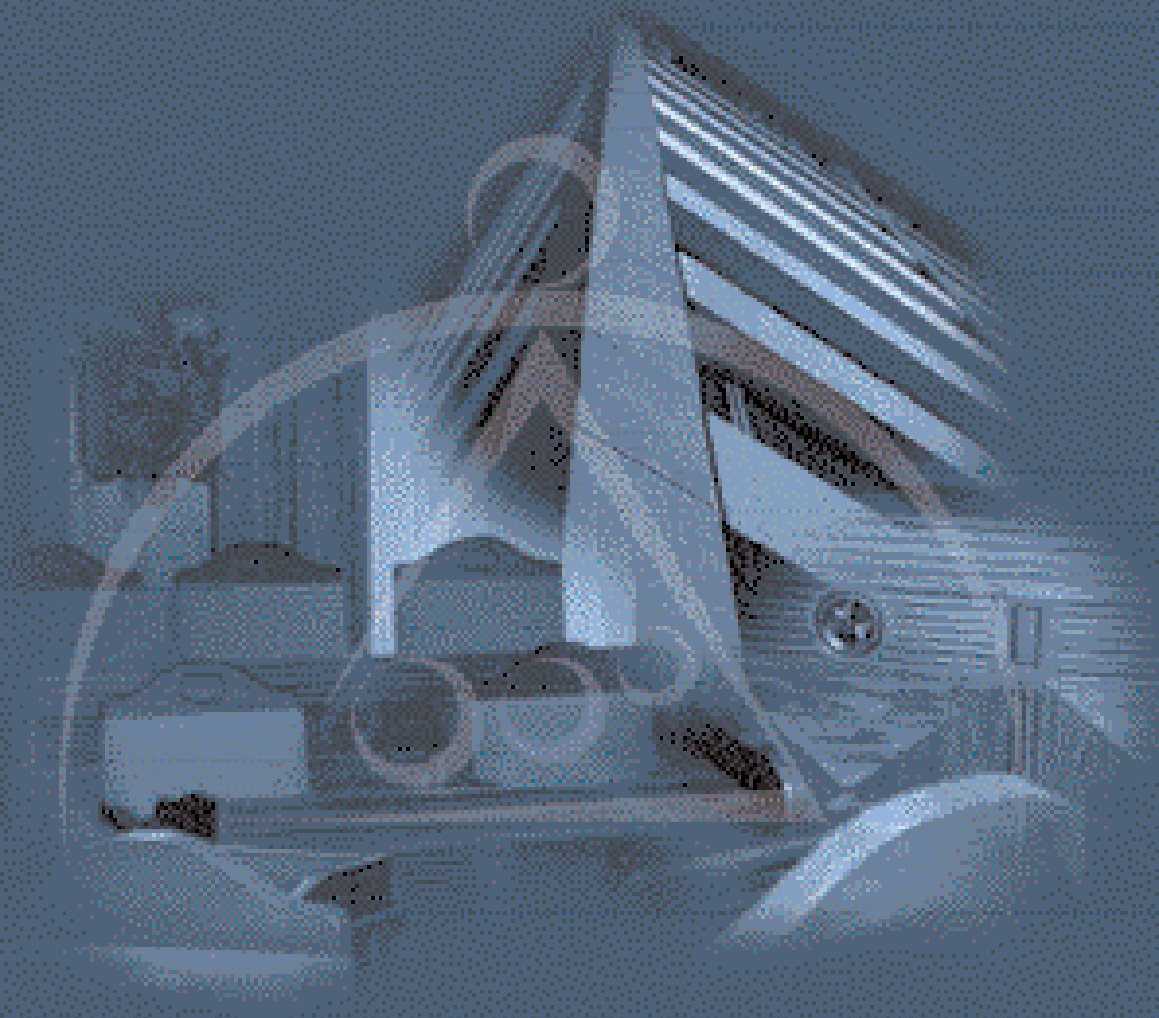


REGISTRO OFICIAL

Organo del Gobierno del Ecuador



REGISTRO OFICIAL

Año II - Quito, Lunes 3 de Marzo del 2008 - N°286



Administración del Sr. Ec. Rafael Correa Delgado
Presidente Constitucional de la República
Responsabilidad de la Dirección del Registro Oficial



REGISTRO OFICIAL

ORGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

Administración del Sr. Ec. Rafael Correa Delgado
Presidente Constitucional de la República

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Año II -- Quito, Lunes 3 de Marzo del 2008 -- N° 286

DR. RUBEN DARIO ESPINOZA DIAZ
DIRECTOR

Quito: Avenida 12 de Octubre N 16-114 y Pasaje Nicolás Jiménez
Dirección: Telf. 2901 - 629 -- Oficinas centrales y ventas: Telf. 2234 - 540
Distribución (Almacén): 2430 - 110 -- Mañosca N° 201 y Av. 10 de Agosto
Sucursal Guayaquil: Malecón N° 1606 y Av. 10 de Agosto - Telf. 2527 - 107
Suscripción anual: US\$ 300 -- Impreso en Editora Nacional
1.500 ejemplares -- 16 páginas -- Valor US\$ 1.25

SUPLEMENTO

SUMARIO:

	Págs.		
FUNCION EJECUTIVA		tituyente N° 1, presentada por Jorge Zavala Egas y otros	2
		No. 0340	
ACUERDO:		María de Lourdes Portaluppi	
MINISTERIO DE INCLUSION ECONOMICA Y SOCIAL:		SUBSECRETARIA DE PROTECCION FAMILIAR	
		Considerando:	
0340	1	Derógase el Acuerdo Ministerial N° 00633 de 29 de diciembre de 1998, mediante el cual que autorizó el funcionamiento del Centro de Desarrollo Infantil "Pioneros", ubicado en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha	Que, mediante Decreto Ejecutivo No. 580 de 23 de agosto del 2007, publicado en el Registro Oficial No. 158 de 29 de agosto del 2007, se cambia la denominación del Ministerio de Bienestar Social, al de Ministerio de Inclusión Económica y Social, al que le corresponde: promover y fomentar activamente la inclusión económica y social de la población; promover la atención integral de la población a lo largo de su ciclo de vida; y, las demás funciones, atribuciones, competencias y responsabilidades que le correspondían al Ministerio de Bienestar Social;
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL			
		RESOLUCIONES:	
0043-07-TC		Deséchase el recurso de apelación y ratificase en su integridad la decisión de la Comisión de Recepción y Calificación del Tribunal Constitucional de 4 de enero del 2008, en la solicitud de declaratoria de inconstitucionalidad del Mandato Cons-	Que, el artículo 5 del Decreto Ejecutivo No. 580 de 23 de agosto del 2007, publicado en el Registro Oficial No. 158 de 29 de agosto del 2007 dice que el Ministerio de Inclusión Económica y Social, tendrá a su cargo el ejercicio de las facultades legales y reglamentarias, y el cumplimiento de las funciones, atribuciones, responsabilidades y competencias asignadas al Ministerio de Bienestar Social;

Que, mediante Decreto Ejecutivo No. 9 de 15 de enero del 2007, se nombró a la economista Jeannette Sánchez Zurita, Ministra de Inclusión Económica y Social;

Que, mediante Acuerdo Ministerial No. 0011 de 16 de febrero del 2007, la Eco. Jeannette Sánchez Zurita, Ministra de Inclusión Económica y Social, delegó atribuciones a la Subsecretaría de Protección Familiar, entre ellas la expedición y suscripción de los actos y hechos necesarios para el ejercicio de las atribuciones y responsabilidades previstas en el Estatuto Orgánico por Procesos del Ministerio de Inclusión Económica y Social;

Que, entre las atribuciones y responsabilidades de la Subsecretaría de Protección Familiar constantes en el Estatuto Orgánico de Gestión por Procesos del Ministerio de Inclusión Económica y Social, publicado en el Registro Oficial No. 346 de 31 de agosto del 2006, consta la de ejercer las funciones, atribuciones, delegaciones y responsabilidades que le corresponden en relación a los programas y proyectos del área de la Subsecretaría de Protección Familiar;

Que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 23 y 27 del Reglamento para el establecimiento y funcionamiento de los centros de desarrollo infantil, aprobado mediante Acuerdo Ministerial No. 2324 de 22 de marzo del 2001, publicado en el Registro Oficial No. 309 de 19 de abril del mismo año, la Dirección Nacional de Protección de Menores previa verificación del pedido y decisión del propietario o representante legal de un centro de desarrollo infantil, emitirá visto bueno para la suspensión o cierre de servicios;

Que, mediante Acuerdo Ministerial No. 00633 de fecha 29 de diciembre de 1998 se autorizó el funcionamiento del Centro infantil "Pioneros";

Que, mediante comunicación, de 31 de mayo del 2007, ingresada el 1 de junio del mismo año, la Lic. Teresa Lara Revelo solicita se sirva derogar el permiso de funcionamiento del Centro de Desarrollo Infantil "Pioneros";

Que, mediante informe técnico No. 120-DAINA-DI-RDLT de fecha 18 de septiembre del 2007, la Unidad Técnica de Desarrollo Infantil de la Dirección de Atención Integral a la Niñez y Adolescencia emite visto bueno para que se proceda con la derogatoria del acuerdo ministerial que autorizó el funcionamiento del Centro de Desarrollo Infantil "Pioneros";

Que, mediante memorando No. 0313 DAINA-MIES de fecha 8 de noviembre del 2007, la Lic. Rosario Gómez Santos, Directora de Atención Integral a la Niñez y Adolescencia solicitó a la señora María de Lourdes Portaluppi, Subsecretaria de Protección Familiar la suscripción del presente instrumento legal;

Que, de conformidad con lo que establece el artículo 89 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, los actos administrativos emitidos por los órganos sometidos a dicho instrumento legal, se extinguen a petición del interesado;

Que, el artículo 179 numeral 6 de la Constitución Política de la República, en armonía con el artículo 17 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función

Ejecutiva, preceptúan que corresponde a los ministros de Estado expedir las normas, acuerdos y resoluciones que requieran para la gestión ministerial; y,

En ejercicio de las facultades delegadas por la Ministra de Inclusión Económica y Social,

Acuerda:

Art. 1.- Derogar el Acuerdo Ministerial N° 00633 de fecha 29 de diciembre de 1998 mediante el cual se autorizó el funcionamiento del Centro de Desarrollo Infantil "Pioneros", ubicado en la ciudad de Quito, Distrito Metropolitano, provincia de Pichincha bajo la responsabilidad de la señora Consuelo Teresa Lara Revelo.

Art. 2.- Notificar a la interesada y registrar el hecho en el Sistema de Información a cargo de la Dirección de Atención Integral a la Niñez y Adolescencia.

El presente acuerdo entrará en vigencia a partir de la presente fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en el Distrito Metropolitano de Quito, a 12 de diciembre del 2007.

f.) María de Lourdes Portaluppi, Subsecretaria de Protección Familiar.

MIES.- MINISTERIO DE INCLUSION ECONOMICA Y SOCIAL.- SECRETARIA GENERAL.- Es fiel copia del original.- Lo certifico.- 8 de enero del 2008.- f.) Ing. C.P.A. Sandra Cárdenas V., Secretaria General.

CASO 0043-07-TC

Quito, D. M. 26 de febrero de 2008

Magistrados ponentes: Drs. Ruth Seni Pinoargote, Roberto Brhunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt
COMISIONADOS

I. ANTECEDENTES

1. El día 29 de noviembre de 2007, la Asamblea Constituyente expidió el Mandato Constituyente No. 1, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 223, de 30 de noviembre de 2007.
2. En dicho Mandato, la Asamblea Constituyente, entre otras decisiones, asumió el ejercicio de los plenos poderes; determinó el carácter vinculante y la superioridad jerárquica de sus decisiones respecto de cualquier norma del ordenamiento jurídico vigente; definió la intangibilidad de sus decisiones por parte de los poderes constituidos; asumió las atribuciones y

deberes de la Función Legislativa; y, declaró en receso a los diputados principales y suplentes elegidos el día 15 de octubre de 2006.

3. En ejercicio de la acción de inconstitucionalidad establecida en el numeral 1 del artículo 276 de la Constitución Política de la República promulgada en 1998, el día 21 de diciembre de 2007, **JORGE ZAVALA EGAS, HERNAN PÉREZ LOOSE, JOFRE CAMPAÑA** y mil ciudadanos más, solicitaron a este Tribunal la declaratoria de inconstitucionalidad del Mandato Constituyente No. 1.
4. Los comparecientes demandaron la declaratoria de inconstitucionalidad del citado Mandato Constituyente, considerando que el mismo es contrario por la forma y por el fondo a “*expresas normas contenidas en la Carta política del Ecuador y la Convención Americana de Derechos Humanos*”.
5. Mediante providencia de fecha 4 de enero de 2008, la Comisión de Recepción y Calificación de este Tribunal decidió inadmitir la demanda, por improcedencia de la pretensión jurídica, de conformidad con lo previsto en el inciso segundo del Art. 6 del Reglamento de Trámite de Expedientes del Tribunal Constitucional.
6. Con fecha 9 de enero de 2008, dentro del plazo legal y reglamentario establecido en el artículo 20 de la Ley de Control Constitucional y en el inciso 2 del artículo 6 del Reglamento de Trámite de Expedientes del Tribunal Constitucional, el ciudadano JOFRE CAMPAÑA presentó escrito de apelación a la resolución de la Comisión de Recepción y Calificación, en el que solicita al Pleno de Tribunal admitir la demanda. Cabe destacar que la apelación fue presentada por el Dr. Jofre Campaña, a pesar de que en la demanda se consigna que el abogado autorizado para presentar escritos es el doctor Jorge Zavala Egas y los abogados que él designe. Así mismo se deja constancia del hecho de que en el mismo escrito de la demanda no se hace la designación de Procurador Común; sin perjuicio de lo cual, en virtud de la importancia que reviste el tema, el Pleno procede a resolver.
7. El único argumento esgrimido en dicho escrito de apelación, es la manifiesta contradicción entre los argumentos de la Comisión de Recepción y Calificación con las consideraciones del Tribunal en la Resolución 008 -07-TC de 5 de julio de 2007.
8. Con fecha 21 de enero de 2008, en forma previa a pronunciarse sobre la apelación presentada, la Comisión de Recepción y Calificación, resolvió citar al abogado **JOFRE CAMPAÑA** para que reconozca la autenticidad y originalidad de la firma y rúbrica estampada en el escrito de apelación, diligencia que no se llevó a cabo por inasistencia del citado ciudadano, quien en forma posterior remitió a la Comisión el escrito original de apelación y el reconocimiento de firma y rúbrica efectuada ante Notario Público.
9. Aceptada la autenticidad del escrito de apelación, éste fue remitido al Pleno del Tribunal para su conocimiento y decisión.
10. En sesión ordinaria de fecha 19 de febrero de 2008, el Pleno de este Tribunal conoció la apelación presentada

y conformó una comisión integrada por los señores Presidentes de Sala para que presenten su informe para conocimiento y resolución.

II. DE LAS NORMAS DEMANDADAS

Los demandantes impugnan y demandan la inconstitucionalidad del Mandato Constituyente No. 1 conforme al texto publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 223, de 30 de noviembre de 2007, que para efectos de su análisis, se transcribe:

REPÚBLICA DEL ECUADOR

LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE

CONSIDERANDO:

Que, mediante Consulta Popular Nacional de 15 de abril de 2007, el pueblo ecuatoriano aprobó la convocatoria a la Asamblea Constituyente;

Que, el 30 de septiembre de 2007, los ecuatorianos elegimos a los ciento treinta representantes para integrar la Asamblea Constituyente;

Que, el artículo 22 del “Estatuto de elección, instalación y funcionamiento de la Asamblea Constituyente” dispone que ésta se instalará diez días después, contados desde la fecha de proclamación de los resultados definitivos de las elecciones; y,

Que, la Asamblea Constituyente es la legítima representante de la voluntad soberana del pueblo, por lo tanto, en su nombre y representación, aprueba y expide el siguiente:

MANDATO CONSTITUYENTE No. 1

Art. 1.- Del Poder Constituyente.- La Asamblea Constituyente, por mandato popular del 15 de abril de 2007, asume y ejerce el poder constituyente con plenos poderes.

Art. 2.- De las Atribuciones de la Asamblea Constituyente.- 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.

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. Ninguna decisión de la Asamblea Constituyente será susceptible de control o impugnación por parte de alguno de los poderes constituidos.

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.

Art. 3.- Del incumplimiento de las decisiones de la Asamblea Constituyente.- Los dignatarios, autoridades,

funcionarios y servidores públicos en general que por acción u omisión incumplan las decisiones adoptadas por la Asamblea Constituyente, serán sancionados inclusive con la destitución, sin perjuicio de la responsabilidad penal, civil y administrativa a la que haya lugar.

Art. 4.- Del fuero de los Asambleístas.- Los y las Asambleístas gozarán de fuero de Corte Suprema de Justicia mientras duren en sus funciones.

No podrán ser enjuiciados por los votos que emitieren, ni por las opiniones vertidas y decisiones adoptadas dentro y fuera de la Asamblea. Sólo en caso de delito flagrante, el asambleísta será detenido y entregado a la autoridad policial, que deberá ponerlo inmediatamente a órdenes de la sala correspondiente de la Corte Suprema de Justicia, e informar al Presidente de la Asamblea Constituyente.

Art. 5.- De las funciones del Estado.- La Asamblea Constituyente ratifica y garantiza la existencia del Estado de derecho.

Art. 6.- De la Función Ejecutiva.- La Asamblea Constituyente ratifica al economista Rafael Correa Delgado, como Presidente Constitucional de la República del Ecuador y al Licenciado Lenín Moreno Garcés, como Vicepresidente Constitucional de la República del Ecuador.

Art. 7.- De la Función Legislativa.- La Asamblea Constituyente asume las atribuciones y deberes de la Función Legislativa. En consecuencia, declara en receso a los diputados y diputadas principales y suplentes elegidos el 15 de Octubre del 2006. Este receso se inicia el día 29 de Noviembre del 2007, hasta cuando se realice la proclamación oficial de los resultados del referéndum aprobatorio.

Durante este receso los diputados no gozarán de inmunidad, fuero especial, ni sueldos, dietas o remuneración alguna, tampoco podrán autoconvocarse por ningún motivo. Este receso no será susceptible de interrupción, impugnación, acción de amparo constitucional u otra acción judicial.

Así mismo, se declara concluido el período para el que fueron elegidos por el Congreso Nacional, los vocales integrantes de la Comisión de Legislación y Codificación.

La conclusión de los períodos antes descritos no confieren derecho a reclamar liquidaciones, indemnizaciones o compensación de cualquier naturaleza. Cualquier pago que se realice por alguno de estos conceptos, constituirá peculado y será sancionado por los jueces competentes. La misma sanción se impondrá a los funcionarios que autoricen o efectúen estos pagos, quienes además serán inmediatamente destituidos.

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.

Art. 8.- Conclusión de períodos y designación provisional.- Se declaran concluidos los períodos para los que fueron designados los siguientes funcionarios: Contralor General del Estado, Procurador General del Estado, Ministro Fiscal General, Defensor del Pueblo, Superintendentes de

Telecomunicaciones, Compañías, Bancos y Seguros. Provisionalmente se designa a los siguientes ciudadanos:

- a) Carlos Pólit Fagionni, Contralor General del Estado;
- b) Xavier Garaycoa Ortiz, Procurador General del Estado;
- c) Washington Pesantez, Ministro Fiscal General;
- d) Claudio Mueckay Arcos, Defensor del Pueblo;
- e) Paúl Rojas Flores, Superintendente de Telecomunicaciones;
- f) Francisco Arellano Raffo, Superintendente de Compañías; y,
- g) Gloria Sabando, Superintendente de Bancos y Seguros.

Art. 9.- 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.

Art. 10.- Ratificar a las autoridades de los gobiernos autónomos, para el tiempo que fueron electas; salvo los cambios que establezca en el calendario electoral la Asamblea Constituyente o la nueva Constitución.

Art. 11.- De los nombramientos de la Asamblea Constituyente.- Las designaciones o nombramientos a las que se refiere este mandato tendrán el carácter de provisional y podrán ser revocadas en cualquier tiempo sin que, en ningún caso, constituyan derechos adquiridos.

DISPOSICION FINAL ÚNICA.- Notifíquese el contenido de este Mandato Constituyente al Presidente y Vicepresidente Constitucional de la República, a los representantes de los poderes constituidos y a los órganos de control. Se dispone su difusión para conocimiento del pueblo Ecuatoriano. Este mandato constituyente entra en vigencia inmediatamente, sin perjuicio de su publicación en la Gaceta Constituyente y en el Registro Oficial.

Dado y suscrito en Ciudad Alfaro, cantón Montecristi, provincia de Manabí de la República del Ecuador, el día 29 de noviembre de 2007.

III. DE LA DEMANDA

A. Pretensión:

1. Los comparecientes demandan la inconstitucionalidad por el fondo y por la forma de la totalidad del Mandato Constituyente No. 1.
2. Se afirma que la Asamblea Constituyente violó por el fondo la Constitución Política de la República vigente desde 1998, por vulnerar el principio Constitucional del Debido Proceso y la tutela judicial efectiva (Artículo 24); así como por atribuirse funciones y potestades que corresponden a otra función del Estado (Artículo 130 numerales 5, 11 y 12); atropellar el principio de independencia de los jueces (Artículo 199); lesionar gravemente el Principio de supremacía de la Constitución (Artículo 272), y violar la Convención

Americana de derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), (Artículos 8.1 y 25).

3. Según los demandantes, la Asamblea Constituyente, vulneró formalmente los límites de su jurisdicción y competencia, pues, a su juicio, excedió las atribuciones conferidas por el artículo 1 del Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Constituyente, aprobado por el pueblo ecuatoriano el día 15 de abril de 2007.

B. Argumentos que sustentan la demanda

1. Impugnación de los plenos poderes de la Asamblea Constituyente

El primer grupo argumental que sustenta la demanda busca impugnar la concepción de plenos poderes implícita en el Mandato No. 1 de la Asamblea Constituyente. Para hacerlo, los demandantes organizan su exposición, de la siguiente forma:

1.1 Rechazo de la interpretación que la Asamblea Constituyente hizo de los plenos poderes

Según los demandantes, la concepción de plenos poderes, como poder total e ilimitado resulta arcaica, pues revive la *“plenitud potestatis”* decisión inadmisibles en un sistema democrático como el ecuatoriano porque involucra el ejercicio de un poder que no consiente regulación alguna. Argumentan que la característica fundamental de un Estado constitucional es la limitación del poder, rasgo que ha sido flagrantemente desconocido en el Mandato Constituyente No. 1, convirtiendo al Ecuador en un Estado totalitario.

Para los demandantes, la Asamblea como mandataria solo puede hacer lo que el pueblo le ha delegado, es decir *“(…) acatar el estatuto y ejercer las funciones inherentes al mandato: transformar institucionalmente el Estado dictando una nueva Constitución”*; y en esa medida, acusan de falta de coherencia a los constituyentes al reconocer en el artículo 1 del Reglamento Interno el carácter representativo de la Asamblea unido a la afirmación de los plenos poderes. En opinión de los demandantes, si la Asamblea es representativa, tiene, por su propia naturaleza, poderes derivados o limitados.

1.2 Impugnación del carácter originario o fundacional del poder de la Asamblea Constituyente.

Los impugnantes consideran que una vez se crea el Estado, el propio poder constituyente del pueblo es un poder limitado, sujeto al ordenamiento jurídico estatal. Según los demandantes cada vez que se pone en movimiento el poder constituyente no fundacional, *“ese poder se halla condicionado por la vigencia de la constitución anterior a la que esta obligado a respetar en una suerte de autolimitación (...) hasta que sea sustituida por la nueva carta magna”*

Según el texto de la demanda, el concepto de poder constituyente originario o fundacional, es

extrajurídico por naturaleza y por lo tanto, solo puede ser ejercido en una comunidad sin Estado, que se desarrolla precisamente para ejercerlo. En caso contrario, el poder constituyente siempre será derivado y se activa para reformar parcial o totalmente la Constitución.

En el caso ecuatoriano, los accionantes consideran que el concepto de poder constituyente fundacional es inaplicable porque el Estado ya está constituido y reconocido internacionalmente, con un territorio definido, con un pueblo y con autoridades públicas con competencias claras, lo que significa que el poder constituyente ha sido absorbido por el Estado y su Constitución.

2. Impugnación de la asunción del poder legislativo por parte de la Asamblea Constituyente

El segundo bloque de impugnaciones al Mandato Constituyente No. 1 se dirige a argumentar la ilegitimidad de la asunción del poder legislativo por parte de los miembros de la Asamblea Constituyente.

Los demandantes comienzan por afirmar que el pueblo ecuatoriano no ha encargado a la Asamblea asumir la potestad legislativa, dictando leyes ordinarias u orgánicas, ni le ha entregado la atribución del Congreso de designar y destituir funcionarios, sino que el mandato del pueblo está circunscrito a la elaboración de una nueva Constitución mediante la cual se transformará el marco institucional del Estado.

En opinión de los demandantes, ir más allá de las específicas atribuciones del Estatuto aprobado mediante Consulta Popular de 15 de abril de 2007, implica abandonar el principio de separación de poderes que como se sabe, es uno de los pilares de todo estado Constitucional y por lo tanto deriva hacia un Estado totalitario.

3. Impugnación de la intangibilidad de los Actos Constituyentes

El tercer bloque argumental de la demanda busca rechazar la teoría de la intangibilidad de los actos normativos de la Asamblea Constituyente y particularmente las afirmaciones establecidas en los incisos 2 y 3 del artículo 2 del Mandato Constituyente No. 1, según las cuales *“Ninguna decisión de la Asamblea Constituyente será susceptible de control o impugnación por parte de alguno de los poderes constituidos.”*; y por tanto, *“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.”*

Igualmente afirman que el pueblo del Ecuador no ha entregado poderes a la Asamblea para *“mutillar la potestad judicial, impidiendo que los actos sean justiciables por los órganos jurisdiccionales, so pena de apremio o destitución”*, puesto que mientras no sea aprobado en referéndum el nuevo orden jurídico, los jueces y magistrados de la República y los demás funcionarios que ejercen los poderes del Estado, tienen

la obligación de acatar y defender el orden jurídico vigente.

4. Sometimiento de la Asamblea Constituyente al orden jurídico establecido y la violación del principio de supremacía constitucional

El siguiente argumento de la demanda apunta a defender el sometimiento de la Asamblea al orden jurídico establecido en la Constitución y la defensa del principio de supremacía de la misma.

Para los demandantes, resulta absurda la teoría defendida por la Asamblea Constituyente y expresada en el Mandato Constituyente No. 1 según la cual el Ecuador estaría constituido por dos cuerpos independientes: el poder Constituyente que actúa fuera y sobre la Constitución y el Estado Constitucional reflejado en el texto de la Constitución vigente y que se expresa en los distintos poderes constituidos.

De acuerdo con lo expresado en el texto de la demanda, esta aseveración de la Asamblea es deleznable pues, en el caso del Ecuador, la convocatoria popular a la Asamblea Constituyente se hizo al amparo de una norma constitucional, el Art. 104 numeral 2.

Sostienen los impugnantes que la instalación y funcionamiento de la Asamblea está sometida a un Estatuto aprobado por el pueblo ecuatoriano que determina en su artículo 1 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”; es decir que, en opinión de los demandantes, las transformaciones jurídicas e institucionales definidas por la Asamblea están sometidas a una condición suspensiva establecida en el artículo 1 del Estatuto, esto es a la aprobación del referéndum, y mientras tanto tiene plena vigencia la actual Constitución.

Para los accionantes, la Asamblea ejerce un poder constituyente derivado o limitado por la Constitución vigente y las normas del Estatuto; de tal suerte que, si la Asamblea incurre en cualquier exceso a su mandato original, ese exceso se encuentra sometido al repudio de los órganos constitucionales encargados de defender la supremacía de la Constitución.

Finalmente, de acuerdo con la demanda, el Mandato Constituyente No. 1 pretende dar sepultura al principio de supremacía constitucional que vincula a los órganos y funcionarios de los poderes públicos a la Constitución vigente, decisión que a juicio de los demandantes, debe ser enfrentada con la fuerza normativa de la propia Constitución que se expresa en el artículo 272 de la Carta fundamental.

5. Existencia de límites materiales a los poderes de la Asamblea y su sustento en doctrina Constitucional (precedente vinculante)

El siguiente argumento de la demanda tiene que ver con la existencia de límites materiales al poder de reforma de la Constitución, el cual se encuentra sustentado en un precedente, que a juicio de los impugnantes, constituye doctrina constitucional vinculante para este Tribunal.

Según los demandantes, el poder de transformación institucional de la Asamblea está limitado por los principios y valores que sustentan el Estado Constitucional y el orden jurídico democrático; y en particular, por el respeto a la división de poderes, la intangibilidad de los derechos y garantías constitucionales, la tutela judicial efectiva y, en el caso específico del Ecuador, la forma republicana de Gobierno.

En opinión de los impugnantes, estos límites no solo están explicitados en los principios generales del derecho sino que aparecen claramente reconocidos por la doctrina de este Tribunal Constitucional contenida en la Resolución 008 de 24 de julio de 2007.

De acuerdo con la mencionada Resolución de este Tribunal, el poder constituyente originario no admite limitaciones positivas, de tal suerte que ninguna norma jurídica preexistente puede condicionar el contenido del nuevo texto constitucional,¹ lo que no significa que la actuación del poder constituyente pueda desconocer la dignidad humana y no tomar en consideración los límites fácticos propios de la idiosincrasia del pueblo ecuatoriano, la realidad social del país y la correlación de fuerzas de los distintos actores de poder.

Según los demandantes, cosa diferente, según dice la Resolución citada, es pretender que los plenos poderes involucren la facultad o atribución para designar funcionarios, juzgar a personas y dictar leyes, “*porque el poder constituyente es extraordinario, y por lo mismo excepcional y limitado a dictar un nuevo texto constitucional*”,(...)

Finalmente, según los accionantes, el contenido de esta Resolución es tan trascendente que se configura en una sentencia normativa, generadora, de efectos vinculantes, de acuerdo con la doctrina constitucional.

6. Violación de las disposiciones del Pacto de San José

El último argumento que contiene la demanda, se refiere a la violación de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), por el artículo 2 incisos 2 y 3 del Mandato Constituyente No. 1, cuyo contenido viola el derecho humano a la protección judicial efectiva establecida en los artículos 8.1 y 25 de dicha Convención, al impedir a los ciudadanos acudir ante la jurisdicción para reclamar sus derechos eventualmente violados por la Asamblea Constituyente a partir de la aplicación de la teoría de la intangibilidad de sus decisiones.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A. Competencia

En relación con el problema jurídico sobre la competencia del Tribunal Constitucional para ejercer control de las decisiones de la Asamblea Constituyente, el Pleno del Tribunal Constitucional considera que no es competente para controlar las decisiones de la Asamblea; y no lo es, por razones sustentadas tanto en la teoría política, como en la teoría jurídica.

¹ Ver Considerando 10 Resolución 08 de 2007 del TC.

1. Argumentos de Teoría Política

De acuerdo con la teoría política generalmente aceptada, el poder constituyente no tiene límites jurídicos, por cuanto, como bien dice Carl Schmitt, es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de determinar el modo y la forma del Estado² 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.³

En cuanto a la Asamblea Constituyente, se trata de un órgano delegatario del pueblo, que de acuerdo con lo establecido en el Estatuto y en su Reglamento, tiene plenos poderes para redactar una nueva Constitución y transformar el marco institucional del Estado y por lo tanto, el ejercicio que haga de las potestades o facultades constituyentes que le han sido delegadas tampoco tiene su fundamento de legitimidad en norma jurídica alguna, ni siquiera en la Constitución.

Y esto es así por cuanto la Asamblea Constituyente 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.⁴

2. Argumentos de Teoría jurídica

Existen también claras razones jurídicas que sustentan esta decisión y que tienen que ver con la naturaleza jurídica y la función constitucional que desarrolla el Tribunal Constitucional.

En el plano jurídico constitucional, no hay que olvidar que el *Tribunal Constitucional es un órgano del poder constituido, lo cual significa que está supeditado al principio de legalidad*⁵ establecido en el artículo 119 de la Constitución, según el cual: “*las instituciones del Estado (...) no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley*”.

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, es evidente que el Tribunal Constitucional carece de competencia para juzgar la constitucionalidad de este tipo de actos.

En consecuencia, la conclusión es obvia, en el caso que nos ocupa, existe lo que la doctrina procesal internacional, se conoce como Inepta demanda, por falta absoluta de competencia.

B. Razonamientos teóricos adicionales:

Existen cuestiones teóricas de fondo, intrínsecamente vinculadas a las argumentaciones anteriores, que merecen ser tratadas *in extenso* por el Pleno del Tribunal Constitucional.

1. El valor del precedente constitucional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y la vinculación del Tribunal Constitucional a sus decisiones previas (vigencia del principio *stare decisis* en el ordenamiento constitucional ecuatoriano)

El primer problema jurídico que debe ser resuelto para decidir sobre la apelación interpuesta por los demandantes es el relativo al sometimiento del Tribunal Constitucional ecuatoriano a su doctrina. Para dilucidar esta importante cuestión se requiere desplegar analíticamente el problema en tres preguntas:

¿Cuál es el sistema de control de constitucionalidad que rige en el Ecuador?

Desde la óptica de las fuentes del derecho, encontramos que en Occidente existen dos sistemas jurídicos principales: el *Common Law* y el Europeo Continental. El ordenamiento constitucional ecuatoriano desde su origen, a comienzos del siglo XIX, fue influenciado fundamentalmente por el paradigma constitucional Europeo Continental y por ello, a pesar de la cantidad de cambios constitucionales producidos en su historia, el sistema de fuentes que ha regido en el Ecuador es sustancialmente el legicéntrico de inspiración francesa.

Este modelo constitucional, está indisolublemente asociado y se remite a un concepto jurídico muy conocido en el derecho liberal: la primacía de la ley frente a la administración, la jurisdicción y los propios ciudadanos.⁶

Ahora bien, la reducción del derecho a la ley y la sumisión a ella de todas las demás fuentes del derecho, significa que la ley es omnipotente. El Congreso en ejercicio de su potestad legislativa puede abordar cualquier asunto, lo cual significa que todas las cuestiones son susceptibles de desarrollo legal pues el principio de legalidad es entendido formalmente.⁷

Este modelo normativo y teórico, por supuesto, tiene vinculación directa con la configuración del modelo de control constitucional. Tradicionalmente se ha clasificado el modelo de control constitucional a partir de la división tajante entre control concentrado y control difuso. Mientras

² Schmitt C., *Teoría de la Constitución*, editora Nacional, México 1961 pp.86.

³ Guastini R., *estudios de Teoría Constitucional*, ediciones del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2005, pp. 29 a 58.

⁴ Díaz Ricci S., *Teoría de la Reforma Constitucional*, UNAM - Universidad Complutense, Buenos Aires 2004.

⁵ Principio de Juridicidad es el nombre contemporáneo del clásico principio de legalidad según el cual mientras los particulares son libres de hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido por la ley, el Estado solo puede hacer aquello que le está estrictamente atribuido en una norma jurídica. Sobre el particular Ver: De Otto, I. *Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes*, Editorial Ariel, Barcelona, 1988.

⁶ Zagrebelsky G. *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, Madrid 1995, P.24.

⁷ Sierra H. *Concepto y Tipos de Ley en la Constitución*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2001, Pp. 93 a 96. el control concentrado supone la existencia de un único órgano estatal encargado de defender la vigencia y supremacía de la Constitución, excluyendo de esa tarea al resto de los jueces, el control difuso es el resultado natural de la aplicación del principio *stare decisis*, entendido como la obligación de un tribunal o juez de acatar los principios construidos por los jueces superiores de su respectiva jurisdicción y la obligación que tiene una corte o juez de acatar sus propios precedentes judiciales.

Ecuador formalmente tiene un modelo mixto, donde coexisten competencias propias del Control concentrado a cargo del Tribunal Constitucional, con atribuciones típicas de un control difuso norteamericano, que corresponde a los jueces ordinarios. Sin embargo, la realidad, es otra, el positivismo exacerbado, unido a una mal entendida centralidad de la ley, no ha permitido el desarrollo cabal de ninguno de los dos sistemas. El control concentrado no ha sido posible puesto que la Constitución tiene una muy débil estructura normativa derivada del excesivo culto a la ley; y el control difuso, es una quimera teórica porque los jueces no han aprendido a fundamentar sus decisiones en la Constitución; y solo excepcionalmente usan este mecanismo, con el resultado de que la cultura constitucional en el país está muy escasamente desarrollada.

¿En el sistema de control constitucional ecuatoriano rige el principio *stare decisis*?

La respuesta es en principio negativa. 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 práctico de los jueces, típico de la tradición anglosajona.

Sin embargo, la transformación del Estado liberal en un Estado Social de Derecho ha implicado la relativización de esta afirmación y el reconocimiento del valor del precedente judicial en determinadas circunstancias. Como se sabe, teóricamente el precedente judicial puede tener distintos grados de fuerza vinculante:

En primer lugar, de acuerdo con el postulado teórico general, el precedente obliga a todos los jueces en la medida que éstos deben decidir los casos futuros de forma idéntica a como fueron decididos en los casos anteriores (precedente en sentido abstracto);

En segundo lugar, un precedente puede obligar a todos los jueces inferiores respecto de las decisiones de la alta corte que lo propuso, a riesgo de que si se apartan, su decisión puede ser revocada (precedente materialmente obligatorio); y,

En tercer lugar, si bien el precedente en principio obliga todos los jueces inferiores, éstos pueden, después de hacer referencia y explicar el sentido del precedente, apartarse de él, exponiendo razones poderosas para justificar su decisión (precedente formalmente obligatorio).⁸

En principio el precedente en sentido abstracto, es una hipótesis teórica no aplicable, ni en los países que han

acogido el sistema del *common law*. El precedente materialmente obligatorio es vinculante en estos países y la tercera forma de precedente ha ido imponiéndose en los países de sistema de control constitucional concentrado.

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 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.

En ese sentido, la pretensión de los demandantes, expresada tanto en la demanda como en la apelación a la inadmisión de la misma, de 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.

Lo que si es obligatorio para el Tribunal Constitucional, es que cuando pretenda cambiar de *ratio decidendi* respecto de uno o varios problemas jurídico - constitucionales relevantes, debe generar razones válidas y explicar suficientemente su cambio jurisprudencial.

¿Cuál es el mecanismo o procedimiento para que opere el cambio de jurisprudencia?

Respecto de la decisión del Tribunal Constitucional explícita en la Resolución 008-2007- TC, hay que distinguir varias situaciones:

En el caso de este Tribunal, vinculado a una visión garantista del constitucionalismo, que es flexible y no está atado a ningún modelo teórico, se acepta que para **nosotros está vigente el principio de *stare decisis* en su versión formal y horizontal**,⁹ y por tanto, en principio los fundamentos relevantes de la parte considerativa de las resoluciones, tienen fuerza vinculante para las distintas salas del Tribunal y para 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.

En el caso que nos ocupa, el supuesto precedente que invocan los demandantes como fundamento de su apelación; esto es, 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* en relación con la misma.

⁸ Sobre el particular Ver: Corte Constitucional Colombiana Sentencia C – 836 de 2001

⁹ Según este principio las decisiones del propio tribunal lo obligan a si mismo, para guardar la *sindéresis* y la seguridad jurídica.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional no está obligado en el presente caso a seguir lo dicho en el considerando Décimo Primero de la resolución citada, por cuanto el objeto de las decisiones no coincide o dicho en otras palabras, no pertenecen a la misma línea jurisprudencial; es decir, mientras la resolución 008 solo trata el problema del poder constituyente como *obiter dicta*, en esta ocasión el problema jurídico central (*la ratio decidendi*) es el alcance de los plenos poderes de la Asamblea Constituyente, y por tanto la conclusión es obvia: **no existe identidad en el objeto ni unidad de materia entre la Resolución 008 y el presente caso y por tanto no se configura la categoría de precedente.**

Los argumentos anteriores son suficientes para confirmar la decisión de la Comisión de Recepción y Calificación; no obstante, a efectos de fortalecer la argumentación y preservar la supremacía del derecho sustancial sobre el procesal, el Pleno de este Tribunal considera pertinente pronunciarse sobre algunos otros temas que si bien no fueron objeto de la apelación, si hacen parte de la *ratio decidendi* de esta resolución.

2. Concepto, titulares, y características de poder Constituyente

Un problema jurídico sustancial planteado en la demanda y que hace parte de la *ratio decidendi* de la presente resolución, tiene que ver con la explicación acerca del concepto, titulares y características del poder constituyente.

Análiticamente estas cuestiones se pueden resolver a partir de la contestación puntual a las siguientes preguntas:

¿Qué es el poder constituyente?

Desde su aparición a fines del siglo XVIII, la noción de poder constituyente es profundamente polémica. Sieyes, el primer sistematizador moderno de dicha noción, lo identifica como el rasgo que caracteriza a la Nación.¹⁰ Maurice Hauriou, por su parte, define al poder constituyente como supralegalidad capaz de generar y dar existencia a una Constitución escrita y rígida.¹¹ Para Herman Heller, soberanía y poder Constituyente son conceptos equiparables y esto último crea el derecho, entendido como sinónimo de organización estatal.¹²

Kelsen, por su parte, impugna la existencia del poder constituyente. Para el autor austríaco, o bien no existe, o no tiene otra utilidad que poner dificultades a la reforma de ciertas normas jurídicas y en consecuencia el único poder constituyente posible es el poder legislativo.¹³

Encontramos también la noción de poder constituyente formulada por Carl Schmitt y que ya hemos mencionado en otra parte de esta resolución.¹⁴ Para este autor, el poder constituyente no está vinculado con el derecho, sino que actúa siempre en estado de naturaleza.¹⁵ En ese sentido, es el creador del orden jurídico y está por fuera de él, porque mientras el derecho es *deber ser* el poder constituyente es parte del mundo del ser, de la existencia misma de la comunidad.

Gustavo Zagrebelsky, por su parte, habla de que poder Constituyente es aquel *poder político absoluto o soberano, (esto es sin límites jurídicos) y concentrado, (es decir, no repartido con otros sujetos)*¹⁶

Según el ex Presidente Constitucional de la República, Dr. Rodrigo Borja Cevallos, el poder constituyente "*consiste en la suprema facultad del pueblo sobre sí mismo para darse una organización política y un ordenamiento jurídico que regula y determina esa organización política*"¹⁷

Por su parte, el constitucionalista colombiano Carlos Gaviria, sostiene igualmente que la noción de constituyente originario no es una noción jurídica sino una noción política, y esto ocurre porque el poder es un antecedente pre - jurídico del ordenamiento. El constituyente originario es quien tiene la capacidad de dar una Constitución. Se trata de una **capacidad** de hecho, y en este sentido se diferencia de la **facultad**, que es un concepto eminentemente jurídico.

En definitiva, de la revisión doctrinaria del concepto, se deriva que el poder Constituyente dentro de un 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 del orden político y jurídico del Estado. El poder Constituyente opera en un Estado Democrático para garantizarlo, mediante un procedimiento extra-estatal encargado de la reinstauración política o de reformar de manera total de la Constitución, basada en una fuerte legitimación social.

En ese sentido, 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 el ordenamiento jurídico de un Estado.

¿Cuáles son las características del poder constituyente?

El poder Constituyente es: Extraordinario, es de carácter fáctico - político, es un poder extra jurídico, es un poder ilimitado y es un poder originario.

¹⁰ Sieyes, a quién se le atribuye la autoría y sistematización primera del concepto, sin embargo no lo define. El autor francés sostiene que antes de la Nación y por encima de ella solo existe el derecho natural. La Nación como poder Constituyente establece el derecho positivo a través de una Constitución que somete a sus mandatarios, pero no esta ligada ni supeditada a éste, ya que la Nación es el origen de todo. Ver. Sieyes E., *¿Qué es el Tercer Estado?* Cit. Carpizo Jorge, *Algunas reflexiones sobre el poder constituyente*, En: Carbonell M. Teoría de la Constitución, Ensayos Escogidos, Editorial Porrúa, México 2005, pp. 206.

¹¹ Hauriou, M, *Principios de derecho público y Constitucional*, editorial Reus, Madrid pp. 305.

¹² Heller, H., *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México 1963, p. 306.

¹³ Kelsen, H., *Teoría General del Estado*, Editora Nacional México 1965 pp. 330 y 331.

¹⁴ Schmitt C., *Teoría de la Constitución*, Editora Nacional, México 1961 pp.86.

¹⁵ Schmitt, *op. Cit* pp.87

¹⁶ Zagrebelski G., *La Constitución y sus normas*, En: *Manuale di diritto costituzionale, Il sistema delle fonti*, utet, Turín 1998.

¹⁷ Borja, R., *Derecho político y Constitucional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1991, pp. 315.

El poder constituyente es **extraordinario**¹⁸ porque a pesar de que el pueblo es, en Democracia, siempre capaz de tomar decisiones y de actuar políticamente, este poder no es ejercido por su titular sino en ocasiones verdaderamente extraordinarias. Comúnmente, solo en momentos decisivos manifiesta su voluntad.

Es un **poder fáctico** porque no se encuentra sujeto al cumplimiento de ninguna norma o procedimiento. El pueblo no es instancia, ni magistratura, es simplemente voluntad y por ello el ejercicio del poder constituyente no es un problema jurídico sino eminentemente político.

Es un **poder originario**, por cuanto como bien lo dice Rafael Oyarte, el poder constituyente, “*no es recibido de nadie, pues ninguna norma o poder lo otorga, es ejercido de hecho, como poder originario que es.*”¹⁹

Finalmente, el poder constituyente es **supremo e ilimitado**²⁰ por naturaleza, lo cual significa que no cabe que sea confrontado por un poder inferior pues éste se debe someter siempre al primero y no depende de ningún poder anterior, puesto que el soberano no reconoce poder superior al suyo²¹. Por definición, el poder constituyente no está, no puede estar condicionado a ninguna circunstancia o norma preexistente.

Otra cosa es que el titular del poder constituyente, en desarrollo de su majestad pueda por decisión propia **autolimitarse**. En el caso ecuatoriano, por ejemplo, aunque la majestad del pueblo es absoluta, él mismo se ha dado unos límites explícitos definidos en el Estatuto aprobado el 15 de abril de 2007 relacionados con el **respeto y la profundización de los derechos humanos reconocidos en la anterior Constitución**, pero también existen limitaciones implícitas que seguramente no desconocerá.²²

Las limitaciones implícitas más frecuentes al poder Constituyente se dan por razones del contexto histórico,²³ político o cultural en el que actúa, o por motivos de razonabilidad ética. No es lo mismo ejercer la soberanía plena en una monarquía, en una dictadura o en una democracia. **En las democracias el ejercicio del poder Constituyente se ha autolimitado implícitamente con el objeto básico de respetar aquellos derechos que configuran el núcleo esencial de la dignidad humana** y que se encuentran reconocidos en los distintos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos.

Estas limitaciones implícitas, por supuesto, no son, no pueden ser jurídicas. Tienen una naturaleza política y por lo tanto su respeto y sujeción no es objeto de control por parte de ningún juez, tribunal o poder constituido alguno. Si el titular originario del poder constituyente o su legítimo delegado (una Asamblea) consideran conveniente sobrepasar este tipo de límites implícitos, no hay poder jurídico que lo pueda impedir.

Ahora bien, lo que si debe quedar claro, es que no se pueden confundir las autolimitaciones implícitas o políticas del poder constituyente, con la existencia de derechos naturales previos al Estado. En Democracia no existen derechos preexistentes a la propia manifestación de voluntad popular y por lo tanto no existen límite jurídico

alguno a sus propias decisiones, más allá de su propia autolimitación política.²⁴

¿Quiénes pueden ejercer legítimamente esta facultad?

A lo largo de la historia se han construido diferentes teorías que explican quién tiene capacidad para ejercer la Soberanía. Según una conocida concepción medieval recogida en el postulado bíblico *non est enim potestas nisi a Deo* (Todo poder viene de Dios) solo Dios tiene *potestas constituens*.

El absolutismo monárquico, en su proceso de legitimación del poder absoluto de la monarquía se apropió de estos argumentos teológicos. El rey en esta concepción es el representante directo de Dios y por lo tanto su poder solo está sometido al poder de Dios.

Durante la Revolución Francesa, se produce la traslación de ese poder de determinar el modo y la forma de la existencia política del monarca en la Nación. Según esta nueva teoría, formulada por Sieyès, la Nación reemplaza al monarca como sujeto del poder constituyente.

Finalmente, el desarrollo de la democracia y del principio democrático, implica el traslado del poder constituyente de la nación al pueblo directamente.

En resumen, el titular de la soberanía, puede ser múltiple, dependiendo de la forma de Estado de que se trate: si la soberanía es detentada por uno solo, estamos en una monarquía, si el poder constituyente es propiedad de unos pocos, estamos en una oligarquía, si este poder es potestad de muchos o de todos estamos en una Democracia. En el caso ecuatoriano la soberanía es ejercida por el pueblo, como titular único y legítimo del poder Constituyente.²⁵

¿En qué forma actúa el poder constituyente?

El carácter fáctico y supra – estatal de la actuación del titular del poder constituyente, hace que no sea posible establecer un procedimiento reglado al que se encuentre vinculada la actividad del poder constituyente.

¹⁸ Oyarte, R., *Op. Cit.* Pp. 106.

¹⁹ Ibidem, pp. 101

²⁰ Oyarte R., *Op. Cit.*, pp. 95 y 104

²¹ Quiroga Lavie, H., *Derecho Constitucional, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1982*, pp. 47.

²² Se denominan limitaciones implícitas porque no están establecidas en ninguna norma jurídica vigente. Ver: Oyarte, R. *Op. Cit.* Pp. 113.

²³ Recogiendo lo que Ferdinand Lasalle llama los factores reales de poder cuyo desconocimiento implica la inviabilidad del nuevo orden constitucional y su conversión en una “hoja de papel”.

²⁴ Carpizo J. *Op. Cit.* Pp. 215.

²⁵ Sobre el particular: Oyarte R., *Curso de Derecho Constitucional*, Fondo Editorial Fundación Andrade Asociados, Quito, 2007, pp. 75 a 91 y pp. 103.

En aquellos lugares donde la soberanía pertenece al pueblo, éste manifiesta su poder constituyente mediante cualquier expresión reconocible de su voluntad sobre el modo de existencia del Estado, de tal suerte que su fuerza es superior a toda formalidad y norma y por tanto no puede ser desconocida ni disuelta por poder constituido alguno.

Ahora bien, a pesar de que no existe un procedimiento establecido para su actuación como poder constituyente, en la tarea de cambio constitucional, el derecho comparado nos enseña que existen tantas modalidades concretas que regulan el procedimiento, como sistemas jurídicos democráticos existen y existieron.

La doctrina del poder constituyente acepta tres formas de elaboración de la nueva Constitución:

- **La elaboración directa de la Constitución** a través de la aclamación o cabildos abiertos; (sistema que es más teórico que real, por cuanto en los sistemas democráticos modernos no hay casos que avalen fácticamente este sistema)

- **La elaboración de una Constitución mediante un Plebiscito** general que apruebe o rechace una propuesta preparada de un modo cualquiera; ²⁶ y finalmente,

- La elaboración de la Constitución mediante **un sistema Convencional o Asambleario**.

Este último sistema reconoce por lo menos cinco variantes mediante los cuales se procede al cambio constitucional:

1.- El sistema alemán o de la Decisión Parlamentaria Única: mediante la cual se establece que el cambio de Constitución tendrá lugar por la sola intervención de un Parlamento que toma la decisión en un único acto por medio de una mayoría especial, que generalmente es de los dos tercios de los miembros del Parlamento. Esta modalidad fue generalmente seguida por las Constituciones de la extinta URSS y de las antiguas Repúblicas socialistas del Este europeo, razón por la cual ha sido denominado también sistema "soviético".

2.- El sistema italiano o de la Doble Deliberación del Parlamento: en donde un mismo Parlamento toma la decisión en dos etapas, separadas por un intervalo breve de tiempo (tres meses en el sistema italiano). Siguen esta modalidad Brasil/1988 (art. 60.2); Lituania/1992 (art. 148). Este sistema fue recogido por la Constitución Política del Ecuador de 1998, estableciéndose el denominado "candado constitucional" de un año de intervalo entre el primero y segundo debates legislativos para reformar la Constitución.

3.- El sistema escandinavo o de dos Parlamentos sucesivos: en esta modalidad, la iniciativa del cambio constitucional la tiene el Parlamento que, una vez tomada la decisión de promover el cambio, se disuelve. Se procede a conformar un nuevo Parlamento mediante elecciones populares, aunque hay constituciones que disponen la caducidad inmediata del primer Parlamento (Constitución española de 1931), siendo el nuevo Parlamento quien puede conocer y resolver sobre la reforma. Esta modalidad han seguido las Constituciones

de Noruega/1814 (Art. 112), Suecia/1974 (Art. 15), Islandia/1944 (Art. 79), Perú/1980 y 1993 (Art. 206).

4.- El sistema francés o de la Asamblea Especial o Convención: denominado así por ser consagrado por la mayoría de las Constituciones francesas del siglo XVIII y XIX. Consiste en atribuir la elaboración y redacción concreta del contenido de una propuesta de reforma constitucional a un cuerpo representativo especial, instituyendo la conformación de una **Asamblea distinta y extraordinaria, al Parlamento ordinario**, para realizar la tarea de cambio constitucional.

5. El sistema Norteamericano: llamado así porque fue el utilizado en la redacción de la Constitución de Massachusetts de 1780. En este sistema, variante del Francés, la nueva Carta es dictada por una asamblea o convención *ad hoc* por mayoría de votos y sometida a la ratificación popular resultando aprobada por mayoría.²⁷

En el caso ecuatoriano de 2007, la forma en que el pueblo decidió actuar para transformar el marco institucional del Estado y elaborar una nueva Constitución fue el mecanismo de acudir al sistema norteamericano, esto es a través de una **Asamblea Proyectista**,²⁸ que está preparando el proyecto de nueva Constitución para que el titular del poder Constituyente, a través de referéndum, manifieste su aceptación o rechazo definitivo a las decisiones adoptadas por los miembros de la Asamblea.

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.

¿Qué diferencia hay entre poder Constituyente originario y poder de reforma de la Constitución?

Materialmente la diferencia puede configurarse de la siguiente manera: es una diferencia de hecho. Si el pueblo o la Asamblea elegida para hacer la nueva Constitución respeta los límites establecidos en las disposiciones de la

²⁶ Sobre los tipos de Asamblea Constituyente Ver. Schmitt C., *Teoría de la Constitución*, Editora Nacional, México 1961 pp. 97 y 98; también Carpizo J., *Algunas Reflexiones sobre el poder Constituyente*, En: Estudios en Homenaje a Hector Fix Zamudio, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1988.

²⁷ Estos cuatro sistemas, a su vez, tienen variantes en todas las fases de reforma, a saber: en la iniciativa de la reforma, en la conformación del órgano encargado de la reforma, en el proceso de toma de decisiones por parte del órgano encargado de la reforma, en las facultades constituyentes asumidas por dicho órgano. Entre tantas variantes encontramos que las Constituciones democráticas celosas de la voluntad popular suelen complementar el procedimiento exigiendo un referéndum ratificadorio posterior como medida de salvaguarda de la voluntad popular. Como ejemplos tenemos la Constitución italiana de 1947, la Constitución chilena de 1925 y la de 1980, la Constitución brasileña de 1988.

²⁸ Ver: Carpizo J., *Algunas Reflexiones sobre el poder Constituyente*, En: Carbonell M, *Teoría de la Constitución, Ensayos Escogidos* Editorial Porrúa, México 2005. pp. 215

Carta constitucional que se quiere cambiar, estamos ante un poder constituyente derivado, si sobrepasa esos límites, el poder constituyente ejercido es originario y supremo.²⁹

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, se entiende que **el poder constituyente derivado es aquel que tiene la facultad de reformar la Constitución**, elaborada previamente por el poder constituyente originario. En otras palabras mientras poder constituyente originario es aquel que hace una nueva Constitución, el poder constituyente derivado tiene competencias limitadas a reformarla.

Por supuesto, si se asume esta última perspectiva, no puede hablarse de que en estricto sentido el poder constituyente derivado sea un poder constituyente, porque en efecto, el ejercicio de la función constituyente en los términos descritos es el ejercicio de una facultad jurídica emanada y limitada por la Constitución y esto rompe con la idea de poder constituyente como poder soberano e ilimitado, que es la esencia del concepto.

En ese sentido, las características de esa facultad constituyente derivada son las siguientes:

- **Es una facultad jurídica**, porque su ejercicio depende de lo que sobre el particular establezca el ordenamiento jurídico.
- **Es un poder condicionado**, ligado formal y materialmente a la Constitución que se va a reformar.
- Es un poder o **facultad subordinada** a la voluntad originaria del pueblo como titular del poder constituyente, al estar vinculado con el procedimiento de reforma establecido en la Constitución.

En definitiva, siguiendo a Ricardo Guastini,³⁰ se puede afirmar que la diferencia sustancial entre poder Constituyente y poder constituido consiste en que mientras este último es un poder eminentemente jurídico, (es decir conferido y regulado por normas positivas vigentes, y ejercido de conformidad con ellas), el poder constituyente, *stricto sensu*, con independencia de quien lo ejerza, es un poder fáctico y *extra – ordinem* que no tiene ni puede tener su fundamento de legitimidad en ninguna norma jurídica previa, ni siquiera en la Constitución.

3. La capacidad de la Asamblea Constituyente para ejercer directamente funciones del Estado

El tercer problema jurídico que aborda el Pleno de este Tribunal para contextualizar su decisión, está muy vinculado al anterior, y se refiere a la determinación de la capacidad y legitimidad de la Asamblea Constituyente para ejercer directamente las funciones del Estado. El problema concreto puede circunscribirse a las siguientes preguntas:

¿Puede la Asamblea Constituyente asumir las funciones del poder legislativo, o cualquier otra función del Estado?

A la luz de la doctrina del poder constituyente, la respuesta es afirmativa.

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 más³¹ 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.”*

Cabe resaltar justamente el equívoco en que incurren los demandantes, al confundir el hecho de que la Asamblea sea un órgano delegatario del pueblo con su consideración como poder constituido. La Asamblea Constituyente tiene un poder delegado y extraordinario pero es un poder constituyente, no constituido.

En síntesis, como hemos dicho, se llama constituido a todo poder conferido y regulado por normas vigentes, mientras que constituyente es el poder de instaurar un orden jurídico. **Si el titular del poder constituyente puede generar un orden dado, es obvio que puede ejercer las funciones que “constituye”.**

¿La asunción de todas o algunas de las funciones constituidas por parte de la Asamblea Constituyente rompe con el principio básico de la separación de poderes?

La respuesta es negativa por diversas razones sustentadas, tanto en la teoría política como en la teoría jurídica.

Desde el punto de vista político contestar a la pregunta implica acudir, una vez más a la distinción básica sostenida en esta Resolución, entre poder constituyente y poder constituido. En efecto, el poder constituyente como se argumentó en su momento, es soberano y carece de límites jurídicos, mientras que el poder constituido es, por definición, reglado jurídicamente.

Por otra parte, desde la teoría jurídica encontramos que la separación de los poderes, como bien dice Riccardo Guastini **es una técnica jurídica procesal** que tiene como finalidad básica garantizar la limitación del poder del Estado;³² 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.

En ese sentido, es obvio que la apelación a la separación de poderes, si bien es esencial en el funcionamiento del Estado democrático, no es aplicable a las determinaciones del poder constituyente, mientras esté actuando para constituir o transformar radicalmente el Estado. Esto significa que, en

²⁹ Sobre el particular Ver: Quiroga Lavié, H., Op. Cit. Pp. 48.

³⁰ Guastini R., *estudios de Teoría Constitucional*, ediciones del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2005, pp. 29 a 58.

³¹ Esta opinión es sostenida, en Ecuador, por Rafael Oyarte. Ver: Oyarte R., *Op. Cit.*, pp. 112

³² Ver: Guastini, R., *Estudios de Teoría Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2001, pp. 59 a 83

momentos de transición constitucional, las reglas jurídicas de limitación del poder establecidas en la Constitución no operan para el titular del poder constituyente (el pueblo) o para sus legítimos delegados (la Asamblea), sino que solo son operativas para los poderes constituidos.

4. La vigencia o no del procedimiento legislativo y del procedimiento de control político establecido en la Constitución.

El cuarto problema jurídico que plantea la demanda es el de la vigencia o no del procedimiento legislativo establecido en la Constitución de 1998. Esta cuestión puede resolverse a partir de la contestación de las siguientes tres preguntas:

¿La Asamblea Constituyente al asumir la función legislativa está sujeta a las normas y procedimientos que reglan el ejercicio de la misma?

La respuesta a este primer interrogante, es negativa, tanto por razones teóricas relacionadas con la necesaria concordancia con la teoría de la intangibilidad del poder constituyente, como por razones prácticas relativas a la eficacia de las decisiones de la Asamblea.

Desde una perspectiva teórica, cuando la Asamblea asume la función legislativa no está sujeta al procedimiento legislativo ordinario, por cuanto **estas normas y procedimientos**, que reglan el procedimiento de expedición de las leyes, **son vinculantes para los poderes constituidos y limitados por la Constitución, pero no para el titular del poder constituyente o su delegado, (la Asamblea)** que en la medida en que tiene atribuidos plenos poderes comparte la naturaleza y las facultades del pueblo.

Y por esa razón, **la Asamblea Constituyente puede, en uso de sus potestades constituyentes, adoptar un procedimiento legislativo distinto**, sin atenerse a ningún límite o control jurídico.

Desde el sentido común, la respuesta también es negativa por cuanto si la Asamblea se atuviera al procedimiento legislativo ordinario se haría imposible cumplir con su objetivo. En razón a la temporalidad y extraordinariedad de la actuación de la Asamblea, se necesita que ésta cuente con mecanismos y procedimientos idóneos y expeditos que hagan posible el propósito de transformación institucional que ha emprendido por disposición del pueblo ecuatoriano.

¿La Asamblea Constituyente está sometida al Control del Tribunal Constitucional?

La respuesta a la segunda pregunta es igualmente negativa, por las razones expuestas cuando se explicó la naturaleza y las características del poder constituyente. Dado que en el caso ecuatoriano de 2007, la Asamblea Constituyente tiene delegados todos los poderes del pueblo, como titular originario del poder constituyente, **sus decisiones son absolutamente intangibles para de todos y cada uno de los poderes constituidos, incluido por supuesto, el Tribunal Constitucional.**

5. El sometimiento de la Asamblea a las disposiciones del Estatuto

El hecho de que en Democracia el pueblo sea el titular único e indiscutido de la Soberanía y del poder Constituyente, y que éste actúe, normalmente a través de una *Asamblea Constituyente* propiamente dicha, o bien de una *Asamblea Proyectista*, que son por definición órganos delegados, nos lleva a preguntarnos sobre el alcance de las decisiones de dicha Asamblea Constituyente respecto de la voluntad popular originalmente expresada. Este problema jurídico solo puede ser abordado respondiendo a la siguiente pregunta:

¿Cuál es la capacidad de las decisiones de la Asamblea Constituyente respecto del mandato original del pueblo?

La respuesta es simple. Las atribuciones de la Asamblea están circunscritas, como ocurre con cualquier mandatario, a lo que se defina en el acto por medio del cual el pueblo como titular de la facultad constituyente habilitó a la asamblea. En el caso ecuatoriano de 2007, la capacidad decisoria de la Asamblea Constituyente está conferida por el pronunciamiento del pueblo en la Consulta Popular y el texto del Estatuto aprobado por el pueblo el 15 de abril, y por lo tanto, la capacidad de la Asamblea está circunscrita y determinada por los contenidos de dicho pronunciamiento popular y del Estatuto.

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 ese 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 delegados.

Y este fue justamente el sentido con el que actuó la Asamblea, cuando en el texto del inciso 1 del artículo 1 de su Reglamento Interno, estableció que por su propia naturaleza, está dotada de plenos poderes, lo cual significa que, decidió interpretar, con autoridad, el tenor literal del Estatuto, en el sentido de ratificar los plenos poderes, sin limitación alguna; y por ello, a partir del 12 de diciembre de 2007 no hay duda respecto del alcance de las decisiones constituyentes de la Asamblea.

6. Posible violación por parte de la Asamblea del debido proceso garantizado tanto en la Constitución de 1998 como en el sistema interamericano de garantía de los Derechos Humanos.

El último problema jurídico sustancial que plantea la demanda es la violación por parte de la Asamblea Constituyente al debido proceso garantizado en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Para contestar adecuadamente la cuestión planteada se requiere hacerlo puntualmente en función de los siguientes interrogantes:

¿El derecho internacional de los derechos humanos es norma aplicable y tiene eficacia directa en un Estado que hace parte del sistema internacional?

La respuesta a esta interrogante es afirmativa, por lo menos en el caso de los sistemas constitucionales vigentes en América Latina. En el subcontinente, el derecho internacional de los derechos humanos hace parte de la Constitución y como tal tiene plena eficacia normativa.

Como se sabe, la cultura constitucional y los ordenamientos constitucionales que han aparecido en América Latina desde mediados de los años 80 del siglo pasado y de la que la Constitución ecuatoriana de 1998 es un ejemplo claro, ofrece interesantes peculiaridades respecto de los modelos constitucionales tradicionales, hasta el punto de que se ha llegado a afirmar la aparición de una “vía latinoamericana” de constitucionalismo, e incluso el nacimiento de un nuevo modelo constitucional propio de América Latina.³³

Uno de los rasgos esenciales que caracterizarían ese nuevo “paradigma constitucional” es precisamente la constitucionalización de las modernas tendencias del derecho internacional de los derechos humanos, como parte integrante de la Constitución a través de la figura del Bloque de Constitucionalidad, proceso que ha implicado importantes cambios tanto en la parte orgánica, pero sobre todo en la parte dogmática de las constituciones.

En el plano de las transformaciones dogmáticas, en las actuales Constituciones de América Latina encontramos dos importantes avances respecto del constitucionalismo del Estado Social: en primer lugar, el reconocimiento de la primacía del derecho internacional de los derechos humanos frente a las normas internas; en segundo término, la ampliación de la carta de derechos fundamentales, independientemente de su consagración formal.

En los ordenamientos constitucionales latinoamericanos más recientes, se observa una vigorosa tendencia hacia el reconocimiento de la supremacía del derecho internacional, respecto de las normas internas, incluidas las constitucionales no referidas a derechos fundamentales. Hasta tal punto llega esta transformación en la jerarquía de las fuentes del derecho, que en muchas constituciones las normas internacionales sobre derechos humanos establecidas convencionalmente y ratificadas por cada uno de los Estados, se incorporan directamente al orden constitucional, con una jerarquía superior al resto del ordenamiento.

En ese sentido, las disposiciones tanto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del Pacto internacional de los derechos Civiles y Políticos de 1966 y particularmente las estipulaciones de la Convención Americana de los Derechos Humanos hacen parte del orden constitucional vigente en el Ecuador con una jerarquía normativa superior al resto del ordenamiento.

¿Cuáles son las reglas de aplicación del derecho internacional de los derechos humanos frente al derecho interno ecuatoriano?

A pesar de que los distintos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos hacen parte del orden interno ecuatoriano y en tal virtud tienen aplicación directa e inmediata en el país (Art. 18 de la vigente Constitución Política del Estado), es indispensable preguntarse, ¿Cuáles son las reglas de aplicación del derecho internacional de los derechos humanos frente al Derecho interno Ecuatoriano?

- La primera regla de aplicación de los distintos sistemas de protección de los derechos humanos es el **reconocimiento del rol fundamental que cumple el Estado en la garantía de los derechos humanos (Art. 16 de la vigente Constitución Política del Estado)**. Esto significa que existe una presunción de operatividad de los derechos humanos en el ámbito interno a través de mecanismos idóneos de acceso a la justicia.
- La segunda regla es la de la **subsidiaridad**, en virtud de la cual todo sistema de protección internacional, cumple un rol subsidiario consistente en evitar que violaciones de derechos humanos queden sin protección en caso de no ser resueltos por instancias internas. En ese sentido, las disposiciones de los distintos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos se constituyen en una garantía adicional que tienen los ciudadanos de los Estados miembros del sistema interamericano, para tutelar sus derechos, a partir de una regla de articulación que es el principio de subsidiaridad.
- La tercera regla fundamental es el **agotamiento previo de los recursos e instancias internas**, y del cumplimiento de la condición de que a nivel nacional no se haya obtenido adecuada y suficiente reparación. A partir de esta afirmación queda claro que solo se puede acudir al sistema internacional de protección de los derechos humanos cuando los mecanismos de protección nacional de los derechos fallan o se carece de una vía procesal o recurso efectivo para hacerlos valer.
- La cuarta regla es la **negación del carácter de cuarta instancia** de los organismos del sistema internacional de los derechos humanos y el reconocimiento del carácter eminentemente jurídico del sistema.

¿Cuál es el contenido del “Debido Proceso” en el sistema interamericano?

En términos generales, el Debido Proceso es la garantía jurídica reconocida en los Estados democráticos, que tiene por objeto procurar que quienes sean sometidos a juicio tengan las herramientas idóneas para ejercer su derecho de defensa y obtener de los órganos judiciales y administrativos un proceso justo, pronto y transparente. En otras palabras, se puede decir que hay debido proceso, cuando el proceso judicial reúne las garantías ineludibles para que la tutela judicial de los derechos de una persona sea efectiva.³⁴

³³ Montaña J. *Modelos Constitucionales y Tipos de Constitución en América Latina*, En: Revista Javeriana de derecho Constitucional, Bogotá, 2004 pp. 25 a 28.

³⁴ González Perez, J., *El Derecho a la tutela jurisdiccional*, Editorial Civitas, Madrid 2001. Pp. 163 y 164.

Tanto normativa, como doctrinariamente, la garantía al Debido proceso está determinada por la presencia o ausencia de algunos rasgos básicos que configuran su núcleo esencial: i) la vigencia del principio de legalidad o juridicidad; ii) la garantía efectiva del derecho al acceso a la justicia ; iii) la garantía de imparcialidad del juez; iv) la posibilidad de una defensa técnica; y, v) el derecho a usar la propia lengua y a ser auxiliado por un intérprete en caso de necesidad.

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos, establecido a través del Pacto de San José, **acoge esta definición, precisa un ámbito mínimo de protección y establece el catalogo de derechos que deben ser protegidos preferentemente**, los que no pueden ser suspendidos bajo ninguna circunstancia de hecho o derecho, ni siquiera en vigencia de estados de emergencia o excepcionalidad institucional.

Entre estos derechos que hacen parte del núcleo de intangibilidad del sistema interamericano se encuentra la tutela judicial efectiva, que se concreta en lo que denomina el artículo 27 de la Convención las “*garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos*”. La pregunta obligada es:

¿Cuáles son las garantías judiciales indispensables para hacer efectivo el núcleo esencial de los derechos protegidos por el sistema interamericano?

Sobre el particular la Comisión Interamericana mediante opinión consultiva OC – 09 de 1987 determinó en el considerando No. 20 que: “*por tales garantías debe entenderse aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere el artículo 27.2 y cuya supresión o limitación pondría en peligro esa plenitud*”

La Comisión hace referencia a dos garantías judiciales básicas: *el Habeas corpus y el Amparo*. Al respecto, concretamente dice: “*los procedimientos de habeas corpus y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 y sirven para preservar la legalidad de una sociedad democrática*”³⁵

En opinión de la Comisión Interamericana, también deben considerarse garantías que no pueden suspenderse, la forma democrática y representativa de Gobierno³⁶ previstos en el derecho interno de los Estados.

Finalmente, el último elemento esencial de la tutela judicial efectiva, de acuerdo con el sistema interamericano es el establecido en el Artículo 8.1 de la Convención que dispone “*la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial (...)*”.

¿La actuación de la Asamblea Constituyente en el marco del Mandato No. 1 viola este contenido mínimo del

Debido proceso establecido en la Convención Americana de DDHH?

La respuesta es negativa por tres razones o ámbitos diferentes y complementarios: existen razones políticas, motivos jurídicos y razones fácticas que contradicen las afirmaciones de los demandantes.

En el ámbito político, este Tribunal debe insistir en el carácter prejurídico de la actuación del poder Constituyente. Si se asume con seriedad la teoría del poder constituyente hay una conclusión obvia: sus decisiones tienen una naturaleza supra estatal y tienen una jerarquía superior a cualquier decisión de los poderes del Estado y por tanto no son objeto de control jurídico, por parte de éste o de ningún otro Tribunal del Estado o de la comunidad internacional, que tienen una naturaleza y un ámbito de acción jurídicas.

Lo expresado anteriormente no quiere decir que la Asamblea Constituyente deba o pueda desconocer el derecho internacional de los derechos humanos. 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.

En el plano jurídico, el eje de la discusión es la existencia o no de “acceso a un recurso efectivo” de protección de los derechos humanos de los demandantes en situaciones de excepcionalidad institucional como el que vive actualmente el Ecuador, a causa de la Asamblea Constituyente.

A juicio de este Tribunal, en el Ecuador de hoy, efectivamente existen los recursos jurídicos para hacer efectivos los derechos humanos. Como ha quedado claro en la opinión consultiva OC – 9 de 1987 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, durante los estados de emergencia, o en momentos de excepcionalidad institucional, 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.

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 o el habeas Corpus, que se encuentran vigentes.

En el tiempo que ha durado y dure la Asamblea Constituyente, es evidente que en el Ecuador se han mantenido y se mantienen plenamente vigentes los recursos jurídicos que configuran el núcleo esencial del debido proceso y del acceso efectivo a la justicia, como lo prueba el hecho de que los demandantes han tenido plena libertad para demandar tanto el Mandato Constituyente No. 1, como el pronunciamiento de este Tribunal sobre el asunto que nos ocupa.

RESUELVE

³⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva No. 9 de 1987*, Corte IDH (Ser. A) NO. 9 1987, párrafo 33.

³⁶ Ver: artículo 29 C de la Convención Americana.

Lo que si es necesario precisar, es que en este caso la discusión se desplaza del ámbito de acción de la Asamblea, que es intangible, al ámbito de acción de los poderes constituidos y particularmente del Tribunal Constitucional y los demás jueces constitucionales del país.

En otras palabras, 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 momentos de transición constitucional, las reglas jurídicas de limitación del poder, establecidas en la Constitución no operan para el titular del poder constituyente (el pueblo) o para sus legítimos delegados (la Asamblea), sino que solo son operativas únicamente para los poderes constituidos.

Finalmente, **en el plano de los hechos**, la actuación del Tribunal Constitucional y el propio contenido de esta Resolución demuestran que en el Ecuador se encuentran vigentes, tanto formal como materialmente, las garantías judiciales de las que hablan los artículos 8.1, 25 y 27 del Pacto de San José. En este caso concreto los demandantes han tenido la opción de plantear sus puntos de vista, tanto en los distintos escenarios públicos, donde se ha debatido con amplitud y profundidad el tema, como lo que es más importante, en el ámbito judicial a través de la puesta en marcha de la acción de inconstitucionalidad que motiva esta resolución.

Lo que si debe quedar claramente establecido, es que la existencia de un recurso judicial efectivo y la eficacia de las garantías judiciales, si bien implica su consagración formal en la Constitución o en la ley, requiere además, que estos instrumentos sean realmente idóneos para establecer la eventual violación,³⁷ lo cual no significa la aceptación automática de los argumentos esgrimidos en la demanda. El hecho de que se garantice el derecho de defensa y el debido proceso, no implica entonces la validez de la pretensión. Lo que si se debe garantizar es la existencia del contexto institucional adecuado para que esa pretensión sea debatida.

En el caso del Ecuador actual, es evidente que el Tribunal Constitucional y los demás jueces constitucionales y ordinarios de la República, son instancias que garantizan a los recurrentes la idoneidad e imparcialidad del debate jurídico respecto de su pretensión.

Por las consideraciones expuestas, en ejercicio de sus atribuciones, el Pleno del Tribunal Constitucional,

1. Desechar el recurso de apelación presentado y en consecuencia ratificar en su integridad la decisión de la Comisión de Recepción y Calificación del Tribunal Constitucional, de fecha 4 de enero de 2008.
2. Disponer el archivo del expediente.
3. Publicar la presente Resolución en el Registro Oficial.

f.) Dr. Patricio Pazmiño Freire, Presidente.

Razón: Siento por tal, que la resolución que antecede fue aprobada por el Tribunal Constitucional con 8 votos a favor correspondientes a los doctores Roberto Bhrunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Hernando Morales Vinuesa, Nina Pacari Vega, Ruth Seni Pinoargote, Manuel Viteri Olvera, Edgar Zárate Zárate y Patricio Pazmiño Freire; sin contar con la presencia del doctor Alfonso Luz Yunes, en sesión del día martes veintiséis de febrero de dos mil ocho.- Lo certifico.

f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.- Revisado por f.) Ilegible.- Quito, a 29 de febrero del 2008.- f.) El Secretario General.

CASO No. 0043-07-TC

RAZON.- Siento por tal, que el día martes veintiséis de febrero de dos mil ocho, notifiqué la resolución que antecede, a los señores Jorge Zavala Egas, Hernán Pérez Loose, Joffre Campaña Mora y más de mil ciudadanos, mediante boleta dejada en la casilla constitucional Nro. 481, conforme consta del documento que se adjunta.- Lo certifico.

f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General.

Razón: Siento por tal que el voto del doctor Alfonso Luz Yunes no se consignó en el momento de la votación por no haber estado presente; sin embargo el Magistrado se adhirió al pronunciamiento del Pleno del Tribunal Constitucional, manifestando su conformidad con la resolución emitida el día 26 de febrero de 2008, en el caso Nro. 0043-07-TC.- Este pronunciamiento se registra en el Acta de la Sesión Permanente Nro. 006-O-08.

f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.- Revisado por f.) Ilegible.- Quito, a 29 de febrero del 2008.- f.) El Secretario General.

³⁷ Ver Considerando 24 de la Opinión Consultiva OC -9 1987 de la Comisión interamericana de Derechos humanos





Administración del Sr. Ec. Rafael Correa Delgado
Presidente Constitucional de la República
Responsabilidad de la Dirección del Registro Oficial