente reformó la Constitución.

⁴⁴⁸ Respecto a este particular, el Mandato Constituyente No. 9, establecía lo siguiente: *“Los recursos adicionales que se requieran para ejecutar los planes de inversión de las empresas de generación, distribución o transmisión de energía eléctrica y del sector de las telecomunicaciones en las que el Fondo de Solidaridad es accionista, serán entregados por el Ministerio de Finanzas al Fondo de Solidaridad, de conformidad con los planes de inversión de recursos adicionales que deberán ser elaborados por esa Institución y contar con el informe de prioridad emitido por SENPLADES. Estas transferencias se realizarán en el plazo máximo de treinta (30) días, contados a partir del requerimiento que efectúe el Fondo de Solidaridad al Ministerio de Finanzas.”* (Mandato Constituyente No. 9, Art. 1 Inc. Final)

⁴⁴⁹ Constitución del Ecuador. Registro Oficial No. 1. 11 de Agosto de 1998. Art. 250. Inc. 2

La disposición establecía como fuente exclusiva de financiamiento del Fondo de Solidaridad a los recursos provenientes de la privatización de las empresas y servicios públicos, con la excepción de aquellos provenientes de la venta de la banca pública (Banco Nacional de Fomento y Corporación Financiera Nacional). Si bien la norma expresamente no prohibía otras fuentes de financiamiento, es menester señalar el principio jurídico de derecho público, que consiste en que en las relaciones jurídicas existentes en este ámbito del derecho, únicamente se puede hacer lo expresamente permitido en el límite establecido por la misma norma jurídica reguladora.

⁴⁵⁰ La afirmación realizada por nosotros se contextualiza en una comprensión tradicional de la estructura fundamental del Estado, que se conservó en nuestro país hasta la aprobación de la Constitución del año 2008, en la que se crearon dos funciones adicionales del Estado, una de las cuales es la llamada *“De Transparencia y Control Social”*, que contiene a los organismos de control previstos en la Constitución de la República (Contraloría General del Estado, Superintendencias, Procuraduría General del Estado, Defensor

titulares de estas instituciones estén provistos de la legitimidad suficiente para el ejercicio de sus funciones, dado que por el carácter de las instituciones que dirigen estos funcionarios, no pueden ser designados por votación popular.⁴⁵¹

La Constitución Codificada de 1998, establecía que el Congreso designaría a los titulares de los organismos de control, de ternas presentadas por el Presidente de la República para el caso de los Superintendentes y del Procurador General del Estado⁴⁵²; del Consejo de la Judicatura para el caso del Fiscal General⁴⁵³ y de los Partidos Políticos para los vocales del TSE⁴⁵⁴. Para el caso de los miembros del Tribunal Constitucional, la Constitución establecía que éstos debían ser designados de ternas del Presidente de la República y del Consejo de la Judicatura en número de dos para cada caso; y de una terna presentada, respectivamente, por los alcaldes y prefectos, movimientos sociales⁴⁵⁵ y cámaras de la producción.⁴⁵⁶

La Asamblea Nacional Constituyente, procedió a designar Presidente y Vicepresidente de la República⁴⁵⁷, Procurador General del Estado, Contralor General del Estado, Ministro Fiscal General del Estado, Superintendente de Bancos, Telecomunicaciones y Compañías⁴⁵⁸, así como los vocales del Tribunal Constitucional,

del Pueblo, entre otros). Con la creación de este novel poder del Estado, se estableció que estas autoridades fueran escogidas por procedimientos de méritos y oposición liderados por el denominado “Consejo de Participación Ciudadana y Control Social CPPS”, en detrimento de la potestad establecida al poder legislativo, limitándole únicamente a ser un organismo “posesionador” de las autoridades que designa el mencionado consejo. (Véase Art. 120 Núm. 11 de la Constitución de la República del Ecuador 2008)

⁴⁵¹ Debido a las atribuciones que tienen los titulares de los organismos de control., ellos tienen que gozar de autonomía respecto de las personas sujetas a la regulación que comprende el ámbito de sus funciones, con el fin de que éstos puedan actuar con transparencia.

⁴⁵² Constitución del Ecuador 1998. Registro Oficial No. 01. 11 de Agosto de 1998. Arts. 214 y 222

⁴⁵³ Íbid. Art. 218

⁴⁵⁴ Íbid. Art. 209 Inc. 3

⁴⁵⁵ Empleamos la expresión “movimientos sociales”, para el grupo comprendido entre las centrales de trabajadores, indígenas y campesinas.

⁴⁵⁶ Constitución del Ecuador. Registro Oficial No. 01. 11 de Agosto de 1998, Art. 275

⁴⁵⁷ Recordemos que tanto el Presidente como el Vicepresidente de la República, pusieron su cargo “a disposición” de la Asamblea Nacional Constituyente, generando el vacío de poder que le permitió a este organismo ejercer la potestad del legislativo de designar Presidente de la República, en el caso de ausencia definitiva simultánea de los dos mandatarios (Constitución de 1998. Registro Oficial No. 01. 11 de Agosto de 1998. Art. 168 Inc. 2), al ratificar en el cargo al Economista Correa. En el caso del Vicepresidente Moreno, se generaría una norma que contiene implícita una abrogación de la Constitución, en el sentido de que el primer mandatario, una vez ratificado en el cargo, debía presentar una terna al legislativo, de entre la cual se debía designar al Segundo Mandatario.

⁴⁵⁸ El art. 8 del Mandato Constituyente No. 1, declaró concluidos los mandatos de estos funcionarios y procedió a “designar provisionalmente” a sus reemplazos” (Véase Art. 8 del Mandato Constituyente No. 1)

Consejo Nacional de la Judicatura, Tribunal Supremo Electoral y magistrados de la Corte Suprema de Justicia⁴⁵⁹, mediante el Mandato Constituyente No.1⁴⁶⁰.

Posteriormente, procedió a modificar algunos de los nombramientos expedidos mediante el Mandato No.1, procediendo a designar nuevamente Procurador General del Estado a través del Mandato No. 7⁴⁶¹, Superintendente de Compañías a través del Mandato No. 11⁴⁶², el Defensor del Pueblo mediante el Mandato Constituyente No. 18⁴⁶³, y el Superintendente de Telecomunicaciones, a través del Mandato Constituyente No. 19.

c) Suspensión de Procesos Electorales: Los Mandatos Constituyentes se emplearon con la finalidad de suspender procesos electorales que debían desarrollarse en el país para la designación de legisladores⁴⁶⁴ y autoridades de los gobiernos seccionales, que debían renovarse en octubre del 2008, para el período 2009-2013⁴⁶⁵. La posibilidad de suspensión de los procesos electorales, no se encontraba prevista en ninguna norma jurídica de materia electoral, por lo que la actuación de los asambleístas se encontraba fuera de los límites previstos por la Constitución y la ley. Es por este motivo que la fundamentación en la expedición de este mandato respondía a cuestiones de orden práctica, para cada uno de los casos, que describiremos a continuación.

El Mandato Constituyente No. 3, dispuso la suspensión del *“proceso electoral convocado para elegir diputados principales y suplentes de las provincias de Santo*

⁴⁵⁹ El Art. 9 del Mandato Constituyente No. 1, ratificó en el cargo a las autoridades electorales, judiciales y constitucionales *“mientras la Asamblea Nacional Constituyente no disponga lo contrario”* (Mandato Constituyente No. 1, Art. 9)

⁴⁶⁰ Mandato Constituyente No. 1. Suplemento de Registro Oficial No. 223. 30 de Noviembre de 2007. Art. 6 y 8

⁴⁶¹ El Mandato Constituyente No. 7 designó al Doctor Diego García como Procurador General del Estado

⁴⁶² El Mandato Constituyente No. 11 designó al Abogado Pedro Solines como Superintendente de Compañías

⁴⁶³ El Mandato Constituyente No. 18 designó a Fernando Xavier Gutiérrez como Defensor del Pueblo

⁴⁶⁴ En el año 2007, como producto de una Consulta Popular, el Cantón Santo Domingo de los Tsáchilas, de la Provincia de Pichincha, fue transformado en una nueva provincia para el país, de acuerdo a una ley, que para tal efecto, fue aprobada por el Congreso Nacional de 2007. De manera similar, los cantones de la Provincia de Guayas que estaba localizados en la Península de Santa Elena (Libertad, Santa Elena y Salinas), se constituyeron en una nueva provincia, configurándose así el actual mapa político de nuestro país. Como consecuencia de la creación de esas nuevas entidades territoriales, era menester la elección de los representantes de las mismas en el Congreso Nacional.

⁴⁶⁵ Con la modificación de los períodos electorales del Presidente, Vicepresidente y legisladores del Congreso Nacional que se produjo como consecuencia de la caída de Bucaram, las elecciones de las autoridades seccionales quedaron temporalmente, a mitad del período presidencial. De esta forma, el proceso electoral seccional debía iniciar a mediados del 2008 con la convocatoria realizada por el Tribunal Supremo, y el acto electoral debía efectuarse en el mes de octubre de ese mismo año.

Domingo de los Tsáchilas y de Santa Elena.”⁴⁶⁶ . La fundamentación fáctica de esta decisión se produjo como consecuencia de la aprobación del Mandato Constituyente No.1, en el que se resolvió el “receso” del Congreso Nacional y la asunción de la función legislativa por parte de la ANC. En virtud de que los diputados a ser electos no ejercerían sus funciones por la disposición del Mandato 1, y efectivamente ese proceso electoral constituiría un verdadero “saludo a la bandera”, y una pérdida de tiempo. Aun así, es menester mencionar que el órgano constituyente estableció que *“La elección de estos dignatarios se realizará con posterioridad a la proclamación oficial de los resultados del referéndum aprobatorio de la nueva Constitución Política del Ecuador.”*⁴⁶⁷ . Con esta disposición, se recordó que la condición de validez para las actuaciones de la Asamblea era el pronunciamiento positivo del pueblo en el referéndum aprobatorio, lo que implicaba que en caso de un pronunciamiento negativo, se debían retrotraer los efectos al momento anterior a la instalación de la Asamblea, y por ende, podría continuarse con la elección de los diputados.

En el segundo caso, correspondiente al Mandato Constituyente No. 12, se dispuso la suspensión del proceso electoral en el que se elegirían prefectos provinciales, alcaldes municipales, consejeros provinciales, concejales municipales y miembros de las juntas parroquiales para el período comprendido entre el 5 de enero del 2009 y el 5 de enero del 2013.⁴⁶⁸ . Las circunstancias que rodearon a esta disposición eran sumamente diferentes a las que configuraron al Mandato Constituyente No. 3, ya que a la fecha en que éste se aprobó, la Asamblea se encontraba en sus últimas deliberaciones y la aprobación del texto definitivo del proyecto de Constitución se efectuaría de manera próxima.⁴⁶⁹ Como otra diferencia fundamental, en el caso del Mandato Constituyente No. 12, existían autoridades de elección popular que concluían su período el 5 de enero del 2009 y que serían reemplazados por los electos en el mes de octubre de ese mismo año. Con la disposición de suspensión de las elecciones se propició un vacío jurídico respecto a la conclusión del

⁴⁶⁶ Mandato Constituyente No. 3. Suplemento Registro Oficial No. 261. 28 de enero de 2008. Art. Único

⁴⁶⁷ *Ibid.*

⁴⁶⁸ Mandato Constituyente No. 12. Suplemento de Registro Oficial No. 378. 10 de Julio de 2008. Art. 1

⁴⁶⁹ La Asamblea Nacional Constituyente debía concluir sus funciones el 24 de julio de 2008, como efectivamente ocurrió.

período para el que los funcionarios fueron electos, el mismo que fue resuelto con la prórroga de funciones de los mismos.⁴⁷⁰

Podríamos decir que la finalidad de estos dos mandatos era evitar una duplicidad de autoridades electas por procesos de elección popular, en favor de que la nueva Constitución establezca el régimen mediante el cual se eligiesen a todos los dignatarios de elección popular, de forma tal que éstos estén provistos de una mayor legitimidad al momento de asumir sus funciones al ser designados a la luz del nuevo orden jurídico.

d) Modificación de Normas Preconstituyentes: La Asamblea Constituyente, al final de su ejercicio, decidió modificar un aspecto fundamental que había sido definido en el Estatuto de Funcionamiento que fue aprobado por el pueblo el 15 de abril de 2007, es decir, de la normativa preconstituyente que había posibilitado su existencia jurídica.

El Estatuto aprobado por el pueblo en la consulta popular establecía que la duración del cuerpo colegiado sería de 180 días contados a partir de su instalación, pudiendo establecerse una prórroga máxima de 60 días luego de concluidos los primeros.⁴⁷¹ Una vez fenecido este plazo, el organismo culminaría con su existencia, cuestión que se justifica en el agotamiento de su único objetivo, que era la redacción del texto de la nueva Constitución que sería aprobado en referéndum.

El Mandato Constituyente No. 21, aprobado en las últimas sesiones del organismo constituyente⁴⁷², decidió, en primer lugar, asumir la función legislativa del Estado, desde el día siguiente de su última sesión, hasta la proclamación de los resultados del referéndum aprobatorio de la Constitución⁴⁷³, y en segundo lugar, decidió “declarar en receso” al órgano colegiado, en el mismo período mencionado anteriormente⁴⁷⁴, con lo que se alteraba de manera evidente el contenido del Estatuto de Funcionamiento.

⁴⁷⁰ El Mandato Constituyente No. 12 en su art. 1 inc. 2. Indicaba lo siguiente: “*Los actuales dignatarios que deben concluir sus períodos el 5 de enero de 2009, se prorrogan en sus funciones y hasta que sean legalmente reemplazados.*” (Mandato Constituyente No. 12, Art. 1 Inc. 2)

⁴⁷¹ Codificación del Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente. Segundo Suplemento Registro Oficial No 33, 5 de Marzo de 2007. Art. 2

⁴⁷² El Mandato Constituyente No. 21 se aprobó el 24 de Julio de 2008, en la última sesión del organismo constituyente.

⁴⁷³ Mandato Constituyente No. 21. Suplemento de Registro Oficial No. 393. 31 de Julio de 2008. Art. 1

⁴⁷⁴ El Art. 2 del Mandato Constituyente No. 21, establecía que: “*Por así convenir a los intereses del país, la Asamblea Constituyente, en su calidad de Función Legislativa, entrará en receso desde el día 26 de julio hasta la proclamación de los resultados del referéndum aprobatorio. Este receso sólo podrá suspenderse transitoriamente, por decisión del Presidente de la Asamblea Constituyente, por razones extraordinarias debidamente justificadas.*” (Mandato Constituyente No. 21. Suplemento de Registro Oficial No. 393. 31 de Julio de 2008. Art. 2)

Es menester señalar la parte considerativa del mandato, ya que se había establecido como fundamento que:

(...)los Decretos Ejecutivos No. 2 y 54 dictados por el Presidente de la República en el año 2007, recogían la voluntad popular expresada en las urnas el 26 de noviembre de 2006 y por ende se establecía con absoluta claridad, que la Asamblea Constituyente entrará automáticamente en receso al cumplir el plazo para la elaboración de la nueva Constitución cuando ella sea aprobada en Referéndum.⁴⁷⁵

Sin embargo, la Asamblea empleó falazmente este argumento, ya que en el Decreto Ejecutivo No. 54, se había eliminado la norma que disponía el receso del organismo constituyente una vez finalizada su labor.⁴⁷⁶ De esta manera, se confirmó una vez más que este cuerpo colegiado se visualizó como un órgano soberano, capaz incluso de modificar la decisión popular.⁴⁷⁷

e) Potestades constitucionales establecidas por la Constitución del año 2008: La Constitución propuesta por la Asamblea Nacional Constituyente fue aprobada por el pueblo ecuatoriano, contando con el 63% de votos afirmativos, en los comicios del 28 de septiembre de 2008⁴⁷⁸. El Régimen de Transición⁴⁷⁹, estableció la reinstalación de la Asamblea Constituyente cinco días después de la publicación de los resultados del referéndum aprobatorio⁴⁸⁰. La finalidad de esta reinstalación consistía en la conformación transitoria de las funciones legislativa y electoral, misma que se instrumentalizó a través de los Mandatos Constituyentes No. 22 y 23.

⁴⁷⁵ Mandato Constituyente No. 21. Suplemento de Registro Oficial No. 393. 31 de Julio de 2008. Considerando primero

⁴⁷⁶ En el Mandato Constituyente No. 21, el segundo considerando refirió que el Congreso Nacional había eliminado arbitrariamente la disposición referente al receso de la Asamblea posterior a su período de funciones, cuestión que ya había sido eliminada en el Decreto Ejecutivo No.54

⁴⁷⁷ El Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, en su art. 1, establecía que "*La Asamblea Constituyente representa a la soberanía popular, que radica en el pueblo ecuatoriano y, que por su propia naturaleza, está dotada de plenos poderes*" (Reglamento de Funcionamiento de la ANC, Art. 1)

⁴⁷⁸ Tribunal Supremo Electoral. Resultados de Elecciones de Referéndum 2008. Internet. www.cne.gob.ec
Acceso: 15/10/ 2012

⁴⁷⁹ El "Régimen de Transición" es un conjunto de treinta disposiciones transitorias que se adjuntaron al texto de la Constitución, en el que se establecieron las disposiciones referentes al proceso electoral general del año 2009, y la composición de las funciones del Estado hasta el momento en que se designaran a las autoridades definitivas del Estado. Es menester mencionar, que al momento en que se escribe esta disertación (octubre de 2012), el proceso de transición todavía no ha concluido, debido a que la Corte Constitucional no ha sido designada, y a las reformas del año 2011, que prescribieron una nueva composición provisional del Consejo de la Judicatura, que deberá concluir sus funciones en el mes de enero de 2013

⁴⁸⁰ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449. 20 de Octubre de 2008 . Régimen de Transición. Art. 17

El Mandato Constituyente No. 22, efectivizó el Art. 18 del Régimen de Transición, que establecía la elección de los miembros del Tribunal Contencioso Electoral⁴⁸¹ y del Consejo Nacional Electoral⁴⁸² por parte de la Asamblea Nacional Constituyente⁴⁸³

El Mandato Constituyente No. 23, instrumentalizó la designación de los miembros de la Comisión de Legislación y Fiscalización, que ejerció la función legislativa hasta el momento de la posesión de los primeros asambleístas, que serían electos en las comicios generales de 2009. El Art. 17 del Régimen de Transición, estableció vagamente un criterio de conformación de este organismo, que consistía en procurar “(...)mantener la proporcionalidad política que tuvo el plenario de la Asamblea Constituyente.”⁴⁸⁴. De la redacción del texto constitucional únicamente se puede inferir que la integración del órgano legislativo debía ser de un número inferior y con una distribución política similar⁴⁸⁵ al del pleno de la ANC.

La disposición contenida en el régimen de transición limitaba la función de la Asamblea Nacional Constituyente a la conformación del nuevo órgano legislativo. Sin embargo, el órgano colegiado consideró que la “*Ley Orgánica de la Función Legislativa es contraria a la nueva Constitución de la República del Ecuador y esto conlleva su inaplicabilidad en cuanto al funcionamiento de la Comisión Legislativa y de Fiscalización*”⁴⁸⁶, y por ello, estableció un conjunto de normas de rango legislativo que regulaban el funcionamiento de la función legislativa transitoria.

⁴⁸¹ Organismo de carácter jurisdiccional encargado de la justicia electoral, que tiene como competencia principal el juzgamiento de las infracciones electorales y demás asuntos en materia electoral de su competencia. Los miembros del Tribunal Contencioso Electoral deben ser profesionales en derecho y deben reunir los mismos requisitos que se exigen para los jueces de la Corte Nacional de Justicia y son designados a través de una Comisión Ciudadana de Selección organizada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

⁴⁸² Organismo de carácter político administrativo encargado de la organización, regulación, garantía, vigilancia y dirección de los procesos electorales. Ejerce la representación de la Función Electoral. Los miembros de este organismo no requieren de una formación profesional específica, les basta la condición de estar en ejercicio de los derechos de ciudadanía y ser mayores de 18 años. Son designados por una Comisión Ciudadana de Selección organizada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

⁴⁸³ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449. 20 de Octubre de 2008. Régimen de Transición. Art. 18

El mecanismo de elección de los miembros de los organismos electorales se debía efectuar mediante designación directa.

⁴⁸⁴ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449. 20 de Octubre de 2008. Régimen de Transición. Art. 17

⁴⁸⁵ Seguramente, esta proporcionalidad política consistía en que la cuota de miembros de cada partido o movimiento político debía realizarse en igual porcentaje a su representación en la Asamblea Nacional Constituyente

⁴⁸⁶ Mandato Constituyente No. 23. Suplemento de Registro Oficial No. 458. 31 de Octubre de 2008. Considerando Sexto

Consideramos que la expedición de Mandatos Constituyentes para el ejercicio de potestades posteriores a la promulgación de la Constitución carece completamente de sentido. En primer lugar, al momento de la expedición de los Mandatos 22 y 23, la Asamblea Nacional Constituyente no existía jurídicamente, ya que el Estado de Derecho había sido restablecido con la promulgación de la Constitución en el Registro Oficial, y por ende, la función constituyente había finalizado al agotar su límite fundamental que es la expedición de la Constitución. Si bien la misma carta magna había dispuesto que la ANC se reinstale, ésta lo hacía sin su condición de plenos poderes⁴⁸⁷, y sencillamente se encontraba limitada a cumplir con lo previsto en la Constitución. En segundo lugar, las disposiciones constitucionales limitaban al cuerpo colegiado a designar a las personas que integrarían las funciones legislativa⁴⁸⁸ y electoral de manera transitoria, y por ese motivo, carecía de competencia para regular asuntos de reserva legal. Lo que debió establecerse, en defecto, es que al momento de instalación del nuevo cuerpo legislativo, éste debía organizarse en Comisión General, con el fin de establecer las pautas para su organización interna y procurar un proyecto de ley que establezca los aspectos orgánicos y procedimentales de esta función del Estado. Finalmente, la expedición de Mandatos Constituyentes con la nueva Constitución vigente, constituía una clara violación a la misma, ya que un acto de esta naturaleza enerva el contenido del Art. 424⁴⁸⁹ y 425 de la norma fundamental al contravenir de manera directa el principio de supremacía constitucional, el principio del orden jerárquico normativo y el de sujeción de las autoridades al ordenamiento jurídico, con lo que tempranamente se fragilizó al joven ordenamiento constitucional, mal precedente para la afirmación de la carta fundamental en el tiempo.

⁴⁸⁷ Respecto a esto nos remitimos a lo ya expuesto y fundamentado en el Capítulo I

⁴⁸⁸ Consideramos como error lo definido por la Asamblea Constituyente para la transición de la Función Legislativa, ya que la designación propuesta por el Régimen de Transición restó legitimidad al nuevo cuerpo legislativo. Hubiese sido más democrático y conveniente el mantener al pleno de la Asamblea como función legislativa transitoria, hasta el momento de la posesión de los miembros de la primera Asamblea Nacional.

⁴⁸⁹ El Art. 424 de la Constitución reza lo siguiente: "**Art. 424.-** La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; **en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.**" Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449. 20 de Octubre de 2008 Art. 424)

2.3 LOS ACTOS DE FUERZA

Como hemos señalado en el capítulo I, la Constitución de la República del Ecuador, aprobada mediante referéndum de 28 de septiembre de 2008, es el producto de un proceso constituyente violento y accidentado que tuvo como dinámica la progresiva destrucción de la institucionalidad establecida en el país, la instauración de un régimen de facto que tomó verdadera forma con la aprobación del Mandato Constituyente No. 1, y la posterior reinstitucionalización con la aprobación de lo actuado por el cuerpo colegiado en el referéndum aprobatorio.

Asimismo, describimos la actividad ejercida por la Asamblea Constituyente a través de los denominados “Mandatos Constituyentes”, que incluyeron una serie de actos de reserva constituyente, preconstituyente, post constituyente⁴⁹⁰, legal, política⁴⁹¹ y administrativa que evidenciaron su intervención respecto de los poderes constituidos y la extralimitación en sus potestades y competencias, con pretensiones de erigirse como una entidad soberana, o por lo menos, como una materialización de la soberanía popular.

En virtud de lo que hemos expresado, podemos verificar que las actuaciones de la ANC no tenían fundamento ni asidero en el marco de la juridicidad, y por lo contrario, se impusieron en base a la coacción y la fuerza política que este organismo ejerció gracias a las circunstancias sociales e históricas que se vivían en el Ecuador en esos momentos de transición institucional.

Partiendo de que los Mandatos Constituyentes son actos que fueron emanados de un gobierno de facto, y que por ende, se impusieron por la fuerza, analizaremos brevemente la noción de fuerza y de los gobiernos de facto para comprender a estos instrumentos desde esa visión. Posteriormente, trataremos el problema de la validez jurídica de los actos de fuerza, en este caso de los mandatos constituyentes, y de esa manera comprender su dimensión actual dentro del ordenamiento jurídico.

⁴⁹⁰ Refiriéndonos a las decisiones adoptadas por la ANC en virtud del Régimen de Transición de la Constitución 2008.

⁴⁹¹ Refiriéndonos a la designación de autoridades por parte del cuerpo colegiado

2.3.1 NOCIÓN DE FUERZA, GOBIERNO DE FACTO Y MANDATO CONSTITUYENTE COMO ACTO DE FUERZA

2.3.1.1 Noción de Fuerza: El Estado de Derecho, como construcción política de la sociedad moderna, tiene como principio y fundamento el de la juridicidad, ya que a través de éste se somete la actuación de la autoridad pública a las normas y principios jurídicos vigentes, de forma tal que se puedan garantizar los derechos de las personas. Como hemos señalado con anterioridad, el Estado de Derecho basa su legitimidad en el principio de la soberanía popular, cuyo acto primigenio es el de otorgar la Constitución al Estado, de la que partirá el ordenamiento jurídico que establecerá los procedimientos y mecanismos de designación de los poderes públicos, la garantía de los derechos y demás aspectos vinculados a la convivencia social.

Como contraparte a la juridicidad y al Estado de Derecho, existen circunstancias de anormalidad, en el que el principio de la autoridad no se basa en el ordenamiento jurídico, sino que se encuentra dado por la actuación al margen de la legalidad de ciertos sectores políticos, que con apoyo popular o no, asumen la dirección del Estado e imponen su hegemonía de hecho, destruyendo de esa manera la institucionalidad vigente para reemplazarla por una nueva. A esta actuación contraria a Derecho se le denomina fuerza.

La fuerza es un concepto jurídico que ha sido desarrollado en el ámbito civil y penal, proyectándose de estas ramas del derecho hacia el resto del espectro jurídico. De acuerdo a Gabriel Secaira, la fuerza es *“el acto de poner injustamente a uno, por medios que no puede resistir, en la necesidad de dar, hacer o no hacer alguna cosa contra su voluntad, con la intención de causar algún daño en su persona o sus bienes.”*⁴⁹². De acuerdo con este mismo autor, la violencia⁴⁹³ puede ejercerse de dos maneras, a través de procedimientos materiales corporales en el caso de la fuerza física, y la intimidación, que constituyen los actos de la violencia moral.

En términos civiles, la fuerza constituye uno de los vicios del consentimiento, que acarrea la nulidad del acto o contrato celebrado entre las partes, debido a que el empleo *“de una vía de derecho, desviada de su objeto, que llega a ser una vía de hecho que importa una violencia injusta”*⁴⁹⁴, enerva el consentimiento obtenido como consecuencia de la

⁴⁹² Gabriel Secaira. Los Vicios del Conocimiento. Quito. Universidad Central del Ecuador. 1949. Pág. 121

⁴⁹³ Forma en que Secaira se refiere de manera general al vicio de fuerza.

⁴⁹⁴ Gabriel Secaira. Op. Cit. 127

misma, desnaturalizando la esencia del acto jurídico, que parte del principio de la autonomía de la voluntad.

De acuerdo a García Amigo, tres circunstancias deben coexistir para que la fuerza enerve la voluntad. Éstos consisten en que ésta implique una amenaza de mal grave o inminente, que la coacción determine el acto o contrato y que el ejercicio de la fuerza revista de un carácter antijurídico.⁴⁹⁵

El concepto de antijuridicidad es empleado de manera general dentro del ámbito del derecho penal como uno de los elementos del delito. Sin embargo, la concepción de lo antijurídico puede ir más allá del enfoque netamente penal, al afirmar que la misma constituye una contradicción producida por una conducta típica que lesiona el ordenamiento jurídico como una unidad. Como señala Reyes Echandía al referirse a este enfoque⁴⁹⁶, *“trátase, pues, de una violación de las prohibiciones o mandatos que tutelan determinados valores de la vida social cuya protección puede estar garantizada por cualquier ordenamiento jurídico en particular.”*⁴⁹⁷.

Partiendo de esa definición, podemos ver que los actos de fuerza, en el ámbito del derecho político y constitucional, constituyen aquellas acciones que lesiona la misma estructura del Estado de Derecho y que contradice los preceptos mismos del ordenamiento jurídico. Estos actos tienen como consecuencia la destrucción de la institucionalidad del Estado y el establecimiento de un gobierno de facto.

2.3.1.2 Los Gobiernos de facto: Dentro de la dinámica política existente en el seno de una sociedad organizada como Estado, se generan acontecimientos que ponen en peligro la continuidad constitucional⁴⁹⁸, ya que el marco establecido en la norma fundamental del Estado no puede responder de manera adecuada a las situaciones que se van generando conforme se exacerba la violencia social. A estas situaciones de emergencia o de crisis, se les suele denominar “estado de necesidad”. El Estado de necesidad, en palabras de Bielsa, se justifica frente a *“un hecho extraño a la voluntad del Estado, hecho*

⁴⁹⁵ García Amigo. *Teoría General de las Obligaciones y Contratos*. Madrid. McGraw-Hill. 1995. Pág. 164

⁴⁹⁶ Por honestidad intelectual debemos señalar que Alfonso Reyes Echandía no concuerda con la concepción extrapenal de la antijuridicidad. Sin embargo, este tratadista expone de manera objetiva y concreta, los fundamentos esenciales de este enfoque, citando a otros autores, como es el caso de Ernst Von Beling.

⁴⁹⁷ Alfonso Reyes Echandía. *Antijuridicidad*. Bogotá. Temis S.A. 1999. Pág. 13

⁴⁹⁸ De acuerdo a García Pelayo, citado por Bidart Campos, la continuidad constitucional consiste en que la actividad estatal se desarrolla de acuerdo a las previsiones normativas que se encuentran consagradas en la carta fundamental. (García Pelayo citado en Bidart Campos. Op. Cit. 529)

que entraña para la conservación de éste o de la colectividad a él referida, un peligro grave e inminente (...)”⁴⁹⁹, tanto en el orden interior como en el exterior⁵⁰⁰.

Frente a esta circunstancia, usando como fundamento el principio de la paz social, el orden constituido y de la misma existencia del Estado, se permite el acrecentamiento de “la órbita de su competencia con los llamados poderes de emergencia”.⁵⁰¹ De esta manera, la misma Constitución permite la concesión de potestades extraordinarias a una determinada función del Estado⁵⁰², que tienen como objetivo el sortear la situación que genera el estado de necesidad y restaurar la paz y el orden social.

El origen de estas circunstancias y poderes data desde la República Romana, cuando se estableció la magistratura de emergencia de la Dictadura⁵⁰³. En la doctrina moderna, este otorgamiento de facultades extraordinarias, se conoce con el nombre de “Estado de Sitio”, que consiste, en palabras de Rodrigo Borja en la ampliación “*de las competencias del Ejecutivo y eventualmente suspende ciertas garantías constitucionales, para permitir al gobierno reprimir una conmoción interna o hacer frente una conmoción exterior.*”⁵⁰⁴. En nuestro país, esta institución se conoce con el nombre de Estado de Excepción⁵⁰⁵, que se encuentra previsto en la Constitución, y que por ende, se somete al control político de la Asamblea Nacional, y a un control material por parte de la Corte Constitucional.

Frente al caso anterior, que contiene efectivamente una suspensión constitucional de la Constitución⁵⁰⁶, nos encontramos con una serie de actos antijurídicos⁵⁰⁷ que tienen como resultado la destrucción total o parcial de la institucionalidad jurídica vigente en el

⁴⁹⁹ Bielsa citado en Bidart Campos. Op. Cit. 541

⁵⁰⁰ Puede generarse el Estado de Necesidad frente a una amenaza de invasión de una fuerza extranjera del territorio del Estado

⁵⁰¹ Bidart Campos. Op. Cit. Pág. 540

⁵⁰² Por la posible inmediatez de su actuación, las potestades extraordinarias se otorgan a quien ejerce la función ejecutiva el Estado

⁵⁰³ La Dictadura era una institución creada por la República Romana, en la que en los casos de emergencia, se otorgaba poderes absoluto a un magistrado llamado Dictador, quien debía retornar el orden constituido a la normalidad. La Dictadura se establecía por tiempo limitado, ya que ésta se mantenía únicamente mientras subsistiere la situación de emergencia.

⁵⁰⁴ Rodrigo Borja. Op. Cit. Pág. 173

⁵⁰⁵ El Estado de Excepción se encuentra previsto en los Art. 164, 165 y.166 de la Constitución de la República del Ecuador

⁵⁰⁶ En el Estado de Excepción se puede suspender el ejercicio de ciertos derechos fundamentales, por lo que, de acuerdo con Schmitt, podría hablarse de una suspensión constitucional.

⁵⁰⁷ Los actos tendientes a desestabilizar la vigencia del orden constituido, de quebrantar la continuidad constitucional o de atentar contra las Instituciones del Estado, generalmente se encuentran tipificadas como delitos dentro de las legislaciones penales del mismo. A estos delitos, la doctrina suele llamarles como “Delitos Políticos”. (Rodrigo Borja, Op. Cit. Pág. 180)

Estado. Estos acontecimientos suelen producirse en forma de revoluciones, rebeliones o golpes de Estado.

La Rebelión, de acuerdo a Rodrigo Borja, es una *“acción violenta de un sector popular para derrocar al gobierno constituido.”*⁵⁰⁸. De esta definición, podemos colegir que la única finalidad que tiene la acción ilegal de la ciudadanía es la de extraer del poder a las personas que se encuentran en su ejercicio, por lo que implica sencillamente un cambio de las autoridades que detentan los poderes del Estado, sin interesar a quienes promueven la acción violenta, el cambio de estructuras o instituciones del aparataje estatal.⁵⁰⁹

En el caso de las revoluciones, el aspecto vindicadorio del movimiento social, radica de mayor profundidad. De acuerdo a Bidart Campos, una revolución supone *“un cambio en las instituciones, sean sociales o políticas.”*⁵¹⁰. En este caso, las transformaciones institucionales se producen de forma violenta, procuran una intensidad profunda e irreversible, de forma tal que el objetivo máximo de las mismas sea la generación de un orden social y jurídico esencialmente distinto del anterior.⁵¹¹

El proceso revolucionario, contiene dos etapas en su implementación, una fase destructiva y una segunda de carácter estructuradora o transformadora. Durante la primera, de acuerdo a Sorokin, citado por Rodrigo Borja, *“la revolución aniquila no sólo las instituciones y los valores ya moribundos (...), sino también instituciones y valores culturales que son vitales, creadores y en pleno desenvolvimiento (...)”*⁵¹². En cambio, la segunda fase es de carácter estructuradora, ya que en la misma la fuerza revolucionaria tiene que enfocarse en edificar la nueva arquitectura del aparataje estatal, de conformidad con los principios que habían motivado el movimiento social. En esta fase, se reconstruyen algunas de las instituciones que la fase destructiva había tirado abajo. Por este motivo, de manera general, en esta etapa de la revolución *“se produce inevitablemente la escisión de las filas revolucionarias entre los radicales (...) y los moderados (...), que terminarán siendo denominados como contrarrevolucionarios (...)”*⁵¹³

⁵⁰⁸ Rodrigo Borja. Op. Cit. Pág. 164

⁵⁰⁹ En el caso del Ecuador, solamente con el fin de reflejar su historia política reciente, los tres últimos mandatarios escogidos mediante sufragio universal (Abdalá Bucaram, Jamil Mahuad y Lucio Gutiérrez), fueron cesados de sus funciones como producto de rebeliones populares que tuvieron como eco la destitución de los mismos por parte del Congreso Nacional. Una vez producida la expulsión del poder de estos Presidentes de la República, la situación social retornaba a la normalidad.

⁵¹⁰ Bidart Campos. Op. Cit. Pág. 543

⁵¹¹ Rodrigo Borja. Op. Cit. Pág. 165

⁵¹² Sorokin citado en Borja. Op. Cit. Pág. 166

⁵¹³ *Íbid.*

El golpe de Estado, a diferencia de la rebelión o la revolución, no proviene de una manifestación del descontento popular, sino que al contrario, proviene de autoridades que ejercen el poder público o que pertenecen a las fuerzas armadas. Lo importante es que la acción violenta que genera la desinstitucionalización provenga de las altas esferas del Estado, por lo que, de manera general, estos actos carecen del apoyo popular. A este respecto, Posada, citado por Rodrigo Borja señala lo siguiente:

El conflicto entre el gobierno y la opinión pública puede también resolverse por una acción violenta del primero, imponiendo por la fuerza su voluntad al Estado; el movimiento que de esta manera se efectúa, constituye lo que se llama golpe de Estado, y el régimen que del mismo surge, es lo que suele llamarse una dictadura, que, a veces, se prolonga creando un régimen de gobierno personal.⁵¹⁴

Como consecuencia de las rebeliones, revoluciones y golpes de Estado, se produce el establecimiento de los denominados “gobiernos de facto”, que en palabras de Bidart Campos, es aquel que “*advierte al poder (sic) al margen de los procedimientos y mecanismos previstos por la Constitución o por la ley*”⁵¹⁵. De acuerdo a Rodrigo Borja, esta condición de gobierno de facto puede producirse de origen, cuando quienes acceden al poder lo hacen de forma ilegal o antijurídica, como producto una revolución o rebelión. En cambio, puede configurarse de ejercicio cuando la autoridad tiene un título legítimo que fundamenta su autoridad, es decir, se encuentra constituida por medios legítimos. Sin embargo, es el modo de actuación al frente del poder el que determina su irregularidad.⁵¹⁶

La expresión “gobierno de facto” en sentido propio, implicaría que todas las funciones del Estado de iure han sido sustituido por autoridades ilegítimas. Sin embargo, de manera general, la autoridad que asume el poder de manera ilegal, generalmente ejerce la función ejecutiva con amplias potestades legislativas, quedando a salvo la función judicial. En este caso, de acuerdo a Bidart Campos, podemos hablar de órganos o autoridades de facto, en vez de la de gobierno de facto, que es de uso común.⁵¹⁷

2.3.1.3 Los Mandatos Constituyentes como actos de fuerza: En el capítulo anterior, al desentrañar el tema respectivo a la capacidad de la Asamblea de expedir el Acto Constituyente y las actuaciones de este organismo respecto a los poderes constituidos, pudimos llegar a la conclusión de que el cuerpo colegiado no podía ejercer por sí mismo la función constituyente y peor aún, ejercer atribuciones correspondientes a

⁵¹⁴ Posada citado por Rodrigo Borja. Op. Cit. Pág. 167

⁵¹⁵ Bidart Campos. Op. Cit. Pág. 545

⁵¹⁶ Rodrigo Borja. Op. Cit. Pág. 155

⁵¹⁷ Bidart Campos. Op. Cit. Pág. 545

los poderes constituidos, por lo que todas las actuaciones de la Asamblea extrañas a su fundamental encargo de redactar el proyecto de la Nueva Constitución, carecían de cualquier sustento jurídico, tanto del ordenamiento jurídico como de la naturaleza misma del cuerpo colegiado.

Asimismo, al analizar las circunstancias que dieron origen al proceso constituyente de los años 2007- 2008, podemos observar claramente que éste se produjo de manera accidentada, con una clara inobservancia del ordenamiento jurídico por parte del poder Ejecutivo, que realizó la convocatoria a Consulta Popular para conformar un organismo que no se encontraba previsto en la Constitución vigente a ese momento. A este hecho se sumó la expedición del Decreto Ejecutivo No. 148⁵¹⁸ sin la incorporación de todas las reformas establecidas por el Congreso Nacional para el Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea en la calificación de urgencia que permitió la celebración del acto electoral, que tuvo como consecuencia, los acontecimientos que culminaron con la destitución de 57 legisladores de oposición, a través de una polémica resolución dictada por el Tribunal Supremo Electoral, que implicó la deslegitimación del poder legislativo y por ende, su pérdida de importancia dentro del devenir político nacional, que se alimentaba con el discurso de los defensores de la “teoría” de los plenos poderes, que manifestaron desde principio su intención de remover y reestructurar las funciones públicas, en aras de una “refundación de la patria”.

Como punto culminante de esta progresiva desinstitucionalización del país, la Asamblea al instalarse, expidió el conocido Mandato Constituyente No. 1, en el que el cuerpo colegiado “delimitó” sus plenos poderes⁵¹⁹, estableciendo a los titulares de las funciones del Estado, así como a los organismos de control, supeditando su permanencia en los mismos, a la decisión libre del órgano constituyente. A más de ello, blindó sus actos dotando a sus decisiones las cualidades de jerarquía, inimpugnabilidad y obligatoriedad, estableciendo la amenaza para el funcionario o juez que no las obedeciere, o que admita a trámite una acción contra la validez de las mismas, configurando una situación jurídica implementada por la violencia.

Una vez aprobado el Mandato Constituyente No. 1, la Asamblea procedió a promulgar veinte y dos decisiones semejantes, en las que a más de regular aspectos de

⁵¹⁸ El Decreto Ejecutivo No. 148 contenía la Codificación del Estatuto de Funcionamiento y Elección de la Asamblea Constituyente, que fue el que finalmente se aprobó en la Consulta del 15 de abril de 2007.

⁵¹⁹ Mandato Constituyente No. 1. Suplemento de Registro Oficial No. 223. 30 de Noviembre de 2008. Art. 1

reserva legal⁵²⁰ y de potestad reglamentaria, se ejerció un indeterminado poder constituyente, se reformaron disposiciones del mismo Estatuto de Funcionamiento que había sido aprobado por el pueblo y hasta se ejercieron potestades previstas en la Nueva Constitución, lo que advierte un ejercicio arbitrario del poder.

De todo lo anteriormente expuesto, podemos afirmar, que lo que se configuró en el Ecuador, a partir de la aprobación del Mandato Constituyente No. 1, fue un Estado de Facto originado por un golpe de Estado propiciado por la Asamblea Nacional Constituyente, ya que al momento en que el cuerpo colegiado asumió la soberanía popular, procedió a designar a los titulares de las funciones del Estado y expidió normas arbitrarias, prescindió de los mecanismos legales previstos para el ejercicio del poder, e impuso sus decisiones mediante el uso de la fuerza.

Sin embargo, y a pesar de que la destrucción de la institucionalidad provino de la voluntad de la ANC, las acciones realizadas durante el proceso constituyente configuraron un caso atípico del Golpe de Estado, debido a que a más del elemento típico que configura este tipo de situación fáctico (la violación de la juridicidad por parte de la autoridad), se agregaron dos elementos adicionales, que son la pretensión revolucionaria de los golpistas⁵²¹ y el amplio apoyo popular⁵²² que gozaba la fuerza política mayoritaria al momento de la instalación de la Asamblea Constituyente.

Por todos estos elementos, podemos afirmar que los Mandatos Constituyentes y demás decisiones adoptadas por la ANC, con la salvedad de la aprobación del texto constitucional a someterse a referéndum, constituyeron verdaderos actos de fuerza impuestos por la coacción, que permitieron el desarrollo de un Estado de Facto sometido

⁵²⁰ De hecho varios de los Mandatos Constituyentes reformaron el texto de leyes vigentes a la época o establecieron regulaciones que se instrumentan a través de cuerpos legales.

⁵²¹ El gobierno de Rafael Correa defiende el proyecto político denominado como la “Revolución Ciudadana”, que tiene como objetivo la gran transformación del país para llevarlo hacia el desarrollo, disminuyendo la pobreza y alcanzando el concepto indeterminado constitucional del “Buen Vivir”. Dentro del discurso alrededor de la Asamblea Constituyente, el movimiento de gobierno pretendía la refundación del país a través de una transformación profunda de las instituciones del Estado. En este sentido, la “revolución ciudadana” se presenta como una ruptura con respecto a la época anterior, que estuvo caracterizada por una permanente inestabilidad política y una creciente crisis económica. En virtud de que al momento en que se ha escrito esta disertación (Octubre 2012) apenas han transcurrido cuatro años de vigencia del nuevo orden constitucional, es imposible hacer un análisis histórico social que nos permita concebir si en verdad se trató de un proceso revolucionario.

⁵²² En la Consulta Popular que se efectuó el 15 de abril de 2007, la tesis del sí obtuvo el 81% de votos afirmativos (TSE, 2007), en las elecciones de Asambleístas Constituyentes, el Movimiento PAIS (Oficialista), obtuvo 80 de 130 escaños (TSE, 2007). La Constitución fue aprobada por aproximadamente el 63% del electorado, evidenciando el apoyo popular a las tesis expuestas por el Presidente de la República. A seis años de ejercicio de gobierno, el Presidente Correa goza todavía de una amplia popularidad, cuestión que seguramente incidirá para que opte por una segunda reelección que le permita gobernar hasta el 2017.

por la voluntad del cuerpo colegiado. A través de estas decisiones, se establecieron disposiciones normativas, administrativas, políticas y constituyentes que al estar al margen de toda noción de conformidad con el ordenamiento jurídico y con las mismas normas preconstituyentes que fueron aprobadas por el pueblo en la Consulta del 15 de abril de 2007, pudieron perfeccionar su legitimidad al momento en que el pueblo aprobó la nueva carta magna en el referéndum del 28 de septiembre de 2008, quedando latente el problema de su validez y vigencia con ocasión de la instauración del nuevo orden constitucional.

2.3.2 VALIDEZ Y TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS MANDATOS CONSTITUYENTES

El tema concerniente a los Gobiernos de Facto, como una manifestación de antijuridicidad en cuanto al ejercicio del poder, es un tema que se encuentra enmarcado en una grave polémica tanto dentro del ámbito del Derecho, como en los aspectos sociales o económicos de un Estado. La forma violenta en que se instauran, así como su actuación alejada de la regularidad constitucional, genera numerosas consecuencias que se traducen en una grave inseguridad jurídica e incertidumbre que se resuelve de manera parcial, cuando el orden constitucional es restituido y se crea la nueva institucionalidad que da paso a la reconstrucción del Estado de Derecho y el desarrollo de las nuevas realidades que instrumentalicen el nuevo pacto social.

Uno de los aspectos que producen polémica dentro del fenómeno de los gobiernos de facto es el concerniente al de la validez de las actuaciones que se realizan durante el tiempo que desempeñan en el poder, tanto desde el momento en que estos actos son expedidos, como de su validez ulterior, cuando se restaura el orden democrático.

En el caso de los Mandatos Constituyentes, como actos de fuerza efectuados por la Asamblea Nacional Constituyente, que estableció un gobierno de facto a partir de la aprobación del Mandato Constituyente No. 1, es necesario analizar su validez jurídica tanto desde la doctrina, como del pronunciamiento de la justicia constitucional ecuatoriana al respecto de las normas preconstitucionales. Como aspecto adicional, y dado que la Constitución aprobada en referéndum en 2008 prevé la existencia del llamado “bloque constitucional”, analizaremos brevemente si los Mandatos se encuentran dentro de esta categoría normativa, y finalmente, dilucidaremos su naturaleza jurídica, aspecto fundamental para su compatibilización en el ordenamiento jurídico

2.3.2.1 Validez jurídica de los actos de fuerza: Como antecedente en la comprensión de la validez de los actos expedidos por los gobiernos de facto, encontramos como primer acercamiento, el tema concerniente al reconocimiento de los mismos, que se torna en antecedente para la aceptación de las acciones emprendidas por éstos en ejercicio de su poder irregular. En este sentido, Bidart Campos nos propone seis formas en que se produce el reconocimiento de los gobiernos antijurídicos, teniendo en primer lugar, una tesis legitimista, que basada en la sumisión estricta al principio de juridicidad, “*rechaza rotundamente el reconocimiento de los gobiernos o funcionarios que han llegado a sus cargos apelando a la violencia; y preconiza el retorno de la autoridad desalojada*”⁵²³. En segundo lugar, se ha planteado la tesis del reconocimiento popular, que implica, que si el gobierno de facto cuenta con el respaldo del pueblo, quien acepta a las autoridades que tomaron el poder por la fuerza como legítimas, entonces el gobierno de facto quedaría legitimado para su ejercicio del poder⁵²⁴. En este caso, el reconocimiento puede producirse tácitamente cuando el pueblo no opone resistencia a la instauración del nuevo régimen, o a través de un plebiscito en el que se ratifique lo actuado por éstas.⁵²⁵ Como tercera posición, tenemos la tesis de la prescripción, que adoptando esta institución del Derecho Civil⁵²⁶, se tendrá por válido al gobierno de facto que subsista, de manera prolongada y pacífica en el ejercicio del poder⁵²⁷. Una cuarta tesis, propone la existencia de un *error común*, que consiste en el desconocimiento del vicio o irregularidad en que se instaura el gobierno de facto por parte de la mayoría de la población del Estado ⁵²⁸. Esta tesis es completamente discutible, ya que el acceso al poder del Estado es un asunto de conocimiento público, así como los actos de violencia en los que se incurren para el establecimiento del gobierno de facto, quedando a salvo el caso de que la autoridad irregular haya accedido a la

⁵²³ Bidart Campos. Op. Cit. 546.

Basado en esta teoría, el gobierno ecuatoriano se ha negado a reconocer los gobiernos de facto instaurados en Honduras, luego del golpe de Estado contra Manuel Zelaya, y el de Paraguay, que se configuró después de que el Congreso Nacional cesara en sus funciones a Fernando Lugo.

⁵²⁴ Essmein citado por Bidart Campos. Op. Cit. Pág.546

⁵²⁵ Este caso sería aplicable tanto para el caso de 1997, en el que específicamente se preguntó al pueblo respecto de ratificar la destitución de Abdalá Bucaram, así como la designación de Alarcón como Presidente Interino de la República.

⁵²⁶ La Prescripción es un modo de adquirir el dominio, que opera en virtud del paso del tiempo. Consiste en la consolidación del derecho de dominio para quien posee la cosa de forma ininterrumpida y pacífica por el período de tiempo y bajo las condiciones que prescribe la ley.

⁵²⁷ Bidart Campos. Op. Cit. Pág. 546

⁵²⁸ Bidart Campos. Op. Cit. Pág. 546

magistratura mediante fraude electoral⁵²⁹. La quinta teoría, que de hecho constituye la más aceptada, es la de *necesidad*, la misma que establece el reconocimiento de los Gobiernos de Facto por el principio de *continuidad del Estado*, el mismo que procura evitar el surgimiento de la anarquía y el desorden en el caso del cese de funciones de una autoridad de iure, que debe ser reemplazada⁵³⁰. Como sexta y última teoría, constituye la del *hecho consumado*, en la que no es realmente trascendente la existencia de necesidad respecto de la continuidad del Estado. Lo que realmente interesa, de acuerdo a Scelle, es la “*posesión efectiva del cargo*”, la misma que implica el reconocimiento del gobierno de facto por el simple hecho del establecimiento en el poder de la autoridad de facto, por ende “*si el poder de hecho es excluyente de cualquier otro, debe ser reconocido.*”⁵³¹

Dentro del tema concerniente a la validez de los actos expedidos por los gobiernos de facto, de acuerdo a lo que se ha expresado en la doctrina, encontramos, como señala Rodrigo Borja, una distinción respecto a la clase de autoridad antijurídica que accede al poder. Esta magistratura puede tener la calidad de “*Gobierno de Facto Propiamente Dicho y de Gobierno Ursurpador*”⁵³². La distinción entre estas calidades está determinada por la forma en que la autoridad de facto respeta las libertades fundamentales de la sociedad civil. En el primer caso, el gobernante irregular en el poder “*lo desempeña dentro de los límites impuestos por el Derecho Universal*”, dentro de una apariencia de legalidad⁵³³. De acuerdo a Duverger, los actos emanados por éstos son “*jurídicamente válidos, no obstante el carácter ilegal de su autor, en la medida en que eran estrictamente necesarios para asegurar la vida jurídica del Estado y de los particulares*”⁵³⁴ (El resaltado con negritas nos pertenece). En este sentido, el Gobierno de Facto Propiamente Dicho, como un gestor de negocios, realiza los actos suficientes y necesarios para garantizar la continuidad del Estado y el regreso inmediato a la juridicidad a través de la restauración del Estado de Derecho⁵³⁵. Como consecuencia de lo expuesto, los actos expedidos por el gobernante de

⁵²⁹ De acuerdo a ciertos historiadores, la elección de Carlos Alberto Arroyo del Río como presidente de la República, había sido producto de un fraude en contra del legítimo ganador de estos comicios, el Dr. José María Velasco Ibarra.

⁵³⁰ Bidart Campos. Op. Cit. 546

⁵³¹ Scelle citado en Bidart Campos. Op. Cit. Pág. 547.

⁵³² Rodrigo Borja. Op. Cit. Pág.157

⁵³³ Íbid.

⁵³⁴ Duverger citado por Rodrigo Borja. Op. Cit. Pág. 157

⁵³⁵ Borja. Op. Cit. Pág. 157

Un ejemplo de este tipo de Gobierno en nuestra historia republicana, constituye el breve período del Doctor Clemente Yerovi Indaburu en la Jefatura del Estado Ecuatoriano, entre el final de la Dictadura Militar de 1963 a 1966 y la Asamblea Nacional Constituyente que sesionó entre finales de ese mismo año hasta el

hecho se reputan válidos, en tanto hayan sido expedidos con el exclusivo fin de garantizar la continuidad jurídica del Estado y el retorno al Estado de Derecho. Todas estas actuaciones podrán ser abrogadas por la nueva autoridad de iure cuando ésta aplique el nuevo ordenamiento constitucional, de considerarlas contrarias con la norma fundamental. Sin embargo, la abrogación surtirá efecto a partir de la decisión del órgano constituido de acuerdo con la juridicidad, reputándose el acto como válido para todo lo anterior⁵³⁶.

En el caso de los *Gobiernos Usurpadores*, éstos “*violan los más elementales principios de Derecho Universal*”⁵³⁷, ya que actúan fuera de la ley y atropellan las libertades fundamentales de los ciudadanos. Para este caso, de acuerdo con el mismo Duverger, “*sus actos no tienen ningún valor jurídico, cualquiera que sea su naturaleza*”⁵³⁸. En este sentido, se puede inferir que los actos emitidos por este tipo de gobiernos no nacen jurídicamente y por ende, no surten ningún tipo de efectos en el tiempo. Para la convalidación de los actos de los gobiernos usurpadores, la autoridad de iure que sucede a la antijurídica debe reconocer su validez jurídica, validación que retrotraerá los efectos al momento de la expedición del acto del gobierno espurio.

Respecto a esta distinción de Gobierno entre Facto Propiamente Dicho y Gobierno Usurpador, expresamos que esta adolece de un problema de objetividad, ya que el criterio respecto a que la autoridad antijurídica respete o no los principios universales del Derecho y las libertades fundamentales de las personas, efectivamente se enmarcan en una apreciación subjetiva, que puede provenir de la adhesión o no de la persona que realiza el juicio de valor a las personas que ejercieron la autoridad de hecho. Como señala Rodrigo Borja “*lo objetivo en ellos (Gobierno de Facto Propiamente Dicho o Gobierno Usurpador) es su común violación del orden jurídico precedente, la que puede operarse al momento de escalar al poder o posteriormente, en su ejercicio*”⁵³⁹. Como consecuencia de esta distinción, la regla general en los gobiernos de facto sería la de la validez presente y ulterior de los actos emitidos por ellos y en el caso de los gobiernos usurpadores el de la invalidez de los mismos, lo cual reviste de un problema fundamental, ya que los efectos

mes de septiembre de 1968, en que se posesionaron las autoridades electas en las elecciones generales convocadas con ocasión de la entrada en vigencia de la nueva Constitución (1967)

⁵³⁶ Rodrigo Borja. Op. Cit. Pág. 157

⁵³⁷ Íbid.

⁵³⁸ Duverger citado por Rodrigo Borja. Op. Cit. Pág.157

⁵³⁹ Rodrigo Borja. Op. Cit. Pág.158

hacia terceros de buena fe, se quedarían enmarcados en un vacío jurídico que vulneraría su mínimo derecho a la seguridad jurídica.⁵⁴⁰

Ahora bien, dentro de la doctrina existen dos teorías que permiten explicar la validez de los actos de fuerza expedidos por parte de los gobiernos de facto, la primera que se enmarca en la convalidación de los actos expedidos por la autoridad espuria en cuanto sean fundamentales “*para asegurar la vida jurídica del Estado y de los Particulares*”, evitando la “*paralización de la vida política y jurídica del Estado*”⁵⁴¹, en un marco de urgencia y necesidad, y la segunda, que opta por el reconocimiento de validez de todas las actuaciones del gobierno antijurídico, asimilando sus competencias a la de una autoridad de iure, en la que se aprecia el postulado de Jeze que afirma que “*el carácter de gobernante de hecho da a los actos jurídicos que realizan una validez jurídica indiscutible, (...) considerando sin discusión, jurídicamente válidas las leyes, reglamentos, nombramientos, destituciones, impuestos, etc., elaborados o establecidos por los gobiernos de hecho*”⁵⁴².

El fundamento que soporta a ambas teorías es el de la existencia de un “Estado de Necesidad” que se explica por la continuidad del Estado, la garantía de la seguridad jurídica, y la necesidad del principio de la autoridad para que la vida social pueda desarrollarse con armonía y justicia. Como señala Rodrigo Borja “*(...) alguien tiene que gobernar a la sociedad e impartir órdenes e imponer su cumplimiento. De lo contrario ella se desbandaría.*”⁵⁴³. Por ende, el gobierno de facto es el mal menor frente la anarquía, que en realidad constituye una circunstancia nefasta que solamente conduciría a la destrucción de la sociedad y su involución.

Sin embargo, encontramos el mismo problema que se presenta al calificar los gobiernos usurpadores y propiamente de facto al tratar el problema respecto a la definición de los asuntos “*necesarios y urgentes para evitar la paralización de la vida política y jurídica del Estado*”⁵⁴⁴, de los que no se podrían considerar dentro de esta categoría. Podría pensarse, en primera instancia, que estos actos se resumirían en la convocatoria al poder constituyente del pueblo para que promulgue una nueva Constitución y la organización de las elecciones democráticas que permitan el establecimiento de las

⁵⁴⁰ Íbid.

⁵⁴¹ Bidart Campos. Op. Cit. 548 y 549

⁵⁴² Jeze citado por Rodrigo Borja. Op. Cit. Pág.158

⁵⁴³ Rodrigo Borja. Op. Cit. Pág.159

⁵⁴⁴ Bidart Campos. Op. Cit. Pág. 549

autoridades de iure, a la luz de la nueva institucionalidad. Sin embargo, existen otras labores que podrían considerarse como fundamentales y necesarias en la vida del Estado, como son la provisión de servicios básicos, la gestión de los sectores estratégicos y un sinnúmero de actividades más que se encontrarán dentro del juicio que pueda dar una apreciación subjetiva, por lo que consideramos que la mejor opción a elegir en este caso es por la asimilación de validez respecto de una autoridad legalmente constituida.

Dentro de esa misma coyuntura, se establece la discusión de la vigencia de los actos expedidos por la autoridad espuria, respecto de la temporalidad de vigencia de los mismos. En este sentido, existen dos teorías, estableciendo la primera que los actos de los gobiernos de facto “*duran lo que dura el gobierno de facto; es decir, que caducan en su vigencia cuando se instala el posterior gobierno de iure*”⁵⁴⁵, quedando su validez posterior supeditada a la ratificación de la autoridad de iure, y la segunda, en la que la subsistencia de la norma expedida en gobierno antijurídico se mantiene vigente después de la reinstauración de la autoridad de iure, quedando a salvo a éste la posibilidad de derogarlos en cualquier momento⁵⁴⁶

Respecto a este particular, el primer supuesto va de la mano con la posición que otorga validez únicamente a los actos estrictamente necesarios para la continuidad jurídica del Estado, ya que al ser normas que regulan exclusivamente la transición del régimen de facto al de iure, carecerían de sentido una vez vigente el nuevo ordenamiento jurídico. Sin embargo, y dado que es más consecuente la posición de equiparar las actuaciones de los gobiernos de facto con el principio de seguridad jurídica, la validez de las actuaciones de iure, es menester aplicar el concepto de presunción de validez ulterior, de forma tal que la actividad legislativa y de control material a posteriori de los órganos del poder público, permitan la convalidación formal y material de estas decisiones con respecto al nuevo orden jurídico, procediéndose a la expulsión y derogatoria de lo que contradiga la nueva norma fundamental y la modificación y adopción normativa para el caso de la reforma y reconocimiento de las normas materialmente válidas, procediéndose al respecto como con las demás normas preconstitucionales.

2.3.2.2 Las Normas Preconstitucionales y el pronunciamiento del Tribunal Constitucional del Ecuador respecto de ellas: Los actos de fuerza que son expedidos por

⁵⁴⁵ Bidart Campos. Op. Cit. Pág. 549

⁵⁴⁶ *Íbid.*

los gobiernos de facto, previos a la reinstauración del orden constituido, se encuentran dentro del denominado grupo de las “normas preconstitucionales”, que constituyen todo el ordenamiento jurídico que preexiste a la aprobación de una carta fundamental o las reformas que existen a la misma.⁵⁴⁷ Al ser normas que se aprobaron previamente a la entrada en vigencia del nuevo orden constitucional, y por la misma naturaleza de la reinstitucionalización que acontece con motivo del cambio de carta magna, es posible que existan incongruencias de carácter formal y material de la norma preconstitucional con respecto a los contenidos previstos en la novel Constitución, que se traduce en el problema referente a la validez y vigencia de esas normas anteriores dentro de la nueva concepción del Estado.

Respecto a la validez y vigencia de las normas preconstitucionales, el extinto Tribunal Constitucional, se pronunció al respecto en la Resolución No. 005-2003-TC, que se encuentra recopilada en la Gaceta Constitucional No. 13, correspondiente al trimestre Octubre-Diciembre 2003, en el que se trató, respecto de la inconstitucionalidad de la Resolución de la Corte Suprema de Justicia en materia de amparo constitucional, publicada en el Registro Oficial N° 693 de 29 de octubre de 2002, que había sido expedida, en virtud de la Ley Orgánica de la Función Judicial, y la Ley de Control Constitucional, normas que habían sido expedidas antes de la entrada en vigencia de la codificación de la norma fundamental aprobada en 1998.

En lo que respecta al tratamiento de las normas preconstitucionales, el Tribunal se pronunció en sentido que:

(...)se debe tener presente que **las normas preconstitucionales son válidas en tanto y en cuanto hayan sido dictadas con arreglo al procedimiento de formación previsto en la Constitución bajo cuyo vigor fueron promulgadas** y, por tanto, su validez formal sólo puede confrontarse con las condiciones constitucionales que la originaron, a diferencia de la **inconstitucionalidad material, la misma que puede ser sobrevenida, en caso de existir contradicción de contenido entre la Constitución vigente y la norma preconstitucional.**⁵⁴⁸ (Lo resaltado en negritas y subrayado nos pertenece)

De lo señalado, podemos colegir que la legislación aprobada previamente a la imposición del nuevo régimen constitucional se considera formalmente válido, en tanto no se haya cometido fraude respecto del procedimiento de creación de la norma jurídica, y en cuanto a lo material, establece la posibilidad de la declaratoria de inconstitucionalidad, que

⁵⁴⁷ Benito Aláez. “Las Normas Preconstitucionales y el Mito del Poder Constituyente”. Revista de Estudios Políticos. No. 103. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1999. Pág. 322

⁵⁴⁸ Tribunal Constitucional, Resolución No. 005-2003-TC Gaceta Constitucional No. 13. Diciembre 2003. Pág. 10

debe ser efectuada por la justicia constitucional para que la norma contraria a la norma fundamental pueda ser expulsada del ordenamiento jurídico.

En cuanto a los actos expedidos por autoridad de facto, en este caso de los “Decretos Supremos”⁵⁴⁹, el Tribunal se pronunció señalando que los mismos “*no encontraron su fundamento en una Constitución en virtud de que, como es público y notorio, no regía ninguna, en el estricto sentido constitucional del término.*”⁵⁵⁰. En este sentido, la declaración de inconstitucionalidad se hace imposible desde el punto de vista de lo formal. Por este motivo, la justicia constitucional se adscribe al criterio de la validez de los decretos supremos, en virtud de que “*a pesar de su formación y origen, se fundamenta (su validez) en el principio de seguridad jurídica, en virtud del cual ha existido una convalidación tácita de los mismos, al punto que éstos han sido objeto de reformas por parte de la Legislatura*”⁵⁵¹. Sin embargo, al igual que en las normas preconstitucionales, no se excluye la inconstitucionalidad de su contenido, que puede ser objeto de una expulsión del ordenamiento jurídico.

En virtud de todo esto, podemos observar que la justicia constitucional ecuatoriana ha optado por la posición de validez respecto de los actos expedidos por la autoridad de facto, en virtud del principio de seguridad jurídica y de la continuidad del Estado. Además, para determinar la naturaleza normativa de los mismos, se ha adoptado el criterio de que el acto expedido por la autoridad antijurídica adquiera la naturaleza jurídica de los actos que los reformen, como consecuencia de un ejercicio de potestad normativa posterior.

2.3.2.3 Naturaleza Jurídica de los Mandatos Constituyentes: A lo largo de este capítulo, hemos procedido a analizar a los Mandatos Constituyentes desde un punto de vista semántico, descomponiendo el contenido de la institución del mandato tanto desde el punto de vista del derecho civil como del derecho político. Posteriormente a ello analizamos a estos instrumentos desde el punto de vista material, extrayendo las materias y aspectos regulados por cada uno de ellos para evidenciar el tipo de actos que se ejercieron al momento de expedirlos, para luego analizar en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional el problema relacionado con su validez. A partir de ello, podemos

⁵⁴⁹ En el caso que nos atañe, la Ley Orgánica de la Función Judicial, vigente hasta el año 2009, fue expedida mediante Decreto Supremo No. 891, publicado en R.O. No. 636 de 11 de Septiembre de 1974, que fue emanado por el Gral. Guillermo Rodríguez Lara, quien ejercía la autoridad ejecutiva a nombre de las fuerzas armadas en esa época.

⁵⁵⁰ Tribunal Constitucional, Op. Cit. Pág. 11

⁵⁵¹ *Íbid.*

determinar los siguientes aspectos respecto a la naturaleza jurídica de estas decisiones adoptadas por la ANC:

a. Los Mandatos como actos expedidos por autoridad de facto: Los Mandatos Constituyentes son actos expedidos por una autoridad de facto, tanto desde una visión de origen, como de ejercicio. En primer lugar, el órgano que expidió los mismos carecía de competencia para hacerlo, ya que únicamente contaba con la atribución de elaborar un proyecto de nueva norma fundamental para el Estado ecuatoriano que sería sometida a referéndum aprobatorio de conformidad con el Estatuto electoral que fue aprobado en la Consulta Popular del 15 de abril de 2007, y que, a través del Mandato Constituyente No. 1, perpetró un golpe de Estado que destruyó la institucionalidad existente y limitó la eficacia plena de la Constitución vigente al momento de instalación del órgano colegiado. En segundo lugar, este instrumento jurídico fue dotado de características de superioridad jerárquica, inimpugnabilidad, exigibilidad y eficacia; cuestión que evidentemente se encuentra alejada de cualquier noción de juridicidad. A esto se suma la total falta de respeto hacia las competencias los poderes constituidos, que escapan del ámbito de acción del mismo poder constituyente, evidenciando una pretensión de soberanía por parte de la Asamblea. Ante estas circunstancias, puede entenderse de manera fehaciente, que los Mandatos Constituyentes estarían al nivel de los Decretos Supremos y demás disposiciones emitidas por un gobierno antijurídico, no sometidos a ningún presupuesto formal en su expedición ni en su alcance material.

b. Los mandatos como normas preconstitucionales válidas y eficaces: Los Mandatos Constituyentes son verdaderas normas preconstitucionales ya que fueron aprobados anteriormente al ordenamiento constitucional de 2008⁵⁵², dentro de la extralimitación de funciones adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente respecto de su interferencia en el ejercicio de las funciones de los poderes constituidos.

La validez y vigencia de estos instrumentos, obedece en primer lugar a una aplicación del criterio jurídico respecto a los actos expedidos por las autoridades de facto que fue adoptado por el Tribunal Constitucional en la resolución que analizamos previamente. Tal criterio se traduce en reputar a los Mandatos Constituyentes como válidos y vigentes desde su aprobación hasta el momento de su reforma o derogatoria por parte del órgano legislativo, adoptando la naturaleza jurídica de los actos normativos con los que las

⁵⁵² Si bien los Mandatos Constituyentes No. 22 y 23 fueron expedidos de manera posterior a la vigencia de la Constitución del 2008, se efectuaron como el cumplimiento de una disposición prevista en la misma carta magna.

disposiciones contenidas en éstos sean modificadas por el órgano competente. A este respecto, es menester señalar, que la Ley Orgánica de la Función Legislativa, en su Disposición Especial Cuarta, estableció que “*Los Mandatos expedidos por la Asamblea Constituyente, están en plena vigencia. Para su reforma se adoptará el procedimiento previsto en la Constitución de la República para las leyes orgánicas.*”⁵⁵³ (El subrayado y negritas es nuestro) En virtud de esta disposición, y haciendo una conglobación con el criterio del Tribunal Constitucional, se entendería que los Mandatos Constituyentes adoptan la naturaleza jurídica de las leyes orgánicas por ser reformables de acuerdo a ese procedimiento, y por ende, deben ser considerados como tales al momento de la aplicación del principio de jerarquía normativa que se encuentra consagrado en el Art. 425 de la Constitución. Asimismo, la ley en referencia hace una distinción de los Mandatos Constituyentes de carácter normativo con las de ejercicio de atribuciones políticas correspondientes a la designación de funcionarios, al prescribir en la Disposición Transitoria Octava que:

Los Mandatos expedidos por la Asamblea Constituyente, cuyo objeto fue la designación provisional de funcionarios de los poderes constituidos, perderán vigencia una vez que los nuevos funcionarios sean posesionados de acuerdo con las disposiciones de la Constitución de la República.”⁵⁵⁴.

Con esta disposición, se da a entender un tratamiento distinto para los distintos actos expedidos a través de los Mandatos, haciendo una primera distinción respecto del contenido material de los mismos.

Partiendo de todo esto, podríamos colegir que en cuanto al contenido material de los Mandatos Constituyentes, éstos deben estar sometidos al mismo tratamiento que el resto de normas preconstitucionales, quedando a salvo la potestad de la justicia constitucional de declarar como inconstitucionales a aquellas normas contenidas en éstos que contradigan los principios y reglas previstas en la carta magna.

c. Los Mandatos Constituyentes no son normas de superior jerarquía ni forman parte del llamado “bloque constitucional”: Como expusimos en el punto anterior, los Mandatos Constituyentes deben ser tratados como normas preconstitucionales, que si bien fueron efectuadas por gobierno de facto, se reputan válidas, vigentes y de acuerdo a lo pronunciado por el Tribunal Constitucional, adoptan la naturaleza jurídica de los actos que las reforman. Complementando este criterio, encontramos las disposiciones

⁵⁵³ Ley Orgánica de la Función Legislativa. Suplemento de Registro Oficial No. 642. 27 de Julio de 2009. Disposición Especial Cuarta

⁵⁵⁴ Ley Orgánica de la Función Legislativa. Suplemento de Registro Oficial No. 642. 27 de Julio de 2009. Disposición Transitoria Octava.

de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, que establece que los mandatos normativos se reforman de la misma manera que las leyes orgánicas, por el que se entiende que estos actos tienen aquella naturaleza normativa dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Hasta este punto, comprendemos que formalmente la problemática de los Mandatos Constituyentes quedaría resuelta. Sin embargo, y a pesar de que hemos regresado al régimen de juridicidad y que, paulatinamente, avanzamos hasta el “afianzamiento” del nuevo orden jurídico, existen actuaciones del poder público que reiteran la característica de jerarquía y superioridad de estas normas en el ordenamiento jurídico, manteniendo los efectos arbitrarios que caracterizaron a estas decisiones.

En este sentido, tanto la Asamblea Nacional del Ecuador, como la autodenominada “Corte Constitucional Para el Período de Transición”, emitieron sendas resolución y sentencia respectivamente, en la que reiteraron la superioridad jerárquica de los Mandatos Constituyentes, constituyendo peligrosos precedentes que ponen en entredicho el principio de supremacía constitucional y por ende, la vigencia del mismo Estado de Derecho.

En primer lugar, la Asamblea Nacional, mediante Resolución S/N, de 13 de abril de 2011, publicada mediante R.O. No. 438 de 2 de mayo de 2011, se pronunció en sentido de aclarar que: *“las decisiones de la Asamblea Constituyente, de plenos poderes, **son jerárquicamente superiores y no son susceptibles de impugnación o judicialización alguna**, en la virtud de ser provenientes del poder constituyente soberano, conforme lo establece el Mandato Constituyente N° 1.”*⁵⁵⁵. Si bien la resolución del cuerpo legislativo no genera un criterio obligatorio de interpretación de la categoría normativa de los actos expedidos por la ANC, observa un comportamiento respecto de la materialidad de éstos, al ubicarles en una categoría supraconstitucional, contradiciendo de manera abierta, el contenido de la norma prevista en el Art. 425 de la carta magna.

Por otra parte, y como aspecto más grave, la autodenominada “Corte Constitucional Para El Período De Transición”, dentro del fallo N.º 0004-09-SAN-CC, correspondiente a la Acción por Incumplimiento⁵⁵⁶ No. 0001-08-AN⁵⁵⁷, reiteró que la Asamblea Nacional

⁵⁵⁵ Asamblea Nacional. Resolución S/N. Registro Oficial No. 438. 2 de Mayo de 2011. Pág. 9

⁵⁵⁶ La Acción Por Incumplimiento es una de las nuevas garantías jurisdiccionales establecidas en la Constitución de la República aprobada en el año 2008. De acuerdo con el Art. 93, esta acción *“tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional”*

⁵⁵⁷ La Acción por Incumplimiento No. 001-2008, incoada por Floresmilo Villalta, tiene como presupuesto material la no aplicación por el Presidente del Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha, de la Amnistía

Constituyente “*manifestó su voluntad suprema a través de instrumentos como los denominados Mandatos Constituyentes*”⁵⁵⁸, reiterando la categoría de superioridad y soberanía de este organismo. De esta manera, al establecer en el órgano constituyente estas características, consecuentemente coligió “*que los Mandatos Constituyentes dictados por dicha Asamblea ocupan un lugar privilegiado en la jerarquía normativa ecuatoriana*”⁵⁵⁹. A partir de esta aseveración, consideró que la declaración de amnistía materia del caso “*emitida por la Asamblea Constituyente, en concordancia con el Mandato N.º 1, artículos 2 y 3, tiene el carácter de vinculante y posee superioridad jerárquica ante los poderes constituidos*” y de esa manera, el acto del cuerpo colegiado quedaría “*investido (sic) de la máxima jerarquía jurídica, por lo que no está sujeto a impugnación y tampoco es susceptible de incumplimiento por autoridad alguna del poder estatal instituido.*”⁵⁶⁰

Los equívocos pronunciamientos de la Corte Constitucional nos obligan a mirar el sentido que la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dan a la Acción por Incumplimiento. La Acción por Incumplimiento es una de las nuevas garantías jurisdiccionales establecidas en la norma fundamental aprobada en el año 2008, que de acuerdo a su Art. 93, tiene por objeto principal:

(...)Garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible.⁵⁶¹

General No. 04 denominada “Derechos Humanos Criminalizados”, que fue expedida por la Asamblea Nacional Constituyente, en ejercicio de la potestad constitucional del poder legislativo, con el fin de absolver a los activistas de Derechos Humanos que fueron acusados de delitos comunes como retaliación a sus acciones en defensa de los derechos fundamentales. El Señor Villalta, quien había participado activamente en la defensa de los derechos de su comunidad en el ámbito de un caso relacionado con adjudicación de tierras, fue acusado y condenado por un supuesto delito de violación a 16 años de reclusión. Una vez expedida la Amnistía, el afectado solicitó un Amparo de Libertad que le había sido negado. Posteriormente a esto, y mediante providencia, el Presidente del Tribunal Penal se negó a aplicar la amnistía expedida por la ANC, en virtud de que el reo no había sido considerado expresamente en el acto de amnistía, que la sentencia dictada por el tribunal penal había sido ratificada en la Corte Suprema de Justicia y que por ende, escapaba de su competencia. Asimismo alegó la negativa del Amparo de Libertad y un pronunciamiento del Ministerio de Justicia al respecto. En su demanda, Villalta alegó estar incluido dentro de los beneficiados con el olvido legal, por haber sido perseguido judicialmente por el ejercicio de su derecho a la resistencia, el mismo que le trajo como consecuencia varios procesos civiles, penales y administrativos, incluido el perseguido por violación. Como fundamento jurídico, se alegó la superioridad jerárquica, la imperatividad e intangibilidad de las acciones de la Asamblea Constituyente, que constan en el Mandato No. 1.

⁵⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia N.º 0004-09-SAN-CC 2009.

⁵⁵⁹ Íbid.

⁵⁶⁰ Íbid.

⁵⁶¹ Constitución del Ecuador. Registro Oficial No. 449. 20 de Octubre de 2008. Art. 93

En este sentido, la norma constitucional procura generar un mecanismo que garantice los derechos fundamentales de las personas que se encuentren contenidos ya sea en normas, preceptos de softlaw y otros instrumentos jurídicos que no cuentan con un eficiente sistema o acción para su exigibilidad, por lo que se colige que esta acción es de carácter residual. Es por este motivo que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su Art. 56, señala entre las causas de inadmisión de esta garantía jurisdiccional al hecho de que la acción tenga como finalidad proteger derechos que pueden ser garantizados mediante otra garantía constitucional; o que se trate de omisión de mandatos constitucionales; o que exista un mecanismo judicial que permita exigir el cumplimiento de la sentencia, informe o el cumplimiento de la norma, salvo el caso en que la inadmisión de la acción por incumplimiento provoque un perjuicio grave e inminente para el accionante.⁵⁶²

En el caso de la sentencia adoptada por la Corte Constitucional, podríamos advertir un esbozo de ubicación normativa de los Mandatos Constituyentes. Tomando en consideración al Art. 425 de la Constitución de 2008, la naturaleza de la Acción por Incumplimiento y su delimitación contenida en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, implica en definitiva un reconocimiento de que las decisiones adoptadas por la constituyente no tienen rango constitucional, ya que la acción no cabe contra “mandatos constitucionales” que pueden estar en el mismo texto de la norma fundamental o en el denominado “bloque de constitucionalidad”, por ende solamente tendrían naturaleza supra o infraconstitucional. El fallo expedido por el organismo de control de constitucionalidad, en este caso, reconoció a los Mandatos una jerarquía normativa supraconstitucional cuestión que destruye el principio de supremacía constitucional y por ende el principio de la norma fundamental como condición de validez y unidad del orden jurídico. Si el pronunciamiento de la Corte hubiese estado enmarcado en dotarle una naturaleza infraconstitucional hubiese constituido un primer acierto para la compatibilización de estas disposiciones al nuevo marco jurídico del Ecuador. En todo caso, al menos es acertado que se haya excluido a los Mandatos Constituyentes del “bloque de constitucionalidad”, como explicaremos a continuación.

El Bloque de Constitucionalidad, tiene su origen en el Derecho Francés, cuando el Consejo Constitucional de 1971, decidió la incorporación a la Constitución de 1958 de

⁵⁶² Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales. Suplemento de Registro Oficial No. 52. 22 de Octubre de 2009. Art. 56

varias normas jurídicas preconstitucionales y legales con contenido materialmente constitucional⁵⁶³. De esta manera, otros países europeos fueron replicando el esfuerzo francés, ampliando el espectro de esta incorporación al rango constitucional a normas de carácter supranacional. En el continente americano, a raíz de la Constitución de 1991, Colombia inauguró la institución del bloque constitucional en nuestro continente a través de la jurisprudencia de la entonces novedosa Corte Constitucional, ejemplo que fue replicado en otros países vecinos, incluido el Ecuador, a través de la codificación constitucional de 1998 y las resoluciones de la justicia constitucional⁵⁶⁴.

El Bloque de Constitucionalidad, de acuerdo con Bidart Campos, se entiende como un *“conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución documental, y que tiene por fin ser parámetro para el control de la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales”*⁵⁶⁵. El Bloque Constitucional se fundamenta en la doctrina de los derechos fundamentales, que son inherentes al ser humano y que son anteriores al Estado. En virtud de esto, *“la Constitución no puede violentar o transgredir el contenido esencial de los derechos fundamentales de su propio titular(...)”*⁵⁶⁶. La justicia constitucional colombiana, en el fallo C-1300, define dentro del bloque de constitucionalidad, a aquellas *“manifestaciones que sin estar formalmente en el articulado de la Carta, **hacen parte de ella por la remisión que el mismo Constituyente hizo a ellas** para que tuviesen el mismo grado de coercibilidad y obligatoriedad de uno de sus mandatos”*⁵⁶⁷ (El subrayado y negritas nos pertenece). En consecuencia de esto, el mismo constituyente establece normas de remisión que tienen como fin la preservación del ordenamiento jurídico y su instrumentación para cumplir el fin último de la garantía de los derechos fundamentales.

En nuestra Constitución, encontramos las cláusulas de remisión en el Art. 11 de la misma, que establece los principios de aplicación de los derechos, en la que podemos señalar al Principio “Pro Hómine”⁵⁶⁸, consagrado en el numeral 5, y el inciso primero del

⁵⁶³ Danilo Caicedo Tapia. **“El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución.”** *Revista de Derecho Foro*. Quito. Universidad Andina Simón Bolívar. No. 12. II Semestre 2009. Pág. 7)

⁵⁶⁴ Danilo Caicedo Tapia. Op. Cit. Pág. 8

⁵⁶⁵ Bidart Campos citado por Danilo Caicedo. Op. Cit. Pág. 11

⁵⁶⁶ Kant citado por Danilo Caicedo, Op. Cit. Pág. 10

⁵⁶⁷ Corte Constitucional citado por Danilo Caicedo. Op. Cit. Pág. 12

⁵⁶⁸ El principio “Pro Hómine”, de acuerdo al Art. 11 Núm. 5 de la Constitución refiere que “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.” (Constitución del Ecuador 2008. Registro Oficial No. 449. 20 de Octubre de 2012. Art. 11 Núm. 5)

numeral 8 que consagra el principio de desarrollo progresivo de los derechos a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas.⁵⁶⁹ A este respecto, Ramiro Ávila, en su artículo *“Ecuador Estado de Derechos y Justicia”*, que forma parte de la publicación *“La Constitución de 2008 En El Contexto Andino”* del Ministerio de Justicia, refiere a las nuevas fuentes del Derecho Constitucional ecuatoriano, entre las cuales se encuentran:

1. la autoridad que ejerce competencia constitucional crea normas con carácter de ley (precedentes nacionales), 2. las instancias internacionales dictan sentencias que también son generales y obligatorias (precedentes internacionales), 3. el ejecutivo emite políticas públicas que tienen fuerza de ley por ser actos administrativos con carácter general y obligatorio, 4. las comunidades indígenas tienen normas, procedimientos y soluciones a conflictos con carácter de sentencia y, finalmente, 5. la moral tiene relevancia en la comprensión de textos jurídicos.⁵⁷⁰

En este sentido, podemos evidenciar que la misma Constitución remite al ejercicio normativo (garantías normativas), jurisprudencial (garantías jurisdiccionales, políticas públicas y el Derecho Internacional, que incorpora además elementos de softlaw⁵⁷¹).

Como punto culminante, se encuentra el principio de la cláusula abierta, que se encuentra consagrado en el numeral 7 del Art. 11 de la carta magna, en el que a más de reconocerse los derechos contenidos en la Constitución y los instrumentos internacionales *“no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”*⁵⁷², con lo que se incorpora al texto constitucional derechos que aún no se encuentren consagrados en una norma jurídica, pero que puedan aparecer con el paso del tiempo ante las nuevas realidades sociales y con fundamento en la dignidad humana, que ratifica el principio de que los derechos son preexistentes al Estado y por ende, superiores a él.

Bajo todas estas consideraciones, es imposible que los Mandatos Constituyentes, decisiones impuestas por la fuerza, provenientes de un origen antijurídico y contentivas de normas jurídicas que en vez de ampliar y garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales, más bien los conculcaron, violentando la seguridad jurídica, la unidad del

⁵⁶⁹ El Inciso primero del Núm. 8 del Art. 11 de la Constitución establece que “El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.” (Constitución del Ecuador. Registro Oficial No. 449. 20 de Octubre de 2012. Art. 11 Núm. 8)

⁵⁷⁰ Ramiro Ávila Santamaría. *“Ecuador Estado de Derechos y Justicia”*. La Constitución del 2008 en el Contexto Andino. Quito. Ministerio de Justicia. 2008, Pág. 30

⁵⁷¹ El “Softlaw” se refiere a los principios y decisiones contenidas en documentos redactados en el marco del Derecho Internacional que no se encuentran regulados por el Derecho de los tratados, por lo que carecen de fuerza coercitiva para su aplicación

⁵⁷² Constitución del Ecuador. Registro Oficial No. 449. 20 de Octubre de 2008. Art. 11 Núm. 7

ordenamiento jurídico, el derecho de petición y de defensa, que al estar determinados por la arbitrariedad sometieron al país a un estado de zozobra. La esencia de la juridicidad es proteger y garantizar las libertades del individuo, porque permite el control de los actos del poder público a través del sistema de pesos, contrapesos y la tutela judicial efectiva. La generación de resoluciones como la de la Asamblea Nacional, o peor aún, de la Corte Constitucional, en la que se pretende la ubicación de los Mandatos Constituyentes en el bloque de Constitucionalidad, o peor aún, en una dimensión supraconstitucional, es una aberración que pone en peligro la vigencia misma de la Constitución que se aprobó en el año 2008, porque la admisión de estas afirmaciones harían la Constitución antijurídica, y por ende, implicaría el reconocimiento de que vivimos un Estado de Derecho aparente, en el que el ejercicio de los derechos se subsume a la arbitrariedad de los poderes públicos.

En este sentido, queda demostrada la necesidad de que se produzca una expresa convalidación de los Mandatos Constituyentes, a fin de que se evite un fraude a la Constitución y se garantice la supremacía de la misma, en virtud del fin último del Estado, que es la garantía y protección de los derechos fundamentales, que son imposibles sin un marco mínimo de seguridad jurídica que limite la arbitrariedad de las autoridades que ejercen los poderes públicos. Dentro de este ámbito, se podrían establecer dos alternativas, una de carácter legislativa y una de carácter jurisdiccional. La primera se enmarcaría dentro del mismo ejercicio de la potestad legislativa de la Asamblea Nacional y la otra, respecto a la interpretación constitucional generalmente obligatoria, que es competencia de la Corte Constitucional, mismas que analizaremos en el Capítulo III.

CAPÍTULO III

MECANISMOS DE COMPATIBILIZACIÓN DE LOS MANDATOS CONSTITUYENTES CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VIGENTE

A lo largo de esta disertación, hemos procurado desentrañar el problema referente a los Mandatos Constituyentes expedidos por la Asamblea Nacional Constituyente que sesionó en nuestro país durante los años 2007 y 2008. Después de analizar el órgano que expidió esta normativa, a los Mandatos como instrumento jurídico, las disposiciones contenidas en ellos y su estatus jurídico, hemos podido comprender su naturaleza jurídica y

la necesidad de su compatibilización con el ordenamiento jurídico vigente, que tiene como fundamento a la Constitución aprobada en el referéndum de 28 de septiembre de 2008.

En virtud de que hemos determinado que los Mandatos Constituyentes son actos de fuerza, normas preconstitucionales expedidas por un gobierno de facto, y validadas en primer lugar por el pronunciamiento positivo de la ciudadanía en el acto electoral, tomando en consideración lo expresado por el antiguo Tribunal Constitucional⁵⁷³ y las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de la Función Legislativa⁵⁷⁴, podemos determinar que existen dos vías por las que se puede resolver esta problemática.

En primer lugar, y en cuanto al aspecto formal de creación normativa, el problema de los Mandatos Constituyentes puede ser resuelto mediante el ejercicio de la facultad legislativa de la Asamblea Nacional, que a través de la expedición de actos legislativos puede derogar expresamente las normas de los Mandatos que hayan perdido su eficacia jurídica e incorporar aquellas que permanezcan vigentes dentro del ordenamiento jurídico positivo.

En cuanto al aspecto material, y dado que la Corte Constitucional es la responsable del control de la constitucionalidad en el país, con la potestad de expulsar del ordenamiento jurídico a las normas jurídicas que contradigan los preceptos establecidos en nuestra norma fundamental y la de interpretar de manera generalmente obligatoria la Constitución, este organismo es el llamado a determinar la incorporación de los Mandatos Constituyentes en el ordenamiento jurídico, de forma tal que no se vulnere el principio de la supremacía normativa de la carta magna y el respeto a los derechos fundamentales de las personas.

A continuación, expondremos brevemente las pautas legislativas que podrían llevar a la compatibilización de los Mandatos Constituyentes y las potestades de la Corte Constitucional respecto a este mismo problema.

3.1 PAUTAS LEGISLATIVAS PARA COMPATIBILIZACIÓN

La Disposición Especial Cuarta de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, declaró la plena vigencia de los Mandatos Constituyentes y además prescribió que para la reforma de éstos se atendería el procedimiento que dispone la Constitución para la

⁵⁷³Véase la Resolución No. 005-2003 del Tribunal Constitucional del Ecuador, analizada en el Capítulo II de esta disertación

⁵⁷⁴Véase la Disposición Especial Cuarta y la Disposición Transitoria Octava de la Ley Orgánica de la Función Legislativa

aprobación de las leyes orgánicas, cuestión que en concordancia con el pronunciamiento del antiguo Tribunal Constitucional determinaría su naturaleza normativa. Asimismo, la Disposición Transitoria Octava de este cuerpo legal estableció que los Mandatos Constituyentes referentes a la designación de funcionarios de los poderes constituidos del Estado perderían vigencia una vez realizada la posesión de los nuevos funcionarios de conformidad con la Constitución de la República. En este contexto podemos realizar una primera discriminación de los Mandatos Constituyentes separando aquellos que se refieren a la designación de funcionarios con respecto a los que son de carácter normativo.

Como un segundo aspecto a considerar, se debe tomar en cuenta que los Mandatos Constituyentes regulan diversas materias, así podemos ver que existen regulaciones que se encuentran dentro del ámbito laboral del sector público, laboral común, electoral, minero, eléctrico, educación superior, entre otros, lo cual genera otro criterio adicional de diferenciación que podría incidir en la práctica legislativa de las normas contenidas en estos instrumentos jurídicos como explicaremos más adelante.

Partiendo de estos supuestos, expondremos las siguientes consideraciones para una solución legislativa al problema de los Mandatos Constituyentes:

- a) La necesidad de una derogatoria expresa de los Mandatos Constituyentes en los que se designaron a funcionarios de los poderes constituidos.
- b) La imposibilidad de existencia de un solo proyecto de ley de compatibilización de los Mandatos Constituyentes
- c) El empleo de la codificación y depuración legislativa como medio para incorporar las disposiciones de los Mandatos Constituyentes a cuerpos legales

3.1.1 DEROGATORIA EXPRESA DE LOS MANDATOS CONSTITUYENTES DESIGNATORIOS DE FUNCIONARIOS DE LOS PODERES CONSTITUIDOS

En virtud de lo expuesto en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, los Mandatos Constituyentes que tuvieron por objeto designar funcionarios de los poderes constituidos, perderían vigencia con la posesión de los funcionarios definitivos de conformidad con la Constitución de la República. En virtud de que al momento en que se escribe esta Constitución se han conformado en observancia de la Constitución la Función

Ejecutiva y Legislativa⁵⁷⁵, Judicial⁵⁷⁶, de Transparencia y Control Social⁵⁷⁷, Electoral⁵⁷⁸ y la misma Corte Constitucional⁵⁷⁹, se entendería que esos Mandatos se encuentran tácitamente derogados. Aun así, sería recomendable expedir una ley orgánica derogatoria de los siguientes Mandatos Constituyentes:

1. Mandato Constituyente No. 1 en los Artículos referentes a la ratificación o asunción de funciones del Estado y designación de titulares de órganos de los poderes constituidos. En lo referente a las decisiones de la Asamblea Constituyente, requiere de otro tipo de tratamiento por ser disposiciones de distinta naturaleza.
2. Mandato Constituyente No. 7
3. Mandato Constituyente No. 11
4. Mandato Constituyente No. 18
5. Mandato Constituyente No. 19
6. Mandato Constituyente No. 22

3.1.2 IMPOSIBILIDAD DE UN SOLO PROYECTO DE LEY DE COMPATIBILIZACIÓN

Los Mandatos Constituyentes que no establecen nombramiento de autoridades contienen de manera general disposiciones de carácter normativo que regulan variadas materias de la realidad, tanto asuntos laborales como tributarios, administrativos, mineros,

⁵⁷⁵ Las Funciones Ejecutiva y Legislativa definitivas, así como los Gobiernos Autónomos Descentralizados, se designaron en las elecciones generales de 2009.

⁵⁷⁶ La Función Judicial, luego de la accidentada designación de la Corte Nacional Transitoria, afrontó un nuevo proceso de Transición producto del referéndum y consulta popular de mayo de 2011, en el que se designó a un Consejo de la Judicatura Transitorio compuesto por tres miembros provenientes de la Función Ejecutiva, Legislativa y De Transparencia y Control Social. Este Consejo de la Judicatura Transitorio procedió a realizar el concurso de méritos que culminó con la elección de la Corte Nacional definitiva. Al momento en que se escribe esta disertación, se ha iniciado el procedimiento para la designación del Consejo definitivo, de conformidad con las disposiciones constitucionales reformadas. El titular de la Fiscalía General del Estado y la Defensoría Pública General fueron designados de conformidad con la Constitución de la República.

⁵⁷⁷ Una vez terminadas las elecciones generales de 2009, el Consejo Nacional Electoral procedió a realizar el concurso para la designación de los miembros del Consejo de Participación Ciudadana. Una vez conformado este organismo, éste procedió a realizar los procesos eleccionarios de los titulares de los organismos de la Función de Transparencia y Control Social.

⁵⁷⁸ Las autoridades electorales fueron designadas mediante concurso de méritos y oposición dirigido por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social

⁵⁷⁹ Una vez concluido el proceso de designación de las funciones del Estado, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social procedió a iniciar el concurso de méritos y oposición para la designación de la Corte Constitucional, mismo que se encuentra concluido al momento en que se escribe esta disertación. (Noviembre, 2012)

entre otros, cuestión que genera una dificultad para la expedición de una sola ley que pueda establecer la regularización de los Mandatos Constituyentes, ya que tanto la Constitución como la Ley Orgánica de la Función Legislativa impiden la generación de proyectos de ley que contengan más de una materia. El Art. 136 de la Constitución de la República establece que *“Los proyectos de ley deberán referirse a una sola materia”*⁵⁸⁰, norma que es concordada con el Art. 56 Núm. 1 que establece como requisito de presentación de un proyecto de ley *“Que se refiera a una sola materia, sin perjuicio de los cuerpos legales a los que afecte”*⁵⁸¹. Sin embargo, la redacción de este artículo se presta para una interpretación extensiva en el que se entienda, en el caso que nos atañe, que la materia única que pretendería el proyecto de ley es la compatibilización de los Mandatos Constituyentes sin importar el número de cuerpos legales que sufrirían transformaciones. Sin embargo, consideramos que la limitación constitucional tiene como finalidad evitar que a través de cuerpos legales se pretenda introducir normas jurídicas que generen cambios oportunistas en otros ámbitos jurídicos que aprovechen la atención de los legisladores en el debate del tema principal⁵⁸², por lo que la reforma y compatibilización se debería adoptar de manera separada.

3.1.3 CODIFICACIÓN Y DEPURACIÓN NORMATIVA

Como contraparte a la situación expuesta anteriormente, queda como opción de compatibilización normativa la implementación de algunos proyectos de ley que tengan como objetivo el incorporar las disposiciones vigentes y eficaces a los cuerpos normativos afines a éstos, como en el caso de los Mandatos No. 2 y No. 4, que pueden ser codificados dentro de la Ley Orgánica del Servicio Público, o el Mandato Constituyente No. 8, que puede ser incorporado al Código del Trabajo. Por otro lado, las disposiciones que han perdido eficacia jurídica o que contengan preceptos abiertamente inconstitucionales,

⁵⁸⁰ Constitución del Ecuador. Registro Oficial No. 449. 20 de Octubre de 2008. Art. 136

⁵⁸¹ Ley Orgánica de la Función Legislativa. Suplemento de Registro Oficial No. 642. 27 de marzo de 2012. Art. 56 Núm. 1

⁵⁸² Como ejemplo de este tipo de leyes podemos encontrar las llamadas “Leyes Trole”, que modificaron en un mismo cuerpo legal aspectos administrativos, financieros, monetarios, entre otros, o leyes aprobadas durante el presente período legislativo como el Código de la Producción o la Ley Tributaria de los llamados “Impuestos Verdes”, que introdujo de manera inorgánica modificaciones en el Código de Procedimiento Civil respecto al juicio de excepciones.

podrían ser derogadas de manera expresa en proyectos de ley orgánica derogatoria que los eliminen del ordenamiento jurídico positivo.

Como contraparte a este tipo de propuesta, existe el criterio respecto a que no podrían introducirse preceptos orgánicos en cuerpos legales ordinarios. Todo esto estaría comprendido en la diferenciación material y formal existente entre las leyes orgánicas y las leyes ordinarias. Sin embargo, nuestra legislación ha eliminado la distinción formal entre unas y otras de acuerdo al Art. 53 Inciso final de la Ley Orgánica de la Función Legislativa⁵⁸³. En lo que respecta al aspecto material, la diferenciación radicarán en las materias que sean de reserva de ley orgánica u ordinaria. Finalmente, y en los casos en que existiese un conflicto de aplicación o contradicción entre preceptos de leyes orgánicas con leyes ordinarias, se deberán observar las reglas de solución de antinomias, que se encuentran previstas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.⁵⁸⁴

3.2 LAS POTESTADES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Dentro del Estado Constitucional de Derechos y Justicia⁵⁸⁵, es importante y trascendental el papel que ejerce la justicia constitucional dentro de la construcción del derecho y del desarrollo de los principios que se encuentran establecidos en la norma fundamental, ya que éstos, al estar establecidos como normas téticas⁵⁸⁶, requieren de la generación de reglas que permitan su aplicación para dotar de unidad y coherencia al

⁵⁸³ El inciso final del Art. 53 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa establece que las leyes ordinarias "(...)se aprobarán con la mayoría absoluta de las y los miembros de la Asamblea Nacional" (Ley Orgánica de la Función Legislativa. Suplemento de Registro Oficial No. 642. 27 de Julio de 2009. Art. 53 Inc. Final

⁵⁸⁴ El Art. 3 Núm. 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece lo siguiente: "*1. Reglas de solución de antinomias.- Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior.*" (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Suplemento de Registro Oficial No. 52. 22 de Octubre de 2009. Art. 3 Núm. 1) Por ende, la norma prevista en la ley nos indica el orden de los principios de aplicación quedando primer lugar el de competencia, y en caso de que la contradicción no se pueda subsanar por medio de éste, el de jerarquía, después el de especialidad y en defecto de los tres anteriores, el de temporalidad.

⁵⁸⁵ El Art. 1 de nuestra Constitución, define al Ecuador como un "Estado Constitucional de Derechos y Justicia", cuestión que implica una migración del principio de la mera legalidad al de la estricta constitucionalidad y a la protección y garantía de los derechos fundamentales, debido a que el fundamento de la organización política de la sociedad radica en la defensa de los derechos fundamentales de las personas.

⁵⁸⁶ Las normas téticas, son principios, que en palabras de Ramiro Ávila "*establecen un mandato de maximización, normalmente constan en el plano constitucional y tienen una estructura carente de hipótesis y de obligación concreta*" (Ramiro Ávila. Op. Cit. 24)

ordenamiento jurídico que reposa sobre la base de la carta magna. De esta manera, el Art. 11 Núm. 8, de la Constitución, determina que “*el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas*”⁵⁸⁷, determinando un carácter programático a las disposiciones contenidas dentro de la norma fundamental con la característica adicional de la comprensión de la jurisprudencia constitucional como una fuente importante de delimitación de los derechos fundamentales.

Dentro de la estructura del Estado construida en la Constitución de Montecristi, se dispuso la creación de la Corte Constitucional como el máximo organismo de control, interpretación y administración de la justicia constitucional dentro del Estado ecuatoriano⁵⁸⁸, posicionándolo como un poder referente y controlador de las acciones que desempeñan las distintas funciones del Estado, cuya labor se fundamenta en la protección de la supremacía constitucional y de la unidad del ordenamiento jurídico, que deben tener como objetivo fundamental la protección de los derechos fundamentales y la consecución del buen vivir.

Las competencias de la Corte Constitucional, de acuerdo a lo establecido en el Art. 436 de la Constitución de la República, y tomando el criterio de Claudia Escobar García, se resumen en la 1) Interpretación de las normas constitucionales 2) El control abstracto de la Constitucionalidad 3) El control concreto de la Constitucionalidad 4) Control de las garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales y 5) funciones de carácter político⁵⁸⁹

Para el caso que nos atañe, es necesario prestar especial atención en las competencias que refieren al control abstracto de la constitucionalidad y la interpretación obligatoria de la Constitución de la República, ya que el efecto del ejercicio de éstas puede determinar el tratamiento jurídico material de los Mandatos Constituyentes, y de esa forma procurar su compatibilización con el ordenamiento jurídico.

⁵⁸⁷ Constitución del Ecuador. Registro Oficial No. 449. 20 de Octubre de 2008. Art. 11 Núm. 8

⁵⁸⁸ Constitución del Ecuador. Registro Oficial No. 449. 20 de Octubre de 2008. Art. 429

⁵⁸⁹ Claudia Escobar “Del Tribunal a la Corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?” La Constitución del 2008 en el Contexto Andino. Quito. Ministerio de Justicia. 2008. Pág. 306

De acuerdo a Claudia Escobar García, dentro de esta categoría se puede ubicar a competencias de la Corte Constitucional que no se encuentran precisamente dentro de la potestad del control de la constitucionalidad, como son los dictámenes respecto a enjuiciamiento del Presidente y Vicepresidente de la República, de la llamada “muerte cruzada” o el abandono de cargo del primer mandatario (Claudia Escobar. Op. Cit. Pág. 351)

3.2.1 LA COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS JURÍDICAS

El control abstracto de la constitucionalidad, de acuerdo a nuestra Constitución, es una competencia exclusiva de la Corte Constitucional. De acuerdo con la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, este control tiene como fin la protección y garantía de *“la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico”*⁵⁹⁰. De ahí podemos comprender que esta competencia comprende a los actos de efectos generales y abstractos, es decir los actos normativos⁵⁹¹. En unos casos, este control se efectúa *a posteriori*, es decir después de que estos son expedidos, en el que la función del organismo de justicia constitucional es la de un legislador negativo que expulsará del ordenamiento jurídico a la norma que vulnere los principios y normas consagradas en el Código Político; y en otros, de manera preventiva en el proceso de formación del acto normativo⁵⁹², de forma tal que el organismo de justicia constitucional evite el nacimiento de una norma jurídica que contradiga los principios y preceptos contenidos en la carta magna.

El mecanismo establecido para el control de la constitucionalidad de los actos normativos es el de la acción pública de inconstitucionalidad que se encuentra previsto en los artículos 77 a 98 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y para el caso de los

⁵⁹⁰ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Suplemento de Registro Oficial No. 52. 22 de Octubre de 2009. Art. 74

⁵⁹¹ La Constitución de la República en su artículo 436, establece en su Núm. 2, establece la competencia de la Corte Constitucional para conocer las acciones de inconstitucionalidad tanto formal como material, de los actos normativos de carácter general expedidos por los organismos del Estado. Asimismo, en el numeral 4, se le establece la competencia de conocer las acciones de inconstitucionalidad de los actos administrativos de carácter general, que como expresamos anteriormente, consideramos que éstos también se encuentran dentro de la categoría de los actos normativos, por lo que constituye una norma reiterativa. Asimismo, podemos referir que la norma fundamental no excluye de este control a los tratados internacionales, las reformas constitucionales o los decretos supremos y normas expedidas en gobiernos de facto, que también podrían ser objeto de control constitucional abstracto.

⁵⁹² El control abstracto preventivo, de acuerdo al art. 76 de la LOGJCC, operaría cuando la Corte dictamina sobre las objeciones de inconstitucionalidad del Presidente de la República, proyectos de enmiendas, reformas y cambios constitucionales, convocatorias a democracia directa para cambios constitucionales, ratificación de tratados internacionales o los proyectos de Estatutos de Autonomía de Regiones y Distritos Metropolitanos (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Suplemento de Registro Oficial No. 52. 22 de Octubre de 2009. Art. 76)

Mandatos Constituyentes, se aplicarían las disposiciones contenidas en los Artículos 135 a 140, en el Capítulo referente a los actos normativos de origen no parlamentario.

Dentro de la Acción de Inconstitucionalidad, respecto a los Mandatos Constituyentes debemos tener las siguientes consideraciones:

i. La legitimación activa para presentar la Acción de Inconstitucionalidad corresponde a cualquier persona.⁵⁹³ En este sentido, la iniciativa recaería en cualquier ciudadano que reconociendo la problemática de los Mandatos Constituyentes, inicie la acción ante la Corte Constitucional.

ii. La Acción de Inconstitucionalidad puede ser presentada en cualquier momento después de expedido el acto por motivos de fondo.⁵⁹⁴ Para el caso que nos atañe, los Mandatos Constituyentes se expidieron durante el funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, y dado que la mayoría de ellos no ha sido objeto de una derogatoria expresa, se reputan como válidos y vigentes.

iii. El contenido de la demanda debe cumplir los requisitos establecidos en el Art. 79 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sobre todo en el aspecto relacionado a la fundamentación de la misma, que debe contener las disposiciones constitucionales infringidas y los argumentos que fundamenten la incompatibilidad normativa de las mismas.⁵⁹⁵ En este sentido, se presenta un problema inicial que radica respecto al enfoque de la pretensión contenida en la demanda de inconstitucionalidad. En este sentido, se podría atacar, en primer lugar, la característica de superioridad jerárquica normativa, inimpugnabilidad e imperatividad de los Mandatos Constituyentes, que implicaría la acusación a todos los Mandatos Constituyentes, fundamentando la configuración de una unidad jurídica⁵⁹⁶ y conexidad entre los 23 Mandatos. En segundo lugar, y atendiendo a la materia jurídica o a la norma constitucional concreta vulnerada por la vigencia del Mandato, se podría establecer una acción independiente para caso.

⁵⁹³ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Suplemento de Registro Oficial No. 52. 22 de Octubre de 2009. Art. 77

⁵⁹⁴ *Íbid.*

⁵⁹⁵ *Íbid.* Art. 79

⁵⁹⁶ De acuerdo al numeral 9 del Art. 76 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, existe unidad normativa en los siguientes casos:

a) Cuando la disposición acusada o su contenido se encuentran reproducidos en otros textos normativos no demandados;

b) Cuando no es posible producir un fallo sobre una disposición jurídica expresamente demandada, sin pronunciarse también sobre otra con la cual guarda una conexión estrecha y esencial; y,

c) Cuando la norma impugnada es consecuencia o causa directa de otras normas no impugnadas. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Suplemento de Registro Oficial No. 52. 22 de Octubre de 2009. Art. 76 Núm. 9)

iv. El Art. 82 de la LOGJCC permite la acumulación de demandas en los que exista una coincidencia total o parcial de normas impugnadas. Este mecanismo puede ser útil en el caso de la existencia de varias acciones de inconstitucionalidad sobre el mismo punto de derecho, que podría resultar ventajosa por el hecho de dotar de mayor fortaleza a la posición expuesta en cada acción individual

v. El Art. 85 permite que en caso de que la demanda sea admitida, se permita la intervención del órgano emisor del acto impugnado o de cualquier persona con el fin de defender la constitucionalidad o no de las normas impugnadas. En este caso, la ventaja radicaría en que la Asamblea Constituyente jurídicamente ya no existe, y por ende no tendría capacidad de presentarse en el proceso. Sin embargo, dada la composición política de la sociedad actual, se contaría con la presencia de los poderes del Estado y probablemente de algunas personas que actuaron como asambleístas en el órgano constituyente.

vi. El Art. 87 permite, en caso de solicitud de parte o de los jueces de la Corte, la realización de una audiencia en la que se expongan los argumentaciones de los intervinientes en el proceso, o de personas que puedan aportar en la resolución de la acción.⁵⁹⁷. En este caso, la audiencia permitiría fundamentar de mejor manera los argumentos jurídicos de la demanda planteada, con la ventaja adicional de sumar intervenciones que reivindiquen la pretensión contenida en la misma, de forma tal que el posicionamiento de los interpelantes adquiera una visualización que permita la adscripción de adherentes en la sociedad.

vii. De acuerdo al Art. 91, la sentencia debe contener en primer lugar, la parte de antecedentes procesales. La parte considerativa, debe incorporar el pronunciamiento de la Corte respecto de su competencia, planteamiento y resolución de los problemas jurídicos inherentes al caso, tomando en cuenta los criterios emitidos por las partes, y la síntesis explicativa de las argumentaciones de hecho y derecho realizadas y el criterio de la Corte para su decisión. La parte resolutive, finalmente, contendrá el pronunciamiento respecto a la constitucionalidad de la norma demandada y los efectos de la sentencia. En este sentido, es importante que la Corte Constitucional realice el reconocimiento de los Mandatos Constituyentes como normas preconstitucionales, que si bien fueron emitidas de manera extraordinaria por un órgano extraordinario, se reputan válidas por el principio de

⁵⁹⁷ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Suplemento de Registro Oficial No. 52. 22 de Octubre de 2009. Art. 87

seguridad jurídica y de continuidad del Estado, y que sin embargo, ante la vigencia del nuevo orden constitucional, adoptan la naturaleza de los actos que los modifican y que además se encuentran materialmente vinculados a la Constitución, de forma tal que las normas de estos instrumentos jurídicos que sean contrarios a ella, se encuentran sometidas al control abstracto de la constitucionalidad. Asimismo, el organismo jurisdiccional debe señalar expresamente las normas jurídicas declaradas como inconstitucionales, de forma tal que se evite la interpretación antojadiza del fallo por parte de las autoridades.

viii. En cuanto a los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad, éstos se producen hacia el futuro, salvo que por razones de seguridad jurídica, fuerza normativa, supremacía constitucional y garantía de derechos, se tengan que retrotraer los efectos de las sentencias o se tengan que diferir en el futuro.⁵⁹⁸ En este caso, en virtud de que los actos formalmente se reputaron como válidos y son anteriores a la Constitución, se debe reconocer sus efectos jurídicos al momento de su expedición y por ende, la inconstitucionalidad operaría desde el momento de su declaratoria por parte del cuerpo de jurisdicción constitucional.

ix. Los efectos del control de la constitucionalidad se subsumen en la inaplicabilidad de la norma declarada como inconstitucional por motivos de fondo, mientras subsista el fundamento de la misma; la imposibilidad de nuevas demandas de inconstitucionalidad contra el precepto acusado en caso de sentencia que desecha la demanda con un control integral previo; en caso de que no se haya realizado el control integral, no se pueden plantear nuevas demandas contra el precepto acusado con fundamento en los argumentos argüidos en la demanda⁵⁹⁹. En este sentido es importante que la Corte Constitucional exprese un fallo claro en el que se identifique claramente el fundamento del mismo, de forma tal que se eviten nuevas acciones que sean inútiles para el objetivo que persiguen.

Como corolario de todo esto, podemos colegir, que el ejercicio de las acciones de inconstitucionalidad en contra de los Mandatos Constituyentes se pueden efectuar, en primer lugar, desde el enfoque de los preceptos constitucionales vulnerados por la vigencia de estas normas jurídicas, para lo cual, el jurista que redacte el documento de la acción, deberá procurar una fundamentación suficiente respecto de la configuración de unidades normativas que permitan la declaratoria de inconstitucionalidad de disposiciones contenidas en varios Mandatos Constituyentes, como es el caso de la condición de supremacía jerárquica normativa, la inimpugnabilidad e imperatividad de los mismos. La

⁵⁹⁸ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Suplemento de Registro Oficial No.

52. 22 de Octubre de 2009. Art. 95

⁵⁹⁹ *Ibid.* Art. 95

otra forma, que sería recomendable en el caso de que el objetivo sea atacar disposiciones que regulan determinados aspectos de la realidad, como pueden ser las normas que regulan aspectos de derecho laboral o las designaciones de funcionarios, comprende la presentación de acciones distintas enfocadas a cada tema. Ambas opciones son de carácter complementario, ya que abarcan los problemas jurídicos que conciernen a los Mandatos Constituyentes y pueden tener como resultado una compatibilización de los mismos con el ordenamiento jurídico.

Es menester señalar, que la presentación de las distintas acciones puede dar lugar a que la Corte Constitucional emita criterios contradictorios respecto a un mismo punto de derecho, que tengan como resultado inseguridad jurídica y la profundización del problema de los Mandatos Constituyentes. Es menester recordar la potestad de la Corte Constitucional de dictar sentencias que constituyan jurisprudencia obligatoria y que se encuentra prevista en el Art. 436 Núm. 6 de la Constitución de la República⁶⁰⁰. Sin embargo, el procedimiento de selección de los precedentes constitucionales que establece la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁶⁰¹, para el ejercicio de esta potestad, limita el ejercicio de la misma a los fallos emitidos por los jueces y tribunales de la función judicial en el ejercicio de las garantías jurisdiccionales previstas en la norma fundamental. Sin embargo, es menester señalar que la Corte Constitucional para el Período de Transición expidió una sentencia de unificación⁶⁰², respecto a fallos

⁶⁰⁰ El Art. 436 Núm. 6 de la Constitución, establece que la Corte Constitucional tendrá la potestad de “Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión” (Constitución del Ecuador. Registro Oficial No. 441. 20 de Octubre de 2008. Art. 436, Núm. 6)

⁶⁰¹ De acuerdo a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la selección de jurisprudencia obligatoria, prevista en el Art. 25 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales prevé en primer lugar la recopilación de las sentencias ejecutoriadas de garantías jurisdiccionales a través de la remisión de éstas por parte de los órganos de la función Judicial respectivos. Posteriormente, éstos pasan a conocimiento de la Sala de Selección de la Corte, la misma que selecciona discrecionalmente los casos que serán objeto de selección. Una vez cumplido este aspecto, la Corte tiene el término de 40 días para expedir una sentencia de jurisprudencia obligatoria. Para la expedición de la sentencia, se deberá tener en cuenta el criterio expuesto por la sala de revisión, que se encuentra prevista en el Art. 199 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. En todo caso, las normas citadas se limitan a las garantías jurisdiccionales que se interponen ante los juzgados y tribunales, excluyendo de éstas al control abstracto de constitucionalidad y a las Acciones Extraordinarias de Protección y Por Incumplimiento.

⁶⁰² La Corte Constitucional, mediante Sentencia No. **N.º 001-12-PJO-CC**, de 5 de enero de 2012, basándose en el Art. 436 Núm. 6 de la Constitución, estableció un precedente jurisprudencial unificador respecto de decisiones adoptadas dentro de las Acciones Extraordinarias de Protección frente a algunas sentencias de carácter laboral que tenían identidad subjetiva y objetiva. Dentro de este fallo, la Corte reconoció su capacidad de expedir precedentes jurisprudenciales obligatorios en materia constitucional, más allá de la limitación establecida en la ley, y prescindiendo de las salas de revisión y selección.

expedidos en acciones extraordinarias de protección, lo cual, en un sentido formal, transgrede el procedimiento establecido en la ley para la expedición de sentencias de jurisprudencia obligatoria. Nuestra posición, en todo caso, se encuentra en el ámbito de que las potestades previstas en la Constitución, respecto al control de la constitucionalidad, al ser trascendentales para la efectiva vigencia del ordenamiento jurídico y la protección de los derechos fundamentales, deben orientarse en el sentido que más favorezca a un control integral de la constitucionalidad. De esta forma, el Art. 436 de la Constitución se refiere a que las sentencias de jurisprudencia obligatoria pueden versar sobre cualquier proceso constitucional, en el que se debe incluir, de manera responsable, a las acciones por inconstitucionalidad, constituyendo de esa manera un instrumento de producción jurídica que permita la unidad y armonía del ordenamiento jurídico, que permita cumplir el principio de la Constitución como verdadero fundamento de la juridicidad.

3.2.3 LA COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA INTERPRETACIÓN OBLIGATORIA DE LA CONSTITUCIÓN

Con el cambio del paradigma respecto al principio de la estricta constitucionalidad, y el papel que las normas constitucionales cumplen como valor y fundamento del ordenamiento jurídico, sumado a esta visión de garantía de los derechos fundamentales, han provocado que la interpretación constitucional por parte de los jueces constitucionales, en especial en lo que refiere a *“la vigencia y eficacia del principio de interpretación conforme a la Constitución”*⁶⁰³. En virtud de éste, y de otros factores que permiten la efectiva vigencia de los derechos fundamentales y su desarrollo normativo, las Constituciones modernas han depositado en la justicia constitucional la *“misión de garantizar la supremacía y fuerza normativa de las Cartas Políticas.”*⁶⁰⁴. Como consecuencia de todo esto, es importante señalar que el juez constitucional ahora determina el alcance de las normas constitucionales y por ende, no puede ser un simple aplicador de la norma fundamental. Al contrario, cumplirá esta nueva función en la *“medida en que tenga amplias potestades interpretativas con un alto nivel de obligatoriedad.”*⁶⁰⁵. La interpretación auténtica de la Constitución tiene un carácter normativo especial porque

⁶⁰³ Juan Montaña Pinto. “La Interpretación Constitucional: Variaciones de un tema inconcluso”. Genealogía de la Justicia Constitucional. Quito. Corte Constitucional. 2012 Pág. 196

⁶⁰⁴ Claudia Escobar. Op. Cit. Pág. 307

⁶⁰⁵ *Íbid.*

delimita y otorga cuerpo a los principios consagrados en la norma fundamental, lo cual constituye una verdadera fuente de creación del Derecho, cuestión que rompe con el tradicional criterio de la simple legalidad y la consecuente primacía del órgano parlamentario como único generador de la norma jurídica.

En este contexto, la Constitución del Ecuador aprobada en 2008, supone un cambio radical en cuanto a la potestad interpretativa de la Constitución. El Art. 436 Núm. 1 establece como competencia principal de la Corte Constitucional el “(...)ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante”⁶⁰⁶. En este sentido, la competencia contenida en esta disposición de la norma fundamental es sumamente amplia, porque dota de la característica de obligatoriedad a todas las decisiones que emite el organismo máximo de justicia constitucional⁶⁰⁷, consagrándolo como un órgano de producción normativa.⁶⁰⁸ El contenido de la norma constitucional consagra de manera especial el sistema de *Stare Decisis*⁶⁰⁹ para el caso de las garantías jurisdiccionales y los demás procesos constitucionales que surjan del ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional.

Sin embargo, la norma no excluye ni prohíbe la existencia de una acción especial en la que se solicite a este organismo de manera expresa, un pronunciamiento autónomo respecto del alcance de una norma constitucional en un “ejercicio típicamente normativo general”⁶¹⁰. En este caso no existe de por medio un acto normativo infraconstitucional como en el caso de las acciones de inconstitucionalidad, o la violación de un derecho constitucional en un caso concreto como en la acción extraordinaria de protección, ni corresponde al ejercicio de dictamen que hace la Corte ante situaciones concretas⁶¹¹

⁶⁰⁶ Constitución del Ecuador. Registro Oficial No. 449. 20 de Octubre de 2008. Art. 436 Núm. 1)

⁶⁰⁷ Los jueces constitucionales **crean derecho general y abstracto** mediante sus decisiones que cada vez con mayor fuerza en el ámbito continental se convierten en precedentes vinculantes, para jueces y particulares, de idéntica manera como lo hace la ley aprobada por el legislador ordinario; de tal manera que las interpretaciones de los jueces constitucionales son normas en el sentido fuerte del término, aunque no son normas de origen parlamentario. (Juan Montaña. Op. Cit. Pág. 203)

⁶⁰⁸ La disposición de la carta magna contenida en el Art. 436 Núm. 1, se encuentra complementada con el principio de obligatoriedad del precedente constitucional que se encuentra consagrado en el Art. 2 Núm. 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que establece que “Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante.” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Suplemento de Registro Oficial No. 52. 22 de Octubre de 2009. Art. 2 Núm. 3).

⁶⁰⁹ Sobre el *Stare Decisis*, nos remitimos a lo expuesto en el Capítulo I de esta disertación.

⁶¹⁰ Juan Montaña. Op. Cit. Pág. 203

⁶¹¹ Como es el caso de la calificación de la causal de disolución de la Asamblea o la destitución del Presidente de la República.

previstas en la Constitución⁶¹². Es así, que como resultado de estas nuevas realidades planteadas en la Constitución, apareció la “Acción de Interpretación” que es planteada ante la Corte Constitucional, la misma que contiene las siguientes disposiciones de aplicación que se encuentran previstas dentro de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

I. **Objeto y Competencia:** El Art. 154 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que el órgano competente es la Corte Constitucional, y en cuanto al objeto, la norma determina que la acción aplica para la *“interpretación de las normas de la parte orgánica⁶¹³ de la Constitución de la República, con el objeto de establecer el alcance de dichas normas, siempre que no exista una ley que desarrolle la cuestión objeto de interpretación.”*⁶¹⁴. A este respecto, podemos decir que la disposición legal pretende vaciar el contenido de la norma constitucional que otorga a la Corte la potestad de la interpretación auténtica de ésta, ya que le otorga en primer lugar un carácter residual a la acción, y en segundo lugar, limita el ámbito de la acción a la parte orgánica del código político, dejando la parte respectiva a la parte dogmática y al denominado bloque constitucional⁶¹⁵, en el ejercicio de las potestades constitucionales tradicionales y en la legislación de la Asamblea Nacional⁶¹⁶.

II. **Legitimación activa:** La legitimación activa, de conformidad con el Art. 155 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, restringe el ámbito respecto de las personas que pueden iniciar una acción de interpretación, limitándola al Presidente de la República, el Pleno del Congreso⁶¹⁷, la Función de Transparencia y

⁶¹² Juan Montaña. Op. Cit. Pág. 213

⁶¹³ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Suplemento de Registro Oficial No. 52. 22 de Octubre de 2009. Art. 154

Dentro de la Constitución, se puede identificar una parte en la que ésta *“organiza el poder del Estado a través de las instituciones políticas y reglamenta su ejercicio”* (Hernán Salgado. Op. Cit. Pág. 49) En esta parte del articulado de la norma fundamental, se establecen los órganos de los poderes públicos, su integración, competencias y los mecanismos de la designación de sus titulares. A este segmento de la Constitución se le conoce como “parte orgánica.”

⁶¹⁴ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Suplemento de Registro Oficial No. 52. 22 de Octubre de 2009. Art. 154

⁶¹⁵ Para lo que comprende el denominado “Bloque Constitucional”, nos remitimos a lo ya expuesto en el Capítulo II de esta disertación. Sin embargo, podríamos aclarar que las normas del bloque constitucional que tengan un carácter orgánico, podrían ser objeto de esta acción.

⁶¹⁶ Juan Montaña. Op. Cit. Pág. 219

⁶¹⁷ Ni en la Constitución, la Ley Orgánica de la Función Legislativa LOFL, ni la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales LOGJCC o algún otro cuerpo normativo, se establece con claridad la mayoría con la que se aprobaría una petición de interpretación constitucional. En virtud del Art. 132 de la norma fundamental, que establece que las decisiones de la Asamblea que no requieren de ley serán aprobadas por resoluciones

Control Social, Electoral y Judicial, a través de su órgano rector⁶¹⁸, y una especie de acción popular, limitada en la que un ciudadano puede presentar una acción si cuenta con el respaldo del 0,25 por ciento del padrón electoral nacional. Esta limitación, en palabras de Juan Montaña Pinto, “*hace un desarrollo de la legitimación activa totalmente contrario al espíritu incluyente y participativo que el constituyente determinó para el ejercicio de los derechos constitucionales*”⁶¹⁹. Todo esto en virtud de que la Constitución aprobada en Montecristi, tuvo en su telos fundamental el permitir que cualquier persona pueda ejercer las acciones constitucionales de manera abierta y general⁶²⁰, de forma tal que la ley vacía de contenido a la norma contenida en la carta magna.

III. **Trámite y contenido de la acción:** El trámite de la acción de interpretación, es el mismo que se aplica a las acciones del control abstracto de constitucionalidad, en cuanto fueren aplicables al procedimiento⁶²¹. En lo que respecta al contenido de la solicitud estos se enmarcan en la identificación del solicitante y compareciente, la transcripción de las normas objeto de la acción, los fundamentos que determinen la necesidad de la interpretación obligatoria de la norma constitucional, la opinión del recurrente respecto del alcance de la interpretación de la Corte y finalmente, la designación del lugar de notificaciones.

IV. **Mayoría de aprobación:** Respecto a la mayoría necesaria para la aprobación del criterio de interpretación, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales establece que ésta debe ser de al menos siete de los nueve jueces de la Corte Constitucional. De la misma manera, el cambio de criterio interpretativo debe ser aprobado por una mayoría similar, lo cual dota de cierta rigidez a esta acción y dificulta su utilización para fines coyunturales.⁶²²

o acuerdos, y en concordancia con el Art. 8 de la LOFL, que regula la mayoría con que se aprueban las resoluciones y acuerdos del legislativo, se entendería que esta decisión se adoptaría por mayoría simple.

⁶¹⁸ En cuanto a la Función de Transparencia y Control Social, el órgano rector provisto de iniciativa para plantear la acción de inconstitucionalidad, sería la instancia de coordinación señalada en el Art. 206 de la Constitución, y que está conformada por los titulares de cada órgano de esta función del Estado. En el caso de la Función Electoral, esta iniciativa comprendería iniciar al Presidente del Consejo Nacional Electoral, de conformidad con el Art. 218 Inciso Tercero de la Constitución, en su calidad de representante de esta Función del Estado. Sin embargo, la norma fundamental no establece quién es efectivamente el órgano rector de la misma, lo cual genera inaplicabilidad de la norma. En el caso de la Función Judicial, de acuerdo al Art. 178, correspondería al Consejo de la Judicatura que es el órgano de gobierno de esta Función del Estado.

⁶¹⁹ Juan Montaña. Op. Cit. Pág. 220

⁶²⁰ El Art. 439 de la Constitución señala lo siguiente: “**Art. 439.-** *Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente.*”

⁶²¹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Suplemento de Registro Oficial No. 52. 22 de Octubre de 2009. Art. 157

⁶²² *Ibid.* Art. 160

V. **Contenido del Dictamen:** Al no tratarse de una sentencia de control abstracto de constitucionalidad, la ley hace una distinción respecto al contenido que debe contener en su parte resolutive, la decisión de la Corte Constitucional respecto de la acción. En este sentido, la ley establece que se debe generar una regla que contenga el alcance de la interpretación de la norma constitucional, con la respectiva fundamentación en los principios de hermenéutica necesarios para este efecto y los principios constitucionales concernientes al caso.⁶²³

VI. **Efectos, vigencia y alcance del fallo:** De acuerdo al Art. 159, que hace concordancia con el Art. 436 Núm. 1, establece que el dictamen emitido por la Corte tiene carácter vinculante general, desde el momento de su publicación en el Registro Oficial⁶²⁴. En cuanto al alcance del fallo, el Art. 161, se refiere a los aspectos sobre los que no puede pronunciarse el órgano de justicia constitucional con motivo de esta acción, y que se hallan enmarcados en el control abstracto de la constitucionalidad, el ejercicio del control concreto de la constitucionalidad, resolver respecto de las garantías jurisdiccionales (lo que incluye resolver acciones extraordinarias de protección o acciones por incumplimiento), o dirimir conflictos de competencias de los órganos públicos. Todo esto está vinculado a la característica que la Constitución ha pretendido dotar a la competencia de la Corte Constitucional respecto de la interpretación auténtica de la norma fundamental, la misma que comprende una capacidad normativa, abstracta y general.

Para el caso de los Mandatos Constituyentes, al menos en el contexto ideal que estableció la Constitución del año 2008, hubiese sido perfectamente aplicable una interpretación respecto del alcance del Art. 425 de la norma fundamental que establece la jerarquía de las normas jurídicas del país frente a las normas preconstitucionales, en especial los Mandatos Constituyentes, de forma tal que, adoptando el criterio que hemos visto en la sentencia del TC que analizamos previamente, nos diga inequívocamente la condición material y formal de los mismos y su final sujeción al control abstracto de la constitucionalidad. De esta manera se hubiese podido armonizar el contenido de las disposiciones de la Ley Orgánica de la Función Legislativa con la presentación de acciones de inconstitucionalidad que permitan expulsar del ordenamiento jurídico las normas materialmente inconstitucionales y la regularización de todas las disposiciones contenidas en esos instrumentos jurídicos.

⁶²³ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Suplemento de Registro Oficial No. 52. 22 de Octubre de 2009. Art. 158

⁶²⁴ *Ibid.* Art. 159

Sin embargo, la lamentable delimitación que fue establecida en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional hace que sea imposible un pronunciamiento de la Corte Constitucional en este sentido, ya que únicamente circunscribe esta acción a la parte orgánica de la Constitución y el Art. 425, al establecer un principio, corresponde al espectro de la parte dogmática, que de acuerdo a lo establecido en la ley, quedaría en manos de lo que se resuelva en el control abstracto o en los criterios que se emitan al momento del ejercicio de las competencias respectivas a las garantías jurisdiccionales, teniendo a las sentencias de unificación como la única forma de aplicar un criterio abstracto uniforme que permita resolver de una buena vez esta problemática. En este sentido, sería menester una reforma urgente de la ley, o en su defecto, una acción de inconstitucionalidad sobre los artículos de la ley que permita restaurar la voluntad del constituyente al momento de expedirse la nueva carta fundamental.

Finalmente, con todos los antecedentes expuestos, podemos ver de manera especial, que dentro de la Corte Constitucional, los Mandatos Constituyentes pueden ser materialmente compatibilizados con el ordenamiento jurídico, a través de las acciones del control abstracto de la constitucionalidad, que permitirían la expulsión de las normas contraventoras de la Constitución y que restauren efectivamente la juridicidad en cuanto a este particular. Es menester señalar, que si bien se produjeron criterios jurisprudenciales en la autodenominada Corte Constitucional para el Período de Transición, en virtud del mismo principio de *Stare Decisis*, esta puede apartarse fundamentadamente respecto del criterio anterior, de forma tal que se puedan corregir los errores interpretativos que se aplicaron con anterioridad, cuestión que nos brinda una esperanza para el ejercicio de estas acciones en el futuro.

CAPÍTULO IV CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A lo largo de esta disertación, hemos analizado los antecedentes del proceso constituyente que tuvo como resultado la Constitución de la República promulgada el 20 de octubre de 2008. Estudiamos la accidentada convocatoria, naturaleza, características, competencias y actuaciones del órgano que redactó el proyecto de la misma, que fue finalmente aprobado en el referéndum constitucional de septiembre de ese mismo año. Posteriormente, examinamos a los denominados Mandatos Constituyentes desde el punto

de vista de su semántica, de las disposiciones contenidas en ellos, de la forma en que ingresaron en la vida jurídica para de esa manera determinar su naturaleza jurídica y finalmente, analizamos las opciones para compatibilizarlos en el ordenamiento jurídico nacional tanto desde el poder legislativo como de las competencias de la Corte Constitucional. Como consecuencia de todo esto, podemos concluir lo siguiente:

1. El proceso constituyente de 2008 fue consecuencia de la inestabilidad política e institucional que el Ecuador sufrió en la última década del siglo XX y la primera del Siglo XXI: A partir del año de 1997, cuando el Congreso Nacional cesó de manera inconstitucional al Presidente Abdalá Bucaram, el país inició un proceso progresivo de desinstitucionalización del Estado, que tuvo entre sus puntos culminantes la salida prematura del poder de otros dos primeros mandatarios electos democráticamente por el pueblo y la permanente vulneración de los preceptos establecidos en la carta magna para la designación de las autoridades de control. Ante estos acontecimientos que se sumaron a las demandas de la sociedad por la ampliación del horizonte de derechos fundamentales, el proceso constituyente de 2008 apareció como una valiosa oportunidad para restaurar la institucionalidad perdida, garantizar la efectiva vigencia de los derechos fundamentales y generar una nueva forma de gestión política para el país.

2. El proceso constituyente de 2008 como originario postfundacional y revolucionario: El proceso constituyente de 2008 fue de carácter originario postfundacional basado en el principio de la soberanía popular con pretensiones de revolucionario y “refundacional”, en el que se convocó a un órgano extraordinario que tenía la única competencia de redactar un proyecto de Constitución que transforme el marco institucional del Estado ecuatoriano, reservándose el acto constituyente al pronunciamiento favorable del pueblo.

En primer lugar, como demostramos suficientemente, el cambio total de Constitución y la convocatoria a una Asamblea Constituyente no se encontraba previsto en la Constitución de 1998, por lo que la Presidencia de la República, que actuó como órgano preconstituyente en esa ocasión, omitió la referencia a cualquier norma de la carta magna que relacionara directamente a la creación de este organismo extraordinario con el proceso de reforma constitucional previsto en el ordenamiento jurídico vigente a esa época. En este sentido, la Presidencia de la República desconoció al Congreso Nacional cualquier opción

para pronunciarse respecto a la validez de la convocatoria a Consulta Popular, permitiendo al Tribunal Supremo Electoral, ser el órgano que remita el Decreto Ejecutivo contentivo de la convocatoria a la Consulta Popular del 15 de abril de 2007 a este poder del Estado y de manera condicionada autorizó la realización de este proceso electoral. Presentandose como un llamamiento a un proceso de poder constituyente originario, imposible de ser previsto en detalle en la misma Constitución, y que sumado a la inexistencia de normas respecto al poder preconstituyente, fue ejercido de manera fáctica.

En segundo lugar, fue un proceso constituyente de carácter originario, por el producto que tuvo como resultado después de la implementación del mismo, que es la Constitución del año 2008, que plantea una estructura del Estado completamente diferente a la Constitución de 1998, en la que se incorporaron instituciones, preceptos y una visión de transversalidad respecto del ejercicio de los derechos fundamentales.

En tercer lugar, tuvo pretensiones de ser revolucionario, fundacional y soberano, en el sentido de que la Nueva Constitución sería aprobada por el sufragio de todo el universo de electores, considerándose este acto como el establecimiento de un nuevo contrato social más incluyente para todo el conglomerado ecuatoriano. En este sentido, se propició un discurso enfocado en la destrucción de las viejas estructuras políticas y legales, al punto de que se convenció a la ciudadanía de que el órgano a instalarse en el mes de noviembre de 2007 estaría investido de poderes supremos, con la capacidad de “*mandar a su casa*”, a las autoridades electas y de imponer decisiones obligatorias para todos los ecuatorianos. En virtud de esto se produjo un proceso paulatino de destrucción de la institucionalidad existente que tuvo como puntos determinantes la curiosa destitución de 57 legisladores por parte del Tribunal Supremo Electoral, y el famoso Mandato No. 1, que terminó de plasmar el establecimiento de un “Estado de Facto” que estaría presente a lo largo del funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente.

3. Sobre la Asamblea Nacional Constituyente, sus competencias y sus actuaciones: El órgano redactor del proyecto, denominado Asamblea Nacional Constituyente, se extralimitó en sus funciones, asumiéndose como la expresión de la soberanía popular, abrogando el orden constitucional vigente e instaurando un régimen de facto al ejercer mediante actos de fuerza que afectaron a los poderes constituidos, a la vigencia del ordenamiento jurídico, supeditando la legalidad a los designios emitidos por este cuerpo colegiado.

Es menester recordar que el Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente, estableció con claridad absoluta, que la única atribución de este organismo era la elaboración y aprobación de un proyecto de Nueva Constitución que, en ese sentido, transforme de manera profunda el marco institucional del Estado, respetando el contenido de los Derechos Humanos. Si bien la expresión “transformación del marco institucional del Estado” se encontraba redactada de forma tal que hacía entender a ésta como una atribución independiente de la de la elaboración del proyecto constitucional, se debe comprender, en un sentido restrictivo, como una reiteración innecesaria de la competencia de elaboración del texto constitucional, en virtud de que en éste se encuentra el “marco institucional” de los poderes públicos, al establecer los órganos, competencias, forma de designación de los titulares de los mismos y su forma de designación; y en cambio, en un sentido amplio, como la capacidad de la Asamblea de redactar las leyes fundamentales que permitiesen la aplicación inmediata y pertinente de las nuevas disposiciones contenidas en el nuevo ordenamiento jurídico, del cual la Constitución a someterse a escrutinio popular sería el fundamento y condición de unidad y validez.

Sin embargo, y motivada por esa pretensión revolucionaria, soberana y fundacional, el flamante organismo destruyó lo que quedaba de la institucionalidad estatal, al declararse como única representante legítima de la soberanía popular, y por ende, con capacidad de ejercer no solamente la labor encomendada en el Estatuto de Funcionamiento, sino también la capacidad de arrogarse atribuciones de los poderes constituidos, de remover de sus cargos, declarar en receso y designar a las autoridades de estos organismos y en fin, de someter el ordenamiento jurídico a las disposiciones de este cuerpo colegiado, es decir, instituyendo un verdadero Estado de Facto.

Como punto culminante de estos actos arbitrarios, la Asamblea Constituyente dotó a sus actuaciones de supremacía jerárquica, de obligatoriedad, imperatividad e inimpugnabilidad⁶²⁵, lo que privó al ciudadano de su derecho a la tutela judicial efectiva de sus derechos fundamentales, elemento fundamental para la existencia del Estado de Derecho.

4. Los Mandatos Constituyentes como instrumentos jurídicos: Los Mandatos Constituyentes son actos de fuerza expedidos por gobierno de facto constituido por un

⁶²⁵ Hay que hacer especial mención respecto a este particular, en sentido de que el incumplimiento de un Mandato Constituyente, o la admisión de algún recurso o amparo en contra de los mismos, era considerado como causal para su remoción o destitución

golpe de Estado de pretensión revolucionaria perpetrado por la Asamblea Nacional Constituyente. Por este motivo se encuentran alejados de toda noción de juridicidad, y por ser anteriores a la Constitución de 2008, se configuran como normas preconstitucionales que al reputarse como válidas y vigentes, deben ser objeto de un tratamiento jurídico que permita compatibilizarlos en el ordenamiento jurídico.

Mediante los Mandatos Constituyente, se adoptaron disposiciones de variada naturaleza, unas de reserva normativa legal y administrativa: en otros casos de naturaleza constituyente, preconstituyente y de las atribuciones políticas del legislativo; e incluso, como es el caso del Mandato Constituyente No. 13 respecto a la incautación de los bienes de Filanbanco, actos administrativos de efecto netamente particular, cuestión que evidentemente genera un problema material con respecto a su compatibilización, y una carencia completa de lógica, por parte de los asambleístas constituyentes, respecto de qué asuntos debían regularse a través de este instrumento, o del alcance de los mismos. En todo caso, parece que la Asamblea empleó este mecanismo, cuando necesitaba expedir normas abiertamente reñidas con cualquier criterio de lógica jurídica, y cuando el ejercicio del poder demandaba la generación de decisiones inmediatas, con el fin de evitar procedimientos largos y complejos como es el caso de la ley, o por simple demagogia, como es el caso de la llamada “portabilidad numérica” en el país.

En cuanto al tratamiento jurídico, después de analizar el criterio de la doctrina respecto a los actos expedidos por los gobiernos de facto, la jurisprudencia constitucional y la Ley Orgánica de la Función Legislativa, podemos determinar que los Mandatos Constituyentes no se encuentran en principio, dentro de la pirámide normativa establecida en el Art. 425 de la Constitución del 2008. Por ende tienen el carácter de normas preconstitucionales, cuestión que genera consideraciones importantes respecto de su compatibilización en el ordenamiento jurídico. En primer lugar, nos encontramos con el aspecto formal, en el que adoptando el criterio del antiguo Tribunal Constitucional⁶²⁶, que estableció que los actos expedidos por gobiernos de facto, en su aspecto formal, adoptarían la categoría jurídica de los actos que los reformen o modifiquen, quedando materialmente a merced del control abstracto de constitucionalidad, la Ley Orgánica de la Función Legislativa, en la Disposición Especial Cuarta, adoptó la decisión de que estas decisiones se reformen mediante leyes orgánicas, cuestión que implicaría el reconocimiento de esta jerarquía normativa para estos actos. Asimismo, la Disposición Transitoria Octava, se

⁶²⁶ Resolución No. No. 005-2003-TC

refirió a la vigencia de los Mandatos que consistían en la designación de autoridades de los poderes constituidos, mismos que perderían su vigencia al momento de designarse a las autoridades definitivas de conformidad con el Régimen de Transición de la Constitución ecuatoriana. En este sentido, una primera aproximación nos permite afirmar que si bien formalmente se ha determinado la solución de compatibilización de los Mandatos en el ordenamiento jurídico, materialmente, las materias reguladas a través de estos instrumentos son tan disímiles, que se tendrá que observar su contenido material para comprender su naturaleza. Sin embargo, la Corte Constituyente para el período de transición, en el marco de una Acción por Incumplimiento⁶²⁷, les dotó erróneamente de una “máxima jerarquía de naturaleza “supraconstitucional”, que si bien, en primer lugar, los excluyó al menos del denominado “bloque de constitucionalidad”, les reconoció una naturaleza jurídica supraconstitucional, que pone en peligro de muerte al principio de supremacía constitucional y al principio de la Constitución como condición de validez y unidad del orden jurídico.

El papel desempeñado por la justicia constitucional durante el proceso constituyente y estos primeros años de vigencia de la denominada “Constitución de Montecristi”, es uno de los pasivos más grandes en cuanto a la preservación de la institucionalidad en el Ecuador, cuestión que seguramente quedará señalado en los años siguientes, cuando el juicio histórico permita analizar de manera integral a todos estos acontecimientos.

5. La compatibilización de los Mandatos Constituyentes con el Ordenamiento Jurídico: En virtud de lo aprobado en la Ley Orgánica de la Función Legislativa y el aspecto concerniente al contenido material de los Mandatos Constituyentes, podemos establecer la existencia de dos mecanismos de compatibilización estas disposiciones. El primero a través de carácter formal a través del ejercicio legislativo por parte de la Asamblea Nacional y el otro respecto de lo material, vinculado a las competencias de la Corte Constitucional respecto al control constitucional abstracto.

Respecto al ejercicio legislativo determinamos como pautas legislativas importantes de regularización de los Mandatos, a la derogatoria expresa de aquellos que tuvieron como objeto la designación de funcionarios, la imposibilidad de la existencia de un solo proyecto de ley que permita la compatibilización de todos estos instrumentos y la codificación o

⁶²⁷ Sentencia N.º 0004-09-SAN-CC

depuración normativa, a través de la incorporación de las normas contenidas en éstos a cuerpos legales afines como la mejor opción legislativa de incorporación de estas normas dentro de las normas catalogadas en el Art. 425 de la Constitución.

Por otra parte, dentro del ámbito de las competencias de la Corte Constitucional, el principal elemento de control y compatibilización de los Mandatos se encontraría dentro del ejercicio del control abstracto de constitucionalidad a través de acciones públicas de inconstitucionalidad que persigan la expulsión de normas jurídicas contenidas en estos instrumentos que violan abiertamente los preceptos contenidos en la norma fundamental. De esta manera, los accionantes tienen que fundamentar la existencia de unidades jurídicas que permitan la expulsión de un mayor número de normas a través de una sola acción, de forma tal que se eviten fallos contradictorios que empeoren la inseguridad jurídica ya existente respecto a estos instrumentos. Por otra parte, se haría necesario, en virtud de la existencia de un cierto número de sentencias, el establecimiento de un precedente jurisprudencial obligatorio que unifique los criterios jurídicos en base a esta problemática. Finalmente, luego de analizar la denominada “Acción de Interpretación” que comprende un ejercicio normativo abstracto respecto el alcance de una norma constitucional, podemos afirmar que sería un mecanismo idóneo para que los Mandatos Constituyentes sean compatibilizados en el ordenamiento jurídico nacional, si la Corte determinara, mediante dictamen fundamentado, la jerarquía normativa de estas disposiciones en el marco del Art. 425 de la Constitución. Sin embargo, lamentamos las limitaciones que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ha establecido para esta novel acción, restringiendo su ámbito a la parte orgánica de la Constitución y con un reducido ámbito de legitimación activa, que vacía los preceptos de la norma fundamental, que se orientan hacia la ampliación total de la legitimación activa en el caso de las acciones constitucionales y la integralidad que éstas deben cumplir, sobre todo enmarcadas a la protección y garantía de los derechos fundamentales.

6. La conciencia constitucional y el respeto a las instituciones como alternativa al abuso en cuanto al ejercicio del poder constituyente originario postfundacional: En definitiva, el desarrollo de esta disertación nos ha permitido evidenciar la dinámica de los procesos políticos en nuestro país en los últimos años, en que la temática del poder constituyente, la composición de Asambleas reformadoras u originarias y el rescate de la institucionalidad y juridicidad en el Estado, han sido una constante problemática latente en

el debate diario, sobre todo por una convicción cultural presente en nuestra tradición jurídica de que la Constitución, y de manera general las leyes son fines en sí mismos para alcanzar la prosperidad y el desarrollo, motivo por el cual hemos aprobado de manera alegre, 20 códigos políticos en nuestra historia republicana⁶²⁸. Los procesos constituyentes, en especial los de carácter originario, son procesos que se producen como consecuencia de dinámicas sociales bruscas, como son la interrupción de la juridicidad por un golpe de estado, rebeliones o revoluciones e implican transformaciones profundas y violentas para la sociedad. En el caso ecuatoriano, se ha utilizado este tipo de procesos para justificar el ascenso al poder de un determinado grupo o tendencia política, lo cual ha producido una crisis de institucionalidad que con el paso del tiempo se ahonda más, debido a que en el caso de un recambio ideológico dentro de la concepción del gobierno, las nuevas autoridades optan por llamar a procesos constituyentes originarios o derivados que implican cambios jurídicos nuevamente importantes, cuestión que impide el afianzamiento de la Constitución dentro de la vida social y su efectiva materialización. Por este motivo es importante la generación de conciencia constitucional y respeto por las instituciones políticas, ya que únicamente la construcción de un Estado de Derecho puede determinar el cumplimiento de los objetivos que persigue el pacto social como norma de convivencia del conglomerado, y nos permite contar con herramientas válidas y concretas del control y protección del ciudadano frente a los abusos del poder, elemento fundamental para la construcción del objetivo señalado por los mismos “constituyentes” de Montecristi, el denominado “Buen Vivir”.

Más allá de la retórica revolucionaria y el obnubilante concepto del cambio por el cambio como único medio de progreso y prosperidad, es importante contar con los verdaderos objetivos del Ecuador como sociedad pacífica, en el que exista una verdadera convivencia de unidad en la diversidad. Debemos convencernos que el verdadero espíritu de la Constitución y las leyes no es ser considerados como fin o panacea de la prosperidad y el desarrollo de una sociedad. El verdadero telos de la Constitución y demás normas jurídicas del ordenamiento jurídico es su funcionamiento como medio para alcanzar el principal objetivo del constitucionalismo, que es la garantía y ejercicio pleno de los

⁶²⁸ Evidentemente, excluimos a la Constitución Quiteña de 1812, e incluimos a las Constituciones de 1938 y 1998, ya que la primera no fue promulgada, y por ende no entró en la vida jurídica, y la de 1998, que si bien contiene grandes reformas con respecto a la Codificación Constitucional de la Constitución de 1978, expedida en 1997, fue promulgada como una codificación y reforma de ese mismo texto constitucional.

derechos fundamentales, lo demás, se construye con trabajo y con compromiso por nuestras instituciones.

BIBLIOGRAFÍA

I. DOCTRINA

- 1) Aláez, Benito. “Las Normas Preconstitucionales y el Mito del Poder Constituyente”. Revista de Estudios Políticos. No. 103. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1999.
- 2) Ávila Santamaría Ramiro. “*Ecuador Estado de Derechos y Justicia*”. La Constitución del 2008 en el Contexto Andino. Quito. Ministerio de Justicia. 2008
- 3) Bidart Campos, Derecho Político, Buenos Aires, Aguilar, 1972.
- 4) Bobbio, Norberto, Diccionario de Política. Madrid, España. Trotta.1983
- 5) Bobbio, Norberto, 1909- Teoría general de la política. Madrid, España. Trotta. Segunda Edición. 1976.
- 6) Bobbio, Norberto. Teoría General del Derecho. Madrid. Editorial Debate S.A. 1956.
- 7) Borja Rodrigo. Derecho Político y Constitucional. México. Fondo de Cultura Económica. 1991.
- 8) Cabanellas, Gillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires. Argentina. Heliasta. Décima Séptima Edición. 2005.
- 9) Caicedo Tapia, Danilo. “**El bloque de constitucionalidad en el Ecuador.Derechos Humanos más allá de la Constitución**”. Revista de Derecho Foro. Quito. Universidad Andina Simón Bolívar. No. 12. II Semestre 2009.
- 10) Carbajal, Juan Alberto. Tratado de Derecho Constitucional: Teoría de la Constitución. México DF. Editorial Porrúa. 2002
- 11) Carpizo, Jorge. Algunas reflexiones sobre el Poder Constituyente. Internet. Acceso: 25/06/2012.
- 12) Cornejo, Diego. **¡Que se vaya! : crónica del bucaramato**. Quito. Edimpres. 1997
- 13) De los Santos Olivo Isidro. Plebiscito y Referéndum. Concepciones Terminológicas. Internet. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2921/21.pdf>
Acceso: 17/07/2012

- 14) De Vega García, Pedro. En Torno a la Legitimidad Constitucional. Internet. <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/641/38.pdf>. Acceso: 15/06/2012.
- 15) Díaz Elías, Estado De Derecho y Legitimidad Democrática. Buenos Aires / México DF. Siglo XXI Editores. 2002
- 16) Echeverría, Julio. Plenos poderes y transformación constitucional. Quito, Ecuador. Abya Yala Diagonal. 2008
- 17) Escobar, Claudia “Del Tribunal a la Corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?” La Constitución del 2008 en el Contexto Andino. Quito. Ministerio de Justicia. 2008.
- 18) Espinosa, Simón. Presidentes del Ecuador. Quito. Editorial Vistazo. 1996
- 19) García Amigo, Manuel. Teoría General de las Obligaciones y Contratos. Madrid. **McGraw-Hill**. 1995
- 20) Heller, Herman. La Soberanía. México D.F., Universidad Autónoma de México, 1965
- 21) Kelsen, Hans. Teoría General del Estado. México. Editora Nacional. 1965.
- 22) Larrea, Holguín, Juan Ignacio. Derecho constitucional ecuatoriano. Quito, Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2000
- 23) Machado, Jorge. La Codificación. Internet <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/10/ccr.html> Acceso: 24/09/2012
- 24) Monroy Cabra, Marco Gerardo. Concepto de Constitución. Internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20051/pr/pr3.pdf> Último Acceso: 17/04/2011
- 25) Montaña Pinto, Juan. “La Interpretación Constitucional: Variaciones de un tema inconcluso”. Genealogía de la Justicia Constitucional. Quito. Corte Constitucional. 2012
- 26) Muro Ruiz, Eliseo. Elementos de Técnica Legislativa. México D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México. 2006
- 27) Oyarte, Rafael. Curso de Derecho Constitucional. Tomo 1 Quito, Andrade & Asociados, 2007
- 28) Pérez, Efraín. Manual de Derecho Administrativo. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. Segunda Edición. 2011.
- 29) Ramírez Cleves, Gonzalo. Los límites a la reforma constitucional y las garantías - límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma.

- Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2003.
- 30) Requejo Pagés, Juan Luis. Las Normas Preconstituyentes y el Mito del Poder Constituyente. Madrid, España. 1998
 - 31) Reyes Echandía, Alfonso. Antijuridicidad. Bogotá. Temis S.A. 1999.
 - 32) Salgado Pesantes, Hernán. Lecciones de derecho constitucional Quito, Ecuador. Ediciones Legales. 2004
 - 33) Sagüés, Néstor Pedro. Elementos de Derecho Constitucional. Buenos Aires. Astrea. 2001.
 - 34) Schmitt, Carl. 1888-1985 Diálogo sobre el poder y el acceso al poderoso. Buenos Aires. Klett- Cotta. 2010
 - 35) Schmitt, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid. Alianza Editorial. 1933.
 - 36) Secaira, Gabriel. Los Vicios del Conocimiento. Quito. Universidad Central del Ecuador. 1949.
 - 37) Secaira, Patricio. Curso Breve de Derecho Administrativo. Quito. Editorial Universitaria. 2004.
 - 38) Sola, Juan Vicente. Derecho Constitucional. La ley. 2006.
 - 39) Torres, Luis Fernando. Presidencialismo Constituyente. Quito. Cevallos Editora Jurídica. 2009
 - 40) Trujillo, Julio César. Teoría General del Estado. Quito. Abya Yala. 2006
 - 41) Trabucco, Federico E. Síntesis histórica de la Republica del Ecuador: legislación y principales hechos. Quito. Editorial Santo Domingo. 1969
 - 42) Trabucco, Federico E. Constituciones de la Republica del Ecuador: legislación y principales hechos. Quito. Editorial Santo Domingo. 1975
 - 43) Vacca González, Víctor. Constituyente: Compromiso y Realidad. Quito. Cámara Ecuatoriana del Libro. 2007
 - 44) Vintimilla Saldaña, Jaime. Una teoría del poder constituyente en el Ecuador. Quito Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia. 1990
 - 45) World Intellectual Property Organization. Medidas de Frontera. Internet. <http://www.wipo.int/enforcement/es/faq/border/faq01.html>, Acceso: 24/09/2011)

II. Legislación Ecuatoriana:

- 1) Codificación Código Civil. Suplemento de Registro Oficial No. 46. 24 de junio de 2005
- 2) Codificación de la Constitución Política del Ecuador. Suplemento Registro Oficial No. 146. 5 de septiembre de 1997.
- 3) Codificación del Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente. Segundo Suplemento Registro Oficial No 33, 5 de Marzo de 2007
- 4) Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449. 20 de Octubre de 2008
- 5) Constitución Política del Ecuador 1998. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.
- 6) Constitución Política de la República del Ecuador reformada de 1996. R.O. No. 969. 18 de Junio de 1996.
- 7) Decreto Supremo No. 001. Registro Oficial No. 001, 16 de Febrero 1972
- 8) Estatuto Orgánico y de Procedimiento de la Asamblea Constituyente. Registro Oficial No. 240, 21 de enero de 1998.
- 9) Ley Orgánica de la Función Legislativa. Suplemento de Registro Oficial No. 642. 27 de Julio de 2009.
- 10) Ley Orgánica de Elecciones. Registro Oficial No. 117. 11 de Julio de 2000
- 11) Ley Especial para la Elección de Representantes para la Asamblea Nacional. Suplemento de Registro Oficial No. 149. 10 de septiembre de 1997
- 12) Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Suplemento de Registro Oficial No. 52. 22 de Octubre de 2009.
- 13) Mandato Constituyente No. 1. Suplemento de Registro Oficial No. 223, 30 de Noviembre de 2007
- 14) Mandato Constituyente No. 2. Suplemento Registro Oficial No. 261. 28 de Enero de 2008
- 15) Mandato Constituyente No. 3. Suplemento Registro Oficial No. 261. 28 de Enero de 2008.
- 16) Mandato Constituyente No. 4. Suplemento Registro Oficial No. 273. 14 de Febrero de 2008.

- 17) Mandato Constituyente No. 5. Suplemento Registro Oficial No. 294. 13 de Marzo de 2008.
- 18) Mandato Constituyente No. 6. Suplemento Registro Oficial No. 321. 22 de Abril de 2008.
- 19) Mandato Constituyente No. 7. Suplemento Registro Oficial No. 321. 22 de Abril de 2008.
- 20) Mandato Constituyente No. 8. Suplemento Registro Oficial No. 330. 6 de Enero de Mayo de 2008.
- 21) Mandato Constituyente No. 9. Registro Oficial No. 339. 17 de Mayo. de 2008.
- 22) Mandato Constituyente No. 10. Suplemento Registro Oficial No. 348. 29 de Mayo de 2008.
- 23) Mandato Constituyente No. 11. Suplemento Registro Oficial No. 362. 18 de Junio de 2008.
- 24) Mandato Constituyente No. 12. Suplemento Registro Oficial No. 378. 10 de Julio de 2008.
- 25) Mandato Constituyente No. 13. Suplemento Registro Oficial No. 378. 10 de Julio de 2008.
- 26) Mandato Constituyente No. 14. Suplemento Registro Oficial No. 261. 28 de Enero de 2008.
- 27) Mandato Constituyente No. 15. Suplemento Registro Oficial No. 393. 31 de Julio de 2008.
- 28) Mandato Constituyente No. 16. Suplemento Registro Oficial No. 393. 31 de Julio de 2008.
- 29) Mandato Constituyente No. 17. Suplemento Registro Oficial No. 393. 31 de Julio de 2008.
- 30) Mandato Constituyente No. 18. Suplemento Registro Oficial No. 393. 31 de Julio de 2008.
- 31) Mandato Constituyente No. 19. Suplemento Registro Oficial No. 393. 31 de Julio de 2008.
- 32) Mandato Constituyente No. 20. Suplemento Registro Oficial No. 393. 31 de Julio de 2008.
- 33) Mandato Constituyente No. 21. Suplemento Registro Oficial No. 393. 31 de Julio de 2008.

- 34) Mandato Constituyente No. 22. Suplemento Registro Oficial No. 458. 31 de Octubre de 2008.
- 35) Mandato Constituyente No. 23. Suplemento Registro Oficial No. 458. 31 de Octubre de 2008.
- 36) Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente. Suplemento de Registro Oficial No. 236. 20 de diciembre de 2007.

III. JURISPRUDENCIA Y ACTOS DEL PODER PÚBLICO:

- 1) Asamblea Nacional Constituyente. Resolución S/N. Registro Oficial No. 235, 14 de enero de 1998.
- 2) Congreso Nacional del Ecuador. Resolución de Destitución de Abdalá Bucaran. Suplemento Registro Oficial No. 23, 14 de Marzo de 1997
- 3) Congreso Nacional. Resolución de ratificación de la destitución de Abdalá Bucaram. Suplemento R.O. No. 23, 14 de marzo de 1997.
- 4) Congreso Nacional. Resolución No. 21-025 Registro Oficial No. 7, 1 de febrero de 2000.
- 5) Congreso Nacional. Resolución No. 25-160. Registro Oficial No. 485. 20 de diciembre de 2004
- 6) Congreso Nacional. Resolución No. 21-025 Registro Oficial No. 7, 1 de febrero de 2000.
- 7) Congreso Nacional. Resolución No. 25-160. Registro Oficial No. 485. 20 de diciembre de 2004
- 8) Congreso Nacional. Resolución No. R-28-038. Suplemento de Registro Oficial No.25. 21 de febrero de 2007
- 9) Corte Constitucional, Sentencia N.º 0004-09-SAN-CC 2009.
- 10) Presidencia de la República. Decreto Ejecutivo No. 201. Registro Oficial No. 38. 7 de abril de 1997.
- 11) Presidencia de la República. Decreto Ejecutivo No.240. Suplemento R.O No. 49, 22 de abril de 1997.
- 12) Presidencia de la República. Decreto Ejecutivo No. 2752. Registro Oficial No.12. 6 de mayo de 2005

- 13) Presidencia de la República. Decreto Ejecutivo No. 705 Registro Oficial No. 133. 26 de Octubre de 2005.
- 14) Presidencia de la República. Decreto Ejecutivo No. 02. Registro Oficial No.8. 25 de enero del 2007
- 15) Presidencia de la República. Decreto Ejecutivo No. 54. Registro Oficial No. 12, 31 de enero de 2007
- 16) Tribunal Constitucional. Resolución No. 008-2007-TC. 2007
- 17) Tribunal Constitucional. Resolución No. 0043-2007. 2008
- 18) Tribunal Constitucional, Resolución No. 005-2003-TC Gaceta Constitucional No. 13. Diciembre 2003. Pág. 10
- 19) Tribunal Supremo Electoral. Proclamación de resultados de la Consulta Popular del 25 de mayo de 1997. Registro Oficial No. 80, 5 de Junio de 1997
- 20) Tribunal Supremo Electoral. Resolución PLE-TSE-2-7-3-2007. Registro Oficial No. 39, 12 de marzo de 2007

APÉNDICE 1

ESTATUS JURÍDICO DE LOS MANDATOS CONSTITUYENTES

A lo largo de esta disertación, hemos analizado el problema referente a los Mandatos Constituyentes, partiendo desde el estudio del órgano que los expidió, sus competencias y su condición como organismo constituyente. Luego desentrañamos el problema referente a estas normas como instrumentos jurídicos, partiendo de una definición semántica, para después dilucidar los actos y decisiones que se instrumentalizaron a través de los mismos, verificando el contenido material y las características de su técnica de creación. Finalmente hicimos una revisión del tema correspondiente a su validez, vigencia y eficacia, para llegar de esa manera a dilucidar la naturaleza jurídica y su probabilidad de compatibilización.

A continuación, describiremos brevemente el contenido de los 23 Mandatos Constituyentes y su estatus jurídico, verificando las reformas realizadas en ellos o normas o actos que hayan producido la pérdida de su eficacia.

3.1 RESEÑA DE LOS MANDATOS CONSTITUYENTES EXPEDIDOS POR LA ASAMBLEA DE 2007-2008 Y SU ESTATUS JURÍDICO

Durante los ocho meses en que la Asamblea Constituyente estuvo en funcionamiento, a más del proyecto de Constitución, que efectivamente era su única función fundamental, este organismo expidió además 23 Mandatos Constituyentes, 6 Leyes, 13 Amnistías, 4 indultos y demás resoluciones y acuerdos necesarios para su funcionamiento interno. A continuación analizaremos los 23 Mandatos Constituyentes.

1. MANDATO CONSTITUYENTE NO. 1 PLENOS PODERES

El Mandato Constituyente No. 1, aprobado el 30 de noviembre de 2007 estableció los llamados “Plenos Poderes” de los que estaba dotada la Asamblea Nacional Constituyente, dentro del mismo se regularon los siguientes aspectos:

- a. Atribuciones de la Asamblea Nacional Constituyente y actos a través de los que ejerce sus plenos poderes

- b. Supremacía Jerárquica, obligatoriedad, inimpugnabilidad de las Decisiones de la Asamblea Constituyente
- c. Fuero de los Asambleístas Constituyentes
- d. Ratificación del Presidente y Vicepresidente de la República, Corte Suprema de Justicia, Tribunal Constitucional, Consejo de la Judicatura, Tribunal Supremo Electoral y Gobiernos Seccionales
- e. Asunción de la Función Legislativa por parte de la Asamblea Nacional Constituyente y Receso Legislativo
- f. Finalización de los períodos de autoridades de control⁶²⁹ y designación de los provisionales

Estatus Jurídico: El Mandato Constituyente No. 1 tuvo reformas durante el mismo ejercicio de la Asamblea Constituyente, de esa manera podemos citar el Mandato Constituyente No. 7, en el que se reemplazó al Procurador General del Estado, el Mandato Constituyente No. 11, en el que se reemplazó al Superintendente de Compañías, el Mandato Constituyente No. 18, en el que se reemplazó al Defensor del Pueblo y el Mandato Constituyente No. 19 en el que se reemplazó al Superintendente de Telecomunicaciones.

Respecto a la vigencia del Mandato Constituyente, éste no ha sido objeto de un acto de derogatoria expresa. Sin embargo, las disposiciones referentes a la Asamblea Nacional Constituyente (asunción de plenos poderes, atribuciones, fuero de los asambleístas y Función Legislativa), perdieron eficacia jurídica al momento en que se promulgó la Constitución de 2008, ya que no tendría sentido un órgano de poder constituyente originario con la restauración de la juridicidad. Las disposiciones referentes a los poderes constituidos del Estado, fueron reemplazadas por las disposiciones de la Constitución establecidas dentro del denominado Régimen de Transición, en el que se dispuso, en algunos casos, la continuación de los funcionarios designados en sus funciones, hasta la elección de los nuevos funcionarios de conformidad con la Constitución aprobada en referéndum (Constitución de la República del Ecuador, Régimen de Transición, Arts. 11, 20, 27, y 28).

En el caso de la Corte Suprema de Justicia y del Congreso Nacional, se dispuso para la primera, conformar una Corte Nacional Transitoria que se designaría a través de un sorteo

⁶²⁹ Las autoridades que cuyos períodos fueron declarados concluidos correspondieron al Ministro Fiscal General del Estado, Contralor General del Estado, Procurador General del Estado, Defensor del Pueblo y Superintendentes de Bancos, Compañías y Telecomunicaciones.

entre los 31 magistrados que conformaban la Corte Suprema de Justicia hasta el momento de la vigencia de la nueva Constitución⁶³⁰ (Constitución del Ecuador 2008, Régimen de Transición, Art. 21). En el caso del Congreso Nacional, se dispuso la conclusión del período de los diputados elegidos en 2006, y la designación de la Comisión de Legislación y Fiscalización (Constitución del Ecuador 2008, Régimen de Transición, Art. 17).

Finalmente, como hemos discutido anteriormente, consideramos que la calidad de supremacía jerárquica de los Mandatos Constituyentes quedaría sin efectiva vigencia una vez restaurada la juridicidad, ya que por el principio de supremacía constitucional, las normas materialmente contrarias a ella no serían jurídicamente válidas.

2. MANDATO CONSTITUYENTE NO. 2 REMUNERACIÓN MÁXIMA EN EL SECTOR PÚBLICO

El Mandato Constituyente No. 2, publicado el 28 de enero de 2008, tuvo como función principal el establecer ciertos aspectos relacionados con las relaciones laborales dentro del sector público, complementando el contenido de la entonces vigente Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa LOSSCA. El Mandato 2, implementó las siguientes disposiciones:

a. Se estableció la cantidad de 25 Salarios Básicos Unificados SBU, como máxima remuneración en el sector público, incluyendo a la fuerza pública, el cuerpo diplomático, y otros servidores no sujetos a la regulación de la LOSSCA.⁶³¹ Como excepciones a esta regla, se consideraron a los servidores públicos que prestan sus servicios en el exterior,

⁶³⁰ Esta norma fue de imposible ejecución debido a que ninguno de los magistrados, salvo dos de ellos, se sometieron al sorteo previsto en la Constitución, motivo por el que se tuvo que cubrir las vacantes con los conjuces de la Corte Suprema de Justicia.

⁶³¹ La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, en su Art. 5 establecía lo siguiente: **Art. 5.-** Servidores no comprendidos en el servicio civil.- No están comprendidos en el servicio civil: a) Los dignatarios o autoridades elegidos por votación popular; b) Los funcionarios elegidos o nombrados, conforme la Constitución Política de la República y leyes correspondientes, por el Congreso Nacional o por el Presidente de la República; c) Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que se rigen por sus propias leyes; d) Los dignatarios, autoridades o miembros de los cuerpos colegiados o de las corporaciones a cuyo cargo corre el gobierno de las instituciones del Estado; e) Los funcionarios y servidores de la Función Legislativa que se rigen por su propia ley; f) Los funcionarios y servidores de la Función Judicial, Ministerio Público, Tribunal Constitucional, Cuerpo de Vigilancia de la Comisión de Tránsito de la Provincia del Guayas y funcionarios del servicio exterior que se encuentren en funciones fuera del país, que se rigen por su propia ley; g) Los trabajadores de las instituciones del Estado que se rigen por el Código del Trabajo; y, h) El personal docente e investigadores universitarios, técnico - docente, profesional y directivo que están sujetos a la Ley de Educación Superior, Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional

como representante del Ecuador⁶³². La excepción se amplió a los cargos definidos por el Presidente de la República de manera excepcional, de las autoridades ejecutivas de los Gobiernos Autónomos Descentralizados en sectores estratégicos, y sociedades en la que el Estado tiene una participación accionaria mayor al 50%. El límite de la remuneración adicional se estableció en 12 SBU. (Mandato Constituyente No. 2, Art.2,3,4)

b. Se incorporó la compensación por Residencia para los servidores públicos que se trasladan a pedir sus servicios en un lugar distinto al de su domicilio.

c. Se eliminó la posibilidad de creación o restablecimiento de complementos remunerativos, que sumados a la remuneración principal superen el límite de las 25 remuneraciones básicas unificadas, obligando a las entidades que con los beneficios remunerativos adicionales sobrepasen el límite impuesto, a que las reduzcan hasta coincidir con el límite previsto por el mismo Mandato.

d. Se reguló el pago de dietas para los funcionarios que ejercen además como miembros de cuerpos colegiados, así como de las personas que no perciben ingresos mensuales del Estado, pero que aún así participan de estos organismos

e. Se estableció como liquidación e indemnización máxima en el caso de supresión de partidas, renuncia o retiro voluntario para jubilación, con excepción del personal de las fuerzas armadas, el monto mínimo de 7 SBU por cada año de servicio y un monto máximo de 210 SBU. Asimismo, se establecieron los mismos montos para el caso de los despidos intempestivos, supresión de puestos y terminación de relaciones laborales que se encuentren sustentadas en contratos colectivos, actas de finiquito y otros documentos.

f. Se dispuso que los funcionarios que sean acreedores a los beneficios de liquidación e indemnización se encuentren impedidos de volver a laborar al sector público

Estatus Jurídico: El Mandato Constituyente No. 2, fue reformado por la Ley No. 46, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 517 de 29 de Enero del 2009, en los aspectos relacionados a la remuneración máxima en la provincia de Galápagos, excepciones a la máxima remuneración establecida en el Art. 1 del Mandato, y una interpretación del art. 5 del Mandato, respecto a la remuneración por residencia.

⁶³² De acuerdo al Mandato No. 2, esta excepción incluía a: "funcionarios del servicio exterior, de la fuerza pública o de otras instituciones del Estado, que se encuentran, de manera permanente, cumpliendo funciones diplomáticas, consulares o de agregaduría en el exterior

3. MANDATO CONSTITUYENTE NO. 3 SUSPENSIÓN DE PROCESOS ELECTORALES

El Mandato Constituyente No. 3, publicado el 28 de enero de 2008, tuvo como objeto único la suspensión del proceso electoral para la designación de diputados correspondientes a las provincias de Santa Elena y Santo Domingo de los Tsáchilas, hasta el momento en que se publiquen los resultados del referéndum aprobatorio del texto de la Nueva Constitución que se estaba tratando en el seno de la Asamblea. (Mandato Constituyente No. 3, Art. 1)

Estatus Jurídico: El Mandato Constituyente No. 3 perdió vigencia con la aprobación de la Nueva Constitución, que estableció en el Régimen de Transición, la terminación del período de funciones de los diputados del Congreso Nacional⁶³³ y las disposiciones referentes al proceso de elección de la Asamblea Nacional y demás dignatarios de elección popular⁶³⁴.

4. MANDATO CONSTITUYENTE NO. 4 INDEMNIZACIONES POR DESPIDO SECTOR PÚBLICO

El Mandato Constituyente No. 4, procedió a la reforma del Mandato Constituyente No.2, en el aspecto referente a las indemnizaciones por despido, supresión de puestos o terminación de relaciones laborales de los servidores públicos que se encuentran respaldados por la contratación colectiva, actas transaccionales, actas de finiquito o documentos similares, en el sentido de que se incrementó el monto máximo a 300 salarios básicos unificados (Mandato Constituyente No. 4, Art. 1)

Estatus Jurídico: El Mandato Constituyente no ha sido objeto de una reforma o derogatoria expresa, por lo que se puede presumir su completa vigencia al momento en que se escribe esta disertación.

⁶³³ El Art. 17 del Régimen de Transición de la Constitución 2008, estableció que *“Se declara concluido el período de los diputados y diputadas, principales y suplentes, elegidos el 15 de octubre del 2006.”* (Régimen de Transición Constitución 2008, Art. 17)

⁶³⁴ El proceso electoral que designaría a los dignatarios de elección popular para el año 2009, se efectuó a tenor de las disposiciones contenidas en los Arts. 2 a 15 del Régimen de Transición

5. MANDATO CONSTITUYENTE NO. 5 AJUDICACIÓN DE MERCADERÍA PARA DAMNIFICADOS

El Mandato Constituyente No. 3, publicado el 13 de marzo de 2008, tuvo como presupuesto material, el invierno del litoral ecuatoriano del 2007 y la erupción del volcán Tungurahua, que produjeron cuantiosos daños materiales y un gran número de damnificados. Ante esta necesidad, la Asamblea adoptó las siguientes decisiones:

- a. Se otorgó potestad a la CAE para adjudicar de manera gratuita, mercadería en decomiso administrativo o judicial, o en su defecto, en abandono expreso, que sea útil para atender o mitigar los efectos de desastres naturales en caso de declaratoria de Estado de emergencia, a fin de que sean entregados a las personas damnificadas por estos eventos naturales. (Mandato Constituyente No. 5, Art. 1)
- b. Para el caso de las mercancías declaradas en abandono tácito hasta el 31 de diciembre de 2007, se estableció un procedimiento especial para cumplir con el fin previsto en el Mandato. (Mandato Constituyente No. 5, Art. 3)
- c. Asimismo, se incluyó como mercadería asignable a aquella decomisada en el ámbito de la aplicación de una medida de frontera establecida en el marco de la Ley de Propiedad Intelectual y que comprendiera calzado, prendas de vestir, mantas o frazadas. En virtud de esta disposición, se ordenó la retención de las muestras necesarias para constituir prueba dentro de los procesos judiciales respectivos. (Mandato Constituyente No. 3, Art. 4)

Estatus Jurídico: El Mandato Constituyente No. 5, dado que no ha sido objeto de reformas o derogatorias expresas, se encuentra plenamente vigente. Sin embargo, la orientación material de los Arts. 3 y 4 como Actos Administrativos, se determinó su ejecutoriedad una vez cumplida la disposición contenida en los mismos de forma tal que una vez entregada toda la mercadería señalada en estas normas, éstas perdieron aplicabilidad.

6. MANDATO CONSTITUYENTE NO. 6 CONCESIONES MINERAS

En el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, el tema referente a minería, generó una alta polémica dentro del mismo bloque legislativo afín al oficialismo, ya que existían algunos asambleístas solicitaban la erradicación de esta actividad en el país, y otros que

vindicaban el mantenimiento de la misma bajo fuertes controles administrativos, sobre todo en lo que respecta a los temas ambientales y de restitución del impacto provocado.

En todo caso, también existía el problema del otorgamiento irregular de varias concesiones mineras contrariando la normativa legal vigente a ese momento. Frente a esta situación la Asamblea expidió el Mandato Constituyente No. 6, publicado el 22 de abril de 2008 y que contiene las siguientes disposiciones:

- a. Extinción sin compensación económica alguna de toda concesión minera en fase de exploración en los siguientes casos:
 - i. Que no hayan realizado ninguna inversión en el desarrollo del proyecto al 31 de diciembre del 2007
 - ii. Que no hayan presentado el estudio de impacto ambiental.
 - iii. Que no hayan realizado los procesos de consulta previa. (Mandato Constituyente No. 6, Art. 1)
- b. Caducidad de las concesiones mineras que no hayan cancelado la patente de conservación hasta el 31 de marzo de cada año a partir de 2004. (Mandato Constituyente No. 6, Art. 2)
- c. Extinción de las concesiones mineras sin compensación económica en los siguientes casos:
 - i. Otorgadas al interior de áreas naturales protegidas, bosques protectores, zonas de amortiguamiento y que afecten nacimientos y fuentes de agua.
 - ii. Que hayan sido otorgadas en un número mayor a tres a una misma persona natural o a su cónyuge, personas jurídicas y empresas vinculadas, tanto a través de la participación directa de la persona jurídica, de sus accionistas y de los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad
 - iii. Concesiones otorgadas a favor de funcionarios y ex funcionarios del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, Minas y Petróleos, o a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.⁶³⁵ (Mandato Constituyente No. 6, Arts. 3 al 5)

⁶³⁵ La razón de esta disposición se alegó en virtud de que esas personas hicieron uso de información privilegiada para la adquisición de la concesión. Como consecuencia de ello, se dispuso la caducidad de las concesiones en favor de terceros que las adquirieron mediante transferencia de las concesiones declaradas como extintas. (Mandato Constituyente No. 6, Art. 5)

d. Se declaró “moratoria”, en cuanto a la concesión de nuevas concesiones mineras hasta la aprobación del nuevo marco normativo que regule el sector, ordenándose el archivo de las solicitudes en trámite con la respectiva devolución de las tasas. (Mandato Constituyente No. 6, Art. 6)

e. Se suspendió la actividad de las concesiones mineras metálicas que quedaron vigentes hasta el momento de la aprobación del nuevo marco normativo de regulación del sector. Se excluyó de esta disposición a las concesiones en fase de explotación, bajo condición de renegociación de sus títulos. (Mandato Constituyente No. 6, Art. 8). Para el caso de los no metálicos, se les permitió la continuación de sus actividades, pero supeditadas a la renegociación de los contratos al aprobarse el nuevo marco regulatorio. (Mandato Constituyente No. 6, Art7)

f. Se permitió la continuación de las actividades de las concesiones de minería de pequeña escala, artesanal y de subsistencia, por parte de asociaciones debidamente legalizadas. (Mandato Constituyente No. 6, Art. 10)

g. Se ordenó a la Función Ejecutiva viabilizar la creación de una Empresa Nacional Minera, y además, la aprobación de la nueva legislación en la materia en el plazo de 180 días contados a partir de la publicación del Mandato en el Registro Oficial (Mandato Constituyente No. 6, Arts. 9 y 11)

Estatus Jurídico: Dada la inexistencia de norma jurídica de derogatoria expresa, se reputaría al Mandato Constituyente como vigente. Este instrumento jurídico no ha sido objeto de reformas posteriores.

Sin embargo, la Ley de Minería, nuevo marco regulatorio en la materia, en su Disposición General No. 4, estableció que “*Los actos administrativos que extinguieron o caducaron concesiones mineras, por efecto del Mandato No. 6, se encuentran ejecutoriados*” (Ley de Minería, Disposición General 4), de forma tal que los mismos quedaron en firme, dejando a salvo para los administrados, la vía judicial. Asimismo, la Disposición Transitoria Primera del cuerpo normativo citado, habilitó a quienes mantuvieron las concesiones mineras en virtud del Art. 8 al reinicio de sus actividades, con la condición de regularizar y armonizar sus procedimientos a las nuevas disposiciones legales.

Como consecuencia tácita de la aprobación de la ley, se terminó con la moratoria en la concesión de títulos mineros, establecida previamente en el Mandato.

7. MANDATO CONSTITUYENTE NO. 7 DESIGNACIÓN PROVISIONAL DEL PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

En el caso del Mandato Constituyente No. 7, publicado el 22 de Abril de 2008, se procedió a modificar el Mandato Constituyente No. 1, respecto de la persona a quien se había “designado provisionalmente” como Procurador General del Estado, mientras dure la transición institucional que se había previsto para tal efecto. De esta forma, el Doctor Diego García Carrión reemplazó al Doctor Xavier Garaycoa Ortiz, como titular de esta institución del Estado. (Mandato Constituyente No. 7, Art. 1)

Estatus Jurídico: De conformidad con la Disposición Transitoria Octava de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, este Mandato quedó vigente hasta la designación de la autoridad definitiva, que aconteció mediante el proceso de selección previsto en la nueva Constitución y que culminó con la posesión del Procurador General definitivo el 18 de enero de 2011 (Agenda del Pleno de la Asamblea Nacional del Ecuador, <http://www.asambleanacional.gob.ec/Convocatorias-a-Sesiones-del-Pleno.html>, Acceso: 31/10/2012).

8. MANDATO CONSTITUYENTE NO. 8 ELIMINACIÓN Y PROHIBICIÓN DE TERCERIZACIÓN E INTERMEDIACIÓN LABORAL

El Mandato Constituyente No. 8, publicado el 6 de mayo de 2008, constituye posiblemente la producción normativa más importante que se instrumentó a través de este instrumento jurídico, en virtud de los aspectos que se sometieron a regulación y las disposiciones que fueron reformadas y derogadas.

El Mandato en cuestión, se encargo de manera principal al problema jurídico concerniente a la “flexibilización laboral”, que se encontraba operativizada a través de la contratación por horas, la intermediación y tercerización laboral, sobre las cuales se estableció lo siguiente:

- a. Eliminación de la intermediación laboral⁶³⁶ como forma lícita de relación laboral, estableciéndose únicamente la posibilidad de una relación laboral directa entre trabajador y empleador.

⁶³⁶ La Intermediación laboral era una forma de flexibilización laboral en la cual se permitía a una empresa la contratación de trabajadores, en actividades propias del giro del negocio, sin relación directa, a través de una empresa denominada como intermediadora labora, de forma tal que estos trabajadores no ingresaban en la nómina del empleador que solicitaba el servicio de intermediación. Sin embargo, la ley establecía la existencia de solidaridad de la usuaria con respecto a las obligaciones laborales incumplidas por la

- b. Eliminación de la contratación por horas y garantía de la jornada parcial permanente⁶³⁷, como medio propicio para la contratación de personas que no se requiere a tiempo completo.
- c. Obligación a los empleadores de los intermediados de adscribirlos a su planta laboral permanente con la reincorporación de aquellos que habían sido despedidos durante la tramitación del mandato
- d. Obligación a los empleadores de personal que trabajaba por horas en los 180 días anteriores al Mandato, de incorporarlos a la nómina
- e. Autorización de la tercerización de servicios complementarios para labores que no comprendan a actividades propias del mismo proceso productivo como las de alimentación, seguridad y limpieza, de acuerdo a las siguientes condiciones:
 - a. Solidaridad de la empresa usuaria respecto de cumplimiento de obligaciones patronales.
 - b. Participación del trabajador en las utilidades de la empresa usuaria
 - c. Contrato deberá celebrarse por escrito
 - d. Nulidad de cláusulas que impidan que la usuaria contrate de manera directa al trabajador.
 - e. Imposibilidad de relación societaria⁶³⁸ alguna entre la usuaria y la prestadora del servicio complementario.
- f. El Mandato no solamente se limitó a la regulación del aspecto relacionado a la tercerización e intermediación laboral, sino que también ordenó a la Función Ejecutiva al reajuste y renegociación de la contratación productiva en el sector público, el mismo que permitía la eliminación de privilegios y conquistas laborales que eran consideradas como abusivas.⁶³⁹

Estatus Jurídico: El Mandato Constituyente no ha sido sometido a ningún tipo de reforma, desde su aprobación en el año 2008, lo que ratificaría su plena vigencia y

intermediadora, cuestión que se incumplía en el medio de forma permanente y tampoco se controlaba por parte del Ministerio de Relaciones Laborales.

⁶³⁷ La Jornada Parcial Permanente es una modalidad de contrato de trabajo regulada por el Art. 82 del Código del Trabajo, que refiere lo siguiente:

⁶³⁸ El Art. 6 del Mandato No. 8, en su primer inciso, establece que “Las empresas de actividades complementarias y las usuarias no pueden entre sí, ser matrices, filiales, subsidiarias ni relacionadas, ni tener participación o relación societaria de ningún tipo, hecho que debe acreditarse mediante una declaración juramentada de los representantes legales de las empresas que suscriben el contrato y otorgada ante notario o juez competente que determine esta circunstancia.

⁶³⁹ Evidentemente, en la mayoría de casos, el gobierno modificó de manera unilateral los contratos colectivos, de forma tal que no contaron con el acuerdo de los sindicatos afectados.

aplicación. Sin embargo, el Ejecutivo ha expedido normativa secundaria para la aplicación de este instrumento jurídico que ha sido modificada con el paso del tiempo. De esa manera, el ejecutivo expidió el Reglamento General al Mandato Constituyente No. 8 y varios instructivos respecto de las disposiciones contenidas en éste.

9. MANDATO CONSTITUYENTE No.9 FONDO DE SOLIDARIDAD

El Mandato Constituyente No. 9, publicado el 17 de mayo del 2008, se empleó para superar un problema de orden constitucional respecto a la capitalización de empresas eléctricas y de telecomunicaciones que se encontraban dentro del denominado Fondo de Solidaridad⁶⁴⁰. En virtud de esto, se establecieron las siguientes disposiciones:

- a. Autorización al Directorio del Fondo de Solidaridad a que reinvierta el patrimonio institucional destinado a operaciones financieras y de administración de fondos a la capitalización de las empresas de telecomunicaciones y del sector eléctrico de propiedad del mismo, a fin de que se empleen los recursos capitalizados en planes de mejoramiento e infraestructura.
- b. Se permitió realizar este financiamiento con recursos adicionales que sean dispuestos por el Ministerio de Finanzas, a partir del Presupuesto General del Estado.
- c. Se ordeno priorizar la entrega de recursos, a la infraestructura necesaria para sanear el problema eléctrico en la ciudad de Guayaquil.

Estatus Jurídico: El Mandato Constituyente No. 9 no ha sido objeto de reforma legal o derogatoria expresa, por lo que podemos determinar que se encuentra plenamente vigente. Sin embargo, consideramos que carece actualmente de eficacia jurídica, en virtud de que el Fondo de Solidaridad dejó de existir con la aprobación de la Constitución del año 2008, que en su disposición transitoria trigésima⁶⁴¹, dispuso la incorporación de todas sus empresas y sociedades en el régimen de empresas públicas y la extinción del Fondo en el plazo de un año contado a partir de la vigencia de la Constitución.

⁶⁴⁰ Respecto a este tema, nos remitimos a lo expresado en el capítulo II, cuando analizamos a los Mandatos Constituyentes como instrumentos jurídicos, en donde abordamos una explicación respecto al Fondo de Solidaridad

⁶⁴¹ La Disposición Transitoria Trigésima dispone lo siguiente: “El Fondo de Solidaridad, en el plazo de trescientos sesenta días, de forma previa a su liquidación, transformará al régimen de empresas públicas las de régimen privado en las que sea accionista. Para ello, dispondrá que dichas empresas realicen previamente un inventario detallado de sus activos y pasivos, y contraten en forma inmediata la realización de auditorias, cuyos resultados servirán de base para su transformación.” (Constitución 2008, Disp. Trans. 30)

10. MANDATO CONSTITUYENTE No. 10 PORTABILIDAD NUMÉRICA EN EL ECUADOR

El Mandato Constituyente No. 10, publicado el 29 de mayo de 2008, se aprobó con la finalidad de modificar ciertos aspectos relacionados con el mercado concerniente a la telefonía móvil en el país. De acuerdo a este Mandato, se estableció lo siguiente:

- a. Se estableció el derecho de todo abonado de telefonía celular, a disponer de su número de teléfono, al cambiar la operadora, servicio o red en la que haya adquirido la línea telefónica.
- b. Se ordenó al Consejo Nacional de Telecomunicaciones a establecer el marco regulatorio para la aplicación del Mandato, en un plazo de 120 días contados a partir de la vigencia del Mandato.
- c. Se puso como plazo máximo de cumplimiento del mandato el 12 de octubre de 2009 (Esta disposición fue reformada mediante ley publicada el 30 de septiembre del 2009)

Estatus Jurídico: El Mandato Constituyente en cuestión se encuentra vigente y en aplicación dentro del país. Sin embargo, es menester señalar que fue objeto de reforma mediante ley publicada el 30 de septiembre del 2009, en aplicación de lo previsto en la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

11. MANDATO CONSTITUYENTE NO. 11 DESIGNACIÓN DE SUPERINTENDENTE DE COMPAÑÍAS

El Mandato Constituyente No.11, publicado en fecha de 18 de junio de 2008, tuvo como finalidad la designación del Doctor Pedro Solines como Superintendente de Compañías, en reemplazo del Doctor Francisco Arellano, constituyendo una reforma del Mandato Constituyente No. 1. (Mandato Constituyente No. 11, Art. 1)

Estatus Jurídico: Este Mandato Constituyente perdió vigencia al momento en que se produjo la posesión de la definitiva, Doctora Suad Manssur, el 13 de enero de 2011 ante el pleno de la Asamblea Nacional (Asamblea Nacional Agenda del Pleno, <http://www.asambleanacional.gob.ec/Convocatorias-a-Sesiones-del-Pleno.html>, Acceso: 31/10/2012)) una vez cumplido lo dispuesto en el Régimen de Transición de la Constitución aprobada en el referéndum de septiembre de 2008.

12. MANDATO CONSTITUYENTE No. 12 SUSPENSIÓN DE ELECCIONES

El Mandato Constituyente No. 12, publicado el 10 de julio del 2008, se produjo como consecuencia de la convocatoria a elecciones realizada por el Tribunal Supremo Electoral para la elección de autoridades seccionales, para el período 2009-2013, acto que entraba en conflicto con la intención de los Constituyentes de que se convoque a elecciones generales para todas las dignidades de elección popular en caso de que el pronunciamiento de la ciudadanía sea favorable respecto del proyecto de Constitución planteado por la Asamblea. El Mandato Constituyente contuvo las siguientes disposiciones:

- a. Suspensión de las elecciones seccionales para la designación de Prefectos Provinciales, Consejeros Provinciales, Alcaldes y Concejales Municipales, y Miembros de Juntas Parroquiales que estaba previsto para efectuarse en el mes de octubre de 2012, las mismas que se convocarían una vez proclamados los resultados del referéndum constitucional. (Mandato Constituyente No. 12, Art. 1)
- b. Se estableció que los ecuatorianos en el exterior podrían participar en el proceso de referéndum constitucional tanto a través del sufragio como en la observación electoral, cuestiones que debían ser viabilizadas por el Tribunal Supremo Electoral. (Mandato Constituyente No. 12, Arst. 2 , 3 y 4)
- c. Se encargó al Tribunal Supremo Electoral la actualización del padrón electoral tanto dentro como fuera del país y la difusión del proyecto constitucional, a fin de que la ciudadanía pueda informarse respecto del mismo. (Mandato Constituyente No. 12 Arts. 3, Disposición Transitoria Segunda y Tercera)

Estatus Jurídico: En el caso de este Mandato, si bien no ha tenido un acto expreso de reforma o derogatoria, fue abrogado al momento en que se aprobó la Constitución de la República, ya que ésta, en el Régimen de Transición, estableció la necesidad de convocatoria a un proceso electoral general para todas las autoridades de elección popular, por lo que el proceso suspendido en el Mandato quedó completamente terminado. En cuanto a las disposiciones respecto al referéndum, éstas perdieron eficacia jurídica una vez realizado el mismo, el 28 de septiembre de 2008.

13. MANDATO CONSTITUYENTE No. 13 AGENCIA DE GARANTÍA DE DEPOSITOS

El Mandato Constituyente No. 13, publicado el 10 julio de 2008, se aprobó como consecuencia de la Resolución AGD-UIO-GG-2008-12, del 8 de julio de 2008, se procedió

a la incautación de los bienes de los ex accionistas de Filanbanco, entidad financiera cerrada durante la crisis económica financiera de finales del siglo XX, que de acuerdo a los informes de auditoría había arrojado pérdidas en más de 600 millones de dólares (Mandato Constituyente No. 13, Considerando Quinto). Por este motivo, la Asamblea Nacional Constituyente decidió lo siguiente:

- a. Ratificar la validez de lo actuado por la Agencia de Garantía de Depósitos en ese caso. (Mandato Constituyente No. 13, Art. 1)
- b. Se le otorgó a la Resolución de la AGD, las características de superioridad jerárquica, inimpugnabilidad, intangibilidad y obligatoriedad de los Mandatos Constituyentes. (Mandato Constituyente No. 13, Art. 2)

Estatus Jurídico: Dado que este Mandato Constituyente no ha sido objeto de reforma, impugnación o de derogatoria expresa, se reputa como válida y por ende, completamente vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

14. MANDATO CONSTITUYENTE NO. 14 DEROGA LEY UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA

El Mandato Constituyente No. 14, que fue publicado el 31 de julio de 2008, se estableció para abordar el tema de la educación superior en el país, que dentro del debate de la Asamblea Constituyente había tenido un importante tratamiento. En este sentido, se establecieron las siguientes disposiciones:

- a. Se derogó la Ley de Creación de la Universidad Cooperativa de Colombia, con la consecuente extinción de la misma. Se pusieron las siguientes disposiciones al respecto:
 - a. Garantía a los estudiantes de la mencionada universidad de poder continuar en sus estudios en otros centros de educación superior de acuerdo a la normativa del caso y de un Plan de Contingencia realizado para tal efecto.
 - b. Se establece un Administrador Temporal de la universidad cerrada que debía estar al frente del Plan de Contingencia y que para efectos legales tendría que ejercer las funciones de un liquidador. (Mandato Constituyente No. 14, Disposiciones Transitorias Tercera y Cuarta)
- b. Se derogó el Art. 12 lit. f) de la Ley de Educación Superior vigente (Art. 2)

c. Se ordenó a los dos organismos rectores del sistema de educación superior⁶⁴², la realización de informes sobre la situación del sistema de educación superior, tanto a nivel de cumplimiento del marco regulatorio vigente a ese momento, como de la calidad del desempeño institucional de los mismos. Estos informes debían ser presentados a la función legislativa, a fin de que ésta determine las acciones a realizarse al respecto. (Mandato Constituyente No. 14, Disposiciones Transitorias Primera y Segunda). El plazo establecido en el Mandato Original fue ampliado en 90 días con la aprobación de una ley reformativa posterior. (Ley Reformativa del Mandato Constituyente No. 14, Art. 1)

Estatus Jurídico: El Mandato Constituyente No. 14 se encuentra vigente parcialmente, en cuanto a lo que respecta a la derogatoria de la Ley de Creación de la Universidad Cooperativa de Colombia. En cuanto a la reforma a la Ley de Educación Superior, la misma dejó de estar vigente al momento de entrar en vigencia la Ley de Educación Superior, el 12 de Octubre de 2010. Las disposiciones referentes a los informes a ser realizados por el CONESUP y el CONEA perdieron eficacia al momento en que estos organismos entregaron los mismos a la Asamblea Nacional.

15. MANDATO CONSTITUYENTE No. 15 MANDATO DEL SECTOR ELÉCTRICO

El Mandato Constituyente No. 15, publicado el 31 de julio de 2008, se expidió con motivo de corregir ciertas distorsiones existentes en el sector eléctrico, el mismo que estaba regulado por la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, que había sido objeto de reformas al año 2006. Respecto a este particular, la Asamblea dispuso lo siguiente:

a. Creación de nuevos pliegos tarifarios con el fin de establecer una tarifa única a ser aplicada por las empresas de distribución, por el pago del servicio eléctrico, de conformidad a lo dispuesto por el CONELEC. (Mandato Constituyente No. 15, Art. 1)

b. Las diferencias entre costos de generación, transmisión, distribución y la tarifa unificada serían cubiertos por el Ministerio de Finanzas. (Mandato Constituyente No. 15, Art. 2)

⁶⁴² La Ley de Educación Superior aprobada en el año 2000, estableció la existencia de dos organismos rectores de la Universidad Ecuatoriana, el primero, de carácter rector en la política universitaria que era el Consejo Nacional de Educación Superior CONESUP, y el otro de carácter técnico, encargado de la acreditación y evaluación del Sistema de Educación, que era el Consejo Nacional de Evaluación y Acreditación CONEA).

- c. Se dejó sin efecto el pago del 10 % adicional, en el caso de los abonados comerciales e industriales de servicio eléctrico. En el caso de las empresas de distribución, aquellas que mantenían tarifas inferiores a la unificada podrían mantenerlas. (Mandato Constituyente No. 15, Art. 2 y 3)
- d. Se otorgó capacidad coactiva a las empresas de distribución y a la CATEG⁶⁴³, para el cobro de deudas. (Mandato Constituyente No. 5, Art.4)
- e. Se ordenó al Ministerio de Finanzas el asumir las deudas a cargo de las deudas del sector eléctrico, como resultantes de la liquidación de INECEL⁶⁴⁴ (Mandato Constituyente No. 15, Art. 4)
- f. Se extinguieron las siguientes cuentas por pagar y cobrar dentro de las empresas del sector eléctrico⁶⁴⁵:
- i. compraventa de energía, peaje de transmisión y combustible destinado para generación. (Mandato Constituyente No. 15, Art. 6)
 - ii. valores pendientes de pago por parte del Ministerio de Finanzas por concepto de déficit tarifario. (Mandato Constituyente No. 15, Art. 6)
 - iii. Cuentas pendientes existentes entre las empresas del mismo sector eléctrico, incluida la CATEG. Las cuentas que queden de la CATEG al Estado, constituirían el aporte patrimonial para la creación de la empresa pública de distribución para Guayaquil. (Mandato Constituyente No. 15, Art. 7)
- g. Autorización a PETROECUADOR, para que dé baja, las deudas de compra de combustible de las empresas del sector eléctrico y CATEG. (Mandato Constituyente No. 15, Art. 10). Pese a ello, también permitió al Ministerio de Finanzas a cancelar estas deudas. (Mandato Constituyente No. 15, Art. 11)

Estatus Jurídico: El Mandato Constituyente No. 15, no ha sido objeto de reforma o derogatoria expresa, de forma tal que se comprendería la vigencia plena de este Mandato Constituyente. Sin embargo, el aspecto relacionado a la entidad que reemplazó a CATEG, éste quedó agotado con la creación de mediante el reemplazo de esta entidad por la Unidad

⁶⁴³ Corporación de Administración Temporal Eléctrica de Guayaquil.

⁶⁴⁴ Instituto Ecuatoriano de Electrificación, entidad pública encargada del desarrollo del sector eléctrico en el país. Antes de las leyes de 1996, el sector eléctrico era controlado por INECEL, el mismo que ejercía las caracter

⁶⁴⁵ El sector eléctrico estaba compuesto por un conjunto de empresas de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, que en su mayoría, eran parte del Fondo de Solidaridad.

de Generación, Distribución y Comercialización de la Energía Eléctrica de Guayaquil, mediante Decreto Ejecutivo No. 1786, publicado en R.O. 625 de 2 de julio de 2009 (R.O. No. 548, Octubre 2011,5), institución que fue sucedida por la Empresa Eléctrica Pública de Guayaquil EP, creada mediante Decreto Ejecutivo No. 887, de 4 de octubre de 2011. Respecto a la institucionalidad del sector eléctrico, el agotamiento del Mandato se produjo con los actos que dieron origen a la creación de CENEL⁶⁴⁶ y CELEC⁶⁴⁷, entre 2008 y 2010. Con respecto a los pliegos tarifarios, el CONELEC aplicó el Mandato Constituyente No. 1 a través de la Regulación No. CONELEC 013/08, expedida mediante Resolución No. 0138/08, de 27 de Noviembre de 2008 (CONELEC, 2008, 17)

16. MANDATO CONSTITUYENTE NO. 16 MANDATO AGRARIO

El Mandato Constituyente No. 16, publicado el 31 de julio de 2008, tenía como objetivo, el tratar uno de los temas de mayor relevancia dentro del discurso del movimiento oficialista, que era la resolución de la cuestión agraria y la llamada “soberanía alimentaria”⁶⁴⁸. En virtud de esto, y tomándose en consideración la cercana aprobación de la Constitución mediante referéndum y la incorporación de este término dentro de los objetivos del articulado del texto constitucional. En este sentido se aprobaron las siguientes disposiciones:

- a. Creación de un “Programa de Soberanía Alimentaria”, que estaría vigente hasta el final de 2009, con el fin de promover el agro de manera sustentable en el Ecuador. (Mandato Constituyente No. 16, Art.1)
- b. El programa mencionado sería financiado con recursos del Presupuesto General del Estado, a través de recursos petroleros. (Mandato Constituyente No. 16, Art. 2)

Creación de un Bono diseñado y dirigido por el Ministerio Coordinador de Desarrollo Social con el fin de que los productores puedan “*acceder a semillas, fertilizantes y otros*”

⁶⁴⁶ CENEL Corporación Nacional de Electricidad, se creó mediante escritura de disolución anticipada de varias empresas eléctricas de distribución pertenecientes al fondo de solidaridad, mediante escritura pública de 15 de diciembre de 2008. (Portal Oficial de CENEL, http://www.cnel.ec/images/pdf/lotaip/base_legal.pdf, Acceso: 29/10/2012)

⁶⁴⁷ La CELEC EP, Corporación Eléctrica del Ecuador, es una empresa pública creada mediante Decreto Ejecutivo No. 220 de 14 de enero de 2010, entidad creada como consecuencia de la fusión de las empresas de generación y transmisión de la energía eléctrica del país, que se encontraban dispersas en varias sociedades anónimas que eran de propiedad del Fondo de Solidaridad. (Portal Oficial de CELEC EP, http://www.celec.com.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=77&Itemid=188&lang=es, Acceso: 29/10/2012)

⁶⁴⁸ La Soberanía Alimentaria, es uno de los principios existentes en la Constitución de la República aprobada en 2008 y consagrada dentro del título que contiene el denominado “Régimen del Buen Vivir”.

insumos para cultivos preferentemente orgánicos.” (Mandato Constituyente No. 16, Art. 4)

c. Creación de un “Seguro Agrícola” para los productores de este sector con el fin de mitigar las pérdidas generadas por desastres naturales. (Mandato Constituyente No. 16, Art.5)

d. Concesión de beneficios tributarios y suspensión de aplicación de la Ley Para la Equidad Tributaria⁶⁴⁹, en los productores con el fin de que generen utilidades que sean reinvertidas en el mejoramiento continuo de las mismas actividades (Mandato Constituyente (Mandato Constituyente No. 16, Arts. 7 a 14)

e. Reformas a la Ley de Equidad Tributaria para agregar a ciertos grupos agroindustriales dentro de las exenciones y beneficios tributarios concedidos. (Mandato Constituyente No. 16, Arts. 15 al 17)

f. Prohibición de importación y comercialización de *“plaguicidas de uso agrícola establecidos en el Anexo III del Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional”* (Mandato Constituyente No. 16, Art. 18)

Estatus Jurídico: El Mandato Constituyente No. 16 no ha sido objeto de reforma o derogatoria expresa, por lo que podemos asumir que se encuentra vigente a este momento. Sin embargo, las disposiciones relacionadas al “Programa de Soberanía Alimentaria” y la suspensión de aplicación de la ley tributaria, han perdido eficacia en virtud de que en ambos casos se previó su duración hasta el final del año 2009.

17. MANDATO CONSTITUYENTE NO. 17 CORPORACIÓN CIUDAD ALFARO

El Mandato Constituyente No. 17, publicado el 31 de julio de 2008, fue expedido con el fin de determinar el futuro del lugar en el que se habían desarrollado las sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente, para el momento en que el órgano colegiado dejase de funcionar. Por este motivo, se emitieron las siguientes decisiones:

a. Creación de la Corporación Ciudad Alfaro, entidad de derecho público adscrita al Ministerio de Cultura (Mandato Constituyente No.17, Art. 3), provista de autonomía financiera, administrativa y organizativa. (Mandato Constituyente No. 17, Art. 1)

⁶⁴⁹ La llamada “Ley Para la Equidad Tributaria”, fue la primera profunda reforma en la ley de Régimen Tributario Interno y el Código Tributario, que fue expedida por la Asamblea Constituyente, a partir del proyecto remitido por el poder ejecutivo y que es base de la política fiscal del gobierno de Alianza País.

b. Dicha corporación fue dotada con un Consejo de Administración conformado por un delegado de la Presidencia de la República, uno por el Ministerio de Cultura, uno por el Ministerio de Turismo, uno por el Ministerio de Finanzas, uno por el Municipio de Montecristi, uno por el Gobierno Provincial de Manabí y uno más en representación de las Universidades de esa provincia.

c. Se determinó, como patrimonio de la Corporación, todo el equipamiento e instalaciones del Centro Cívico Ciudad Alfaro, las donaciones y legados que recibiera la misma, y los recursos generados por autogestión. (Mandato Constituyente No. 17, Art. 4)

Estatus Jurídico: El Mandato Constituyente No. 17, no ha sido objeto de reforma o derogatoria expresa, por lo que podemos asumir que el mismo se encuentra plenamente vigente y en aplicación.

18. MANDATO CONSTITUYENTE No. 18 DESIGNACIÓN DE DEFENSOR DEL PUEBLO

El Mandato Constituyente No. 18, publicado el 31 de Julio de 2008, procedió a dejar sin efecto la designación del Doctor Claudio Mueckay como Defensor del Pueblo (Mandato Constituyente No. 18, Art. 1), y en consecuencia, nombrar para ese mismo cargo al Abogado Fernando Xavier Gutiérrez. (Mandato Constituyente No. 18, Art. 2)

Estatus Jurídico: Este Mandato Constituyente perdió vigencia al momento en que se produjo la posesión del definitivo, Doctor Ramiro Alfredo Rivadeneira, el 15 de diciembre de 2011 en la Asamblea Nacional (Agenda del Pleno de la Asamblea Nacional del Ecuador, <http://www.asambleanacional.gob.ec/Convocatorias-a-Sesiones-del-Pleno.html>, Acceso: 31/10/2012), una vez cumplido lo dispuesto en el Régimen de Transición de la Constitución aprobada en el referéndum de septiembre de 2008.

19. MANDATO CONSTITUYENTE No. 19 DESIGNACIÓN DE SUPERINTENDENTE DE TELECOMUNICACIONES

El Mandato Constituyente No. 19, publicado el 31 de Julio de 2008, procedió a dejar sin efecto la designación del Ingeniero Paúl Orlando Rojas Vargas como Superintendente de Telecomunicaciones (Mandato Constituyente No. 19, Art. 1), y en consecuencia, nombrar para ese mismo cargo al Ingeniero Fabián Leonardo Jaramillo. (Mandato Constituyente No. 19, Art. 2)

Estatus Jurídico: Este Mandato Constituyente perdió vigencia al momento en que se produjo la posesión del definitivo, Ingeniero Fabián Leonardo Jaramillo, el 4 de diciembre de 2011 en la Asamblea Nacional (Agenda del Pleno de la Asamblea Nacional del Ecuador, <http://www.asambleanacional.gob.ec/Convocatorias-a-Sesiones-del-Pleno.html>, Acceso: 31/10/2012), una vez cumplido lo dispuesto en el Régimen de Transición de la Constitución aprobada en el referéndum de septiembre de 2008.

20. MANDATO CONSITUYENTE No. 20 CANCELACION DE OBLIGACIONES A FAVOR DE LOS ACREEDORES NO GARANTIZADOS DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS EN LIQUIDACION

El Mandato Constituyente No. 20, publicado el 31 de julio de 2008, tuvo como motivación el generar, desde el órgano constituyente, un pronunciamiento con respecto a los involucrados en el caso de la banca cerrada por motivo de la crisis financiera de 1999, y que en muchos casos se encontraban pendientes respecto de su resolución. En este sentido, la ANC dispuso las siguientes decisiones:

- a. Se dispuso el pago de las obligaciones de las entidades financieras sometidas a saneamiento en virtud de la Ley AGD⁶⁵⁰, sean pagadas a los acreedores con los resultados propios de las mismas. (Mandato Constituyente No. 20, Art. 1) Todo esto respecto a aquellas que no hayan sido cubiertas todavía por la Agencia de Garantía de Depósitos AGD.
- b. Se dispuso el pago de todas las obligaciones de entidades financieras no sometidas a saneamiento, sino declaradas en liquidación forzosa en virtud de la ley reformativa a la Ley AGD⁶⁵¹. (Mandato Constituyente No. 20, Art. 2)
- c. Se dispuso que las acreencias no garantizadas sean pagadas con recursos de la entidad financiera antes de que ésta realice la dación de activos como pago a la AGD o la institución del Estado subrogante en los derechos de ésta. (Mandato Constituyente No. 20, Art. 3)

⁶⁵⁰ La Ley Reordenamiento en Materia Económica en el Area Tributario-Financiera, de 1 de diciembre de 1998, es denominada comúnmente como Ley AGD, ya que dentro de este cuerpo normativo se creó la Agencia de Garantía de Depósitos como mecanismo para asegurar los derechos de los clientes de los bancos que entrasen en proceso de saneamiento o de liquidación forzosa.

⁶⁵¹ La Ley No. 2002-60 de 28 de enero del 2002, reformó varios artículos de la denominada Ley AGD, dadas las nuevas circunstancias económicas causadas por la salida de la crisis de 1999 y el régimen de dolarización.

d. Se prohibió el pago a las personas que sean demostradas como vinculadas a la entidad en liquidación y a quienes hayan obtenido la calidad de acreedores violando la ley. (Mandato Constituyente No. 20, Art. 4)

Estatus Jurídico: El presente Mandato Constituyente no ha sido objeto de reforma o derogatoria, por lo que podemos afirmar que a este momento, goza de plena vigencia. Sin embargo, es menester señalar que la Agencia de Garantía de Depósitos AGD, fue eliminada mediante la Disposición Transitoria Quinta de la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 498 de 31 de diciembre del 2008, norma en la que se estableció al Ministerio de Finanzas como la entidad sucesora en los derechos y obligaciones de la entidad extinta.

21. MANDATO CONSTITUYENTE NO. 21 LA ASAMBLEA ASUME LA FUNCIÓN LEGISLATIVA DEL ESTADO

El Mandato Constituyente No. 20, publicado el 31 de julio de 2008, constituyó una violación y modificación del Estatuto Electoral que fue aprobado en la Consulta del 15 de abril de 2007, ya que la Asamblea Nacional Constituyente, una vez cumplida su atribución de redactar el proyecto constitucional en el plazo establecido⁶⁵², dejaba de existir jurídicamente. Sin embargo, la Asamblea dispuso lo siguiente:

a. Que la Asamblea Nacional Constituyente ejerce la Función Legislativa del Estado desde el 26 de julio de 2008 (día siguiente de la finalización del plazo de existencia del organismo), hasta la proclamación de los resultados del referéndum constitucional (Mandato Constituyente No. 21, Art. 1)

b. Se dispuso el receso de la ANC como función legislativa hasta la proclamación de los resultados definitivos del referéndum aprobatorio, con la opción de la suspensión del mismo por resolución justificada del Presidente de la Asamblea (Mandato Constituyente No. 21, Art. 2)

c. Como marco regulatorio de la Asamblea Nacional Constituyente para ese período de tiempo se estableció al Capítulo VIII del Reglamento de Funcionamiento de este organismo y la Ley Orgánica de la Función Legislativa. (Mandato Constituyente No. 21, Art. 3)

⁶⁵² El Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea, en el Art. 2, estableció que ésta tendría una duración de 180 días, con opción a una prórroga no mayor a 60 días.

d. Se mantuvo la inmunidad de los Asambleístas prevista en el Mandato Constituyente No. 1. (Mandato Constituyente No. 21, Art. 5)

e. Se dispuso que los Asambleístas pudieran dedicarse a sus actividades particulares durante el receso del cuerpo colegiado, salvo al momento en que se desarrolle un período de sesiones (Mandato Constituyente No. 21, Disposición Transitoria Primera), y además, se estableció que éstos no percibirían su sueldo de representantes durante el mencionado receso. (Mandato Constituyente No. 21, Disposición Transitoria Segunda).

Estatus Jurídico: Si bien este Mandato Constituyente no ha sido objeto de reforma o derogatoria expresa. Sin embargo, esta norma jurídica perdió eficacia al momento en que se proclamaron los resultados oficiales del referéndum aprobatorio de la Constitución, y la entrada en vigencia de la nueva carta magna.

22. MANDATO CONSTITUYENTE No. 22 DESIGNACIÓN DE LAS AUTORIDADES ELECTORALES TRANSITORIAS

El Mandato Constituyente No. 22, aprobado el 24 de octubre de 2008, tuvo como fin cumplir la disposición del Régimen de Transición de la Constitución, en el que se estableció que los miembros del Consejo Nacional y Tribunal Contencioso Electoral serían designados directamente por la Asamblea Nacional Constituyente (Constitución de la República del Ecuador, Régimen de Transición, Art. 18).

En virtud de este Mandato, se designaron como vocales principales del Consejo Nacional Electoral a los señores Omar Simon, María Cobacango, Fausto Camacho, Marcia Caicedo y Carlos Cortez. Como jueces del Tribunal Contencioso Electoral, se designó a los Doctores Alexandra Cantos, Jorge Moreno, Ximena Endara, Arturo Donoso y Tania Arias. (Mandato Constituyente No. 22, Art. 1 y 2)

Estatus Jurídico: El Mandato Constituyente No. 22 perdió vigencia al momento en que tomaron posesión del cargo las nuevas autoridades del Consejo Nacional Electoral y Tribunal Contencioso Electoral el 29 de noviembre de 2011 para los primeros (Agenda del Pleno de la Asamblea Nacional, <http://www.asambleanacional.gob.ec/Convocatorias-a-Sesiones-del-Pleno.html>, Acceso: 31/10/2012), y el 14 de junio de 2012 para el segundo (Agenda del Pleno de la Asamblea Nacional, <http://www.asambleanacional.gob.ec/Convocatorias-a-Sesiones-del-Pleno.html>, Acceso: 31/10/2012), luego de agotado el proceso de selección realizado en el Consejo de Participación Ciudadana.

23. MANDATO CONSTITUYENTE No. 23 COMISIÓN LEGISLATIVA Y DE FISCALIZACIÓN

El Mandato Constituyente No. 23, el último en ser expedido por la Asamblea Nacional Constituyente, expedido el 25 de octubre de 2008, tuvo como fin la conformación de la Comisión de Legislación y Fiscalización, organismo previsto por el Régimen de Transición de la Constitución 2008 (Constitución del Ecuador 2008, Régimen de Transición, Art. 17), que ejerció la Función Legislativa del Estado hasta la posesión de la primera Asamblea Nacional el 1 de Agosto de 2009. En virtud de esto, la Asamblea emitió las siguientes disposiciones:

- a. Conformación política de la Comisión de Legislación y Fiscalización similar a la de la Asamblea Constituyente, con un total de 76 miembros. (Mandato Constituyente No. 23, Art. 5)
- b. Regulación de la organización y funcionamiento administrativo de la Comisión de Legislación y Fiscalización. (Mandato Constituyente No. 23, Arts. 7 a 21)
- c. Regulación del trámite de creación de las leyes. (Mandato Constituyente No. 23, Arts. 22 al 31)
- d. Regulación de la función de fiscalización y control político (Mandato Constituyente No. 23, Arts. 32 al 39)
- e. Regulación del procedimiento parlamentario⁶⁵³ en el seno de la Comisión (Mandato Constituyente No. 23, Arts. 40 al 52)
- f. Regulación de las formas de votación en el seno de la Comisión (Mandato Constituyente No. 23, Arts. 53 al 57)
- g. Regulación de la comisión general y participación de la ciudadanía (Mandato Constituyente No. 23, Arts. 58 a 59)
- h. Regulación del presupuesto, personal auxiliar, viáticos y emolumentos (Mandato Constituyente No. 23, Arts. 60 a 65)
- i. Regulación de la ética y su cumplimiento (Mandato Constituyente No. 23, Arts. 66 y 67)
- j. Regulación respecto a la situación de vacío e interpretación del Mandato (Mandato Constituyente No. 23, Arts. 68 a 69)

⁶⁵³ Refiriéndonos a “Procedimiento Parlamentario” como el modo de realización de los debates al interior del cuerpo colegiado

k. Se derogó de manera definitiva la Ley Orgánica de la Función Legislativa (Mandato Constituyente No. 23, Disposición Derogatoria)

Estatus Jurídico: El Mandato Constituyente No. 23, fue derogado expresamente, por disposición de la Disposición Derogatoria Primera de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, que fue promulgada el 27 de julio de 2009.