

LIMITE Y LIMITACIONES AL PODER CONSTITUYENTE

Rafael Oyarte Martínez

Magíster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional
Profesor de Derecho Constitucional PUCE

Sumario: I. Limitaciones del poder constituyente originario. 1. ¿Límites o limitaciones? 2. La ilimitación positiva del poder constituyente originario: ¿equivale a poder soberano? 3. Limitaciones implícitas: 3.1. Soberanía popular. 3.2. Separación de poderes. 3.3. Declaración de Derechos. 3.4. Dignidad de la persona humana. 4. El significado de infringir las limitaciones al poder constituyente originario: 4.1. La Constitución así elaborada rige por la fuerza. 4.2. Constituye un Estado de Derecho aparente. 4.3. La Constitución se torna antijurídica. II. Límite y limitaciones al poder constituyente derivado. 1. Limitaciones formales: 1.1. Quórum mayor o mayorías especiales. 1.2. Mayor número de debates. 1.3. Aprobación por legislaturas sucesivas. 2. Limitaciones materiales: 2.1. implícitas. 2.2. Explícitas. 3. El caso del Derecho Internacional Público. 4. El problema del control: 4.1. La conformidad formal. 4.2. La conformidad material. 4.3. El órgano de control.

El objeto de la presente ponencia consiste en determinar los límites y las limitaciones del poder constituyente originario y del poder reformador, y las consecuencias de superarlos en cada caso.

I. LIMITACIONES DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

Se debe revisar si el poder constituyente originario tiene limitaciones en su potestad de elaboración constitucional y, si es así, cuáles son estas.

1. ¿Límites o limitaciones?

Como lo señala Lautaro Ríos Álvarez, “no puede limitarse –en el sentido de restringirse, de reducir a términos menores– sino aquello que ya está delimitado”¹.

Los límites son el punto dentro del cual el uso de una facultad o de un poder debe ejercerse, el punto normal hasta donde llega dicho poder. Delimitado el campo de acción o ejercicio de un poder o facultad, se le pueden imponer limitaciones.

Los límites del ejercicio del poder constituyente originario distan de ser poco importantes, y consisten en establecer una Constitución o reformarla, es decir, que es el ejercicio de un poder supremo, bastante amplio, que determina las bases dentro de las cuales se debe someter el ejercicio de todos los demás poderes del Estado. Así, el “gobierno creado por la Constitución es organizado y reglamentado por ella. En una palabra, es poder constituido, que nace del poder constituyente y que le está subordinado”; los poderes

constituidos “se mueven dentro de la órbita que le fija el poder constituyente mediante la Constitución”².

Pero, del mismo modo, el poder constituyente no puede intervenir sobre los poderes constituidos –no puede ejercer el Poder Ejecutivo, Legislativo o Judicial–, no corresponde a su labor, se extralimitaría si así lo hace. Como lo recuerda Hernández Valle, tanto como los poderes constituidos no pueden intervenir en los deberes exclusivos del poder constituyente –tanto originario como derivado–, este último “no puede proyectarse más allá de sus funciones, asumiendo competencias que corresponden a los poderes constituidos”³.

Delimitado ya el campo de acción dentro del cual se desenvuelve el ejercicio de este poder –elaborar o reformar una Constitución– debemos revisar si es que este tiene limitaciones, es decir, si se lo puede reducir a términos menores o restringir su ejercicio.

2. La ilimitación positiva del poder constituyente originario: ¿equivale a poder soberano?

Dentro de las características del poder constituyente originario, se encuentra que este es un poder nuevo y originario, no existen normas anteriores a las cuales deba someterse –por lo cual es punto de partida de la normatividad jurídica–. Es, entonces, un poder absoluto en términos positivos; o como lo expresa Alejandro

² SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de Derecho Constitucional*, 4º ed., Buenos Aires Kapelusz, 199, p. 62. En el mismo sentido, ALVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de Derecho constitucional*, vol. 1, Madrid, Tecnos, 1992. p. 139, dice que “todos los órganos del Estado son creados y regulados por la Constitución, convirtiéndose este en expresión del poder constituyente, de la soberanía, mediante la cual se racionaliza la estructura del Estado”.

³ HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, “El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 37, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1933, p. 145.

¹ RÍOS ALVAREZ, Lautaro, “El principio constitucional de la función social de la propiedad”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXIV, Nº 2, 1987, p. 67.

Alvarez Aravena: "el *pouvoir constituant* es el poder de los poderes y, por lo mismo, no está subordinado a ningún otro poder o autoridad en el Estado"⁴.

Rodrigo Borja señala que "la sociedad, al darse por primera vez un orden jurídico o al renovar totalmente el existente, no se encuentra circunscrita por limitación alguna de carácter positivo y posee una amplia y discrecional potestad para elegir el régimen político que estime más adecuado y para reglar la organización y el funcionamiento del gobierno"⁵.

Este poder no se somete formalmente a las normas contenidas en la Constitución que se reforma —menos aún la que se cambia o reemplaza, situación en la cual no habría ningún punto de conexión entre la Carta Política anterior y la nueva—. Por esto no debe someterse el poder constituyente originario a los trámites que la misma Constitución contiene para que se lleve a cabo su propia reforma. Esto se da, pues el poder constituyente, al ser "anterior a la Constitución —ya que es precisamente el órgano que la crea—, no puede estar sujeto a ella ni al ordenamiento legal que de ella se desprende"⁶.

Tampoco se somete a las limitaciones explícitas, que son prohibiciones al ejercicio del poder de reforma contenidas en la Carta Fundamental y que son adicionales a las formales —de trámite y procedimiento— y que le dan un mayor grado de rigidez a la Constitución.

Este tipo de limitaciones explícitas⁷ no afectan al poder constituyente originario, por lo que, al ejercer sus atribuciones de dictar o reformar una Carta Fundamental puede hacerlo sin importar la existencia de dichas limitaciones⁸. Como dice Silva Bascuñán, "el poder constituyente originario actúa libre de toda otra condición, requisito o regla que provenga de una manifestación de voluntad colectiva precedente a su actual propósito organizativo, y libre también de toda forma o procedimiento que se le imponga al realizarlo"⁹.

Por esta causa podríamos afirmar que el poder constituyente originario vendría a ser un *poder soberano*¹⁰, pues no admite limitaciones y es absoluto, por

lo que no es un simple poder estatal que es esencialmente limitado¹¹, pues este último es instituido por el soberano —el pueblo— a través de su Constitución para que ejerza un poder de autoridad o de mando.

Nosotros sostenemos que el poder constituyente originario no es el poder soberano, sino que su titular es el soberano¹². Si bien el poder constituyente originario no admite limitaciones sí tiene, en cambio, límites: la elaboración o la reforma de una Constitución.

Por el contrario, Bidart Campos, si bien afirma que no cabe confundir la soberanía con el poder constituyente, dice que este conforma al Estado, "la soberanía es ya cualidad del poder constituido. La competencia popular en la instancia del poder constituyente no es soberanía, ni tiene relación con ella"¹³. Añade que la soberanía no tiene titular, sino que ésta es un atributo del poder, y es el poder el que se titulariza a través de los órganos del Estado"¹⁴.

En la misma línea encontramos a Luis Tobar Rivadeneira, quien sostiene que la soberanía popular no vino más que a desplazar la soberanía regia "sin modificar esencialmente sus caracteres", con lo cual se atribuye la soberanía a un elemento del Estado. Este mismo autor añade que la "voluntad general" es un mito, pues en verdad es la voluntad de la "mayoría", y esta es esporádica y además "incapaz de resolver los asuntos públicos"; no es infalible —como sostenía Rousseau—, pues el "número no es signo de acierto"; dicha voluntad popular pone en peligro la libertad y derechos individuales, y es impracticable por las mismas desventajas que plantea la democracia directa. Por todas esas razones la soberanía en verdad no sería más que del Estado¹⁵.

Ahora bien, nosotros no concordamos con la afirmación anterior, pues la "voluntad del Estado" se expresa a través de los órganos del poder público, que son órganos instituidos por la Constitución, la misma que es adoptada por el pueblo. Soberano, creemos nosotros, no es el órgano constituido¹⁶, sino quien tiene

⁴ ALVAREZ ARAVENA, Alejandro, "La cuestión constitucional en Alemania", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, N° 2-3, tomo I, pp. 184-185.

⁵ BORJA, Rodrigo, *Derecho Político y Constitucional*, 2° ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1991, p. 319.

⁶ BORJA, R., *Derecho Político y Constitucional*, p. 319.

⁷ Vid. infra. el parágrafo 2.2 de la sección II, al tratar de las limitaciones explícitas al constituyente derivado.

⁸ Varias Constituciones ecuatorianas contenían en sus textos diversas limitaciones explícitas al ejercicio del poder de reforma, lo cual no afectó al ejercicio del poder constituyente originario, mediante el cual se procedió a cambiar de Carta Política sin importar estas prohibiciones.

⁹ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Derecho Político*, 2° ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1984, p. 167.

¹⁰ PÉREZ SERRANO, Nicolás, *Tratado de Derecho Político*, Madrid, Civitas, 1976, p. 128 y ss., recuerda que a la soberanía se la ha identificado de cuatro nociones distintas: como independencia jurídica en todos los órdenes (la soberanía de Francia, *verbi gratia*); como poder del Estado; como el poder jurídico que ocupa la más alta posición en el Estado (la soberanía del pueblo) y, por último, al Jefe del Estado monárquico. Además se la puede tener, simplemente, como un atributo del poder.

¹¹ Cfr. SILVA BASCUÑÁN, *Derecho Político*, pp. 47-48.

¹² De aquí se desprende las concepciones clásicas de la titularidad del poder constituyente: sean estas monocráticas, como la titularidad real y la teocrática; de sujeto colectivo, como las estamentarias y las de soberanía nacional y popular, siendo estas últimas las únicas aceptadas por el constitucionalismo. En todo caso, queda claro que el soberano, cualquiera que sea, es el titular del poder constituyente, pero ello no quiere decir que extendamos a este poder las características del poder soberano.

¹³ BIDART CAMPOS, Germán, *Derecho Político*, 4° ed., Buenos Aires, Aguilar Argentina, 1972, pp. 523-524.

¹⁴ Cfr. BIDART CAMPOS, *Derecho Político*, p. 360. Del mismo modo, en *Doctrina del Estado Democrático*, p. 58 y ss., indica que "si el poder del Estado nace al constituirse este, la soberanía, que es su cualidad, no puede serle anterior".

¹⁵ TOBAR RIVADENEIRA, Luis, "La soberanía", en *Revista de la PUCE*, N° 50, Quito, PUCE, 1988, pp. 51 y ss.

¹⁶ Vgr. BURDEAU, Georges, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, traducción de Ramón Falcón Tello, Madrid, Editora Nacional, 1981, p. 23. dice: "el Estado es el titular abstracto y permanente del Poder, del que los gobernantes solo son agentes esencialmente pasajeros".

la capacidad de constituirlos: el pueblo a través de la Constitución que de él emana.

El Estado, en todo caso, ejerce, a través de los órganos del poder público, un poder esencialmente limitado. Un poder soberano no reconoce superior, ¿es acaso el poder del Estado aquel poder superior? Pues no, el poder del Estado se encuentra sometido a la voluntad popular, a la voluntad del pueblo soberano: él determina la Constitución del Estado y la forma de ejercer el poder a través de sus órganos; como dice Burdeau, “el Estado es una explicación, una justificación y una utilización del fenómeno social que es el poder”, lo cual es distinto de la soberanía. El soberano “está sobre todo estatuto constitucional (...). Lo crea, pero no le debe nada”.

Para Burdeau, criterio que compartimos, el soberano es quien tiene el poder constituyente.

En definitiva, el poder constituyente es un poder al que se puede denominar como “supremo”, no soberano, pues a través de este se determina el ejercicio de todos los poderes del Estado, y su titular originario es el pueblo, el único soberano. Utilizamos, para el efecto, el término “supremo” no como sinónimo de “soberano”, sino en su acepción de superior, pues dentro de todos los poderes públicos que emanan del pueblo es el poder constituyente el superior de todos, el que determina a los demás, el que es respecto de aquellos el poder supremo; pero no identificándolo con la soberanía del pueblo.

La ilimitación positiva del poder constituyente originario no es sinónimo de soberanía, y no implica que este sea un poder soberano, sino que es la consecuencia del ejercicio de la soberanía popular a través de este poder: quien tiene este poder es el soberano —o lo que es lo mismo, solo el soberano tiene el poder constituyente originario, solo este lo puede ejercer—, pero este poder en sí mismo no lo es.

El poder constituyente originario es ilimitado positivamente, pero en cambio sí tiene límites: elaborar o reformar una Constitución es su esfera de acción, bastante amplio, pero nada más que aquello.

En un sistema en que solo el pueblo es el soberano es este quien tiene la titularidad originaria del poder constituyente, y a través de este determina a todos los demás poderes. Pero, en palabras de Nicolás Pérez Serrano, el poder constituyente “no ha de acumular facultades legislativas ordinarias, ni menos aún poderes de tipo ejecutivo o judicial”, pues en caso contrario “sería confundir lo extraordinario con lo constituido”¹⁷.

En conclusión, el pueblo es el soberano, todo poder emana de él, y entre estos el más alto es el poder constituyente, que es supremo respecto de los demás,

pero no soberano, pues tiene sus límites —la elaboración o reforma de la Constitución—. Por esta causa el poder constituyente no puede intervenir frente a los poderes constituidos. Una cosa es que el poder constituyente originario sea ilimitado positivamente y otra distinta es que este sea el poder soberano; es, en cambio, un instrumento del pueblo soberano y que solo el soberano puede ejercer como titular originario.

3. Limitaciones implícitas.

Si bien el poder constituyente originario es positivamente ilimitado, el poder de reforma o elaboración de una Constitución tiene limitaciones o restricciones a su ejercicio. Estas limitaciones implícitas —denominadas así, pues no se encuentran establecidas en ninguna norma positiva— se refieren a principios y valores del derecho y del constitucionalismo que no se pueden vulnerar; en este caso, “la prohibición de reforma se produce a partir del ‘espíritu’ o *telos* de la Constitución, sin una proclamación expresa en una proposición jurídico-constitucional”¹⁸.

Aquí se nos presenta un problema de la limitación al poder constituyente originario que tiene relación respecto de la voluntad soberana del pueblo, titular originario del poder constituyente: ¿cómo se determina esta voluntad? Como la unanimidad es imposible, debe ser la voluntad de la mayoría, tal como señalaba Locke. Pero ello podría conducirnos al totalitarismo de la mayoría, pues esa voluntad podría ser contraria a los derechos fundamentales, lo cual iría en contra del fin del Estado que es “el cuerpo en el cual se desarrolla la regla de la mayoría”, y que “ha surgido precisamente para garantizar los derechos individuales”¹⁹.

En este mismo sentido, para Tocqueville la democracia contiene el peligro de la “tiranía de la mayoría” que puede terminar en un despotismo en el cual se podría llegar a una negación de la libertad. De este modo, Tocqueville reprocha del gobierno democrático —de la mayoría— “su fuerza irresistible”, y añade las siguientes palabras: “lo que me repugna más en Norteamérica no es la extremada libertad que allí reina, es la poca garantía que se tiene contra la tiranía”. Este poder de la mayoría puede lograrlo todo, incluso conculcar la libertad de la minoría que no tiene a quién recurrir, pues todo pertenece y todo lo controla la mayoría²⁰.

Bobbio dice que para Tocqueville, como liberal que era, “el poder siempre es nefasto, no importa que sea real o popular”; el problema no radica en quién

¹⁸ LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1976, p. 189.

¹⁹ GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, 5ª ed., Madrid, Manuales de la Revista de Occidente, 1959, p. 171.

²⁰ De TOCQUEVILLE, Alexis, *La Democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, pp. 254-259. Dice que es una “tiranía”, pues lo hace de acuerdo a la ley, a la norma jurídica.

¹⁷ PÉREZ SERRANO, *Tratado de Derecho Político*, p. 466. Se debe recordar que una de las características del poder constituyente originario la conforma el ser extraordinario, tanto temporal como orgánicamente, es decir, subsiste mientras se ejerce el poder de elaboración constitucional, el mismo que, una vez concluida, se extingue de pleno derecho.

tiene el poder, sino cómo se lo puede limitar o controlar²¹.

En definitiva, como lo afirma Humberto Nogueira, "una Constitución emanada democráticamente, pero que no establezca un Estado de derecho democrático, nunca será legítimamente democrática, aunque pueda haberse concretado por un procedimiento democrático su validez"²².

Si bien el sistema democrático nos indica que la toma de decisiones se hace por la voluntad mayoritaria —pues no hay otro medio— dicha expresión no puede ser contraria a la propia democracia, al Estado de Derecho; estará siempre dentro de las limitaciones a las que se debe someter y que no son simplemente positivas.

Es por ello que, como afirma Sergio Gaete Rojas, la ilimitación del poder constituyente originario "es únicamente positiva, sin que puedan violarse los límites impuestos por el Derecho Natural, derivados de la naturaleza del hombre y que ningún procedimiento, mayoría ni unanimidad podría contrariar sin apartarse del Proyecto Creador y de sus fines trascendentales"²³. Julio César Trujillo sobre este aspecto añade que este poder se encuentra sometido "al ideal de civilización y a las normas morales superiores que inspiran la vida de la sociedad civil; sobre todo, a las limitaciones o exigencias impuestas por el respeto a la dignidad de la persona humana"²⁴. No es un poder absoluto, no puede formar "un régimen totalitario y tiránico"²⁵, pues la esencia del constitucionalismo es el poder limitado, para proteger así a los miembros de la nación del ejercicio abusivo o arbitrario del poder; es por ello que nosotros sostenemos que el poder constituyente no es absoluto; su ilimitación es solo positiva, por lo cual no se podría inferir que el poder soberano del pueblo, a través del poder constituyente, pueda romper las barreras de la juridicidad.

Del mismo modo, Bidart Campos sostiene que el poder constituyente originario "no se halla limitado por instancias positivas", pero afirma que ello "no significa que sea ilimitado, porque sabemos que por encima de las instancias positivas se halla el derecho natural o la justicia, que imponen criterios de valor

contra los cuales la voluntad humana no puede válidamente atropellar"²⁶.

Por el contrario, Biscaretti observa, respecto de las limitaciones implícitas, que existe una incertidumbre respecto de ellas desde el momento en que se requiere precisar su contenido exacto, y que en todo caso, todos los cambios son jurídicos cuando se los realiza por medio del procedimiento señalado, por lo que se muestra contrario a la existencia de estas limitaciones implícitas²⁷.

Entre los principios y valores que el poder constituyente debe respetar se tienen los siguientes:

3.1. Soberanía popular. Es este un principio del constitucionalismo que se encuentra plenamente aceptado. El ejercicio del poder constituyente originario reside esencialmente en el pueblo —este es el soberano—, que es su titular, no pudiendo transferirse este poder soberano a otra entidad, sea a través de una reforma constitucional o por medio de un cambio de Carta Fundamental, lo cual, en definitiva, constituye una limitación al ejercicio del poder constituyente originario.

Como dice Ignacio de Otto, "si el pueblo tiene un poder al que renuncia, la norma en la que se contiene esa renuncia no puede tener su fundamento en el poder del pueblo, porque esto significa que no ha habido tal renuncia". Dicho abandono solo sería posible en un sistema mayoritario y no uno democrático —de soberanía popular—, pues se haría recaer en todos una decisión que no es de todos, no sería una decisión democrática²⁸.

Así, la soberanía popular hace que se viva en un régimen democrático, y por medio de una Constitución no se puede renunciar a la democracia, pues el Texto Fundamental y el constitucionalismo responden a ese sistema, y no puede contradecirlo. Como lo recuerda Carl Friedrich, "no puede denominarse Constitución a la resolución de un tirano todopoderoso de mantener su tiranía, sin hacer absurdo el significado del término"²⁹. A través del ejercicio del poder constituyente originario no se podría legitimar esta situación; es su limitación fundamental en el sentido de la autoconservación de dicha soberanía; por ello dicha renuncia, consagrada en el texto constitucional, no

²¹ Cfr. BOBBIO, Norberto, *Liberalismo y Democracia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1991, pp. 64-66. TOCQUEVILLE, *La Democracia en América*, p. 256, dice que "es necesario colocar siempre una parte del poder social superior a todos los demás; pero veo la libertad en peligro cuando ese poder no encuentra ante sí ningún obstáculo que pueda detener su marcha y darle tiempo para moderarse a sí mismo".

²² NOGUEIRA, Humberto, "La democracia, el orden constitucional democrático y las reglas de su modificación", en XX Jornadas Chilenas de Derecho Público, tomo 1, Valparaíso, Edeval, 1990, p. 85.

²³ BLUMENWITZ, Dieter, y GAETE ROJAS, Sergio, *La Constitución de 1980: su legitimidad*, Santiago, Editorial Andrés Bello, 1981, pp. 37-38.

²⁴ TRUJILLO, Julio César, *Teoría del Estado en el Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1994, p. 70.

²⁵ CUMPLIDO, Francisco y NOGUEIRA, Humberto, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello, 1990, p. 130.

²⁶ BIDART CAMPOS, *Derecho Político*, p. 524.

²⁷ Cfr. BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho Constitucional*, traducción de Pablo Lucas Verdú, Madrid, Tecnos, 1965, pp. 279-281. Del mismo autor, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado, y un trienio de profundas transformaciones...*, traducción de Héctor Fix Zamudio, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 556, reitera lo dicho —en especial la indeterminación de cuáles son dichas limitaciones— y encuentra más sólido lo relativo a las limitaciones explícitas por encontrarse en el Derecho positivo. El problema que nosotros encontramos es que el constituyente originario no se somete a esta y por tanto se llegaría a un estado de libertad absoluta en lo relativo a revisión constitucional, si se niega la existencia de las limitaciones implícitas.

²⁸ DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional: sistema de fuentes*, 2º ed., Barcelona, Ariel, 1988, pp. 64-65.

²⁹ FRIEDRICH, Carl, *Gobierno Constitucional y Democracia*, tomo I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 265.

podría ligar a las generaciones futuras, al no tener validez por ser extralimitada.

En resumen, a través del ejercicio del poder constituyente originario, este "no puede negar su propia titularidad (no podría por ej. traspasarlo a un grupo o a un hombre)"³⁰.

3.2. Separación de poderes. Si, como dijo Lord Acton, "el poder absoluto tiende a corromper absolutamente", este poder, para que no sea ejercido de una manera absoluta, se debe dividir. "El carácter constitucional o no de las instituciones les viene, por tanto, de que estén configuradas de tal modo que el poder resulte limitado y así la libertad garantizada"³¹.

La división o separación de poderes se configura como una de las garantías principales, si no es la principal, de los derechos fundamentales de la persona humana, pues mediante esta técnica se establece el sistema de frenos y contrapesos que tienden a evitar la desviación y el abuso del poder³².

Los principios del constitucionalismo no permiten que a través de un texto constitucional se concentre el poder público, pues en ese caso —estableciendo un poder concentrado— dejarían de regir en la práctica importantes y fundamentales principios, como el de control y el de responsabilidad.

Si el poder lo asume una sola entidad, nadie puede controlarla —el poder de control sería ejercido por esa misma entidad— y, por añadidura, no se podrían establecer responsabilidades, pues sin control no hay responsabilidad, tal como, en la vía relacional contraria, sin responsabilidad el control pierde cualquier efectividad.

Sin este principio de separación de poderes, del que, insistimos, se desprenden los de control y de responsabilidad y el de juridicidad, la protección y vigencia de los derechos fundamentales se encontraría sometida al arbitrio de quien detenta, como individuo o como entidad, el poder soberano. Al respecto, Montesquieu decía que para asegurar la libertad el poder debe dividirse, de este modo es el poder quien detiene al poder. De lo contrario, si quien hace la ley la ejecuta, puede hacer leyes tiránicas y ejecutarlas tiránicamente. Si quien juzga es el que hace las leyes "el poder sobre la vida y la libertad sería arbitrario, porque el juez sería legislador". Si el poder de juzgar lo tiene quien ejerce el ejecutivo "el juez podría tener la fuerza de un opresor". En cambio, si los poderes se

encuentran separados, estos se pueden fiscalizar y se pueden vetar³³.

En todo caso, a través de esta técnica, se tienden a asegurar los derechos fundamentales. Por ello la Declaración de los Derechos del Hombre señala que aquel Estado en el que no se encuentre determinada la separación de poderes carece de Constitución³⁴.

En otro sentido, pero dentro del mismo punto de limitación, debemos señalar que, asimismo, el poder constituyente no puede ejercer por sí mismo todo el poder; una cosa es que lo determina a través de una Constitución que elabora o reforma, pero otra cosa es que el constituyente pretenda ejercerlos a todos aquellos, de tal guisa, el poder constituyente debe respetar a los poderes constituidos.

3.3. Declaración de derechos. Los derechos fundamentales no son establecidos por la Constitución, esta se limita a reconocerlos, y en caso contrario —de no reconocerlos—, por la mera condición humana, estos derechos se poseen. Desde la teoría liberal de los derechos individuales se señala que la legitimidad de estos "no radica en que hayan sido reconocidos por el Estado, sino que, por el contrario, el Estado tiene legitimidad en cuanto que es expresión y garantía de tales derechos"³⁵.

El hecho que una Constitución reconozca o no estos derechos fundamentales no condiciona ni la existencia de estos ni la posesión o ejercicio de ellos por parte de toda persona humana.

En todo caso, una Carta Política no podría eliminar arbitrariamente algunos derechos fundamentales, o privarlos a ciertos grupos de personas, pues "que una sociedad tenga Constitución, que un Estado sea constitucional, significa, ante todo, que en él la organización de los poderes responda a un determinado fin, el aseguramiento y garantía de la libertad de los ciudadanos"³⁶. Si nos encontramos en un sistema democrático —el único en el que el constitucionalismo puede existir materialmente, y no tan solo como una expresión formal— el poder constituyente está sometido "al respeto de los derechos humanos, cuya plena vigencia es norma fundamental orientadora del Estado, lo cual implica su reconocimiento, respeto, armonización, tutela y promoción"³⁷.

El fin último del constitucionalismo, lo que es corroborado por todo su proceso de evolución histórica, consiste en que se garanticen los derechos fundamentales de la persona humana; para ello se organiza el Estado jurídicamente. De esa forma la parte orgánica de toda Constitución está al servicio y condicionada por la parte dogmática —para que se cumplan con esos

³⁰ VERDUGO, Mario y GARCÍA B., Ana María, *Manual de Derecho Político*, I, 3ª ed., Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 272.

³¹ DE OTTO, I., *Derecho Constitucional*, p. 12.

³² Cfr. TOBAR DONOSO, Julio, *Elementos de Ciencia Política*, 4ª ed., Quito, Ediciones de la U. Católica, 1981, p. 306. Hernán SALGADO, "Estructuración jurídico-política del Estado del Ecuador", en *Revista de la PUCE*, N° 50, Quito, PUCE, 1988, p. 28, recuerda que el verdadero fundamento político de la separación de poderes es que esta "busca ser el mecanismo idóneo que garantice los derechos y libertades del individuo".

³³ GARCÍA-PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, p. 155.

³⁴ *Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano*, art. 16.

³⁵ GARCÍA-PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, p. 150.

³⁶ DE OTTO, I., *Derecho Constitucional*, p. 12.

³⁷ CUMPLIDO y NOGUEIRA, *Teoría de la Constitución*, p. 131.

postulados—, por lo que no es admisible que se niegue esta parte fundamental de la Constitución de un Estado, pues si “el poder soberano absoluto anula y conculca las libertades y facultades fundamentales del hombre, tampoco habrá verdadero Derecho, ya que esta vez el vigente sería contrario a los derechos subjetivos anteriores y superiores al Estado, respecto de los cuales el Derecho Positivo se encuentra en inferior rango jerárquico de primacía”³⁸. Debemos tener presente que “el poder es esencialmente limitado, es decir, soberanía y derechos naturales del hombre deben coexistir siempre”³⁹.

Lo dicho es corroborado por el hecho que en los Estados autoritarios de entreguerras, principalmente la Alemania nacionalsocialista y la Italia fascista, no existieron Constituciones ni siquiera en un sentido documental, “en virtud de que los mismos principios políticos y jurídicos que estaban en su base condujeron a una desvalorización de las garantías inherentes a las normas formalmente constitucionales”⁴⁰.

En definitiva, como dice Evans de la Cuadra, “podrá debatirse la extensión, en la nómina de garantías constitucionales, (...) pero no cabe duda que, con certeza, el ejercicio de la soberanía nacional y popular no podrá eliminar, ni siquiera coartar, derechos fundamentales”⁴¹.

3.4. Dignidad de la persona humana. Este aspecto se presenta en íntima relación con el anterior: de la dignidad de la persona humana se desprenden sus derechos fundamentales, por ser persona se tienen esos derechos; esto es “el respeto que merece toda persona por su calidad de tal, lo que impide que sea coaccionada física o mentalmente o discriminada”⁴², por la dignidad de la persona humana sus derechos fundamentales deben ser respetados o promovidos.

Por lo mismo, no es posible ni admisible que un texto constitucional pretenda retirar la dignidad o calidad de persona humana a una persona o grupo de personas y de ese modo privarle de sus derechos fundamentales.

La calidad de persona humana no la otorga una norma positiva, ni siquiera la más alta como la Constitución, y mal podría entonces retirarla, pues el respeto a la dignidad de la persona humana es esencial “para cuya perfección y autorrealización se constituye el estado y a las fuerzas reales del poder en la sociedad”⁴³.

La Constitución chilena ha positivizado esta limitación implícita en su artículo 5° inciso 2°: “El ejerci-

cio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, lo que constituye, dice Evans de la Cuadra, “una restricción a las facultades, que muchos tratadistas califican de omnímodas al Poder Constituyente”, por lo que una reforma constitucional no podrá “afectar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza propia del ser humano”⁴⁴.

4. El significado de infringir las limitaciones al poder constituyente originario.

Puede suceder, y de hecho ha sucedido, que una Constitución infrinja dichos valores o principios del constitucionalismo, esto es, que altere las limitaciones implícitas a las que debe someterse el poder constituyente originario. Las limitaciones implícitas no son normas a las que el poder constituyente originario se someta facultativamente, si lo desea o no, con el único fin de evitar el caos. Al ejercerse el poder constituyente originario se deben respetar imperiosamente dichas limitaciones, de lo contrario se producirían diversos efectos por su actuación antijurídica. Los efectos pueden ser los siguientes:

4.1. La Constitución así elaborada o reformada rige por la fuerza. Una Constitución que no respeta los valores y principios, a los cuales debe servir y para los cuales debió ser elaborada, no rige por la fuerza del Derecho, sino de los hechos, no tiene base en el principio de juridicidad. En este sentido, Nogueira sostiene que “el poder de la sociedad política que no actúa a través del derecho es una noción ajurídica, imposible de normativizarse, solo concebible como idea sin conexión real o como mera cuestión de hecho: el ejercicio de la fuerza a través de la revolución”⁴⁵.

4.2. Constituye un Estado de Derecho aparente. El Estado de Derecho se resume en que toda persona, tanto gobernantes como gobernados, someten todos sus actos a Derecho. Una comunidad política se puede calificar como un Estado de Derecho “cuando las normas establecidas por la Constitución para el desarrollo del proceso político obliguen tanto a los órganos estatales —detentadores del poder— como a los ciudadanos —destinatarios del poder—”⁴⁶.

Si una Constitución, producto del poder constituyente originario, no respeta al Derecho en forma amplia no se cumple con el Estado de Derecho y no constituye uno efectivamente. Al respecto, Loewenstein señala que, “en nuestros días, la Constitución escrita se ha convertido frecuentemente en la tapadera para el ejercicio de un nudo poder. Una Constitución

³⁸ BLUMENWITZ y GAETE, *La Constitución de 1980*, pp. 34-35.

³⁹ MOLINA GUAITA, Hernán, “Limitaciones del poder soberano”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, N° 2-3, tomo I, Santiago, Pontificia Universidad Católica, 1993, p. 311.

⁴⁰ BISCARETTI, *Introducción al...*, cit., p. 514.

⁴¹ EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los Derechos constitucionales*, tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 22.

⁴² VERDUGO, Mario, et al., *Derecho Constitucional*, I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 110.

⁴³ TRUJILLO, *Teoría del Estado en el Ecuador*, p. 70.

⁴⁴ EVANS, *Los Derechos Constitucionales*, I, pp. 21-22.

⁴⁵ NOGUEIRA, *La democracia...*, cit. p. 846.

⁴⁶ LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, p. 163.

formal no hace en absoluto a un Estado, salvo en la más estricta significación literal, un auténtico Estado constitucional",⁴⁷ pues, como lo señala Evans de la Cuadra, el Estado de Derecho no es solo una concepción jurídica sino que es "además y fundamentalmente, un conjunto de compromisos éticos de autoridades y gobernados, vigilados por una opinión pública libre, que impidan los abusos, los excesos, la utilización de resquicios para obtener lo que la institucionalidad no permite y, en suma, el abuso de normas de derecho"⁴⁸.

Si a través de una Constitución se violan las exigencias del respeto a la dignidad de la persona humana, los derechos fundamentales, la soberanía popular o la separación de poderes, entre otros, se estará ante un Estado de Derecho aparente, pues los actos del poder público serán conformes, válidos y adecuados a la normatividad jurídica positiva, pero no a la juridicidad o al Derecho, que como tal supera a dichas normas positivas⁴⁹.

Como dice Bobbio, el Estado de Derecho, en la doctrina liberal, no implica solamente la subordinación de los poderes a las leyes del país —eso es un límite puramente formal— sino que, materialmente, se deben reconocer derechos que son fundamentales e inviolables. Bobbio, a este Estado de Derecho lo denomina "profundo", en el cual todos los mecanismos constitucionales deben impedir u obstaculizar tanto el ejercicio ilegítimo o arbitrario del poder como el ejercicio abusivo o ilegal. Este Estado de Derecho "profundo" se contrapone al "débil", que solo se conforma como "no despótico", que no se rige por los hombres sino por las leyes. También se contrapone al "debilismo" o kelseniano, en que "todo Estado es un Estado de Derecho" por lo que la misma mención del término "Estado de Derecho" pierde toda u fuerza calificativa⁵⁰.

Por último, como lo señala Humberto Nogueira, "el Estado Constitucional es, por principio, Estado de Derecho, lo que implica que la democracia constitucional implica juridificar la democracia y la soberanía como poder político superior de la sociedad política"⁵¹.

En consecuencia, un Estado de Derecho no lo conforma solo lo que la norma positiva establezca como

"legal", pues de este modo las actuaciones del poder público, que deben sujetarse a dichas normas, se estarían sometiendo solo a la ley, pero no necesariamente a Derecho. Es necesario que las normas jurídicas positivas sean acordes a la juridicidad —al más amplio concepto de Derecho—; en caso contrario, estas normas, principalmente a través de la Constitución, conformarían un "Estado de Derecho aparente". Como dice Vanossi, la Constitución no puede tenerse como un fin en sí misma, sino que es un medio, un instrumento para alcanzar los fines de la sociedad, otorgando las competencias a los diversos órganos del poder público (separación de poderes) y protegiendo los derechos y libertades humanos⁵².

4.3. La Constitución se torna antijurídica. Al alterar principios de Derecho condena la normatividad positiva a la antijuridicidad. Las normas jurídicas positivas —incluida la misma Constitución— deben tener una base en los principios de Derecho. En caso contrario, condena ese ordenamiento jurídico positivo, del cual la Constitución es condición de validez y unidad.

Lo jurídico no es lo que arbitrariamente establece el constituyente como tal. El "Derecho Positivo es declarativo del Derecho Natural, pues la autoridad civil expresa en leyes los principios dictados por la razón natural y añade las reglas convenientes para su debida aplicación"⁵³.

II. LÍMITE Y LIMITACIONES AL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO

El poder constituyente derivado es el facultado para proceder a la reforma constitucional, poder que emana de la Constitución, lo que lo convierte en un poder condicionado, con características de supraordenación y subordinación a la voluntad del constituyente originario.

Es un poder condicionado, pues su ejercicio está ligado formal y materialmente a la Constitución que va a reformar. Como dice Sánchez Agesta, este poder "encuentra su legitimidad en la legalidad de su función; se deriva de la misma Constitución que ha de reformar"⁵⁴.

Ligado materialmente, pues no puede desconocer los principios fundamentales que inspiran a la Constitución que se va a reformar, pues ello equivale a cambiarla.

Ligado formalmente, pues debe cumplir los trámites y procedimientos de reforma que se encuentran

⁴⁷ LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, p. 161.

⁴⁸ EVANS, *Los Derechos Constitucionales*, II, p. 521.

⁴⁹ Vgr, la ley Fundamental de Guinea Ecuatorial que establece semánticamente una independencia del Poder Judicial, en el cual el Presidente de la República interviene como su "Primer Magistrado", y norma y remueve libremente al Presidente de la Corte Suprema de Justicia y a los miembros de aquel tribunal; asimismo la Ley Fundamental establece una Fiscalía General, cuyo titular y adjuntos son, del mismo modo, nombrados y removidos por el Presidente de la República; y, por último, el Jefe de Estado, por disposición constitucional, no puede ser perseguido, juzgado o llamado a declarar como testigo. ¿Representa aquello un Estado de Derecho?, ¿es aquella una Constitución en realidad? Lamentablemente para el pueblo ecuatoriano, soberano en la letra de la ley, la respuesta es ampliamente negativa.

⁵⁰ BOBBIO, *Liberalismo y Democracia*, p. 19. Este autor señala, p. 19-20, que los mecanismos para lograr el Estado de Derecho "profundo" son: 1° control del Ejecutivo por el Legislativo; 2° control de constitucionalidad de las leyes; 3° una relativa auto-

mía del gobierno local —en todas sus formas y grados— frente al gobierno central, y, 4° un Poder Judicial independiente del poder político.

⁵¹ NOGUEIRA, *La democracia...*, cit, p. 83.

⁵² Cfr. VANOSSÍ, Jorge Reinaldo, *En torno al concepto de Constitución: sus elementos*, en Libro-Homenaje a Manuel García-Pelayo, tomo I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1980, p. 52.

⁵³ BLUMENWITZ y GAETE, *La Constitución de 1980*, p. 35.

⁵⁴ PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *Lecciones de Teoría Constitucional*, 2° ed., Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1987, p. 54.

establecidos en la propia Constitución que se va a reformar. Ello está determinado según el grado de rigidez de la propia Carta Fundamental.

Como se observa, a diferencia del originario, el constituyente derivado no es supremo, no puede ser ejercido de manera absoluta —en términos positivos—, sino que debe someter su actuación a la Constitución. Recordemos que quien practica este poder ya no es el pueblo soberano, sino órganos constituidos que ejercen, por esencia, un poder limitado. Como dice Bidart Campos, “el poder constituyente derivado, para reformar válidamente la Constitución, debe quedar habilitado de acuerdo con lo que ha establecido el poder constituyente originario”⁵⁵.

Se debe tener en cuenta, entonces, la característica de supraordenación y subordinación a la voluntad del constituyente originario al ejercer el poder de reforma constitucional. Esto se refiere a que al momento de dictarse la norma reformativa la voluntad del constituyente derivado prevalece sobre la del originario; si bien el poder constituyente derivado “se funda en la Constitución (...), puede superarla por su capacidad de modificarla”⁵⁶.

Cuando un artículo constitucional es reformado (sea agregando, modificando o derogando determinadas normas), esa voluntad prevalece sobre la del originario, pues de lo contrario los cambios no serían posibles. Esta es la causa por la que el poder constituyente derivado conforma el ejercicio de un poder “constituyente”, ya que para tener la capacidad de reformar una norma el poder reformativo debe tener la misma o mayor capacidad que la que tuvo el órgano que la dictó.

Pero este poder es a la vez subordinado, pues para que el poder constituyente derivado pueda ejercer su poder de reforma constitucional se debe ceñir a las limitaciones que le impone el constituyente originario para reformar. Recordemos que el poder reformativo es un poder condicionado, le debe respeto a la Constitución en un sentido sustancial, pues emana de ella, entonces no puede suplir las normas fundamentales que le distinguen, lo cual va más allá del procedimiento y al establecimiento de prohibiciones de reforma a ciertas normas, según sea la voluntad del constituyente, que puede o no imponerlas.

En este caso el poder constituyente derivado debe respetar la voluntad del que le antecede, para que el ejercicio de su competencia reformativa sea válida. Como dice Sánchez Agesta, “el fundamento de su eficacia es el respeto del Derecho existente (...). No es anterior a todo Derecho, por fundarse en la Constitución”⁵⁷.

Reiteramos que por ello el poder constituyente derivado, a diferencia del originario, no es un poder supremo: es un poder limitado, como todo poder del Estado.

En cambio, Quiroga Lavié —que no distingue el poder constituyente originario del derivado— sostiene que si el constituyente “se sujeta a normas y limitaciones cuando reforma la Constitución, lo haría porque le resulta conveniente o porque por razones de oportunidad política no juzga beneficioso apartarse de ellas (lo cual es equivalente a decir que no puede —de hecho— comportarse de otra manera), pero no porque la Constitución se lo imponga”⁵⁸. Es decir que, para Quiroga, las limitaciones al poder constituyente derivado no son jurídicas, sino de hecho, pues él sostiene que el poder constituyente, sin distinción, es soberano o supremo: “el derecho no puede limitar el poder constituyente; solo lo puede formar u orientar en su acción”⁵⁹.

En este sentido, Pereira Menaut, al referirse a las limitaciones del poder constituyente derivado para ejercer la reforma constitucional, afirma que no son absolutas, pues todas “dependen de las fuerzas políticas y de las relaciones que entre ellas se mantengan, del arraigo que tenga cada Constitución concreta, de las circunstancias sociales, económicas y culturales, y de otros muchos factores reales”⁶⁰, es decir, que todas las limitaciones dependerían de la voluntad política de respetarlas por parte del poder constituyente derivado.

Pero, *contrario sensu*, Linares Quintana dice que “no se comprendería cómo, por vía del ejercicio del poder constituyente constituido —que es decir, limitado por el acto constituyente originario— pudiera la Constitución ser destruida o desnaturalizada en su sustancia”⁶¹.

En definitiva, si bien el poder constituyente derivado tiene la capacidad de abrogar las normas de la Constitución que está reformando —por ser un poder “constituyente”—, este poder se encuentra limitado por ella, al no implicar el ejercicio de un poder supremo. Por otra parte, quien tiene la titularidad de este poder no solo debe tener una legitimidad de origen —que la da la Constitución al determinar los órganos que ejercen el poder constituyente derivado—, sino que su ejercicio también debe ser legítimo, lo que, como dice Tobar Donoso, “implica la obligación de hacer lo que en justicia debe ser hecho”. Un órgano que tiene poder constituyente no puede hacerlo quebrantando las formalidades, procedimientos y limitaciones que la Constitución le impone, y tampoco puede desconocerla al intentar cambios en normas fundamentales, destruyéndola: esta atribución solo la tiene el soberano, pues su poder constituyente no se encuentra determinado por ninguna norma jurídica, a diferencia de los órganos constituidos, que ejercer poder constituyente

⁵⁵ QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978, p. 46.

⁵⁹ QUIROGA LAVIÉ, *Derecho Constitucional*, p. 50.

⁶⁰ PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *En Defensa de la Constitución*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1986, p. 106.

⁶¹ LINARES QUINTANA, Segundo *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, 2º ed., III, Buenos Aires, Plus Ultra, 1978, p. 247.

⁵⁵ BIDART CAMPOS, *Derecho Político*, p. 523.

⁵⁶ CUMPLIDO y NOGUEIRA, *Teoría de la Constitución*, p. 133.

⁵⁷ PEREIRA, *Lecciones de Teoría Constitucional*, p. 54.

derivado, pues si estos desconocen la norma que les otorga tal poder no podrían fundamentar el ejercicio ilegítimo del mismo en la norma que desconocen en su actuación⁶².

En definitiva, el poder constituyente derivado está sujeto a las limitaciones formales y materiales que le son impuestas por la propia Constitución sobre la que puede ejercer su poder de reforma.

1. Limitaciones formales.

Se refieren a los trámites y procedimientos que debe seguir el poder constituyente derivado para ejercer su capacidad reformadora.

Pero, a diferencia de la simple reforma legal, los trámites y procedimientos de reforma constitucional son adicionalmente dificultados.

Esta "dificultad" para ejercer el poder de reforma se establece de acuerdo al grado de rigidez de cada Constitución, pues si la Carta Fundamental es flexible no existirá en verdad esta especial limitación formal, pues operaría como una simple reforma legal.

Según el grado de rigidez constitucional, las limitaciones formales pueden ser concretadas en los siguientes requisitos formales adicionales y que deben ser cumplidos por el órgano facultado para proceder a la reforma constitucional, sea el propio Legislativo o bien un órgano especial:

1.1. *Quórum mayor o mayorías especiales.* Se establece un requerimiento mayor en la votación de una reforma constitucional que en la de una reforma legal. Así, en el Ecuador mientras las leyes ordinarias son aprobadas con mayoría simple y las orgánicas con mayoría absoluta, la reforma constitucional opera con las dos terceras partes de la totalidad de los miembros del Congreso Nacional (órgano legislativo unicameral)⁶³, la que se constituye en la única limitación formal para ejercer el poder de reforma constitucional, según la Constitución ecuatoriana, además del plazo de espera que se revisa más adelante.

La Constitución Política de Chile establece para la reforma legal un quórum de cuatro séptimos para las leyes orgánicas constitucionales, mayoría absoluta para las leyes de quórum calificado y mayoría simple para las demás normas legales. Para reformas constitucionales se requiere de las tres quintas partes de

diputados y senadores en ejercicio en cada Cámara y, además, se establece una mayoría especialísima de las dos terceras partes si la reforma recae sobre los capítulos I, bases de la institucionalidad; III, derechos y deberes constitucionales; VII, Tribunal Constitucional; X, Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública; XI, Consejo de Seguridad Nacional, y, XVI, reforma de la Constitución⁶⁴.

La exigencia de un quórum o mayorías especiales "pretende asegurar un amplio acuerdo y proteger a las minorías"⁶⁵; en este sentido, Loewenstein dice que esta ha sido "la técnica para dificultar la reforma constitucional que, introducida preferentemente desde el principio de las constituciones escritas, ha dejado probada ampliamente su eficacia", y ello se debe no solo al consenso que debe adquirir la reforma proyectada entre los partidos y fuerzas sociales, lo que eleva su grado de legitimidad, "sino que también se concederá a la minoría disidente un veto que puede jugar el papel de un eficaz control interórgano"⁶⁶.

De este modo, además de las Cartas Políticas de Chile y el Ecuador, las siguientes Constituciones, entre otras, han establecido el sistema de mayorías especiales: la de Argentina establece que la necesidad de reforma la debe declarar el Congreso por las dos terceras partes de sus miembros, para que sea conocido por una convención constituyente; la de Bolivia señala dos tercios de los votos, tanto en la primera aprobación como en la ratificación por la legislatura siguiente; la Constitución de El Salvador requiere de la mitad más uno de diputados electos para aprobar la reforma, y de las dos terceras partes de los diputados electos en la ratificación; la de Guatemala señala las dos terceras partes del total de diputados; el mismo quórum se exige en la de Honduras, en ambas legislaturas; la Carta Política peruana establece el requisito de los dos tercios del número legal de congresistas en la ratificación de la reforma aprobada por la mayoría absoluta del número legal de congresistas de la legislatura anterior, y, por último, en México se requieren las dos terceras partes de los presentes en el Congreso de la Unión⁶⁷. En cambio, la Constitución de Panamá requiere para su reforma una votación de la mayoría absoluta en las dos legislaturas que la aprueban⁶⁸.

Otras Cartas Fundamentales establecen diferentes procedimientos de acuerdo a la materia, lo que modifica el quórum de aprobación en cada caso: la Constitución española requiere para su reforma de las tres quintas partes de cada cámara, y en caso de no obte-

⁶² TOBAR DONOSO, *Elementos de Ciencia Política*, p. 216, sostiene que el poder del Estado es originario, "le viene de su propia naturaleza y no se halla limitado de manera extrínseca, o sea de fuera hacia adentro. Las limitaciones le nacen de sí mismo, de la esencia, de su fin, de su composición, del derecho que regula su actividad", pero que no existe ninguna autoridad o sociedad superiores de los que dimane su dominio jurídico. Nosotros creemos que, en todo caso, este poder es otorgado por el pueblo, el único soberano o titular de poder originario; es él quien constituye los demás poderes, y los órganos del Estado que ejercen el poder público lo hacen de acuerdo a las normas que le otorgan dicho poder.

⁶³ *Constitución Política del Ecuador*, arts. 152, 143 y 282 inciso 1°.

⁶⁴ *Constitución Política de Chile*, art. 116 incs. 2° y 3° y art. 63. incs. 2° y ss.

⁶⁵ PEREIRA MENAUT, *En Defensa de la Constitución*, p. 110.

⁶⁶ LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, p. 117.

⁶⁷ *Constitución Política de Argentina*, art. 30; *Constitución de Bolivia*, arts. 230 y 231; *Constitución de El Salvador*, art. 248; *Constitución de Guatemala*, art. 280; *Constitución de Honduras*, art. 373; *Constitución de México*, art. 135, y *Constitución del Perú*, art. 206.

⁶⁸ *Constitución de Panamá*, art. 308, N° 1 y 2.

nerse esta mayoría, si se ha logrado la mayoría absoluta en el Senado la reforma prospera con los dos tercios en el Congreso; para el caso de revisión total de la Constitución, y para ciertas materias que se deseen reformar, se exige, de las dos terceras partes de cada cámara, su disolución y los dos tercios en su ratificación⁶⁹.

Del mismo modo, la Constitución Nacional del Paraguay establece que para su enmienda debe contar con la aprobación de la mayoría absoluta en ambas cámaras; y, en caso de la reforma –cambio– de la Constitución y la enmienda de determinadas materias se requiere de la mayoría absoluta de los dos tercios de los miembros de cada una de las cámaras para la convocatoria de una Convención Constituyente. Esta situación se repite en la Constitución de Costa Rica, que requiere de dos tercios del total de miembros de la Asamblea Legislativa para la reforma parcial, y el mismo quórum para la convocatoria de la Asamblea Constituyente en caso de reforma general. De la misma manera la Carta Política de Nicaragua requiere del sesenta por ciento de los representantes de la Asamblea Nacional para la aprobación de la reforma parcial y de dos tercios del total de los mismos para la aprobación de la iniciativa de reforma total y la posterior convocatoria a Asamblea Nacional Constituyente⁷⁰.

Por último, en la de Venezuela la reforma general –cambio de Constitución– requiere, entre otros, de las dos terceras partes de los votos de los presentes –la cual es aprobada por el pueblo mediante referéndum–; mientras que para el de enmienda se requiere el quórum legal⁷¹.

1.2. *Mayor número de debates.* El proyecto de reformas constitucionales será debatido en un mayor número de ocasiones que en el caso de la aprobación de una reforma legal. Con ello se logra una mayor discusión del proyecto dentro del órgano encargado de tramitarla, aunque, por otra parte, la dilata.

Este tipo de formalidad no ha tenido mayor acogida en el constitucionalismo latinoamericano contemporáneo. La Constitución de Panamá trae en su texto la exigencia de tres debates para la reforma constitucional⁷².

De la misma manera, las Constituciones ecuatorianas de 1830, 1835 exigían tres debates que debían ser aprobados por los dos tercios de la votación en cada una de las Cámaras; igual requerimiento se contenía en la Carta Política de 1851, con la salvedad que se lo hacía en la Asamblea Nacional, que era el órgano legislativo unicameral. La Carta Fundamental de 1852 también determinó, para la reforma constitucional, la misma cantidad de debates en cada una de las Cáma-

ras, salvo que la exigencia de aprobación era de mayoría absoluta.

1.3. *Aprobación por legislaturas sucesivas.* Este tipo de limitación formal conforma un tipo de Constitución bastante rígido, la cual dificulta –pero no impide– al máximo el ejercicio del poder de reforma constitucional. Este requisito pretende, principalmente, evitar reformas constitucionales logradas por mayorías ocasionales en el Congreso, requiriendo que una legislatura posterior ratifique lo obrado por la anterior.

La actual Constitución del Ecuador, como ya se expresó, solo posee la limitación formal de la mayor exigencia de quórum de aprobación.

En cambio la Constitución Política de Colombia establece la exigencia de la ratificación cuando el Congreso ejerce su facultad ordinaria de reforma constitucional: el proyecto es aprobado en el primer período por mayoría simple y en el segundo por mayoría absoluta⁷³, lo cual ha llevado a decir que se trata de un procedimiento dilatado pero no dificultado⁷⁴.

La historia constitucional ecuatoriana nos trae algunos casos de Cartas Políticas que requieren la aprobación por legislaturas sucesivas de los proyectos de reformas constitucionales. Esta exigencia consta en las Constituciones de 1851 (art. 137), 1852 (art. 142), 1861 (art. 132), 1869 (art. 115), 1878 (art. 125), 1884 (art. 136), 1897 (art. 139), 1906 (art. 6), 1929 (art. 164 inciso segundo) y 1945 (art. 190 inciso tercero).

La Constitución Política de Chile de 1833 contenía esta exigencia de aprobación por la legislatura sucesiva⁷⁵. En 1882 parte de la reforma constitucional recayó sobre este procedimiento de enmienda, exigiendo que el Presidente de la República, tres meses antes de la próxima elección parlamentaria, debía publicar la reforma aprobada por el primer Congreso, para que la ciudadanía lo pudiera conocer, lo cual, según Ana María García Barzelatto, “implantaba una especie de consulta popular”⁷⁶.

La Carta Política de Chile de 1980 en su texto original contenía la exigencia de la ratificación para los capítulos I, Bases de la Institucionalidad; VII, Tribunal Constitucional; X, Fuerzas Armadas, Orden y Seguridad Pública, y XI, Consejo de Seguridad Nacional –curiosamente no lo preveía para el Capítulo XII, reforma de la Constitución–, situación que fue objeto de reforma constitucional aprobada mediante plebiscito de 10 de julio de 1989 e incorporada al Texto Fundamental a través de la Ley N° 18.825 de

⁶⁹ Constitución Política de España, art. 167.1 y 2 y art. 168.1

⁷⁰ Constitución Política del Paraguay, arts. 289 y 290; Constitución de Costa Rica, art. 195 N° 4, y Constitución de Nicaragua, art. 194.

⁷¹ Constitución Política de Venezuela, arts. 246 N° 2 y 245 N° 3.

⁷² Constitución Política de Panamá, art. 308, N° 1 y 2.

⁷³ Constitución Política de Colombia, art. 375 inc. 2°.

⁷⁴ Cfr. PÁEZ VELANDIA, Didimo, *El control de la constitucionalidad en los Estados latinoamericanos y fundamentalmente en la República de Colombia*, Bogotá, Editorial Revista de Derecho Colombiano, 1985. p. 300.

⁷⁵ Constitución Política de Chile de 1833, art. 158.

⁷⁶ GARCÍA BARZELATTO, Ana María, “Procedimiento de reforma constitucional”, en *XX Jornadas Chilenas de Derecho Público*, tomo I, Valparaíso, Edeval, 1990, p. 299.

17 de agosto de 1989⁷⁷, por lo cual la Constitución chilena vigente, al igual que la de 1925, ha eliminado este tipo de limitación.

Se debe recalcar el hecho de que este tipo de limitaciones no afectan al poder constituyente originario, pues es positivamente ilimitado, y acotar que los excesivos requerimientos conformadores de la rigidez constitucional, que afectan al poder constituyente derivado, muchas veces son salvados acudiendo al ejercicio del poder constituyente originario.

Otras Constituciones que contienen la ratificación por legislaturas sucesivas son las de Bolivia, Costa Rica, El Salvador, España, Honduras y Nicaragua⁷⁸.

El caso de la Constitución española plantea una variante, el proyecto de reformas es aprobado por una legislatura y en ese instante ocurre la disolución de las Cámaras, produciéndose nuevas elecciones para que la enmienda sea ratificada por la Cámara de reciente elección, lo cual dificulta aún más la posibilidad de la reforma en relación a la voluntad política de aprobarla por las Cámaras respectivas. Al respecto, Loewenstein señala que en estos casos "se puede retardar la discusión sobre la enmienda hasta la última sesión del mandato de la Cámara (*Legislaturperiod*) anterior a la disolución normal", para evitar la disolución extraordinaria⁷⁹. Pero, además, esta disolución extraordinaria propiciada por la reforma constitucional "supone siempre un riesgo político interno y, comprensiblemente, la correspondiente mayoría parlamentaria hará todo lo posible por eludirlo"⁸⁰, con lo que muchas reformas constitucionales necesarias son postergadas. Para Biscaretti, en esta variante la elección vendría a ser una especie de referéndum⁸¹.

En esta última variante, contenida en la Constitución española, se cumple la deseada legitimación de

la reforma por parte de una nueva legislatura, pero se evita el tiempo de espera para que concluya el período constitucional de la primera legislatura que la aprobó para que proceda su ratificación por la siguiente.

En todo caso, la causa que motiva la exigencia de la aprobación por legislaturas sucesivas es que, como en el caso boliviano, "si en un período constitucional se aprueba la necesidad de reforma, es posible que el país, y sobre todo la sociedad civil, analice la ley de necesidad y tengan la oportunidad de participar en su discusión y debate públicamente como asimismo los candidatos en la campaña preelectoral y electoral tomen posición frente a esta ley, de modo que el pueblo vote por unos u otros de acuerdo a su opinión favorable o desfavorable de la reforma planteada"⁸².

Ahora bien, hay otras situaciones que pueden ser tenidas como limitaciones formales, tales como: la ratificación de la reforma mediante referéndum o la convocatoria a órganos especiales para que lleven a cabo el procedimiento de reforma constitucional.

2. Limitaciones materiales

Estas se constituyen en limitaciones implícitas y explícitas.

2.1. *Implícitas*. Tiene el poder constituyente derivado las mismas limitaciones implícitas que el poder constituyente originario. Son esos valores y principios del constitucionalismo que todo Código Político, para ser materialmente tal, debe respetar y son, entre otros: soberanía popular, separación de poderes, respeto a los derechos fundamentales y a la dignidad de la persona humana. Nos remitimos entonces al parágrafo 3 de la sección II del presente ensayo.

Adicionalmente, señalamos como implícita —pues no consta expresamente en el texto constitucional— la limitación del constituyente derivado que emana de su obligación de respetar materialmente la Constitución que modifica: su reforma no puede implicar un cambio de Carta Fundamental. En todo caso, esta situación constituye, más bien, antes que una limitación, un límite de las competencias del poder constituyente derivado: reformar la Constitución.

2.2. *Explícitas*. Este tipo de limitaciones, como las formales, no afectan al poder constituyente originario.

Las limitaciones explícitas —también denominadas "cláusulas pétreas"— son prohibiciones expresadas al ejercicio del poder de reforma que se contienen en las mismas Cartas Fundamentales.

No se refiere este tipo de limitaciones a los trámites o procedimientos que se deben cumplir para llevar a cabo una reforma constitucional, sino a materias determinadas que el constituyente derivado está vedado para ejercer su poder de reforma constitucional.

⁷⁷ *Constitución Política de Chile de 1980*, art. 118 inciso 2°. La derogación de esta norma fue realizada por la Junta de Gobierno mediante reforma constitucional —consensuada—, sometida a plebiscito tal como lo dispuso la letra A de la decimotercera disposición transitoria de la Constitución. Cfr. GARCÍA B., Ana María, *Procedimientos de reforma constitucional*, cit. p. 309, recuerda que la norma del derogado artículo 118 fue iniciativa del Consejo de Estado, que solo la contempló para el capítulo I, pero la Junta de Gobierno la hizo extensiva al resto de los capítulos señalados.

⁷⁸ *Constitución Política de Bolivia*, arts. 230 y 231; *Constitución de Costa Rica*, art. 195, N° 6 y 7; *Constitución de El Salvador*, art. 248; *Constitución de España*, art. 168.1 y 2; *Constitución de Honduras*, art. 373, y *Constitución de Nicaragua*, art. 192. HARB, Benjamín Miguel y MORENO MORALES, Edgar, *Constitución Política del Estado Reformada*, 2ª ed., Werner Guttentag, 1996, pp. 160-161, señalan que en el caso boliviano la Ley N° 1473 de 1 de abril de 1993 de Declaratoria de la Necesidad de Reforma Constitucional modificaba el artículo 230 de la Carta Política exigiendo solo los dos tercios del total de cada Cámara en una misma legislatura, pero que este proyecto "fue rechazado en un 80% por la opinión pública por considerar que se coartaba la participación y se creaba una inestabilidad institucional, debido a que en cualquier coyuntura un partido o coalición gobernante podía reunir los dos tercios de votos y reformar la Constitución de acuerdo a sus necesidades o intereses".

⁷⁹ LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, pp. 179-180.

⁸⁰ LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, p. 180.

⁸¹ BISCARETTI, *Derecho Constitucional*, pp. 275-276.

⁸² HARB, Miguel y MORENO MORALES, *Constitución Política del Estado Reformada*, p. 161.

Algunos ejemplos los encontramos en las Constituciones de Francia de 1958 y de Italia de 1847 que prohibían alterar la forma de Gobierno, republicana presidencialista y parlamentaria respectivamente, o las contenidas en la Ley Fundamental de Bonn respecto de la federación y los derechos fundamentales⁸³.

Para Quiroga Lavié estas no son en realidad limitaciones, sino una autoconformación del poder constituyente, es decir que él mismo se autolimita⁸⁴. Pero se debe tener en cuenta que este autor no comparte la idea de un poder constituyente constituido o derivado, al que sí afectan estas limitaciones, que van más allá de autolimitaciones. Esto último es posible tomando en cuenta al poder constituyente en abstracto, pero en el campo jurídico-práctico —en el entendido de que al momento de imponer limitaciones explícitas se lo hace con el fin de evitar o dificultar el ejercicio del poder de reforma en el futuro— no será una autolimitación, sino efectivamente una limitación al eventual ejercicio futuro de la facultad reformadora que tiene el poder constituyente derivado.

Diversos autores se pronuncian en contra de este tipo de limitaciones. Así, Pablo A. Ramella dice que, “fundándose en la falsa creencia de la inmutabilidad de las cosas humanas, es común incluir en las Constituciones normas restrictivas del poder constituyente del pueblo. Estas limitaciones no tienen justificación alguna. No es posible pretender que una generación ate a las sucesivas a determinado concepto político o modo de vida, colocándola en la necesidad de violar, por la fuerza, el orden jurídico establecido”⁸⁵.

Loewenstein sostiene que, “sin embargo, son perfectamente defendibles los plazos de espera para reformar determinadas disposiciones constitucionales, sobre todo cuando su formulación se genera en un compromiso alcanzado con gran dificultad”, o “para proteger una minoría”⁸⁶; aunque en su mayor parte no tienen justificación⁸⁷.

Biscaretti, en cambio, recuerda que “numerosos juristas consideran que semejantes prohibiciones tienen

un valor realmente absoluto, en cuanto el poder constituyente originario pudo establecer un obstáculo de esta naturaleza al poder de revisión posterior, condicionando la continuidad jurídica de todo el sistema normativo en relación con este precepto”⁸⁸. De este modo, Kelsen sostiene que es “jurídicamente imposible la reforma de una Constitución o precepto constitucional declarado irreformable”, del mismo modo que es jurídicamente imposible la validez de normas creadas violando su procedimiento de formación⁸⁹. A pesar de todo, el gran jurista de Viena considera que estas cláusulas pétreas pueden llegar a ser muy inoportunas, pues “no podrá imponerse una Constitución que no esté de acuerdo a las necesidades de la época”, pero que en todo caso siempre hay que respetarlas⁹⁰. Como para él el problema del poder constituyente es solo de técnica jurídica, ajeno a todo carácter político, no podría dictarse una Constitución con violación de la anterior, con lo cual sería imposible que suceda lo que en efecto, y válidamente por cierto, ha acontecido: la superación de las cláusulas pétreas por parte del poder constituyente originario⁹¹.

Como ha quedado señalado, las limitaciones explícitas pueden referirse tanto a determinadas materias que no pueden ser objeto de reforma constitucional como a determinados períodos de tiempo en que no se puede ejercer dicho poder de reforma.

A las *prohibiciones materiales* al ejercicio del poder de reforma constitucional Loewenstein las denomina “disposiciones intangibles”, las cuales “tienen como fin librar radicalmente de cualquier modificación a determinadas normas constitucionales”, y que, a diferencia de las limitaciones implícitas, “se susstraen a cualquier enmienda por medio de una prohibición jurídico-constitucional”⁹². Como lo señala Biscaretti, estas son prohibiciones sin límite de tiempo, solo están circunscritas al objeto o materia —no a toda la Constitución, por supuesto— que se prohíbe reformar, y que prevalentemente se refieren a la forma de gobierno o a diversos principios político-jurídicos fundamentales que se establecen en el ordenamiento constitucional⁹³.

Entre otras Constituciones que traen incorporadas a sus textos “disposiciones intangibles” encontramos a las siguientes: la Carta Política de El Salvador establece que no puede reformarse ningún artículo que se refiera a la forma y sistema de gobierno, al territorio del Estado y a la alternabilidad en el ejercicio de la presidencia de la República⁹⁴. La Constitución de Guatemala trae una extensa lista de materias que no pueden ser objeto de reformas por parte del constitu-

⁸³ Cfr. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, pp. 190-191. Para Friedrich, *Gobierno Constitucional y Democracia*, pp. 306-311, estos tres casos conforman Constituciones Negativas: rechazan todo totalitarismo, fascista o comunista, y liberalismo individualista. Las denomina así, pues no son dadas por revoluciones con “positivo entusiasmo”, sino “por el hastío de un sórdido pasado”.

⁸⁴ Cfr. QUIROGA LAVIÉ, *Derecho Constitucional*, p. 50.

⁸⁵ A. RAMELLA, Pablo, *Derecho Constitucional*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982, p. 8. En el mismo sentido, VANNOSI, Jorge Reinaldo, *En torno al concepto de Constitución: sus elementos*, en Libro Homenaje a Manuel García Pelayo, I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1980, pp. 57 y 68, dice que la Constitución es un instrumento para lograr los fines sociales y que por ello esta “pretensión de eternidad constitucional (...) es *contra natura*”, y en consecuencia estas cláusulas de rigidez constitucional o de intangibilidad “son imaginables en el marco del sentido formal de Constitución, ya que es incuestionable que la Constitución en sentido material parte de un marco conceptual que no puede prescindir de la noción de cambio y de la previsión productora del mismo”.

⁸⁶ LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, p. 188.

⁸⁷ Cfr. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, p. 189.

⁸⁸ BISCARETTI, *Introducción al...*, cit., p. 557.

⁸⁹ KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, traducción de Luis Legaz Lecambra, México, Editora Nacional, 1965, p. 332.

⁹⁰ KELSEN, *Teoría General del Estado*, p. 332.

⁹¹ Vid. *supra*, el párrafo 2 de la sección I, sobre la ilimitación positiva del poder constituyente originario.

⁹² LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, p. 189.

⁹³ Cfr. BISCARETTI, *Derecho Constitucional*, p. 281.

⁹⁴ *Constitución Política de El Salvador*, art. 248.

yente derivado: el artículo 140, que establece que Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y libertades, y que su sistema de gobierno es republicano, democrático y representativo; el artículo 141, sobre la soberanía popular, la cual es delegada a los tres poderes del Estado, y la no subordinación entre estos; artículo 165 letra g), que señala la atribución del Congreso de la República de desconocer al Presidente de la República si continúa ejerciendo el cargo una vez vencido su período constitucional, en cuyo caso el Ejército pasa a depender del Legislativo; las prohibiciones establecidas en el artículo 186 para ser presidente y vicepresidente de la República, y la no reelección presidencial; ni en forma alguna toda cuestión que se refiera a la forma republicana de gobierno, la no reelección presidencial y la alternabilidad de la presidencia de la República⁹⁵. Por último, la Constitución de Honduras impide reformar el artículo 373, que regula la reforma constitucional, y el propio artículo que establece la cláusula pétrea; además son inmodificables los artículos que tratan acerca de la forma de gobierno, el territorio nacional, el período presidencial, la no reelección del Presidente de la República y las prohibiciones para ser Jefe de Estado en el período siguiente⁹⁶.

Otras Constituciones han establecido *plazos de espera* durante los que se prohíbe el ejercicio del poder de reforma constitucional. A través de estos plazos de espera "el legislador constitucional puede ordenar que su obra no sea sometida a ninguna enmienda durante determinado período de tiempo"⁹⁷.

Así, la Constitución del Paraguay señala que no se puede reformar –cambiar– la Constitución durante los diez primeros años después de su promulgación, y la enmienda debe esperar tres años desde su promulgación; como la enmienda debe ser ratificada por referéndum, si el proyecto aprobado por el constituyente derivado es derogatorio y el resultado de la consulta popular es negativo, no se puede volver a proponer el tema en tres años⁹⁸.

Estos plazos de espera "responden a la necesidad de evitar la precipitación, o a la de favorecer el arraigo de la Constitución"⁹⁹, y esto último, en palabras de Loewenstein, "con el fin de dar posibilidad a la constitución de aclimatarse, y a la nación de familiarizarse con ella"¹⁰⁰.

Otros plazos de espera pueden ser indeterminados; se prohíbe el ejercicio del poder de reforma constitucional mientras existan acontecimientos generalmente delicados para la nación, verbigracia en caso de guerra o de emergencia. De este modo la Carta Política

de España establece que no se puede reformar la Constitución en tiempo de guerra ni en estado de alarma, de excepción o de sitio¹⁰¹.

En las diversas Constituciones que se han elaborado en el Ecuador encontramos algunas limitaciones explícitas al poder de reforma constitucional.

Unas se referían sencillamente a un período de tiempo en el que no se podía reformar la Constitución; de ese modo tenemos a las siguientes Cartas: la de 1830 (art. 72) prohibía la reforma en un lapso de tres años; la de 1835 (art. 111) lo fijaba en seis años; en cuatro años lo hacían las Cartas Fundamentales de 1845 (art. 141), 1851 (art. 137) –con la particularidad de que establecía los cuatro años como intervalo entre reforma y reforma–, 1897 (art. 139), 1929 (art. 164 inciso primero) y 1845 (art. 166 inciso primero).

El constituyente ecuatoriano de 1998 introdujo nuevamente un plazo de espera. Este consiste en que el segundo debate en el que se discuta un proyecto de reforma constitucional deberá verificarse luego de transcurrido un año contado desde que se efectuó el primero¹⁰². En realidad, combinada esta limitación con el quórum de aprobación requerido para la reforma de la Constitución, y teniendo en cuenta la unicameralidad del órgano legislativo que la tramita, se puede establecer que la semirrigidez de la Carta Política ecuatoriana no ha variado, sino que, sencillamente, el procedimiento de reforma se ha dilatado, con la evidente finalidad de otorgarle un poco de estabilidad al texto constitucional.

También se establecieron prohibiciones materiales para el ejercicio del poder de reforma. De ese modo la Carta Política de 1843 (art. 110), 1861 (art. 132 inciso final) y 1869 (art. 115 inciso final) prohíben reformar la característica del Gobierno de ser popular, representativo, electivo, alternativo y responsable. Estas mismas Constituciones y la de 1851 (art. 139) prohíben alterar la separación de poderes. Las Cartas Fundamentales de 1851, 1852 (art. 143), 1861 y 1869 establecen que el poder de reforma no se extiende a lo que se refiere a la Religión del Estado.

La última Constitución ecuatoriana que trae una limitación explícita es la de 1967, que en su artículo 258 inciso primero señala que "el Congreso no podrá introducir cambio alguno que sustituya la forma republicana de gobierno o la forma democrática del Estado ecuatoriano". La Constitución vigente traería una cláusula pétrea al establecer que "el Estado garantizará la intangibilidad de los derechos reconocidos a los trabajadores"¹⁰³.

⁹⁵ Constitución Política de Guatemala, art. 281.

⁹⁶ Constitución Política de Honduras, art. 374.

⁹⁷ LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, p. 188.

⁹⁸ Constitución Política del Paraguay, art. 289 inc. 1° y art. 290 incs. 1° y 4°.

⁹⁹ PEREIRA, M., *En Defensa de la Constitución*, p. 110.

¹⁰⁰ LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, p. 188.

¹⁰¹ Constitución Política de España, art. 169.

¹⁰² Constitución Política del Ecuador, art. 282, inciso 1°.

¹⁰³ Constitución Política del Ecuador, art. 35 N° 3. El Tribunal Constitucional, en resolución de 1997, consideró al art. 49 letra c) de la 4ª codificación de la Constitución, equivalente a la citada, como una disposición intangible que afecta al poder constituyente derivado.

La Constitución chilena trae como explícita una limitación que materialmente es implícita en el texto del artículo 5 inciso 2º: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana". A decir de Evans de la Cuadra, este "es un precepto que obliga y que coloca la intangibilidad de esos derechos aun por encima de la letra y de la supremacía de la Constitución"¹⁰⁴.

Con ello se limita el poder de reforma constitucional, a través de la cual no puede vulnerarse esta disposición constitucional.

3. El caso del Derecho Internacional Público

Debemos determinar si el Derecho Internacional Público implica una limitación al poder de reforma y elaboración constitucional, y si realmente lo es ¿en qué tipo de limitación se constituye: positiva o implícita?

A primera vista parecería que es una limitación positiva antes que implícita, a la primera de las cuales no somete al poder constituyente originario.

El poder de constituyente debe respetar normas internacionales, en especial las referentes a derechos fundamentales (artículo 20 de la Constitución Política del Ecuador y el artículo 5º inciso segundo de la Carta Fundamental de Chile) o de otras materias como en el caso de las naciones miembros de la Comunidad Europea en las que toda reforma constitucional debe pasar por el control de conformidad con los tratados comunitarios.

Nuestra posición, que es unánime, es que el poder constituyente originario no se somete a limitaciones positivas, tanto de Derecho interno como de Derecho Internacional.

Sin embargo, se debe tener presente que las normas constitucionales que implican respetar derechos fundamentales contenidas en tratados internacionales —como los ya citados artículos 20 y 5º inciso segundo no limitan al poder constituyente originario como tales pues sería reconocerle limitaciones positivas, explícitas específicamente—, sino que se conforma en una limitación implícita, por la materia de la que se ocupan. No interesa, por tanto, el instrumento en el que consta esta limitación, sino la materia que tratan, la que no deja de ser una limitación implícita al poder constituyente originario, aunque se halle positivizada en este tipo de preceptos normativos.

En el caso de las Constituciones europeas los tratados comunitarios no están por sobre las Cartas Fundamentales de los Estados que pertenecen a la Comunidad. Téngase presente que es un acto soberano de cada uno de esos Estados el reformar sus Constituciones en caso de contradicción entre estas y los tratados comunitarios, pero de ninguna manera podrían constituirse en limitaciones al poder constituyente

originario, aunque sí del derivado, como se verá más adelante.

En el derecho comunitario —diferente del Derecho Internacional Público— "estas organizaciones tienen (sic) atribuciones para dictar ciertas normas directamente aplicables a los habitantes de los distintos Estados asociados"¹⁰⁵. Esta "transferencia de soberanía" ha sido consentida por las Constituciones de dichos Estados¹⁰⁶, y como tal conformarían un poder constituido. Pero tómesese en cuenta que la soberanía popular es intransferible, y el pueblo de una nación en virtud, en este caso, del ejercicio del poder constituyente originario, podría revocar dicho consentimiento.

En todo caso, Ignacio de Otto, al referirse a la relación entre los tratados comunitarios y la Carta Fundamental, señala que "la existencia de un derecho internacional al que España se vincula mediante tratados no implica en principio alteración alguna de la supremacía constitucional, pues tales tratados solo son válidos si se sujetan a lo que la Constitución dispone"¹⁰⁷. Incluso, "en el supuesto de colisión no puede prevalecer la norma comunitaria cuando con ello resultaría afectada la identidad misma del derecho constitucional interno, mientras que sí debe prevalecer cuando tal efecto no se produzca"¹⁰⁸, refiriéndose el tratadista a los derechos fundamentales en su contenido esencial.

En esta misma línea encontramos a Quiroga Lavié, que señala que los tratados internacionales "son ordenaciones que no limitan el poder constituyente, pues han emanado, en forma autónoma, del mismo: si no fuera así se habría formado un Estado de superior nivel cuyo poder constituyente sería supremo (el poder constituyente de los estados miembros se convertiría en poder constituido)"¹⁰⁹.

Ahora bien, se debe tomar en cuenta el principio *pacta sunt servanda* por el cual los Estados no pueden esgrimir normas de Derecho interno —ni aun la propia Constitución— para desconocer compromisos internacionales. Pero ello no implica el sometimiento a limitaciones positivas, sino el sometimiento a un Principio de Derecho, que aunque positivizado¹¹⁰, insistimos, no deja de ser tal. Ahora bien, el constituyente originario puede ejercer un poder de reforma y elaboración de la Carta Fundamental casi absoluto —pues debe respetar sus limitaciones—, pero no puede sobrepasar dicho ejercicio hacia áreas ajenas a su competencia, como es el Derecho Internacional Público; ello sería esgrimir viejos conceptos de soberanía absoluta ya superados.

¹⁰⁵ MOLINA GUAITA, *Limitaciones al poder soberano*, p. 312.

¹⁰⁶ *Ley Fundamental de Bonn*, art. 24.1; *Constitución de Grecia*, art. 28 incs. 2º y 3º; *Constitución de Holanda*, art. 25, y *Constitución de Bélgica*, art. 25 bis. Cfr. MOLINA GUAITA, *Limitaciones al poder soberano*, p. 312.

¹⁰⁷ I. DE OTTO, *Derecho Constitucional*, p. 26.

¹⁰⁸ I. DE OTTO, *Derecho Constitucional*, pp. 27-28.

¹⁰⁹ QUIROGA LAVIÉ, *Derecho Constitucional*, p. 51.

¹¹⁰ Este principio se encuentra positivizado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y la Resolución 2625 (Declaración de 1970).

¿Podría, en todo caso, el Derecho Internacional Público conformarse en una limitación explícita al ejercicio del poder constituyente derivado? Lo dicho, en el evento que la propia constitución del Estado la contenga –*verbi gratia* el artículo 17 de la Constitución del Ecuador y el 5° inciso segundo de la chilena–, como toda disposición intangible.

Ahora bien, en la reforma de 1989 se incorpora al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución chilena la siguiente disposición: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”. Lejos de señalar si los tratados internacionales en esta materia modifican o no la Constitución, debemos señalar que, como dice Nogueira, estas son materias que “el poder constituyente reconoce como limitación”¹¹¹, y lo hace como limitación explícita, aunque, insistimos, por la materia es propiamente implícita.

En cambio, el artículo 17 de la Constitución ecuatoriana¹¹², a diferencia de la chilena, si bien no establece expresamente que se trata de una limitación de soberanía, por la materia sí lo es y por tanto el constituyente, sea originario o derivado, no puede ejercer su poder de reforma en perjuicio de los derechos que se encuentran enunciados en los instrumentos internacionales vigentes. En todo caso, el artículo 19 señala que los derechos enunciados en la Constitución y en los instrumentos internacionales “no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material”, por lo que si es constituyente no incorpora o retira de la declaración de derechos; alguno de estos ello no afecta ni a la pertenencia ni al ejercicio por parte de toda persona de los mismos.

Para Biscaretti, las normas internacionales solo valen “en los ordenamientos (más amplios que el estatal) que los han puesto y con eficacia restringida a sus componentes; mientras que dentro del Estado rigen solo en vía de hecho, o por una invocación explícita hecha por el mismo ordenamiento estatal”¹¹³, es decir, que el Derecho Internacional Público solo tendría validez jurídica como limitación explícitamente señalada por la Constitución nacional.

Interesante caso lo representa la Carta Política hondureña, la cual señala que “cuando un tratado internacional afecte una disposición constitucional,

debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución antes de ser ratificado por el Poder Ejecutivo”¹¹⁴.

Ahora bien, en lo que se refiere a tratados internacionales en general, la Constitución chilena señala que, dentro del trámite de aprobación de estos instrumentos, pueden ser sometidos al Tribunal Constitucional para que resuelva sobre su constitucionalidad¹¹⁵. En el mismo sentido, la Constitución ecuatoriana vigente establece un control de constitucionalidad preventivo y obligatorio sobre los tratados y convenios internacionales que deban ser aprobados por el Congreso: el Presidente de la República pide el dictamen respectivo al Tribunal Constitucional, el cual es necesario para que el Congreso lo apruebe¹¹⁶.

Ahora bien, si el tratado o convenio internacional exige una reforma constitucional previa, porque precisamente el instrumento es contrario a la Constitución, su aprobación se encuentra condicionada a la reforma constitucional respectiva, con lo que queda claro para que el ordenamiento jurídico ecuatoriano los tratados internacionales están bajo la Constitución¹¹⁷.

En todo caso, insistimos en que el principio *pacta sunt servanda* le quita toda efectividad a la pretensión de que a través de una reforma constitucional se quiera evitar el cumplimiento de compromisos internacionales, con lo cual nos salimos del ámbito del Derecho Constitucional, rama del Derecho Público interno, y vamos a un tema propio del Derecho Internacional. De este modo se debe tener en cuenta que los compromisos asumidos por un Estado pueden ser susceptibles de un control de constitucionalidad de dichos instrumentos internacionales. La autoridad del poder público no puede celebrar compromisos internacionales atentatorios a la Carta Política, pues de lo contrario superaría el ejercicio de las facultades que le otorga la propia Constitución.

4. El problema del control.

¿Quién protege a la Constitución del ejercicio del poder de reformarla? Bastante importante resulta dilucidar el tema, pues como lo indica Biscaretti, las limitaciones al poder de reforma, “como quiera que se entiendan, pueden adoptar una concreta importancia jurídica solo cuando exista un control eficiente de constitucionalidad de las leyes, de manera que puedan calificarse viciadas por ilegitimidad constitucional también las eventuales leyes constitucionales que re-

¹¹¹ NOGUEIRA, *La democracia...*, cit., p. 83.

¹¹² *Constitución Política del Ecuador*, el artículo 17 dice lo siguiente: “El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes”. El artículo 18, por su parte, señala que “Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad”.

¹¹³ BISCARETTI, *Derecho Constitucional*, p. 284.

¹¹⁴ *Constitución Política de Honduras*, art. 17.

¹¹⁵ *Constitución Política de Chile*, art. 82 N° 2.

¹¹⁶ *Constitución Política del Ecuador*, art. 162, inciso 2°, art. 276 N° 5 y art. 277 inciso 2°.

¹¹⁷ *Constitución Política del Ecuador*, art. 162 inciso 3° y art. 163. La infraconstitucionalidad de los tratados internacionales en el Ecuador se desprende de estos artículos constitucionales, a pesar que la tradicional mención que se hace en el título que trata de la supremacía de la Constitución, el actual artículo 272 no incluye a los tratados internacionales entre las normas que están bajo el Código Político.

basen los citados límites"¹¹⁸. Una extralimitación en las facultades del poder reformador afectaría a todo el ordenamiento positivo del cual la Constitución es condición de unidad y de validez jurídica.

En todo caso, los controles no deben ser excesivos. Así, para Sartori, "el constitucionalismo busca un equilibrio –siempre inestable y siempre difícil– entre el ejercicio del poder (*gubernaculum*) y el control sobre el poder (*jurisdictio*). Está claro que una constitución en la que los controles impiden actuar (...) es solamente una constitución mal ensamblada", pero que, al otro extremo, "un poder sin control no da origen al estado constitucional: es su negación y destrucción"¹¹⁹, sería un poder absoluto.

Se podría afirmar que del control escapa el constituyente originario, pues al ejercer un poder positivamente ilimitado los órganos de control establecidos por este tipo de normas no le pueden alcanzar, pero ¿qué sucede si infringen las limitaciones implícitas, como de hecho ha ocurrido? La labor del constituyente originario se encuentra ajena al control y sus efectos se señalaron en esta ponencia¹²⁰. Nuestra posición es corroborada por García de Enterría, quien dice que, al poder constituyente mismo, el Tribunal Constitucional no lo puede controlar "salvo que aparezca en su forma de 'poder constituyente constituido' o de reforma constitucional"¹²¹.

Quiroga Lavié niega la posibilidad del control. Este tratadista señala que tanto el poder constituyente originario como el derivado son soberanos, y las limitaciones que se le imponen son de hecho y no jurídicas, y que si se las respeta es porque políticamente es beneficioso no apartarse de ellas, "pero no porque la Constitución se las imponga, pues, si fuera así, los desvíos del constituyente derivado deberían ser declarados inconstitucionales por otro poder que pasaría ser, automáticamente, el poder constituyente"¹²².

Ahora bien, nosotros creemos que la función de control no convierte al órgano que lo ejerce en un reemplazo del órgano o poder controlado¹²³. Como dice García de Enterría, en relación a si el Tribunal Constitucional al realizar dicho control retendría "algo de soberanía" responde que "el Tribunal Constitucional es un *pouvoir neutre*, que se limita a sostener la efectividad del sistema constitucional, pero que en modo alguno le configura y, menos aún, impide su cambio", y añade que la justicia constitucional "no solo no puede impedir la revisión de la Constitución,

sino que, justamente, como ya hemos anotado más atrás, viene a garantizar que esa revisión tenga que hacerse por las causas que las técnicas de rigidez constitucional le reserva"¹²⁴.

Hay autores que, para justificar el hecho de que las reformas constitucionales deben someterse a la Constitución, señalan que "entre las normas jurídicas subordinadas a la Constitución están las normas reformatorias de la misma Constitución"¹²⁵. Si bien el resultado final es compartido –que las reformas a la Carta Fundamental pueden ser sometidas a un control de constitucionalidad, tanto formal como material–, no se pueden interpretar dichas palabras en el sentido que las normas reformatorias sean inferiores a la Constitución, pues si ello fuera así no podrían reemplazar al texto antiguo por uno nuevo (no tendrían capacidad subordinadora), pues al no poder contravenirlas no tendrían efectos jurídicos al no ser válidas. Como dice Ramiro Borja y Borja, "la reforma que de la Constitución se realiza con arreglo a preceptos suyos, adquiere en la jerarquía normativa el mismo grado de aquella como acto del órgano constituyente, ya que si no procediera de este ocuparía un grado inferior"¹²⁶.

Se podría alegar entonces el porqué las normas reformatorias deben respetar un procedimiento; pues bien, ello no significa que las normas que contienen las reformas a la Constitución sean inferiores a aquella, sino que, como toda norma jurídica positiva, debe cumplir requisitos para su elaboración y vigencia jurídica, de las cuales no se exime la Constitución que tiene la única particularidad que en ella misma se señalan los procedimientos para su propia reforma.

4.1. *La conformidad formal.* El ejercicio del poder constituyente derivado se lleva a cabo a través del órgano y con las formalidades y procedimientos establecidos en la propia Constitución. Si no es así –es decir, si la reforma ha sido aprobada por un órgano que no tiene competencia para ello, según la Constitución, o al aprobarla el órgano competente se han violado los procedimientos previstos en la misma Carta Política– la reforma no tendría validez ni efectos jurídicos, "serían inconstitucionales, debido a que el poder 'constituyente constituido' debe sujetarse a la voluntad del 'constituyente originario'"¹²⁷. Como observa el colombiano Páez Velandia, "la llamada 'soberanía' del constituyente derivado no es entonces una facultad discrecional plenamente, sino esencialmente reglada. Lo discrecional es tan solo en relación

¹¹⁸ BISCARETTI, *Introducción al...*, cit., p. 559.

¹¹⁹ SARTORI, Giovanni, *Elementos de Teoría Política*, versión de María Luz Morán, Madrid, Alianza Editorial, 1992, p. 25.

¹²⁰ Ver el capítulo II, parágrafo 3.4.5

¹²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas", en *El Tribunal Constitucional*, vol. I, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, p. 96.

¹²² QUIROGA LAVIÉ, *Derecho Constitucional*, pp. 46-47

¹²³ De este modo, a manera de ejemplo, los tribunales constitucionales al controlar la constitucionalidad de las leyes solo ejercen su potestad de control, pero no los convierte en el poder legislativo.

¹²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, *La posición jurídica del Tribunal Constitucional*, p. 93.

¹²⁵ TRUJILLO, *Teoría del Estado en el Ecuador*, p. 115. ALVAREZ CONDE, *Curso de Derecho Constitucional*, p. 152, sostiene que esta supremacía de la Constitución sobre la ley de reforma constitucional tiene como consecuencia "la posible existencia de límites implícitos o de cláusulas de irreformabilidad".

¹²⁶ BORJA Y BORJA, Ramiro, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1977, p. 188.

¹²⁷ TRUJILLO, *Teoría del Estado en el Ecuador*, p. 115.

con los contenidos de la reforma, pero jamás respecto de los procedimientos"¹²⁸, y nos adelantamos a decir que lo discrecional en el aspecto material no puede ser tomado como sinónimo de arbitrario o de extralimitado, tal como se verá en el siguiente parágrafo.

4.2. *La conformidad material.* El constituyente derivado está ligado formal y materialmente a la Constitución que reforma. En un sentido material debe respetar los contenidos esenciales de la Constitución, establecidos por las limitaciones implícitas y explícitas al ejercicio de su poder de reforma, y más aún, el constituyente derivado debe respetar el contenido esencial de la Carta Política que reforma.

En este caso, a diferencia de la situación de la conformidad formal de la reforma con lo prescrito en la Constitución para llevarla a cabo, no "está resuelto, de modo uniforme, ni en la doctrina de los autores, ni en el texto de las constituciones, si cabe inconstitucionalidad de una reforma por modificar el contenido de todas o algunas normas de la misma"¹²⁹.

Debemos realizar una diferencia, las limitaciones explícitas –que son materiales, pues no establecen las formalidades que se deben cumplir en el procedimiento de reforma constitucional, sino que veda el poder reformador en relación a alguna o algunas materias determinadas por la respectiva Constitución– deben ser respetadas por el constituyente derivado, y si ejerce su poder de reforma extralimitándose esta será inconstitucional.

El problema se presenta, principalmente, con las limitaciones implícitas y con las áreas que no corresponden al ejercicio de la reforma constitucional, sino que implican un cambio de Constitución, esto es, las que se refieren a normas que establecen su contenido esencial. Quién puede impedir el ejercicio del poder reformatorio en estos aspectos, pues, como lo señala Quiroga Lavié al referirse al cambio de Carta Fundamental frente a la reforma, esta situación de hecho se ha verificado, aunque debemos tener presente que, según este autor, se puede cambiar el contenido sustancial de la Constitución vía reforma de una manera válida.

Es una dificultad, pues en el primer caso implica una limitación no escrita en el texto, sino que se encuentra implícita en él, es intrínseca a todo ordenamiento constitucional.

Ahora bien, en el segundo caso el constituyente derivado ha podido reformar aspectos sustanciales del ordenamiento constitucional: modificar la forma de Gobierno, o del Estado, etc., pues para vedarle esas áreas materiales debería existir la limitación explícita, lo cual tiende a relativizar más la diferencia entre reforma total y cambio de Constitución.

No hemos pretendido señalar aquí que en la Constitución hay normas jerárquicamente superiores a otras –aunque sí las haya en un sentido axiológico–, sino que mediante un procedimiento de reforma constitucional se podrían de hecho incorporar a la Carta Fundamental normas contrarias al espíritu de la Constitución. Estas normas introducidas vía reforma constitucional son tan inconstitucionales como aquellas que vulneran formalmente la Carta Suprema, o las que se realizan violando las prohibiciones explícitas realizadas por el constituyente originario al derivado respecto de su poder reformatorio¹³⁰.

4.3. *El órgano de control.* Si entendemos que la reforma constitucional debe estar en conformidad formal –tratándose del ejercicio del poder constituyente derivado– y material –limitaciones implícitas y explícitas que afectan tanto al constituyente originario como al derivado– con la Carta Fundamental, se debe establecer un órgano de control para hacer efectivas estas limitaciones al poder constituyente.

De este modo el órgano de control se convierte "en un verdadero comisionado del poder constituyente para el sostenimiento de su obra, la Constitución, y para que mantenga a todos los poderes constitucionales en su calidad estricta de poderes constituidos"¹³¹, calidad que también ostenta el poder constituyente derivado.

Entendido que la de control, como lo señala Jorge Reyes Riveros, es la más difusa de todas las funciones, los órganos que ejercen control respecto de la reforma constitucional son, entre otros, los siguientes:

A) *Presidente de la República*¹³². Tanto la Constitución chilena como la ecuatoriana señalan como atribución del Presidente de la República la de objetar o

¹³⁰ BIDART CAMPOS, Germán, *La Interpretación y el Control Constitucionales en la Jurisdicción Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1987, pp. 105 y ss., señala la inconstitucionalidad de vulnerar las limitaciones implícitas impuestas por el Derecho natural y los principios generales del Derecho. Sobre el punto que nosotros tocamos, trata el caso específico de la incorporación de normas transitorias o definitivas que desconocen derechos personales o situaciones jurídicas que se adquirieron bajo el amparo de la Constitución antes de la reforma, como por ejemplo truncar el desempeño de funcionarios o gobernantes que, antes de tal reforma, tenían título de permanencia por determinado lapso, o privar la propiedad adquirida según una determinada Carta Suprema.

¹³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, *La posición jurídica del Tribunal Constitucional*, p. 94. Vid. MARTA SALAZAR SÁNCHEZ, "Interpretación de la Constitución y el control de la Ley interpretativa por el Tribunal Constitucional", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, N° 2-3, tomo I, Santiago, Pontificia Universidad Católica, 1993, pp. 469 y 470, sobre las disposiciones constitucionales inconstitucionales.

¹³² SARTON, Giovanni, *Ingeniería Constitucional Comparada*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 177, dice que "los poderes de veto presuponen que un Parlamento puede iniciar la legislación y/o modificar las propuestas legislativas del Ejecutivo, entonces no se necesita ningún poder de veto presidencial. Sin embargo, los más de los Parlamentos han retenido algún grado de iniciativa legislativa incluso en los sistemas presidenciales, y no conozco ningún Parlamento que esté privado totalmente de sus

¹²⁸ PÁEZ VELANDIA, Didimo, "El Control de Constitucionalidad en los Estados Latinoamericanos y Fundamentalmente en la República de Colombia", Bogotá, Editorial de la Revista de Derecho Colombiano, 1986, pp. 296-297.

¹²⁹ TRUJILLO, *Teoría de Estado en el Ecuador*, p. 78.

rechazar los proyectos de reforma constitucional aprobados por el Congreso¹³³.

En caso de objeción o rechazo presidencial a estos proyectos, total o parcialmente, el órgano legislativo puede insistir o ratificar el proyecto aprobado¹³⁴.

En este aspecto el Presidente de la República, adicionalmente a ejercer una atribución en materia constituyente, desarrolla un control respecto del poder de reforma del órgano encargado de tramitar la reforma constitucional —el Congreso en estos casos—, y específicamente al sometimiento a las limitaciones por parte de este órgano, pues con su poder de veto u objeción cumpliría, en el caso del Ecuador, con la obligación constitucional de “dentro del ámbito de su competencia, cumplir y hacer cumplir la Constitución”¹³⁵.

A diferencia de los ordenamientos constitucionales del Ecuador y de Chile, otras Cartas Fundamentales o bien expresamente le niegan esta facultad al Presidente de la República o bien no prevén esta potestad y, por lo tanto, no se la otorgan.

Entre los que la niegan expresamente encontramos a la Constitución del Perú que señala que “la ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República”; la Carta Política de Venezuela expresa que “el Presidente de la República no podrá objetar las enmiendas o reformas y estará obligado a promulgarlas dentro de los diez días siguientes a su sanción”; asimismo, la Constitución de Bolivia establece que la reforma sancionada pasa al Presidente de la República, sin que este pueda observarla; por último, la Constitución de Nicaragua señala que el Presidente de la República promulga la reforma parcial, y que en este caso no puede ejercer el derecho al veto¹³⁶.

poderes para modificar las propuestas. Los poderes de veto de un Presidente representan, por consiguiente, su defensa contra las intrusiones parlamentarias y constituyen un rasgo característico de los sistemas presidenciales”.

¹³³ *Constitución Política del Ecuador*, art. 282 inc. 2°. *Constitución Política de Chile*, art. 117 inc. 3°.

¹³⁴ *Constitución Política de Chile*, art. 117 incs. 3°, 4° y 5°. *Constitución Política del Ecuador*, art. 153 incs. 3° y 4°, en relación a lo establecido en el art. 282 inc. 2°. El derogado artículo 118 de la Constitución chilena, en su inciso primero, establecía un “veto absoluto” por parte del Presidente de la República a proyectos de reforma constitucional en materias relativas al aumento de atribuciones del Congreso, la disminución de las facultades presidenciales y la modificación de las normas relativas al plebiscito —artículo 117—, con lo que se eliminaba la posibilidad de insistencia parlamentaria en dichos asuntos.

¹³⁵ *Constitución Política del Ecuador*, art. 171 N° 1, en relación a la atribución del Tribunal Constitucional de “dictaminar sobre las objeciones de inconstitucionalidad que haya hecho el Presidente de la República, en el proceso de formación de las leyes” (art. 276 N° 4), previa petición realizada por el mismo Jefe de Estado (art. 277 inc. 2°), se revisará en el siguiente tema —“la jurisdicción constitucional”— si el Tribunal Constitucional ecuatoriano tiene atribuciones de conocer la inconstitucionalidad de un proyecto de reforma constitucional haciendo extensivo el artículo 282 inciso primero, que señala que la tramitación de tales proyectos es el mismo que se prevé para la aprobación de las leyes.

¹³⁶ *Constitución Política del Perú*, art. 206 inc. 1°; *Constitución de Venezuela*, art. 248; *Constitución de Bolivia*, art. 232, y *Constitución de Nicaragua*, art. 194.

Entre las que no prevén esta facultad del Presidente de la República, y por lo mismo no la otorgan, están las Constituciones de Colombia, México, Argentina, Honduras, Costa Rica, Panamá y Paraguay. La Carta Fundamental de El Salvador señala que la Asamblea Legislativa es quien emite el decreto que manda a publicar la reforma constitucional en el Diario Oficial; por último, la Constitución de Guatemala establece que, ratificada la reforma aprobada por el Congreso mediante consulta popular, esta entrará en vigencia sesenta días después de la proclamación de los resultados¹³⁷.

Cabe señalar que la Concertación chilena de 1980, en su texto original, traía la figura del “veto absoluto”, sobre el cual no cabía la “insistencia parlamentaria”, lo cual fue derogado en la reforma constitucional de 1989¹³⁸.

B) La jurisdicción constitucional. Tanto en los ordenamientos constitucionales de Chile y del Ecuador se le otorga el control concentrado de constitucionalidad a la jurisdicción del Tribunal Constitucional de cada país.

En la Constitución Política del Ecuador no se le otorga al Tribunal Constitucional la competencia para conocer la eventual inconstitucionalidad —formal o material— de un proyecto de reformas constitucionales. Si bien la Carta Política establece que el Congreso conoce y discute estos proyectos de reforma, siguiendo el mismo trámite previsto para la aprobación de las leyes¹³⁹ —salvo la diferencia del quórum de aprobación— ello no implica que la reforma constitucional sea una ley y se extiendan a estas las atribuciones de control del Tribunal Constitucional del Ecuador¹⁴⁰.

Un caso similar es el que ocurre respecto del Tribunal Constitucional español, pues entre sus atribuciones tampoco consta expresamente la de conocer, en este aspecto, los proyectos de reforma constitu-

¹³⁷ *Constitución Política de Colombia*, art. 379 y ss.; *Constitución de México*, art. 135; *Constitución de Argentina*, art. 30; *Constitución de Honduras*, art. 373; *Constitución de Costa Rica*, art. 195 N° 7, que manda que el Presidente de la República publique la reforma, pero no prevé el veto; *Constitución de Panamá*, art. 308; *Constitución del Paraguay*, arts. 289 y 290; *Constitución de El Salvador*, art. 248 inc. 2°, y *Constitución de Guatemala*, art. 280 inc. 2°.

¹³⁸ La Constitución Política de Chile de 1980, en su artículo 118 establecía el “veto absoluto” para las normas que comprendían las siguientes materias: las relativas a plebiscito; las que disminuyen las atribuciones del Presidente de la República; las que aumentan las facultades del Congreso u otorgan otras nuevas a los parlamentarios, y adicionalmente todas las referidas en los capítulos I, VII, X y XI, lo cual era prácticamente petrificado por la exigencia para estos cuatro capítulos constitucionales cuyas reformas debían ser aprobadas por legislaturas sucesivas por las dos terceras partes de los miembros en ejercicio de cada una de las Cámaras —en ambas legislaturas—, y que incluso aprobadas de ese modo cabía que el Presidente de la República, en caso de desacuerdo, las someta a plebiscito.

¹³⁹ *Constitución Política del Ecuador*, art. 282 inc. 1°.

¹⁴⁰ *Constitución Política del Ecuador*, art. 276 N° 1 y 4.

cional, lo que ha movido a algunos autores, como Alvarez Conde, a sostener que "sin embargo, no debe a priori desecharse, al menos en cuanto a la constitucionalidad formal se refiere, un conocimiento por parte del mismo en cuanto que el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución"¹⁴¹. A esto se suma la posición doctrinaria española de señalar a la Constitución como "una ley de especial rango", por lo que su reforma se adecua, "a su paso por las Cortes Generales, a lo dispuesto para la tramitación de los procedimientos legislativos", hecho que se derivaría de la misma Carta Política y que sería confirmado por el Reglamento del Congreso al establecer que los proyectos y proposiciones de reforma constitucional se tramitan conforme a las normas establecidas por aquel Reglamento para los proyectos y proposiciones de ley, con la correspondiente agravación de requisitos¹⁴².

En el mismo sentido, el mexicano Efraín Polo Berdal sostiene que a través del Juicio de Amparo "contra las leyes o actos de autoridad que afecten garantías constitucionales" se podría conocer de una reforma constitucional que los afecte, dándole a esta última la categoría de "ley"¹⁴³.

De este modo, el Tribunal Constitucional ecuatoriano se ha declarado competente para conocer de reformas a la Carta Política que sean inconstitucionales. En dos resoluciones –sin ninguna fundamentación por parte del Tribunal– se consideró "competente para conocer y resolver sobre cualquier vicio en el trámite y proceso de reformas a las normas constitucionales"¹⁴⁴.

Una tercera resolución del Tribunal Constitucional¹⁴⁵ va más lejos, declarándose competente para conocer reformas a la Constitución que sean inconstitucionales, tanto en un sentido formal como material –en todo caso, nosotros creemos que la distinción realizada en las dos resoluciones antes reseñadas era, por demás, bastante arbitraria–. En esta resolución se toma en

consideración que el Tribunal Constitucional es el "órgano supremo del control constitucional" y que este último tiene por objeto "asegurar la eficacia de las normas constitucionales", por lo que puede conocer demandas de inconstitucionalidad que afecten a reformas a la Carta Suprema.

En todo caso, por lo menos en lo que respecta al Tribunal Constitucional ecuatoriano, no concordamos con dichas interpretaciones, en cuanto extralimitan las facultades del órgano de control a materias no expresamente otorgadas por la Constitución, lo que les impide ejercerlas.

Por otra parte, sostenemos que las reformas constitucionales no son simples leyes, a pesar de la denominación que se le otorgue al instrumento por el que se las aprueba, pues al incorporarse a la Constitución son normas formalmente constitucionales y no leyes¹⁴⁶.

A diferencia del ecuatoriano, el Tribunal Constitucional de Chile tiene la atribución expresa de "Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de (...) reforma constitucional (...) sometidos a la aprobación del Congreso"¹⁴⁷. Ello implica un control preventivo de constitucionalidad –"que se susciten durante la tramitación del proyecto"– pero no obligatorio, pues el Tribunal Constitucional no podría conocer de oficio, sino que debe aguardar que se suscite la cuestión de inconstitucionalidad durante la tramitación en el Congreso para ejercer sus atribuciones.

La Constitución del Perú también establece un Tribunal Constitucional con amplia competencia para "Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad", para lo cual se faculta a una serie de órganos, instituciones y personas para interponer esta acción¹⁴⁸. Como se observa, no realiza distinción sobre los actos que pueden ser impugnados, por lo que –aplicando el aforismo "donde la ley no distingue no le es lícito al intérprete distinguir"– se debe concluir que el Tribunal Constitucional peruano tiene la facultad de, previa acción de inconstitucionalidad interpuesta, conocer la eventual inconstitucionalidad de un proyecto de reformas constitucionales aprobado por el Congreso.

La Constitución de Costa Rica señala que la declaratoria de inconstitucionalidad se encuentra a cargo de una sala especializada de la Corte Suprema de Justicia, pero su competencia sobre proyectos de reforma constitucional es de carácter meramente consultiva¹⁴⁹.

¹⁴⁶ No podríamos decir que la Constitución chilena de 1980 es un decreto ley, porque fue aprobada de ese modo por la Junta de Gobierno –Decreto Ley N° 3.464, publicado en Diario Oficial N° 30.738 de 11 de agosto de 1980–; o que en El Salvador las reformas constitucionales sean decretos legislativos porque así se las aprueba.

¹⁴⁷ *Constitución Política de Chile*, art. 82 N° 2.

¹⁴⁸ *Constitución Política de Perú*, art. 202 N° 1 y art. 203.

¹⁴⁹ *Constitución Política de Costa Rica*, art. 10 letra b).

¹⁴¹ ALVAREZ CONDE, *Curso de Derecho Constitucional*, p. 152.

¹⁴² SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando, *Derecho Parlamentario Español*, Madrid, Editora Nacional, 1984, p. 103.

¹⁴³ *Constitución Política de México*, art. 103. Cfr. POLO BERNAL, Efraín, *Manual de Derecho Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 1995, pp. 64-74.

¹⁴⁴ Tribunal Constitucional del Ecuador, resoluciones 065-1-97 y 071-1-97. Curiosamente, es en el voto salvado a la resolución 065-1-97 (vs) emitido por los vocales Rosendo López Novillo y Jorge González Moreno, donde se fundamentan, en el considerando tercero, en la interpretación extensiva de que la Constitución es una ley, "la Ley Suprema del Estado" según el artículo 171 de la 4ª Codificación de la Constitución ecuatoriana y, en este sentido, el Tribunal estaría facultado para conocer las demandas de inconstitucionalidad sobre reformas que afecten a la Carta Fundamental. En la Codificación aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente el 5 de junio de 1998 se reemplazó esta mención de "Ley Suprema del Estado" por la del actual artículo 272: "La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal", con lo cual esta posición asumida por el Tribunal Constitucional, con la que no concordamos, ya no tendría fundamento ni siquiera en la interpretación literal antes señalada.

¹⁴⁵ *Tribunal Constitucional del Ecuador*, resolución 097-1-97.

En países donde existe un control difuso de constitucionalidad será, en último término, la Corte Suprema de Justicia la que decida la inconstitucionalidad de la reforma constitucional.

Un problema similar al que actualmente planteamos respecto del Tribunal Constitucional del Ecuador se presentó en Colombia a la luz de la Constitución de 1886 que no le otorgaba a dicho órgano de control la facultad expresa de conocer sobre posibles inconstitucionalidades que afecten a una reforma del Código Político. La Corte Suprema de Justicia de Colombia, en sentencia de 5 de mayo de 1978, sostuvo que “el poder de reforma constitucional es un poder constituido y debe ejercerse dentro de las reglas constitucionales del artículo 218, y sus decisiones no escapan a la jurisdicción constitucional de la Corte Suprema de Justicia, puesto que pueden ser violatorias de la Constitución en cuanto infrinjan esas reglas y el principio de la sujeción a ellas, sentado si excepción alguna en el artículo 2° para todo y cualquier poder constituido”¹⁵⁰. Con ello cambió el criterio anterior de no reconocerse esa función en el caso de reformas constitucionales, al no serle conferida expresamente por la Constitución de 1887¹⁵¹. La Corte Suprema colombiana sostuvo que la Carta Política le confería la “guarda de la integridad de la Constitución”, y que por tanto “su jurisdicción comprende todo acto que pueda vulnerar esa integridad”¹⁵².

La Carta Política colombiana vigente (1991) le “confiere la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución” a la Corte Constitucional —con lo que, a diferencia de la Constitución de 1986, establece un control concentrado— “en los estrictos y preci-

dos términos de este artículo”. Si bien con ello impide una interpretación extensiva de este artículo —como la realizada en la mencionada Sentencia de 1978—, le otorga la facultad de controlar la constitucionalidad de la reforma constitucional a la mencionada Corte Constitucional, aunque limitada a los “vicios de procedimiento”, con lo que supera el debate producido a la luz de la Carta Política anterior¹⁵³.

La Constitución de Panamá también le otorga a la Corte Suprema de Justicia “la guarda de la integridad de la Constitución para la cual la Corte en pleno conocerá y decidirá, con audiencia del Procurador General de la Nación o del Procurador de la Administración, sobre la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que por razones de fondo o forma impugne ante ella cualquier persona”¹⁵⁴. La mención “demás actos” deja abierta la posibilidad a una revisión de constitucionalidad de las reformas a la Carta Fundamental.

Respecto a la Constitución argentina, Bidart Campos señala que la jurisprudencia de ese país “entiende que el poder judicial no puede controlar ni declarar la inconstitucionalidad de una reforma, por considerar que se trata de una ‘cuestión política no judicial’”¹⁵⁵.

Ahora bien, el problema, insistimos, se presenta cuando el poder de reforma constitucional es ejercido por el constituyente originario. Este solo se debe someter a las limitaciones implícitas, mas no a las que consten en el texto constitucional. La dificultad se presenta en que no hay órgano con competencia para controlar que se respeten las limitaciones a las que debe someter su poder.

¹⁵⁰ Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia de 5 de mayo de 1978, citada por PÁEZ, V., *El control de constitucionalidad*, p. 301.

¹⁵¹ *Constitución Política de Colombia de 1887*, art. 214.

¹⁵² Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia de 5 de mayo de 1978, citada por PÁEZ, V., *El control de constitucionalidad*, pp. 301-302.

¹⁵³ *Constitución Política de Colombia*, art. 241, N° 1.

¹⁵⁴ *Constitución Política de Panamá*, art. 203, N° 1 (lo destacado es nuestro).

¹⁵⁵ BIDART CAMPOS, *Derecho Político*, p. 527.