

Análisis de los Límites del Poder Constituyente

Analysis of the Limits of the Constituent Power

Alejandro Venegas Maingón
Universidad Especialidades Espíritu Santo, Ecuador.
arvanegas@uees.edu.ec.
Verónica Hernández Muñoz
Universidad Especialidades Espíritu Santo, Ecuador.
vlhernandez@uees.edu.ec.

Recibido: 22/04/19

Aceptado: 15/08/19

Resumen: A raíz de las revoluciones de libertad, nació el poder constituyente que dio origen a la norma fundamental de los Estados. Desde aquella época hasta la actualidad, en múltiples ocasiones se ha invocado el poder constituyente como herramienta del pueblo para hacer nacer una nueva Constitución. Sin embargo, a través del tiempo, han surgido varios límites al poder constituyente de forma que pueda, en sí mismo, proteger a los ciudadanos actuales y futuros con respecto a los derechos que se reconocerán y la nueva estructura estatal que se creará. En este ensayo, se detallan y explican cada uno de los límites del poder constituyente, así como aquellos que se invocaron y los que no se aplicaron en última experiencia ecuatoriana de reforma constitucional del año 2007.

Palabras Claves: poder constituyente, constitución, reforma constitucional.

Abstract: The first constitutions were birthed by constituent powers brought on by the American and French revolutions. From that time, up til now the constituent powers has been used to rewrite old constitutions and create new ones. However throughout time, limits have been set for this type of constituent power in order to protect citizens' rights. In this essay we detail each and every one of the limits set by the constituent power, using the example of the constitutional reform of Ecuador in 2007.

Keywords: constituent powers, constitution, constitutional reform.

Sumario: I. Introducción. II. Fundamentación teórica. 2.1 Antecedente historico. 2.2 Titularidad y Ejercicio del Poder Constituyente. 2.3 Límites del Poder Constituyente originario. 2.4 Límites del Poder Constituyente Derivado. 2.5 Experiencia Ecuatoriana en la Asamblea Cosntituyente de 2007. III. Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción

Las revoluciones de finales del siglo XVIII permitieron superar el Estado Absoluto, en el cual el poder se concentraba en unos pocos, quienes lo ejercían a su voluntad. Con esto, se logró que el tercer Estado –la burguesía– adquiriera derechos de participación y con ello, se dio la ratificación de la teoría del poder constituyente, por el que, la voluntad soberana se refleja en los cuerpos normativos.

De esta manera el poder constituyente se convirtió en la justificación fundamental para el ejercicio y desarrollo del Estado de Derecho, que tienen la mayoría de los países en la actualidad. Siendo así, que el pueblo, ejerciendo su soberanía popular, tiene la capacidad de autorregularse con un texto constitucional escrito, principalmente para garantizar el cumplimiento de sus derechos fundamentales y limitar al poder político. De esta manera, las instituciones estatales tendrán sus actuaciones subordinadas al texto constitucional, teniendo que adecuar sus conductas de manera formal y material. Lo anterior fue posible gracias a la implementación de las constituciones escritas en los Estados, que

...le da sentido a todo su sistema político y jurídico. Esto es así pues contiene los principios y lineamientos primordiales en los que una sociedad fundará su modo de existencia como organización social, jurídica y política (Trejo. L, 2011).

Sin embargo, esta capacidad adquirida y delegada al poder constituido (entendido como el ejercicio ordinario del poder) de autorregularse mediante un texto constitucional escrito, en la actualidad, tiene distintos tipos de limitaciones, y con ello garantiza la rigidez constitucional. También se debe tener en consideración que el Estado Constitucional de Derechos tiene distintos principios y características que deben ser respetadas por las instituciones jurídicas y la población con la finalidad de mantener el orden y el respeto a la norma fundamental. Como es en el caso de la República del Ecuador o los Estados Unidos Mexicanos, quienes con sus constituciones ha instaurado organizaciones e instituciones que tienen distinto tipos de restricciones en el ejercicio del poder.

Estas limitaciones al poder constituyente se deben valorar desde distintas perspectivas, así como diferenciar los límites que existen dentro de un Estado. Tal cuestión, con el propósito de analizar y comprender la magnitud del poder constituyente. Con esta finalidad, es necesario examinar la evolución histórica del poder constituyente, que provocó que las limitaciones aumentasen y que la soberanía popular se vea, en cierta medida, restringida para llegar a los conceptos, principios y limitaciones actuales.

Adicionalmente, se analizará la experiencia ecuatoriana sobre la última Asamblea Constituyente del año 2007 y la Resolución 008 del 24 de julio de 2007, dictado por el Tribunal Constitucional ecuatoriano, para evidenciar si los límites del poder constituyente fueron empleados y las consecuencias que su inaplicación podría conllevar. La experiencia mencionada, es una parte fundamental de la investigación, ya que permite complementar el análisis teórico de las limitaciones.

II. Fundamentación Teórica

2.1. Antecedente Histórico

Debemos recordar que las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII – Revolución Francesa y Revolución Americana– permitieron iniciar el desarrollo de los actuales Estados de Derecho. Reconociendo, *prima facie*, la soberanía del Tercer Estado, la positivización de sus derechos en los textos constitucionales, que el poder soberano popular deponga al poder absoluto de los reyes y la limitación al poder político de las instituciones que conforman el Estado.

Es así, que en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada en 1789 por la Asamblea Constituyente francesa, en su artículo 3, establece que: “El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ninguna corporación o individuo puede ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella”, acabando con el absolutismo en el que vivía Francia y estableciendo un estado democrático, con la garantía de distintos derechos naturales que fueron positivizados.

De esta manera, en palabras del profesor Maurizio Fioravanti, el cambio de concepción teórico-doctrinal que se vivió ...fija las coordenadas generales de un modelo político que al mismo tiempo libera al individuo y al Estado –este último manifestado ahora en los términos de la soberanía de la nación– de la presencia embarazosa de los viejos poderes feudales y señoriales (2016).

Para que la ciudadanía tenga reconocido sus derechos de participación en la toma de decisiones para el futuro texto constitucional que rigió el Estado.

Por ese motivo, el reconocimiento de la soberanía popular ha permitido la positivización de los derechos naturales de los ciudadanos, llevando a que, por dar un ejemplo, tengamos en los ordenamientos jurídicos modernos el principio de igualdad, como base fundamental de los Estado democráticos. La positivización de distintos derechos –civiles y políticos en específico– permitió el reconocimiento de la voluntad general de los ciudadanos como una herramienta para legitimar el poder político.

Este cambio ideológico promovió la formalización de los textos constitucionales de acuerdo a las necesidades y fines de la ciudadanía. De esta manera nace el poder constituyente, es decir, esa “...facultad o potencia para

establecer y alterar la constitución (poder-función), como a quién lo hace (poder-persona)” (Sagües. N, 2017). La burguesía adquirió de esta manera la capacidad para tomar decisiones y poder ser, inclusive, el *factor real de poder* determinante al momento de estructurar un nuevo estado.

Lo antes expuesto se evidencia analizando el criterio jurídico-político de Ferdinand Lassalle, que en una de sus conferencias mencionó que “...estos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita y a partir de este momento [...] se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas...” (2016). Inclusive Lassalle va más allá, al destacar la importancia que tienen los textos constitucionales, señalando que en estos, “...se revela que, en el espíritu unánime de los pueblos, una constitución debe ser algo mucho más sagrado todavía, más firme y más inmovible que una ley ordinaria” (2016). Es decir, que la constitución tiene un carácter rígido, puesto que como ley fundamental y legitimada por ese poder constituyente, establece reglas, para que no sea modificada fácilmente estableciendo estabilidad y seguridad.

Posteriormente, como consecuencia de las crisis del Estado Individualista-Liberal y el reclamo a la universalización de los derechos, la soberanía fue ampliándose a todos los estratos sociales de la población, llevando a que el Cuarto Estado tenga el reconocimiento y la garantía de sus derechos constitucionales y que su voluntad político-jurídica se ve reflejada también en los textos constitucionales.

Por ese motivo, la población al ejercer la participación política y expresar su voluntad mediante ejercicios democráticos, permite que las constituciones escritas adquieran un carácter fundamental en el desarrollo democrático de los Estados. Debiendo recordar que al ser un “...sistema de reglas, sustanciales y formales, que tiene como destinatarios propios a los titulares del poder” (Ferrajoli, 2010), el propio pueblo crea y limita el Estado.

Una vez establecido el constitucionalismo en la mayoría de Estados, la base fundamental de estos ha sido la de respetar la voluntad ciudadana, “...de suerte que no se privilegie ninguna voluntad particular, y de suerte que con ella se garanticen los derechos de todos y de cada uno en un plano de perfecta igualdad” (Fioravanti. M, 2014). De este modo, debemos entender que el pueblo tiene “voluntad originaria,

soberana, suprema y directa” (Quisbert, 2007), lo que permite que, con los sistemas constitucionales, vean reflejada su voluntad en el Estado.

Por lo antes expuesto, el poder constituyente es fundamental para el correcto desarrollo de los Estados Constitucionales de Derecho modernos, porque los poderes estructurados (constituidos) en sus textos constitucionales “...deben someterse al marco de regulación constitucional en que descansa y se encuentra por lo tanto, limitado y sujeto al Derecho instituido en su ejercicio y titularidad” (Blumenwitz y Gaete, 1981), respetando así el principio de supremacía constitucional.

Es decir, que las actuaciones de los poderes del Estado deben tener una adecuación material y formal a lo establecido en la constitución para tengan plena validez, todo esto como consecuencia de esta característica de supremacía de la constitución que ha permitido el fortalecimiento de las constituciones rígidas. Por ese motivo se puede resaltar que el respeto a los preceptos constitucionales es la mayor manifestación de soberanía de los pueblos, donde el poder constituyente permite que estos sean regulados por sus propias reglas.

2.2. Titularidad y Ejercicio del Poder Constituyente

En palabras del profesor Nestor Sagües, el poder constituyente es “... generalmente conferida al pueblo o a la nación; es decir, en quién se hace formalmente residir la potestad constituyente, y a quién se le atribuye o imputa la decisión del poder constituyente” (Sagües, 2017). Por eso, podemos señalar que la soberanía radica en el pueblo, adquiriendo así este poder para instituir los Estados, mediante textos constitucionales, y limitar todas las instituciones que forman parte del mismo. Sin embargo, es importante distinguir la titularidad al ejercicio del poder constituyente, puesto que este último es practicado por las autoridades competentes, que adquieren legitimidad democrática, como por ejemplo los integrantes de lo que será la Asamblea Constituyente.

2.2.1 Variedades del Poder Constituyente

La capacidad para modificar la constitución tiene connotaciones relevantes, por ese motivo es fundamental comprender la clasificación del poder constituyente de acuerdo a su sometimiento, o no, de normas jurídicas preexistentes. Es así como encontramos una clara distinción entre el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado, conceptualizándolos de la siguiente forma.

- A) *El poder constituyente originario*, en palabras del profesor Néstor Sagües, es aquel que no se encuentra sometido a normas jurídicas preexistentes de derecho positivo, siendo revolucionario, autónomo e ilimitado (2017). Por ese motivo es la máxima representación de la voluntad del pueblo, quien instituye los poderes políticos mediante un texto constitucional. Ejemplos del ejercicio de este tipo de poder serían las Asambleas Constitucionales con la finalidad de establecer una nueva constitución o los ejercicios de democracia directa para manifestarse sobre una reforma del texto constitucional.

Asimismo, encontramos que el poder constituyente originario se puede clasificar de las siguientes maneras:

Fundacional: Es aquel que instituye con un texto constitucional un Estado, creando desde el inicio su estructura y limitación política, sin que esta capacidad o facultad haya sido derivada de otro texto constitucional.

Posfundacional: En esta clasificación se encuentran los que luego de haber sido instituido el Estado, cambia su estructura mediante un nuevo texto constitucional.

- B) *El poder constituyente derivado* es el que tiene "...la facultad de reformar la constitución elaborada por el poder constituyente originario, no de dictar una nueva, ese es el límite de sus atribuciones o competencias" (Oyarte. R, 2016). Es decir, que mediante este poder se puede modificar

el texto constitucional siguiendo, únicamente, los procedimientos de reforma constitucional establecidos en el texto constitucional. Por ese motivo, las instituciones estatales están condicionadas a estos procedimientos de modificación constitucional, haciendo que se respete la tesis de rigidez constitucional en el marco jurídico y exista una plena garantía de soberanía popular.

Por ejemplo, se puede señalar que ninguna norma infraconstitucional o acto del poder público puede modificar el texto constitucional de un país, puesto que atentaría, además de distintos principios constitucionales, contra el poder constituyente y el concepto de soberanía popular.

2.3. Límites del Poder Constituyente Originario

El poder constituyente originario a pesar de encontrarse libre de reglas jurídicas preexistentes y, *a priori*, parece un poder ilimitado, tiene en la actualidad distintos tipos de restricciones que no permiten un desarrollo descontrolado que pueda afectar los derechos del pueblo, en específico de las minorías.

- A) Limitación Fáctica. En primer lugar tenemos la limitación fáctica, aquella que establece que se encuentra “recortado y condicionado por las fuerzas políticas que operan en un país, los lobbies y grupos de presión, los factores de poder, las posibilidades económicas, etcétera” (Sagües, 2017). Es decir, como creación humana dotada de una aparente libertad negativa esta se encuentra limitada por circunstancias de facto que hacen imposible alcanzar toda voluntad del pueblo y que esta se vea limitada por distintas circunstancias sean económicas, políticas o sociales.

Por eso, el poder constituyente originario siempre estará “... condicionada por el proceso político del momento en que es ejercido

por el pueblo” (Quisbert, 2007), encontrándose este aparente poder ilimitado y supremo con restricciones humanas que son imposibles de superar u obviar.

B) Limitación Normativa. Luego, encontramos la limitación normativa de los pactos o convenios internacionales firmados por los Estados, puesto que mediante la teoría de la positivización de los derechos – principalmente desarrollada luego de la Segunda Guerra Mundial– en la que los “...Estados soberanos afirman empeñarse en respetar los derechos del hombre (universales)” (Barberis, 2008), estos fueron declarados en los distintos instrumentos de protección de derechos humanos.

Es así, que podemos mencionar el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece lo siguiente:

“El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”

Donde se evidencia que las disposiciones del ordenamiento jurídico de un Estado, entre las cuales se encuentran los textos constitucionales, no pueden contravenir la convención anteriormente señalada, por cuanto es de obligatorio cumplimiento para los Estados signatarios de la misma.

De igual manera, los países latinoamericanos se encuentran sometidos al control de convencionalidad desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo a lo dispuesto en su artículo 1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José) que establece lo siguiente:

“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”

Esta limitación manifiestamente prohíbe al poder constituyente originario, realizando un ejercicio posfundacional, de irrespetar los convenios internacionales¹ por decisión propia por cuanto se encuentra sometida normativamente a estos pactos.

C) Limitación de Derecho Natural. Por último tenemos la limitación de derecho natural, debido a que se encuentran preceptos o reglas jurídicas propias del iusnaturalismo. Estos que permiten un respeto irrestricto a la vida o procurar la justicia, que siempre serán condicionantes para el poder constituyente originario.

Es decir, la fundamentación iusnaturalista de los derechos, “poseen una irrenunciable dimensión prescriptiva o deontológicas [...] constituyen categorías que no pueden desvincularse de los ordenamientos jurídicos” (Pérez Luño, 1993). No se pueden desconocer los derechos naturales de las personas, que deberán ser respetadas por el poder constituyente originario.

2.4. Límites del Poder Constituyente Derivado

En cuanto al poder constituyente derivado tenemos un mayor número de límites producto del origen de su legitimidad, que si bien es mediante procesos democráticos, no radica solamente en el pueblo. Por ese motivo encontramos las limitaciones que deberán ser respetadas por este poder y comprenden ciertas circunstancias distintas a las del poder constituyente originario.

A) Limitación Normativa. Aquí también encontramos una limitación normativa como en el poder constituyente originario. Sin embargo, esta

¹ Por ejemplo, con el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que los jueces y tribunales internos de los Estados signatarios de la Convención Interamericana de Derechos Humanos –como lo son los Estados Unidos Mexicanos o la República del Ecuador– están obligados a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin. Es decir, que los jueces deben ejercer una especie de control de convencionalidad.

tiene dos clasificaciones dependiendo de las circunstancias: 1) externas o 2) internas.

- 1) La limitación normativa externa, similar a las del poder constituyente originario, establece que el derecho internacional influye directamente sobre las decisiones que se pretenden tomar, haciendo que las instituciones estatales se encuentren condicionadas a los convenios o tratados internacionales de los cuales el Estado es signatario.
- 2) La limitación normativa interna se encuentra regulada por los procedimientos de modificación de la constitución² de los ordenamientos jurídicos de cada Estado³. Estableciendo la legitimad activa y las prohibiciones para modificar el texto constitucional. Recordemos que inclusive hay normas que el propio poder constituyente originario ha prohibido que se puedan modificar, por eso el profesor Sagües señala que el poder constituyente originario puede "...determinar el radio de acción del poder constituyente derivado [...] ya que está circunscripto por el derecho preexistente que regula su comportamiento" (2017).

B) Limitación Espacial y Temporal. El poder constituyente derivado también tiene límites en relación al lugar y el tiempo en el cual puede ejercer dicho poder. Con respecto del lugar se estipula dónde puede sesionar dicho poder –mediante la institución que se establezca– con la finalidad de otorgarle legitimidad a su actuación y cumplir con las formalidades constitucionales. En relación al tiempo se estipula que tiene un periodo determinado en el cual puede ejercer dicho poder para cambiar el texto constitucional. Por ejemplo, el tiempo mínimo o máximo que debe pasar entre un debate y otro en el Congreso.

² Recordando que esta es una de las características de las constituciones rígidas –de acuerdo a la clasificación de James Bryce–; estas son aquellas que establecen un procedimiento distinto para modificar la constitución al que debe seguirse para reformar una ley.

³ Al igual que las limitaciones normativas externas, estos procedimientos de modificación de la constitución requieren un control previo de constitucionalidad ejercido por los órganos competentes para el efecto.

C) Limitación Procedimental. Luego, tenemos límites de procedimiento que se dividen en distintos elementos procesales, dependiendo de quién establece la limitación.

1) Limitación Procedimental Constitucional. Encontramos las limitaciones constitucionales, aquellas que se encuentran dentro de la norma suprema estableciendo quiénes ejercerán el poder constituyente y bajo qué parámetros.

Cabe resaltar que cada uno de estos procedimientos tienen mayor número de requisitos con la finalidad de ser aplicados y características especiales, dependiendo del conocido sistema gradado de procedimiento de rigidez. Es decir, los procedimientos que tienen menos prohibiciones para reformar el texto constitucional, tienen mayor número de requisitos para poder ser llevado a cabo.

En esta limitación procedimental encontramos que el “procedimiento de actuación del poder constituyente, trámite para la reforma, plazos y términos” (Vanossi, 1975) estarán sujetos a las disposiciones del poder constituyente originario, formal y materialmente.

2) Limitación Procedimental Preconstituyente: Por último encontramos las normas dictadas por el poder preconstituyente (órgano legislativo) quien al realizar la convocatoria, puede establecer parámetros para el ejercicio del poder constituyente derivado, para su correcto desarrollo y para garantizar los derechos ciudadanos.

El órgano legislativo en ejercicio de sus atribuciones puede establecer ciertos requisitos, siempre y cuando el poder constituyente originario lo permita. Así encontramos que el poder preconstituyente puede establecer plazos, requisitos procesales, entre otros con la finalidad de un correcto desarrollo de lo dispuesto por el poder constituyente originario.

2.5. Experiencia ecuatoriana en la Asamblea Constituyente de 2007

2.5.1 Proceso Constituyente ecuatoriano

La experiencia ecuatoriana en la Asamblea Constituyente de 2007, permite evidenciar la aplicación de los límites del poder constituyente que se han estudiado. En ese año Ecuador entró en, hasta ahora, el último proceso constituyente de su historia republicana. Lo distinto, característico y particular de este proceso fue que su inicio se dio por solicitud del Presidente de la República, a través de Consulta Popular, que contenía la pregunta 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?*

En la Consulta Popular ganó el sí con el 81% de los votos y se dio inicio al nuevo proceso. La ciudadanía eligió a los asambleístas constituyentes y se instalaron el 30 de noviembre de 2007. Como primer acto, luego de su posesión, dictaron el Mandato Constituyente N° 1 a través del cual detallaron la división de los “plenos poderes” adquiridos por medio de la Consulta Popular. Así, el poder ejecutivo, fue ratificado. El poder legislativo, fue cesado de sus funciones ya que la Asamblea Constituyente asumió las competencias legislativas; y, por último, al poder judicial se le permitió seguir administrando justicia en tanto no se tratara de acciones que impugnaran los actos del poder constituyente.

Ante esta situación, tres abogados con la firma de mil ciudadanos más, presentaron una acción de inconstitucionalidad, conocida también como el caso N. ° 0043-07-TC⁴ y resuelto por el Tribunal Constitucional ecuatoriano.

Los accionantes consideraban que el hecho que la Asamblea Constituyente alegaba que reunía todos los poderes del Estado y, en este sentido, dictó el Mandato N.° 1 en el que señaló que la Función Ejecutiva quedaba a cargo de Rafael Correa Delgado y la Vicepresidencia de la República a cargo de Lenin Moreno Garcés; que los diputados del Congreso Nacional debían cesar en sus funciones porque

⁴ Publicado en el Registro Oficial Suplemento N. ° 286 del 3 de marzo de 2008.

a partir de ese momento, en adelante, era la Asamblea Constituyente a quien le correspondía legislar y fiscalizar; y, también, señaló que la función judicial no podía conocer acciones que impugnaran los actos y decisiones tomados en el seno de la Asamblea Constituyente.

Frente al Mandato N.º 1, por el que se dividió el poder político del Estado, mil ciudadanos alegaron que tal Mandato era inconstitucional por seis razones: primero, no se trataba de un poder constituyente originario sino derivado; segundo, la Asamblea Constituyente no podía asumir las labores del legislativo; tercero, la impugnabilidad de los actos constituyentes iba en contra del derecho al debido proceso; cuarto, la Asamblea Constituyente estaba sometida al ordenamiento jurídico establecido y al principio de supremacía constitucional; quinto, porque existían límites materiales a los poderes de la Asamblea Constituyente dados por el precedente contenido en la Resolución 008 del 24 de julio de 2007, dictado por el mismo Tribunal Constitucional; y, sexto, porque aceptar los plenos poderes implicaba violentar disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José.

Los jueces del Tribunal Constitucional ecuatoriano contestaron los seis argumentos de los accionantes de la siguiente manera:

1. Sobre el significado del poder constituyente

El poder constituyente es una capacidad de hecho, dentro del Estado Democrático representa la voluntad suprema del pueblo delegada a un órgano especial y extraordinario, encargado de llevar adelante un proceso de cambio profundo y trascendental de orden político y jurídico del Estado. El poder constituyente opera en un Estado democrático para garantizarlo, mediante un proceso extra-estatal encargado de la reinstauración política o de reforma de manera total la Constitución, basada en una fuerte legitimación social⁵.

El poder constituyente tiene las características de ser fáctico- político, extra jurídico, ilimitado y originario.

⁵ Pág. 11 Caso 0043-07-TC.

Es un poder extraordinario por surgir en ocasiones no previstas, en momentos de necesidad, a raíz de la activación de la voluntad del pueblo cuando éste considera vital la aplicación del mismo.

Es un poder fáctico, de hecho, porque no se rige, a criterio de los jueces constitucionales, por ninguna norma jurídica positiva, no conduce su actuación con base al ordenamiento jurídico establecido; y,

Es un poder originario, porque no deriva de ningún otro, sino que nace de sí mismo con el objetivo de crear una Constitución.

2. De la asunción de las labores del legislativo por parte de la Asamblea Constituyente

A criterio del Tribunal Constitucional ecuatoriano, la Asamblea Constituyente de Montecristi sí podía cesar en sus funciones a los legisladores y asumir las atribuciones del entonces Congreso Nacional. Mencionó que: “el titular del poder constituyente puede asumir no solo la función constituyente, sino todos y cada uno de los poderes delegados al Estado en la Constitución vigente, incluido por supuesto el poder legislativo. El Tribunal Constitucional no comparte la opinión de los demandantes, quienes consideran que el poder constituyente solo puede elaborar o reformar una constitución y nada más y por lo tanto, “no ha de acumular facultades legislativas ordinarias, ni menos aún poderes de tipo ejecutivo o judicial, porque eso implicaría confundir lo extraordinario con lo constituido”. Señalando que la Asamblea Constituyente, aunque tiene un poder delegado y extraordinario, es un poder constituyente y no constituido.

Para los jueces constitucionales el hecho que la Asamblea Constituyente de Montecristi asumiera los poderes del legislativo y ordenada la división de las demás funciones no contrariaba el principio de separación de poderes. Principalmente, porque el poder constituyente es soberano y carece de límites jurídicos. A diferencia del poder constituido que se rige por la norma positiva. Además, señalaron que la teoría de separación de poderes no es aplicable a las determinaciones del poder constituyente mientras esté actuando para constituir o transformar radicalmente el Estado.

Asimismo, el poder constituyente, al ser extraordinario y extrajurídico no estaba sujeto a las normas y procedimientos contemplados en la Constitución de 1998 sino a la actuación de los asambleístas constituyentes elegidos que, a su vez, se ampararon en el Estatuto de la nueva Asamblea Constituyente.

3. Sobre la no impugnación de los actos constituyentes

A criterio de los jueces constitucionales la Asamblea Constituyente de Montecristi sí podía limitar la actuación de los jueces ecuatorianos. En la medida en que el Estatuto dispuso en su artículo 1 que la Asamblea tiene plenos poderes para transformar el marco institucional del Estado y para elaborar una nueva Constitución, eso significa 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.

En este sentido, mientras la Asamblea Constituyente se encuentre en funcionamiento, tiene no solo la potestad de ejercer la función de elaborar una nueva Constitución y transformar el marco institucional del Estado, sino que puede asumir, si así lo considera necesario, todos los poderes del Estado, con la obvia limitación de que el pueblo en cualquier momento puede reasumir las funciones y poderes delegados⁶.

Entonces, como se expuso, los jueces constitucionales consideraron el mandato del 15 de abril de 2007 como la activación de un poder constituyente originario, el que da nacimiento al Estado, el que transforma el orden jurídico que antes regía esa población. La base de su argumentación fue, en todo momento, interpretar que los “plenos poderes” significaban, en pleno Siglo XX y no obstante, el Ecuador como Estado haber nacido en 1830, como un poder originario, extra jurídico, creador y supremo.

⁶ Pág. 18 Caso 0043-07-TC.

4. Sobre el sometimiento de la Asamblea Constituyente de Montecristi al orden positivo del Estado

La opinión que dieron los jueces constitucionales es que la Asamblea de Montecristi no estaba sujeta al ordenamiento jurídico ecuatoriano porque al representar el poder constituyente, la Asamblea de Montecristi tenía para sí las características propias de este tipo de poder: originario, extra jurídico, ilimitado. Si estaba sujeto a algún poder sería la misma voluntad del pueblo quien, posteriormente a creada la Constitución, ratificaría o negaría lo realizado por los asambleístas constituyentes.

5. De la existencia de límites materiales al poder constituyente señalados en el Precedente 008 del 24 de julio de 2007 dictado por el Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional ecuatoriano mencionó que, si bien existía un criterio jurisprudencial que señalaba los límites materiales al poder constituyente, los jueces podían decidir cambiar tal precedente y no someterse a él. Principalmente porque en el sistema de control constitucional ecuatoriano, al 2007, no regía el principio *stare decisis*.

El derecho ecuatoriano es un derecho sustentado en la aplicación silogística de normas generales preexistentes; no es un derecho construido a partir del discernimiento de reglas de solución de conflictos aplicables a cada caso en particular, como sucede con el derecho prácticos de los jueces, típico de la tradición anglosajona⁷.

El precedente señalado por los accionantes, a criterio de los jueces constitucionales, no tenía un valor normativo erga omnes porque con el sistema de control constitucional que regía a la época, no existía forma de aplicar el principio *stare decisis* en forma absoluta.

⁷ Pág. 9 Caso 0043-07-TC.

6. De la violación al Pacto de San José de Costa Rica en los artículos de la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso

Los jueces constitucionales consideraron que el Mandato N.º 1 no violentaba los derechos a la tutela judicial efectiva ni al debido proceso. Para ello dieron tres razones: primero, da razones políticas; segundo, da razones jurídicas; y, tercero, razones fácticas.

Por razones políticas, el poder constituyente es extra jurídico, sus decisiones tienen un poder supra estatal y con jerarquía superior a cualquier decisión de los poderes del Estado y, por tanto, no son objeto de control jurídico nacional o internacional. “Lo que ocurre es que, en el momento constituyente, tanto el sistema universal, como el interamericano, no pueden convertirse en un límite jurídico, pero sí son un parámetro político importantísimo, a ser tomado en consideración a la hora de tomar las decisiones. En estos momentos operan como límites estructurales, del mismo modo que en el ámbito interno operan la historia, la política, la moral y la cultura del país”.

Para los jueces constitucionales los ciudadanos ecuatorianos sí tenían la posibilidad de acceder a un recurso efectivo. “Efectivamente existen los recursos jurídicos para hacer efectivos los derechos humanos... hay un ámbito intangible del debido proceso construido por la plena eficacia del habeas corpus, el amparo y las condiciones básicas para el desarrollo de la dignidad humana, que no pueden ser topados por decisión alguna. En este ámbito de intangibilidad se encuentra plenamente garantizado en el país a través de la existencia y operatividad de los recursos institucionales y jurídicos como la acción de inconstitucionalidad, el amparo del habeas corpus, que se encuentran vigentes”.

Lo que es intangible, mencionó el Tribunal Constitucional, es el ámbito de acción de la Asamblea. “Mientras dure la Asamblea y solo durante este tiempo no hay posibilidad de discutir jurídicamente las decisiones del poder constituyente, pero eso no significa que en el Ecuador exista una imposibilidad de actuación jurídica frente a los actos del poder; por tanto, se reitera que la invocación a la separación de poderes, y a las garantías judiciales establecidas en el artículo 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, si bien son esenciales en el funcionamiento del Estado democrático, no son aplicables a las determinaciones

del poder constituyente, mientras aquel se encuentre actuando para constituir o transformar radicalmente el Estado. Esto significa que, en momento de transición constitucional, las reglas jurídicas de limitación del poder, establecidas en la Constitución no operan para el titular del poder constituyente (pueblo) o para sus legítimos delegados (la Asamblea), sino que solo son operativas únicamente para los poderes constituidos”⁸.

2.5.2. Observaciones de la Decisión 0043-07-TC del 26 de febrero de 2008:

El proceso constituyente ecuatoriano dado el 15 de abril de 2007 tenía el claro objetivo de elaborar una nueva Constitución. Para ello, se realizó la Consulta Popular que contenía la capciosa pregunta: *¿Aprueba usted que se convoque a 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?*

Se le da la característica de “capciosa” porque a las palabras “plenos poderes”, podía dársele dos interpretaciones. Ambas, completamente contrarias. La primera interpretación, compartida por el Tribunal Constitucional, consideró se trataba de un poder constituyente originario fundacional; y, la segunda interpretación, a criterio de los accionantes, se trataba de un poder constituyente derivado porque el Estado ecuatoriano ya había nacido en 1830 y todos los cambios constitucionales que, posteriormente, devinieran se trataba de un ejercicio de poder constituyente derivado.

Por ese motivo, la opinión del Tribunal Constitucional en el caso N° 0043-07-TC contiene contradicciones con relación a la explicación de la naturaleza de la Asamblea Constituyente porque no se trataba de un poder constituyente originario fundacional. Ya que, incluso el cambio del marco constitucional ecuatoriano de Estado de Derecho a un Estado Constitucional de Derechos y de Justicia partió de una realidad jurídica anterior de la cual se querían desagregar. La aceptación de tener y contar ahora con un Estado Constitucional derivó de la realización que, el

⁸ Pág. 21, *Ibidem*.

pueblo ecuatoriano, sobre la deficiencia del Estado de Derecho, en el sentido del reconocimiento de sus derechos, existía.

La Asamblea Constituyente de Montecristi mal pudo considerar que ejercía un poder constituyente originario cuando sus actuaciones estaban claramente marcadas por un pasado al que permanentemente hacían referencia en cada uno de las normas posteriormente creadas y aceptadas. Ejemplos de ello, varios: el cambio de la privatización de los recursos naturales, luego la Asamblea lo reformó a que el Estado era el único propietario de estos recursos y forman parte de su patrimonio nacional.

Otro caso es el reconocimiento que las pocas garantías constitucionales que daba la Constitución del año 1998 debían ampliarse. Por ello, las nuevas actuaciones de la Asamblea Constituyente estuvieron derivadas a crear toda una nueva gama de garantías constitucionales. Primero diferenciándolas en tres tipos: garantías normativas, de políticas públicas y jurisdiccionales. Y dentro de este tercer grupo, agregó once nuevas acciones de exigencias de derechos como la acción extraordinaria de protección, acción de protección, acción de habeas corpus, acción de habeas data, acción de acceso a la información pública, acción de revocatoria del mandato, acción de medidas cautelares constitucionales, acción de incumplimiento, acción por incumplimiento, acción de inconstitucionalidad.

Todos y cada uno de los cambios que se dieron lo que intentaban era “huir” del modelo constitucional pasado. Sin embargo, esa intención mal podría considerarse que convertía al poder constituyente del 15 de abril de 2007 en uno originario fundacional sino que, se trataba de un poder constituyente derivado. La actuación del poder constituyente ecuatoriano del año 2007 en Montecristi derivaba de un mandato popular, derivaba de un modelo político-jurídico, de alguna forma, fallido y que había que reformar.

Pero esa necesidad de cambio, en ningún momento, se lo podía o debía considerar como la fundación de un nuevo Estado. El Estado ya existía lo que se cambió fue el marco constitucional, institucional dentro de una idiosincrasia pre establecida, ya creada, ya existente desde inicios del Siglo XIX.

III. Conclusiones

El poder constituyente, *a priori*, puede parecer ilimitado, debido a la idea de que el pueblo, ejerciendo su soberanía popular, no tiene limitación para autorregularse. Sin embargo, debemos comprender que la soberanía popular ha cambiado y que, en la actualidad, es fundamental el cumplimiento de principios constitucionales como la supremacía constitucional o la tesis de rigidez constitucional para que se garanticen los derechos fundamentales, y que de esta forma, exista un auténtico Estado Constitucional de Derecho.

Por ello, el poder constituyente tiene distintas limitaciones, dependiendo de quien ejerza dicho poder, siendo originario o derivado, y dependiendo de los procedimientos, tiempos o circunstancias que se pretenden cambiar del texto constitucional. También recordemos que la internacionalización de los derechos introdujo mayores limitaciones a los poderes constituyentes de los Estados, que son signatarios de múltiples tratados internacionales.

Estas limitaciones deben ser respetadas y analizadas de manera especial, por los órganos encargados de ejercer el control de constitucionalidad, para respetar los distintos derechos que se encuentran relacionados con estos procesos constituyentes. El incorrecto análisis y aplicación de estos límites, podría tener como consecuencia una falta de seguridad jurídica que afectarían a todos los ciudadanos y el sistema de democracia constitucional en el que viven la mayoría de países en la actualidad.

El estudio de la experiencia ecuatoriana permite evidenciar errores que los órganos de control de constitucionalidad pueden cometer. Mismos que deben ser evitados, para que las estructuras sociales no se fundamenten en principios que atentan contra los distintos límites del poder constituyente. Los cuales podrían afectar gravemente a los Estados y el futuro de estos.

Será importante, por un lado, conocer si el concepto de soberanía popular continuará evolucionando y, por otro, analizar las consecuencias de la crisis democrática que actualmente se vive a nivel mundial. Además, será relevante analizar los efectos que al presente y, claramente a futuro, provocarán en las sociedades las reformas constitucionales dadas por Gobiernos totalitarios que irrespetaron los límites al poder constituyente aquí expuestos.

Por eso, para evitar estos escenarios, es imprescindible comprender las limitaciones de los poderes constituyentes que permitirán garantizar la democracia, los principios y derechos fundamentales, la propia soberanía popular, y así acabar con las tesis mayoritarias, que tanto perjuicio han ocasionado a distintos países a lo largo de la historia.

Bibliografía

- Barberis, Mauro (2008). *Ética para Juristas*. Madrid: Editorial Trotta.
- Fioravanti, Maurizio (1996). *Los Derechos Fundamentales: Apuntes de Historia de las Constituciones*. Madrid: Editorial Trotta.
- Fioravanti, Maurizio (2014). *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid: Editorial Trotta.
- Kelsen, Hans (2011). *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires: Ediciones Colihue S.R.L.
- Lasalle, Ferdinand (2016). *¿Qué es una Constitución?* Bogotá: Editorial Temis.
- Quisbert, Ermo (2006). “Poder y Asamblea Constituyente”. La Paz, Bolivia. Recuperado en: http://www.geocities.com/derechoconstitucional2001/poderconstituyente_archivos/06.pdf
- Naciones Unidas (1969). “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”. Viena, Austria. Recuperado de <http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html>
- Oyarte, Rafael (2016). *Derecho Constitucional*. Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Organización de Estados Americanos (1969). “Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José)”. San José, Costa Rica. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

- Pérez Luño, A.E. (1993). “El concepto de los derechos humanos y su problemática actual”. Sevilla, España. Recuperado de <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1416/DL-1993-I-1-Luno.pdf>.
- Sagües, Néstor (2017). *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Trejo, Lisi (2011). *Cuadernos de Derecho Constitucional. I. Historia y Constitución*. Buenos Aires: Hydra.
- Vanossi, Jorge (1975). *Los Límites del Poder Constituyente: Estudios de Teoría Constitucional*. Buenos Aires.

Cómo citar el artículo: Venegas A, Hernández V. (2020). Análisis de los Límites del Poder Constituyente. *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, 5 (13), pp. 41-63. <https://DOI.org/10.32870/dgedj.v0i13.240>