

## **SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:**

**Guadalupe Mantilla de Acquaviva**, en mi calidad de Presidenta de la Asociación Ecuatoriana de Editores de Periódicos (**AEDEP**), a propósito del pedido efectuado por el Presidente de la República, economista Rafael Correa Delgado, a fin de que ustedes se pronuncien sobre la constitucionalidad del procedimiento, convocatoria, considerandos y cuestionario de la consulta popular por él propuesta, a ustedes presento el siguiente informe en derecho:

### **I. La importancia del rol de la Corte Constitucional**

La Corte Constitucional es el órgano del cual depende en gran parte el éxito o fracaso del esquema constitucional instaurado con la promulgación de la Constitución de la República el 20 de octubre de 2008. El organismo que ustedes integran es el llamado a vigilar que los límites impuestos a gobernantes y gobernados por la Constitución no sean quebrantados.

El Presidente de la República, mediante oficio No. T.5715-SNJ-11-55 del 17 de enero de 2011, remitió a la Corte Constitucional el texto de las preguntas que desea poner en consideración del pueblo a través de una consulta popular. Más allá de un extenso texto para su análisis, le entregó a la Corte Constitucional la gran responsabilidad de sentar un precedente respecto a la vigencia y eficacia práctica — *no meramente formal*— de la Constitución.

El Derecho Constitucional y la Constitución en sí misma tienen por finalidad primordial limitar el poder. La Corte Constitucional cuenta con las potestades, constitucional y legalmente instituidas, para realizar un análisis integral de la constitucionalidad de la consulta popular, tanto en los asuntos de forma como de fondo. Existen normas claras que establecen los límites dentro de los que los gobernantes pueden hacer uso de este mecanismo de democracia directa, los cuales no pueden traspasarse con el argumento de que el pueblo tiene el derecho a pronunciarse en las urnas; recordemos que dichas limitaciones tienen precisamente como sustento un pronunciamiento mayoritario emitido cuando se aprobó la Constitución vigente. El pueblo impuso a sus gobernantes y a sí mismo criterios y procedimientos claros respecto a cuándo es procedente una consulta popular, los cuales tienen rango constitucional; y consagró como principal tutor de esos procesos a la Corte Constitucional.

## II. Estructura de la consulta popular

La consulta popular<sup>1</sup> propuesta por el Presidente de la República se halla dividida en dos partes claramente diferenciadas: las cinco primeras preguntas corresponden a un referéndum en el cual se ponen a consideración de la ciudadanía textos normativos concretos, a fin de que se pronuncie sobre si desea que dichos textos entren o no a regir; las cinco preguntas restantes, que son de carácter plebiscitario, son "ideas de legislar" que se ponen a consideración de la población para consultar su opinión al respecto de las mismas.

No es admisible que a través de un plebiscito se reforme la Constitución, puesto que, para ello, el único tipo de consulta popular viable de acuerdo con el texto constitucional es un referéndum. Por lo tanto, de antemano, cualquiera de las preguntas contenidas en la parte que el Presidente de la República denomina "Consulta Popular" que implique, expresa o tácitamente, una modificación del texto constitucional debe ser desechada. No sucede así con las preguntas del referéndum, las cuales por definición contendrán modificaciones a la Constitución, y le corresponderá a la Corte Constitucional determinar si dichas modificaciones guardan armonía, unidad y coherencia con el resto del texto constitucional vigente, aprobado en Montecristi.

## III. Fundamentación del procedimiento del referéndum

El análisis inicial que debe efectuar la Corte Constitucional al estudiar la primera parte de la propuesta presentada por el Presidente de la República es si una o varias de las preguntas que contiene el referéndum podrían abordarse en una reforma constitucional o en una Asamblea Constituyente; de ser así, el mecanismo de enmienda constitucional utilizado por el Presidente de la República sería inadecuado y, por ende, no podría darse paso a la o las preguntas en cuestión.

---

<sup>1</sup> Es importante anotar que el término *consulta popular* doctrinariamente constituye el género, en tanto que el referéndum, el plebiscito y la revocatoria del mandato son especies de consulta popular. Sin embargo, en el oficio remitido por el Presidente de la República se diferencia al referéndum de la consulta popular como si se trataran de dos especies distintas de mecanismos de participación directa. Lo adecuado hubiese sido diferenciar entre un **referéndum** y un **plebiscito**.

En efecto, el Título IX, Capítulo tercero de la Constitución contempla tres mecanismos a través de los cuales se puede ejercer poder constituyente, concebido éste como la facultad de reformar o sustituir la Constitución: la enmienda constitucional<sup>2</sup>, la reforma constitucional<sup>3</sup> y la convocatoria a una asamblea constituyente<sup>4</sup>; la enmienda y la reforma son modalidades de ejercicio de poder constituyente derivado, en tanto que las disposiciones que se refieren a la asamblea constituyente son normas que regulan el poder preconstituyente, antecedente del poder constituyente originario que se debe ejercer para sustituir la Constitución de un Estado.

La diferencia fundamental desde el punto de vista material entre la enmienda y la reforma constitucional radica en que el primer mecanismo no admite que se realice una alteración de la estructura, carácter y elementos constitutivos del Estado, mientras que a través de la reforma constitucional sí es viable realizar modificaciones de esa naturaleza.

Ahora bien, la determinación de si una o varias de las preguntas del referéndum corresponden a una enmienda o a una reforma constitucional es sustancial, ya que los procedimientos son distintos<sup>5</sup> en cada caso. En la presente situación, si existieran temas que deban ser tratados en una reforma constitucional, no procedería la realización de una consulta popular mientras el proyecto no haya sido aprobado por la Asamblea Nacional. Esta es la razón por la cual, en el análisis de cada una de las preguntas planteadas por el Ejecutivo, se debe realizar en primer lugar una determinación de a qué procedimiento de modificación constitucional corresponde y, por ende, si cabe o no la convocatoria a una consulta popular en este momento.

---

<sup>2</sup> Art. 441 de la Constitución.

<sup>3</sup> Art. 442 de la Constitución.

<sup>4</sup> Art. 444 de la Constitución.

<sup>5</sup> La **enmienda constitucional** puede llevarse a cabo por dos vías: a través de un referéndum solicitado por el Presidente de la República o por la ciudadanía, o mediante un procedimiento legislativo llevado a cabo en la Asamblea Nacional, con dos debates y un plazo de espera de un año entre el primer y segundo debate. La **reforma constitucional** tiene un procedimiento único, que se encuentra dividido en dos etapas: un trámite legislativo que se lleva a cabo ante la Asamblea Nacional con dos debates y un plazo de espera de noventa días entre el primer y segundo debate; y la aprobación final a través de un referéndum, siempre y cuando haya concluido el trámite legislativo con la aceptación del proyecto de reforma.

Por otra parte, es fundamental también determinar en cada pregunta si no se pretende modificar las cláusulas pétreas<sup>6</sup> o disposiciones intangibles que contiene nuestra Constitución y que constituyen límites materiales explícitos al poder constituyente. En este sentido, es necesario advertir que tanto el Art. 11 numeral 8, que determina los principios de interpretación de los derechos, como los Arts. 441 y 442 de la Constitución, que regulan el ejercicio del poder constituyente derivado, clausuran de manera definitiva cualquier posibilidad de realizar una enmienda o reforma constitucional regresiva en materia de derechos y garantías fundamentales. En caso de que cualquier pregunta pretenda realizar una modificación en tal sentido, deberá ser desechada de plano por contener un vicio de inconstitucionalidad infranqueable e intentar agregar modificaciones que solamente serían posibles de realizar a través de la convocatoria a una Asamblea Constituyente.

En la fundamentación del procedimiento, que se contiene en la página 5 del oficio No. T.5715-SNJ-11-55 de 17 de enero de 2011, se evidencia que muchas de las preguntas tienen por propósito la restricción de derechos y garantías fundamentales, que no se podría realizar ni siquiera a través de una reforma constitucional y mucho menos a través de una enmienda, como pretende el Ejecutivo.

En el oficio de fundamentación de la consulta popular presentado por el Ejecutivo, en el tercer párrafo de la página quinta se afirma:

El fundamento para ello es que no existe restricción de derechos constitucionales **considerando los métodos de ponderación**, debido a que su ejercicio no está siendo impedido sino regulado bajo nuevos parámetros, sin que esto implique un retroceso ni menoscabo de ninguna naturaleza [el resaltado es mío].

Llama la atención que el Presidente de la República invoque "los métodos de ponderación" como sustento para "regular" bajo nuevos parámetros derechos constitucionales, ya que aparentemente ha realizado un ejercicio ponderativo, pero ha prescindido de toda carga argumentativa, que es precisamente el límite intrínseco que tiene la aplicación de dicho método. La teoría de la ponderación en la forma propuesta por Robert Alexy y la escuela de Kiel resulta aplicable cuando existe una colisión entre principios; en tal caso, se debe generar una regla que determine el principio que cuenta con un mayor peso específico en la situación en concreto (jerarquía

---

<sup>6</sup> Nuestra Constitución, por ejemplo, imposibilita cualquier enmienda o reforma constitucional del procedimiento de Reforma de la Constitución, por lo cual, en caso de desear introducir cualquier cambio en dicho capítulo, la única alternativa sería a través de la convocatoria a una asamblea Constituyente.

móvil de principios). Sin embargo, en el oficio presentado por la Presidencia se omite por completo siquiera enunciar cuáles son los principios constitucionales supuestamente en colisión y mucho menos argumentar por qué uno tiene un mayor peso específico sobre otro para justificar una determinada posición. En definitiva, la alusión que realiza la Presidencia de la República al método de ponderación resulta inadecuada e impertinente, ya que denota un desconocimiento de su naturaleza y lo distorsiona para justificar la necesidad de una reforma constitucional violatoria de derechos.

En el mismo acápite, el Presidente de la República nuevamente emite un juicio de valor que carece de sustento jurídico y que evidencia un afán de restringir derechos y garantías constitucionalmente consagrados:

En este sentido, los derechos a la inviolabilidad de la vida, la integridad física, psíquica, sexual y moral, a vivir en un ambiente libre de violencia, a la propiedad en todas sus formas, entre otros, **deben prevalecer sobre otras garantías** de las que muchas veces se valen incluso integrantes del crimen organizado para atentar contra la seguridad de las personas [el subrayado y resaltado son míos].

El párrafo anotado desconoce una de las características del esquema constitucional vigente, que se encuentra recogida en el Art. 11 numeral 6 de la Constitución, en el cual se establece con claridad que "Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía" [el subrayado es mío]. La Presidencia de la República contradice una disposición constitucional expresa y jerarquiza determinados derechos por sobre otros, con lo cual implícitamente realiza un ejercicio ponderativo abstracto que carece por completo de fundamento normativo, para limitar los derechos que a juicio del Presidente de la República no tienen la misma jerarquía que los que él enuncia. Una afirmación de esta naturaleza ratifica el afán de la Presidencia de la República por promover una consulta popular restrictiva de derechos, lo que no debe pasar el filtro del órgano encargado del ejercicio del control de la constitucionalidad en el país.

Finalmente, en el último párrafo de la fundamentación sobre el procedimiento del oficio No. T.5715-SNJ-11-55 de 17 de enero de 2011 se señala lo siguiente:

Las propuestas de reforma constitucional no se encuadran en el presupuesto establecido por el numeral primero del artículo 102 (sic) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control

Constitucional (LOGJCC), en virtud de lo cual deberá procederse a través del referendo.

Esta afirmación supone un desconocimiento abrumador de la realidad plasmada en el análisis precedente<sup>7</sup>.

#### **IV. Análisis de la constitucionalidad de las preguntas planteadas**

La responsabilidad de la Corte Constitucional no se debe limitar a realizar un análisis de la constitucionalidad del procedimiento adoptado, sino que, de llegar una o varias de las preguntas a superar ese filtro inicial, deberá realizar un control de la constitucionalidad de la convocatoria a referéndum, los considerandos que introducen la pregunta y el cuestionario en sí mismo.

La revisión que realice la Corte deberá determinar en cada caso si el procedimiento adoptado es el correcto (Art. 101 de la LOGJCC); si el contenido de la convocatoria cumple con las cargas de claridad y lealtad establecidas en el ordenamiento jurídico (Art. 103 de la LOGJCC); si los considerandos introductorios guardan concordancia con el cuestionario y el texto normativo que se propone, han sido formulados con un lenguaje valorativamente neutro, comprensible y sin carga emotiva (Art. 104 de la LOGJCC); y si cada pregunta se refiere a un sólo tema, el cuestionario permite la aceptación o negación de temas individualmente, las preguntas no establecen excepciones en beneficio de un proyecto político y generan efectivamente consecuencias jurídicas, es decir, no son inútiles o de contenido vacío (Art. 105 de la LOGJCC).

Especial énfasis debe ponerse en la prohibición de inducción a las respuestas en una consulta popular prevista en el Art. 104 numeral 1 de la LOGJCC. La intención del legislador al introducir este requisito es sumamente clara; trata de velar por la libertad absoluta de la que debe gozar el elector previo a emitir su respuesta a lo que se le está preguntando. Para ello, la interrogación debe ser formulada de manera totalmente neutral y debe abstenerse de formar criterios previos en el elector; caso contrario, la respuesta será viciada.

---

<sup>7</sup> La cita del numeral 1 del artículo 102 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es errada; lo correcto es numeral 1 del artículo 101 de dicha Ley.

Todos estos requisitos que deben observarse al momento de solicitar una convocatoria a consulta popular son de cumplimiento obligatorio y concurrentes; es decir, basta que uno de ellos falte o se incumpla parcialmente para que la pregunta no pueda ser calificada y tenga que ser rechazada por la Corte Constitucional.

#### **4.1 REFERÉNDUM**

**I. Con la finalidad de mejorar la seguridad ciudadana, ¿está usted de acuerdo en que la correspondiente ley cambie los plazos razonables para la caducidad de la prisión preventiva, enmendando la Constitución de la República como lo establece el anexo 1?**

a) La pregunta que se formula se contrapone con una serie de presupuestos constitucionales que deben ser imperativa e inexcusablemente observados para conducir cualquier modificación a la Constitución. El considerando introductorio, que pretende sustentar la pregunta, por ningún concepto puede implicar la restricción de derechos o garantías consagrados en la propia Constitución, como así ciertamente ocurre con el texto propuesto en el referéndum.

Los numerales 7 y 8 del artículo 11 de la Constitución de forma directa establecen tres postulados fundamentales: i) El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad; ii) El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y políticas públicas; y, iii) Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos. [el subrayado es mío]

Las normas sustanciales anotadas se complementan con el Capítulo Tercero del Título IX de la Constitución, que trata sobre la reforma constitucional, y específicamente, los artículos 441 y 442, puesto que, tanto en la norma que regula la enmienda como en la norma que regula la reforma constitucional, se excluye de forma absoluta la posibilidad de restringir derechos y garantías fundamentales.

Por lo anotado, resulta evidente que el procedimiento adoptado por el Presidente de la República para tomar la iniciativa de enmendar

la Constitución es inadecuado, ya que, al contener esta pregunta un afán claro de restringir un derecho, ni la enmienda ni la reforma constitucional viabilizan tal modificación, sino la convocatoria a una asamblea constituyente, lo cual constituye causa suficiente para que esta pregunta no pase el filtro constitucional que le corresponde a la Corte hacer efectivo.

b) El texto de reforma propuesto por el Presidente de la República supone eliminar lo previsto en la Constitución en cuanto a los límites de la prisión preventiva, que fueron incorporados para guardar armonía y correspondencia con varios derechos y principios constitucionales.

Admitir la posibilidad de avanzar en una reforma constitucional conforme el texto propuesto en el referéndum traería consigo la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 75 de la Constitución) y un desincentivo para la celeridad procesal (Art. 169 de la Constitución). Al permitir que la prisión preventiva exceda los plazos de seis meses en los delitos sancionados con prisión y de un año en los reprimidos con reclusión, se eliminaría un mecanismo de presión real para que los órganos jurisdiccionales propicien una administración de justicia más eficiente y dentro de parámetros razonables de tiempo.

c) El ejercicio del poder constituyente, incluso el originario —que se ejerce a través de una asamblea constituyente—, tiene como limitación intrínseca la normativa internacional aprobada y ratificada por un Estado, en virtud del principio de derecho internacional público *pacta sunt servanda*, que implica que los Estados no pueden invocar normas de derecho interno para incumplir sus compromisos internacionales<sup>8</sup>.

El Art. 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuerpo normativo de aplicación directa y obligatoria en Ecuador<sup>9</sup>, determina en el numeral 5 que toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso.

---

<sup>8</sup> Este principio se encuentra recogido en el Art. 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de todos los tratados de 1969, publicado en el Registro Oficial No. 6 de 28 de abril de 2005.

<sup>9</sup> Dicho instrumento forma parte del Bloque de Constitucionalidad ecuatoriano y fue publicado en el Registro Oficial No. 801 de 6 de agosto de 1984.



Es decir, la reforma constitucional propuesta expondrá al presunto autor del delito a una privación de su libertad bajo la figura de la prisión preventiva, cuya duración estará supeditada a lo que establezca una ley —hoy en día inexistente—, lo cual vulnera un compromiso internacional adquirido por el Estado.

Eliminar los parámetros temporales de caducidad de la prisión preventiva que actualmente contempla la Constitución e introducir en su texto una remisión para que sean establecidos a través de un acto normativo con rango legal, dejaría totalmente en manos de la Asamblea Nacional la limitación temporal, lo cual sin duda podría ocasionar que lo haga en cualquier momento que considere “adecuado” o sencillamente no lo haga, con lo que la prisión preventiva se tornaría indefinida.

Con el propósito de ejemplificar lo anotado, cabe plantear un caso hipotético. En el evento de que la pregunta se formulara tal y como está planteada y fuese votada mayoritariamente por el pueblo ecuatoriano, si una persona por cualquier circunstancia se viese envuelta en una investigación a propósito del supuesto cometimiento de un ilícito penal y el juez estimara procedente dictar una medida preventiva de privación de la libertad, el investigado sería detenido sin posibilidad alguna de que dicha medida caduque por el transcurso del tiempo, en razón de que, una vez aprobada la consulta, el límite temporal de la prisión preventiva no existiría mientras no se dictase una norma de rango legal por parte de la Asamblea Nacional.

En otras palabras, el derecho que todas las personas tenemos a ser juzgados en un plazo razonable quedaría suspenso hasta la expedición de una ley, lo cual contradice groseramente lo establecido en el Art. 11, numeral 3, inciso tercero de la Constitución.

Es importante recordar que, en el pasado, la falta de un límite temporal razonable de la prisión preventiva en Ecuador ya generó violaciones a los derechos fundamentales que incluso fueron demandadas y condenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como muestra de ello, basta con destacar las condenas de dicha Corte al Estado ecuatoriano contenidas en los dos fallos del caso Suárez Rosero —emitidas, la primera, el 12 de noviembre de 1997 y, la segunda, el 20 de enero de 1999—, en relación con las violaciones de derechos y las indemnizaciones, respectivamente. En dicho caso, que guarda relación directa con la pregunta formulada y los textos anexos, la medida cautelar privativa de la libertad se extendió más allá de la pena máxima que

se podía imponer al imputado de encontrárselo culpable, lo cual fue declarado por la Corte como un exceso inadmisibles en un Estado de Derecho.

d) Todas las personas tenemos derechos y garantías que componen lo que se denomina *debido proceso*. Nuestra Constitución, en los numerales 2 y 3 del Art. 76 consagra ciertos principios fundamentales como son la presunción de inocencia y la no imposición de sanciones que no estuviesen previamente previstas por la Constitución o la Ley.

El momento en que se viole la Constitución y se introduzcan las reformas que constan en esta pregunta, el supuesto autor de un delito podría ser privado de su libertad por un tiempo superior a seis meses en los delitos sancionados con prisión y a un año en los reprimidos con reclusión, en función de lo que el legislador determine —insisto, si lo llegase a determinar—, a pesar de que el propio texto constitucional consagra el derecho a la presunción de inocencia.

e) La no determinación de un límite temporal a la prisión preventiva implica la imposición de una pena anticipada que, además del derecho a la presunción de inocencia, vulnera el principio de legalidad en materia penal (Art. 76, numeral 3, y Art. 132, numeral 2 de la Constitución).

En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado lo siguiente:

La prisión preventiva debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención Americana en el sentido de que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. No cumplir con estos requisitos equivale a **anticipar una pena sin sentencia**, lo cual contradice principios de derecho constitucionalmente reconocidos<sup>10</sup> [el subrayado y resaltado son míos].

f) En el Capítulo I del Título III, relacionado a las Garantías Normativas, el Art. 84 claramente determina que en ningún caso la reforma constitucional, las leyes u otras normas jurídicas atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución; por tanto, una reforma regresiva de los derechos que hoy en día prohíbe nuestra Constitución es inconstitucional.

---

<sup>10</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Instituto de Reeduación del Menor, párrafo 229.

g) El Art. 104 de la LOGJCC impone a la Corte Constitucional la obligación de observar una serie de requisitos, los mismos que claramente han sido vulnerados en esta pregunta. Basta con reparar en que en el considerando introductorio para justificar la interrogante se invoca la necesidad de mejorar la seguridad ciudadana, lo que es una aspiración de todos; por tanto, indudablemente se induce a pronunciarse a favor de la pregunta. Además, se debe tomar en consideración que no existe la menor relación de causalidad entre la finalidad propuesta y la pregunta formulada, ya que eliminar el tiempo de caducidad de la prisión preventiva, lejos de mejorar la seguridad ciudadana, ocasionará un mayor hacinamiento en las cárceles y una vulneración atroz de la presunción de inocencia.

**II. Con la finalidad de evitar la impunidad y garantizar la comparecencia a los juicios penales de las personas procesadas, ¿está usted de acuerdo que las medidas sustitutivas a la prisión preventiva se apliquen únicamente para los delitos menos graves, enmendando la Constitución como lo establece el anexo 2?**

a) La pregunta No. 2 contradice una serie de disposiciones y derechos que consagra la propia Constitución de la República. Como ya quedó señalado a propósito de la pregunta anterior, por ningún concepto se puede admitir en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia la posibilidad de restringir derechos o garantías ya reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico.

En este mismo sentido, existe una recurrente transgresión a la voluntad del constituyente en lo que se refiere a observar las limitaciones al ejercicio del poder constituyente derivado consagradas en los artículos 441 y 442 de la propia Constitución. Como ya quedó expuesto, dichas disposiciones descartan la posibilidad de enmendar la Constitución cuando existan alteraciones que restrinjan, limiten o vulneren derechos constitucionales, por lo que la enmienda propuesta por esta sola razón no debe prosperar.

b) Restringir y eliminar en algunos casos la posibilidad de que se dicten medidas cautelares sustitutivas a la prisión preventiva implicaría una violación al derecho a la defensa previsto expresamente en el numeral 7 del Art. 76 de la Constitución. Conminar al procesado a estar privado de la libertad durante la sustanciación de la causa de forma indefinida y sin posibilidad de sustituir esa medida cautelar repercute directamente en su

posibilidad de ejercer a plenitud la defensa constitucionalmente consagrada, ya que no hay duda de que una persona puede ejercitar de mejor manera este derecho únicamente cuando no está privado de la libertad.

c) La prohibición que se pretende introducir para que los órganos jurisdiccionales no puedan dictar medidas cautelares sustitutivas de la prisión preventiva en determinados tipos de delitos violenta el derecho de todo ciudadano a la presunción de inocencia, puesto que en la práctica se estaría presumiendo una culpabilidad no declarada todavía en sentencia, lo cual sin duda transgrediría el numeral 2 del Art. 76 de la Constitución.

El texto normativo discrimina arbitrariamente entre delitos susceptibles de ventilarse mediante procedimientos especiales y aquéllos en que dicha posibilidad está vedada; sin embargo, moderar la presunción de inocencia en función de la gravedad del delito que se investiga es una medida restrictiva de derechos y, por ende, contraría al ordenamiento jurídico vigente.

d) La enmienda constitucional pretende que en determinados tipos de delitos la prisión preventiva no sea excepcional, sino una regla general. Esta medida supone un claro retroceso en materia de derechos y garantías fundamentales, violenta principios básicos del derecho penal y atenta contra pronunciamientos expresos de organismos internacionales, tales como la Corte Interamericana de Derechos, que al respecto ha señalado:

[...] la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual **su aplicación debe tener el carácter de excepcional**, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática<sup>11</sup> [el resaltado es mío]

e) La pregunta carece de correspondencia entre el cuestionario y el texto normativo propuesto en el anexo. A pesar de que la interrogante se refiere exclusivamente a la sustitución de la prisión preventiva, en el texto se introducen otras reformas que nada tienen que ver con el tema consultado, tales como la modificación del tiempo de duración de la detención provisional de 24 a 48 horas. Mientras la prisión preventiva es una medida cautelar que se dicta dentro del proceso penal —generalmente al inicio de la instrucción fiscal—, la detención provisional tiene fines exclusivamente investigativos y se dicta en la etapa de indagación previa; es decir,

---

<sup>11</sup> Corte IDH, Caso Daniel Tibi, Párrafo. 106

cuando el proceso penal no ha iniciado y ni siquiera se ha determinado la presunta existencia de una infracción, mucho menos de los probables imputados. Como en esta etapa el detenido todavía no se encuentra a órdenes de un juez, existe un gran riesgo de tortura, incomunicación o desaparición forzada.

Por lo dicho, la pretensión de introducir en el texto normativo concreto una ampliación del tiempo máximo que puede durar la detención provisional, sin fundamentación ni relación con lo preguntado, constituye un grave atentado a los derechos de las personas.

f) En cuanto a la formulación de la pregunta, podemos apreciar una evidente inducción. A cuenta del considerando introductorio, que establece que la finalidad de esta reforma es evitar la impunidad y garantizar la comparecencia a los juicios penales de las personas procesadas, se violan los derechos constitucionales aquí analizados, lo cual contraría la concordancia y la relación directa de causalidad entre el propósito que introduce a la pregunta y el texto normativo.

Lo dicho se corrobora aún más cuando, en el texto anexo que corresponde concretamente a la reforma, se pretende regular conceptos relacionados a la privación de la libertad, se hace referencia a remisiones legales que quién sabe si serán o no legisladas, se modifica el régimen para la persona detenida y se limita la aplicación de sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de la libertad.

Adicionalmente, no debemos dejar de recalcar que la pregunta formulada carece de un lenguaje valorativo neutro y sin carga emotiva, sencillo y comprensible, puesto que al referirse a los conceptos tan delicados y técnicos que allí se contienen, resulta determinante que el lector comprenda a qué se refiere.

Adicionalmente, no existe indicio alguno de que con el texto normativo sometido a aprobación del pueblo la finalidad perseguida se obtenga con una alta probabilidad. De hecho, sería una ingenuidad pensar que porque no se puede sustituir la prisión preventiva por alguna medida alternativa, se va a evitar la impunidad, cuando dicho fenómeno involucra a la Fiscalía, la Policía, la Defensoría Pública y la Función Judicial primordialmente.

**III. Con la finalidad de evitar conflicto de intereses, ¿está usted de acuerdo con prohibir que las instituciones del**

**sistema financiero privado, así como las empresas de comunicación privadas de carácter nacional, sus directores y principales accionistas, sean dueños o tengan participación accionaria fuera del ámbito financiero o comunicacional, respectivamente, enmendando la Constitución como lo establece el anexo 3?**

a) Con relación a esta pregunta, la propuesta de la Presidencia de la República es sustituir los textos de los Arts. 312 y de la disposición transitoria vigésimo novena de la Constitución de la República.

Los textos propuestos que sustituirían a los vigentes suponen no sólo la restricción sino incluso la anulación de derechos y garantías constitucionales fundamentales, tanto de las empresas privadas de comunicación como de sus directores y "principales accionistas".

El Art. 312 vigente de la Constitución de la República básicamente consagra la prohibición a las entidades o grupos financieros de "poseer participaciones permanentes, totales o parciales, en empresas ajenas a la actividad financiera" y prohíbe a dichas entidades o grupos financieros, así como a sus representantes legales, a los miembros de sus directorios y a los accionistas, que participen "en el control del capital, la inversión o el patrimonio de los medios de comunicación social".

En concordancia con esta norma, la disposición transitoria vigésimo novena de la Constitución contemplaba que las personas jurídicas del sector financiero que tengan participaciones accionarias en empresas ajenas a él deberán enajenarlas en el plazo de dos años contado a partir del 20 de octubre de 2008, fecha en la que entró en vigencia la Constitución.

La propuesta del Ejecutivo es hacer extensivas las prohibiciones señaladas que actualmente rigen para las entidades o grupos financieros, sus representantes legales, miembros de directorios y accionistas, a las empresas privadas de comunicación de carácter nacional, sus directores y "principales accionistas", para lo cual se plantea sustituir el Art. 312 y la disposición transitoria décimo novena de la Constitución.

b) La sustitución del Art. 312 de la Constitución como propone la Presidencia de la República implicaría:

- La eliminación del derecho de las empresas privadas de comunicación de carácter nacional, sus directores y "principales

accionistas" a desarrollar actividades económicas en forma individual o colectiva, el cual está reconocido por el numeral 15 del Art. 66 de la Constitución. Se les prohibiría a los antes mencionados ser propietarios, directa o indirectamente, de acciones y participaciones en empresas ajenas a la actividad comunicacional. Esta proscripción supondría, por ejemplo, que un director o accionista mayoritario de una empresa privada de comunicación no podría invertir en un proyecto inmobiliario, automotriz o industrial. Inclusive, una restricción de tal naturaleza sería contraria a un precepto constitucional expreso establecido en el Art. 380, numeral 6 de la Constitución, que obliga al Estado a crear incentivos y estímulos para que los medios de comunicación, entre otros sectores, promuevan, apoyen, desarrollen y **financien** actividades culturales.

- Incurrir en sendos actos de discriminación, todos ellos proscritos por el Art. 11, numeral 2 y Art. 66, numeral 4 de la Constitución, por cuanto la prohibición se circunscribiría a las "empresas privadas de comunicación de carácter nacional", sin reparar en que los invocados "conflictos de intereses" también se pueden producir con los medios de comunicación bajo la administración del Estado que en la actualidad son tan numerosos.

Tampoco se comprende cómo en un esquema de respeto a la igualdad material y formal se establece una prohibición para los medios de carácter "nacional", calificación que carece de parámetro objetivo alguno y desconoce la realidad de que todo medio de comunicación tiene en la actualidad la posibilidad de difundirse a través del Internet y, por ende, de trascender cualquier límite de carácter territorial. En este mismo orden de ideas, constituye una diferenciación discriminatoria e incomprensible por parte de la Presidencia de la República la deducción que se desprende del texto anexo a la pregunta: solamente los medios de comunicación de carácter nacional pueden incurrir en conflictos de intereses, mientras que los medios de comunicación "locales" se mantienen blindados a dicha posibilidad, por lo que no les alcanza la prohibición propuesta.

Adicionalmente, en el texto normativo propuesto se aprecia otra forma de discriminación al pretender extender las prohibiciones señaladas a las "empresas de comunicación privadas de carácter nacional, sus directores y principales accionistas", circunstancia que denota un direccionamiento específico que, como es fácil advertir, deja de lado a los medios de comunicación privados de carácter nacional que no estén organizados como compañías.

El que la prohibición abarque a los "principales" accionistas de los medios de comunicación de carácter nacional fomentará una mayor concentración del capital en los medios, lo que repercutirá en que paulatinamente los accionistas minoritarios tiendan a vender o se diluya su participación y se menoscabe el principio de democratización del capital, que curiosamente en su discurso el Presidente de la República siempre lo ha mencionado como una de las finalidades de su gestión.

Todas estas distinciones subjetivas y atentatorias al principio de igualdad dejan la puerta abierta para que los organismos de "control" que implementen esta prohibición incurran en arbitrariedades al momento de calificar y determinar a qué medio de comunicación le alcanza la prohibición y a cuál, no.

- La restricción del derecho a la libertad de contratación, reconocido por el numeral 16 del Art. 66 de la Constitución, y la eliminación del derecho a asociarse, reconocido en el numeral 13 del Art. 66 de la Constitución, puesto que los directores y principales accionistas de los medios de comunicación de carácter nacional simplemente no podrán asociarse con otras personas para el desarrollo de actividades económicas lícitas fuera del ámbito comunicacional. Se pretende restringir y anular, respectivamente, derechos fundamentales no solo reconocidos en la Constitución sino en todos los tratados de Derechos Humanos de los cuales Ecuador es parte.

- La restricción del derecho a la libertad de trabajo de los directores y "principales accionistas" de las empresas privadas de comunicación, reconocido en el numeral 17 del Art. 66 de la Constitución, quienes estarían impedidos de laborar en actividades ajenas a la comunicación como administradores de compañías de las cuales sean socios o accionistas.

- La restricción del derecho a la propiedad en todas sus formas de las empresas privadas de comunicación de carácter nacional, sus directores y "principales accionistas", reconocido por el numeral 26 del Art. 66 de la Constitución. Esta prohibición se evidenciaría en la imposibilidad de dichas empresas y funcionarios de ser titulares de acciones o participaciones en compañías cuyo objeto social sea la construcción de oficinas o la comercialización de equipos informáticos, por citar dos ejemplos.

- Dar el mismo tratamiento diseñado por los assembleístas constituyentes para las entidades o grupos financieros, sus



representantes legales, los miembros de sus directorios y sus accionistas, a las empresas privadas de comunicación de carácter nacional, sus directores y "principales accionistas", como si se tratasen de entes u órganos idénticos subjetiva y objetivamente, apreciación que en sí misma constituye un error de fondo y supone otra forma de discriminación que, como quedó anotado, está prohibida por el Art. 3, numeral 1, 11, numeral 2 y 66, y numeral 4 de la Constitución. En este sentido es pertinente recordar que todos tenemos derecho a ser iguales cuando la diferencia oprime, y derecho a ser diferentes cuando la igualdad descaracteriza<sup>12</sup>, tal y como ocurre en el presente caso.

Para demostrar este aserto, basta con señalar que el Art. 312 se encuentra en la sección octava (del sistema financiero), Capítulo cuarto (Soberanía económica), Título VI de la Constitución de la República, que trata sobre el Régimen de desarrollo, el cual está concebido en el Art. 275 como "el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*", ámbitos dentro de los cuales no se encuentran las empresas privadas de comunicación de carácter nacional, sus directores y "principales accionistas", por lo que su inclusión supondría arbitrariedad y falta de técnica legislativa, que a su vez implicaría alterar la estructura misma de la Constitución.

Como corolario de lo anotado se concluye que la pretendida eliminación y restricción de derechos constitucionales, evidenciada en líneas anteriores, no encaja en el supuesto previsto en el numeral 1 del Art. 441 de la Constitución de la República y, por consiguiente, no puede realizarse por medio de un referéndum, sino a través de la convocatoria a una asamblea constituyente<sup>13</sup>, como dispone el numeral 1 del Art. 101 de la LOGJCC.

c) La frase final del texto con el cual se pretende sustituir al inciso primero del Art. 312 de la Constitución vigente reza: "Los respectivos organismos de control serán los encargados de regular esta disposición".

---

<sup>12</sup> Santos Boaventura de Sousa, *La caída del ángelus novus: ensayos para una nueva teoría social*, Bogotá, ILSA, 2003, p. 164.

<sup>13</sup> Resultaría altamente cuestionable la legitimidad de una Asamblea Constituyente que restrinja o menoscabe derechos, ya que un límite implícito del poder constituyente es el respecto a los derechos de las personas; el no hacerlo produce la antijuridicidad de la Constitución.

Conforme quedado anotado, las imprecisiones y ambigüedades que indebidamente se pretenden aprobar a través de consulta popular deviene en que el grado de discrecionalidad de estos "organismos de control" sea inmenso y, por ende, más que ejecutores de la prohibición, tal y como lo señala el propio texto propuesto, serán reguladores, lo cual está proscrito por la propia Constitución en el Art. 11, numeral 4 y 132 numeral 1 que establece que se requerirá de una "ley" para "regular el ejercicio de derechos y garantías".

En este mismo sentido, la Convención Americana de Derechos en su Art. 30 establece que las restricciones de derechos solamente pueden ser aplicadas mediante leyes; la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva 06-86 de 9 de mayo de 1986, aclaró que la expresión "leyes" del "Art. 30 de la Convención significa "norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados partes para la formación de las leyes".

Por lo dicho, esta pregunta tiene por propósito limitar y anular una serie de derechos de los medios de comunicación y las personas vinculadas a ellos. En el supuesto no consentido de que se procesara la consulta, cualquier regulación adicional le correspondería hacerla exclusivamente al órgano legislativo competente, que en el caso del Ecuador es la Asamblea Nacional, a través de una norma jurídica de rango legal y no como se pretende, a través de disposiciones infralegales de "organismos de control" indeterminados.

d) La propuesta de sustituir el texto de la disposición transitoria vigésimo novena de la Constitución es impracticable e ilógica, pues ésta y todas las transitorias, como su nombre lo indica, tienen efecto limitado dentro de un tiempo determinado contado desde que entra en vigencia el cuerpo normativo en el que se encuentran incluidas, y sirven para regular el ejercicio de derechos o de acciones que nacieron bajo un determinado régimen jurídico, a la luz de las normas introducidas por el nuevo cuerpo normativo.

En el caso de la disposición transitoria vigésimo novena de la Constitución, que obligó a las personas jurídicas del sector financiero a enajenar las participaciones accionarias que tenían en empresas ajenas a ese sector en el plazo de dos años contado a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, es obvio que dicha disposición perdió vigencia y se extinguió, porque el referido

plazo venció el 20 de octubre de 2010, circunstancia que torna imposible jurídicamente sustituir su texto, como propone el Ejecutivo, con el objetivo de hacer extensivo ese régimen de transición a las empresas de comunicación privadas de carácter nacional, a sus directores y "principales accionistas". Señores jueces constitucionales, con esta pregunta la Presidencia de la República pretende modificar una norma inexistente en nuestro ordenamiento jurídico.

e) En cuanto al control de la constitucionalidad de los considerandos introductorios relativos a la pregunta 3, siguiendo el esquema del Art. 104 de la LOGJCC, es pertinente el siguiente análisis.

- En primer término, la pregunta induce directamente a que el elector responda afirmativamente, porque se basa en el supuesto de que su finalidad es "evitar conflicto de intereses", figura que en términos generales es rechazada por la sociedad. Sin embargo, ese considerando carece de objetividad, porque es evidente que no existe conflicto alguno si una empresa de comunicación privada de carácter nacional, sus directores o sus "principales accionistas", tienen participación accionaria en ámbitos totalmente diversos o ajenos a la comunicación como son la industria automotriz, la ejecución de proyectos inmobiliarios o el desarrollo de programas informáticos.

- Por otra parte, no existe concordancia entre el considerando que pretende sustentar la pregunta y el texto normativo propuesto, ni relación lógica entre las finalidades del supuesto y dicho texto. En efecto, la argumentación contenida en el acápite 2 titulado "PROPIEDAD DE INSTITUCIONES FINANCIERAS Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN" se reduce a la invocación de varias disposiciones constitucionales que no guardan conexión entre sí, relativas a múltiples ámbitos: la prohibición de las entidades o grupos financieros, sus representantes, directores y accionistas, de participar en el control del capital de los medios de comunicación masivos; la alusión a que las telecomunicaciones son un sector estratégico del Estado y que "el sistema de comunicación social debe asegurar el ejercicio de los derechos de la comunicación, la información y la libertad de expresión [...]"; la obligación del Estado de garantizar el debate y la difusión de propuestas programáticas en materia de participación electoral, a través de los medios de comunicación masiva; el señalamiento de que el régimen de telecomunicaciones es competencia del Estado central; la determinación de que las actividades financieras constituyen un

servicio público; y la necesidad de fomentar el acceso a servicios financieros y la democratización del crédito.

A base de los elementos referidos, la Presidencia de la República concluye que “el espíritu de la Constitución es impedir que los grupos financieros privados y sus directivos, puedan tener el control del capital o participación en los medios de comunicación masiva privados y viceversa”. Añade que “lo que pretende la Constitución es que los grupos financieros y de comunicación privados se dediquen exclusivamente a las funciones que como tales les corresponde, y no tomen parte en otro tipo de actividades ajenas a su objeto”; sostiene que el Art. 312 de la Constitución de la República ha sido interpretado en forma equívoca, contrariando su espíritu y finalidad, por lo que considera necesario sustituir el texto de esa disposición constitucional para hacer extensiva la prohibición que actualmente rige para los grupos financieros privados y sus directivos a los medios de comunicación masiva, con la finalidad de garantizar su independencia respecto “a otros grupos de poder dominantes o monopólicos, a efectos de evitar los consabidos conflictos de intereses [...]”.

Es evidente que la propuesta del Ejecutivo en esta materia se basa en presupuestos inexactos y carentes de objetividad, pues atribuye a la Constitución —bajo un pretendido revelamiento de su espíritu— un alcance totalmente distinto al que le dieron los asambleístas constituyentes. Por otra parte, si lo que considera la Presidencia de la República es que se ha realizado una interpretación inadecuada de la Constitución, el mecanismo para conocer el verdadero alcance y sentido no es una consulta popular, sino la solicitud de una sentencia interpretativa a quien está facultado para aquello, es decir, la Corte Constitucional<sup>14</sup>.

En este contexto, queda claro que no existe concordancia plena ni relación entre el considerando que introduce la pregunta y la pretendida sustitución del texto del Art. 312 y de la disposición transitoria vigésimo novena de la Constitución, ya que la argumentación de la Presidencia de la República pretende sustentarse en una interpretación extensiva de preceptos constitucionales que no tiene fundamento alguno, a base de la cual propone extender a los medios de comunicación, a sus directores y accionistas, prohibiciones que fueron concebidas y diseñadas para otros actores sociales.

---

<sup>14</sup> El Art. 436, numeral 1 de la Constitución reconoce a la Corte Constitucional como la máxima instancia de interpretación constitucional.

- El texto propuesto en la pregunta 3 no solo que induce al elector a responder afirmativamente, sino que utiliza términos que poseen una "carga emotiva", como los contenidos en la frase que dice: "evitar conflicto de intereses". Además, el lenguaje utilizado no es "sencillo y comprensible para el elector", como lo exige el numeral 3 del Art. 104 de la ya invocada LOGJCC, ya que se utilizan términos como "participación accionaria fuera del ámbito financiero o comunicacional", cuyo verdadero significado será asimilado solo por determinados grupos de electores.

- En cuanto se refiere a la relación de causalidad directa que debe existir entre el texto normativo propuesto y la finalidad prevista en el considerando que introduce la pregunta, de tal forma que al aprobar la norma propuesta se alcance dicho propósito, es preciso formular los siguientes comentarios.

De acuerdo a lo señalado en líneas anteriores, la propuesta del Ejecutivo tendría como finalidad "que los grupos financieros y de comunicación privados se dediquen exclusivamente a las funciones que como tales les corresponde, y no tomen parte en otro tipo de actividades ajenas a su objeto", para lo cual plantea la necesidad de hacer extensiva la prohibición que actualmente rige a los grupos financieros privados y sus directivos a los medios de comunicación masiva, con el fin de garantizar su independencia y evitar posibles conflictos de intereses.

De llegar a aprobarse la propuesta del Ejecutivo, se trastocaría la estructura que la propia Constitución prevé para el ejercicio de los derechos en el Art. 11, ya sea en forma individual o colectiva, ya que se afectaría el principio básico de igualdad entre las personas y se vulneraría la garantía de no discriminación por razón alguna, reconocido en el numeral 2 del Art. 11.

Además, la propuesta del Ejecutivo se basa en una interpretación del "espíritu de la Constitución" según la cual se trata de "impedir que los grupos financieros privados y sus directivos, puedan tener el control del capital o participación en los medios de comunicación masiva privados y viceversa". Si bien la Constitución limita expresamente el ejercicio de determinados derechos a los grupos financieros y a sus funcionarios, no extiende tal restricción a los medios de comunicación, a sus directivos y accionistas, por lo que la utilización del adverbio "viceversa" constituye una aberración inadmisibles en el Derecho Constitucional que tiene como propósito una interpretación extensiva restrictiva de derechos.

En el presente caso, no existe tal relación de causalidad directa entre el texto propuesto y la finalidad que se persigue, porque dicha relación debe ser lícita, legítima y no debe afectar los derechos establecidos en la Constitución, cuyo efectivo goce debe ser garantizado por el Estado, al ser éste su deber primordial, conforme lo dispone el Art. 3 de la Carta Fundamental. Al no tener estos atributos, la propuesta deviene en inconstitucional por la forma y por el fondo.

- Respecto al requisito de no proporcionar información superflua o que no guarde relación con el texto normativo, es necesario advertir que tampoco se cumple. Como se reseñó anteriormente, la argumentación vertida por el Ejecutivo en el acápite 2 titulado "PROPIEDAD DE INSTITUCIONES FINANCIERAS Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN", del oficio No. T.5715-SNJ-11-55 de 17 de enero de 2011, se limita a invocar disposiciones constitucionales inconexas entre sí, relativas a materias y ámbitos absolutamente diversos, que no guardan relación alguna con el texto normativo propuesto.<sup>15</sup>

**IV. Con la finalidad de superar la crisis de la Función Judicial, ¿está usted de acuerdo en sustituir el Pleno del Consejo de la Judicatura por una Comisión Técnica compuesta por tres delegados designados, uno por el Presidente de la República, uno por la Asamblea Nacional y uno por la Función de Transparencia y Control Social, para que durante un período de 18 meses asuma todas y cada una de las funciones del Consejo de la Judicatura y pueda reestructurar el sistema judicial, enmendando la Constitución como lo establece el anexo 4?**

a) Es necesario empezar señalando que la motivación de esta pregunta resulta contradictoria y vulnera el Art. 104, numeral 2 de la LOGJCC. La interrogación se sustenta en la necesidad urgente de reestructurar y renovar la Función Judicial, lo cual no ha sido posible debido a la demora en la designación del Consejo de la Judicatura; actualmente existe un Consejo de Transición que carece de las competencias necesarias para el efecto.

---

<sup>15</sup> El literal e, párrafo tercero del análisis de esta misma pregunta detalla las motivaciones expuestas por el Ejecutivo.

Sin embargo, con la sola formulación de esta pregunta, en la práctica se paralizó el proceso de designación de los miembros del Consejo de la Judicatura hasta que exista un pronunciamiento sobre la procedencia o no de la consulta; procedimiento de nombramiento que, sin lugar a dudas, iba a ser más rápido que todo el trámite que es necesario observar para llevar a cabo una consulta popular. Por ende, cabe plenamente la invocación del adagio popular: “el remedio es peor que la enfermedad”, puesto que se pretende combatir la demora en la designación del Consejo de la Judicatura a través de la paralización del concurso de méritos y oposición iniciado para el efecto, y la sustitución de dicho Consejo por un organismo cuya integración va a tomar más tiempo.

b) El Estado Constitucional de Derechos y Justicia que se sustenta en un nuevo paradigma constitucional tiene como piedra angular el rol activo de los órganos jurisdiccionales, los cuales dejan de ser meros aplicadores de la ley, conforme la tradición liberal, y se convierten en intérpretes y promotores de las normas jurídicas, con lo cual se privilegia a la Constitución.

Por cuanto la Constitución debe aplicarse mediante la ponderación —que, como ha quedado dicho, es un ejercicio concreto, no abstracto, a través del que se generan jerarquías móviles de principios—, los fallos judiciales se convierten en una fuente primordial del derecho, a la vez que los jueces se tornan en los principales garantes del respeto y aplicación efectiva de la Constitución, tanto por parte del sector público como del privado.

Por lo dicho, el rol de los jueces es fundamental y el respeto a la independencia de la Función Judicial, constitucionalmente consagrada en el Art. 168, numeral 1 de la Constitución, sustenta el sistema jurídico de un Estado, el cual solamente a través del rol activo de los jueces puede hacer efectiva la finalidad última para la cual fue concebido: el respeto a los derechos de las personas.

Ecuador ha sido testigo de las consecuencias nefastas que en el sistema de administración de justicia ha representado la injerencia de las otras funciones estatales que incluso llegaron a ser órganos de control y fiscalización de los órganos jurisdiccionales. Por otra parte, también hemos presenciado cómo la inadecuada y poco saludable confusión entre las actividades jurisdiccionales y administrativas en manos de los jueces ha ocasionado la ineficiencia en la administración de justicia.

La creación de un organismo administrativo y disciplinario en la Función Judicial ajeno a las actividades jurisdiccionales constituyó

sin lugar a dudas un avance para el mejoramiento de la administración de justicia. Esta entidad fue introducida en la Constitución de 1998 y mejorada por la Constitución vigente, al esclarecer su no subordinación a la Corte Nacional de Justicia, e instituir una integración con miembros afines a las actividades propias del Consejo y no meramente jurídicas.

La sustitución del actual Consejo de la Judicatura de transición por otro organismo transitorio integrado directamente por delegados de otras funciones del Estado, no solo que atenta groseramente contra la independencia externa y constitucionalmente consagrada de la Función Judicial, sino que también prolonga innecesariamente una transición que ha resultado perjudicial. Además, la pregunta modificaría la estructura fundamental de una de las Funciones del Estado, por lo que requiere de la previa aprobación de la Asamblea Nacional para que pueda ser formulada, ya que se trata de una reforma constitucional y no de una enmienda.

Resulta apegado a todo análisis lógico que, si se sustituye un organismo rector de la Función Judicial por una Comisión Técnica Transitoria en la que tienen injerencia directa las otras funciones del Estado, se está cambiando la estructura fundamental del Estado, mas aún si, como quedó enunciado, la Función Judicial es la piedra angular sobre la cual se sostiene el Estado Constitucional de Derechos y Justicia proclamado en el Art. 1 de nuestra Constitución.

c) Esta pregunta no respeta la independencia que debe existir entre cada interrogante planteada, de conformidad con el Art. 105 numeral 1 de la LOGJCC, con lo cual se genera el gravísimo riesgo de que, en caso de que esta interrogante sea aprobada y la siguiente no lo sea, se incorpore a nuestro ordenamiento jurídico una disposición en el Régimen de Transición que se remite a una norma constitucional inexistente<sup>16</sup>; en tal caso, la pretendida Comisión Técnica de Transición permanecerá en el tiempo sin que exista norma constitucional que permita la designación del nuevo Consejo. Por tanto, se está prácticamente obligando a las personas que deseen votar afirmativamente en esta pregunta a también hacerlo en el mismo sentido en la siguiente, bajo el riesgo que, de no hacerlo, el régimen de transición propuesto dure indefinidamente con todas sus falencias.

---

<sup>16</sup> El texto del Anexo 4, en su parte pertinente señala: "El nuevo Pleno del consejo deberá ser designado conforme el procedimiento establecido **en el artículo 179 de la Constitución enmendada...**" (el subrayado y resaltado es mío)



d) Existe una inducción a la respuesta del electorado cuando se establece como considerado introductorio “[...] la finalidad de superar la crisis de la Función Judicial”, clamor de todo un pueblo que desconfía en su administración de justicia y que añora mejoras sustanciales que le garanticen una tutela jurídica efectiva de sus derechos. Sin embargo, no existe una relación de causalidad directa entre la finalidad invocada, el cuestionario y el texto normativo concreto, ya que la creación de un organismo de transición que ejerza las mismas atribuciones que posee el Consejo de la Judicatura, con un número menor de integrantes nominados por las otras funciones del Estado, no va a implicar la superación de la crisis de la Función Judicial; más bien representa una merma de su independencia que va a profundizar dicha crisis.

**V. Con la finalidad de tener una más eficiente administración del sistema de justicia, ¿está usted de acuerdo en modificar la composición del Consejo de la Judicatura, enmendando la Constitución y reformando el Código Orgánico de la Función Judicial como lo establece el anexo 5?**

a) La motivación de esta pregunta resulta incoherente. Como es de público conocimiento, continuamos con el Consejo de la Judicatura de Transición sin que hasta la presente fecha, por omisiones imputables a las otras funciones del Estado, se haya podido designar y posesionar al primer Consejo de la Judicatura al amparo de la nueva Constitución y del Código Orgánico de la Función Judicial. Por ello, no existe concordancia plena entre los considerandos y la interrogante, ya que no se puede tachar de ineficiente a un órgano que ni siquiera ha sido conformado.

b) En cuanto al planteamiento formal de la pregunta, resulta indudable que es inductiva y vulnera los parámetros impuestos por la LOGJCC, puesto que nuevamente invoca como finalidad de la enmienda una aspiración nacional unánime: contar con una administración de justicia más eficiente, por lo que, quien lea únicamente el considerando introductorio tenderá a votar afirmativamente. La inducción resulta más grave en esta pregunta, ya que su anexo contiene disposiciones reformativas y derogatorias que se refieren a una serie de articulados cuyo contenido ni siquiera se transcribe para que las personas puedan conocer qué normas se pretenden derogar.

c) Al igual que lo manifestado respecto de la pregunta anterior, esta interrogante pretende introducir modificaciones estructurales a la Función Judicial que deberían ser aprobadas a través de una reforma y no una enmienda constitucional, lo cual constituye razón suficiente para que la pregunta sea rechazada por vulnerar el procedimiento establecido en la Constitución.

d) En cuanto a la integración del Consejo de la Judicatura que se propone en el texto normativo anexo a la pregunta, de forma inconstitucional se pretende que, a más de los representantes de otras funciones del Estado (Función Ejecutiva y Legislativa), formen parte de dicho organismo las máximas autoridades de los órganos que controla el Consejo de la Judicatura<sup>17</sup>, con lo cual se vulnera el Art. 232 de la Constitución que expresamente prohíbe a los funcionarios públicos actuar en los casos en que pueda existir conflicto de intereses. Me pregunto, entonces: ¿No se generará acaso un conflicto de intereses cuando el organismo de control esté integrado por los máximos personeros de los organismos controlados? ¿No se estaría vulnerando la independencia interna de la Función Judicial (Art. 168, numeral 2 de la Constitución)? ¿No se está alentando la generación de un "espíritu de cuerpo" que desacredite aún más a la administración de justicia?

Todas estas son interrogantes que, a más de demostrar la incongruencia entre la finalidad planteada y los textos normativos concretos, plantean problemas constitucionales específicos que ponen de manifiesto vulneraciones de principios que rigen la administración de justicia, tales como la independencia interna y externa, e inclusive violaciones de principios constitutivos de todo Estado de Derecho como el de responsabilidad y control.

e) Al igual que en las primeras preguntas del referéndum, pero agravado por la cantidad de modificaciones legales, se pretende a través de la consulta popular modificar y derogar más de una cuarentena de artículos del Código Orgánico de la Función Judicial y la Ley Notarial, textos de rango legal, cuya aprobación, modificación y derogación constituyen una competencia privativa de la Función Legislativa, en apego al procedimiento establecido en los Arts. 132 y siguientes de la Constitución. De llegarse a aceptar el planteamiento del Presidente de la República en este sentido, se

---

<sup>17</sup> Es importante recordar que una de las innovaciones de la Constitución de Montecristi fue integrar a la Función Judicial a organismos tales como la Fiscalía General del Estado y la Defensoría Pública, cuyos representantes, conjuntamente con el Presidente de la Corte Nacional y los delegados de la Función Ejecutiva y Legislativa, se pretende ahora que integren el Consejo de la Judicatura.

estaría consumando un fraude constitucional, ya que, utilizando como norma de cobertura la consulta popular, se estaría sustituyendo el procedimiento constitucionalmente consagrado para aprobar, modificar y derogar normas de rango legal.

Como contraargumento podría esgrimirse que “quien puede lo más, puede lo menos”; es decir, si la Constitución faculta la convocación a consulta popular para modificar la Constitución, implícitamente está otorgando dicha facultad para que se puedan modificar también normas de rango legal. Sin embargo, dicho argumento incurre en una interpretación asistemática, ya que prescinde de los principios de constitucionalidad y legalidad (226 de la Constitución) y atenta contra la separación de poderes que incluso constituye una limitación implícita del poder constituyente originario, puesto que, conforme lo señala la Declaración de Derechos del Hombre y Ciudadano de 1789, el Estado en donde no se determine la separación de poderes carece de Constitución.

Si la Corte Constitucional admite esta posibilidad, abriría la puerta para que, en el futuro, se prescindiera del organismo que se encuentra legitimado democráticamente de forma directa para el efecto y se legisle a través de consulta popular, con lo cual se concentrarían aún más poderes en el órgano que tiene capacidad para convocar a dicho mecanismo de democracia directa por asuntos que estime convenientes (Art. 104, inciso segundo de la Constitución): el Presidente de la República de turno.

f) No existe correspondencia entre los textos normativos propuestos, la finalidad planteada y la interrogante formulada. Resulta incomprensible cómo va a coadyuvar a la eficiencia de la Función Judicial que, por ejemplo, la “Comisión de Administración de Recursos Humanos” se denomine “Unidad de Recursos Humanos”<sup>18</sup>; o que se sustituya al funcionario que va a conceder comisión de servicios con remuneración a los funcionarios judiciales<sup>19</sup>; o que se establezcan los requisitos para ocupar el cargo de Director General del Consejo de la Judicatura<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Reforma propuesta a los Arts. 60, 65, 66, 72, 89, 115, 157 y 298 en el Art. 1 de las reformas propuestas al Código Orgánico de la Función Judicial en el Anexo 5.

<sup>19</sup> Reforma propuesta al Art. 99 en el Art. 2 de las reformas propuestas al Código Orgánico de la Función Judicial en el Anexo 5.

<sup>20</sup> Reforma propuesta al Art. 279 en el Art. 10 de las reformas propuestas al Código Orgánico de la Función Judicial en el Anexo 5.

Señores Jueces Constitucionales, la Presidencia de la República se arroga funciones, y pretende reformar y derogar decenas de disposiciones legales introducidas en un anexo a una pregunta que no guarda correspondencia alguna con las temáticas abordadas en las reformas legales, a través del falaz argumento de que tales reformas harán más eficiente a la administración de justicia; se incurre así en el tradicional error de creer —o hacer creer— que las normas jurídicas pueden, por sí solas, transformar las realidades sociales.

## **4.2 CONSULTA POPULAR (PLEBISCITO)**

Cuando la LOGJCC se refiere en la sección Segunda del Capítulo VIII al control de Constitucionalidad de las Consultas Populares, se remite a la sección Tercera del Capítulo IV que regula el control de constitucionalidad del referéndum, por lo que el ámbito de control es similar. Por tanto, la Presidencia de la República debe acatar las limitaciones y requisitos, tanto formales como materiales, impuestos en nuestro ordenamiento jurídico.

### **I. Con la finalidad de combatir la corrupción, ¿Está usted de acuerdo que sea delito el enriquecimiento privado no justificado?**

a) La pregunta resulta demasiado amplia y no cumple con las cargas de lealtad y claridad exigidas en el Art. 103, numeral 3 de la LOGJCC, puesto que no se especifica qué se entenderá por enriquecimiento ilícito privado. En la motivación de la pregunta, el Presidente de la República se limita a decir que existen “muchas personas que incrementan injustificadamente su riqueza a través de la comisión de diversos tipos de delitos”, lo cual constituye un contrasentido, ya que, si el incremento de la riqueza se produce a través de una actividad delictiva, la persona debería ser sancionada por la comisión de dicho delito y no podría volver a ser reprimida penalmente por enriquecimiento ilícito, en virtud del principio constitucionalmente consagrado en el Art. 76 numeral 7 literal i) de la Constitución de que nadie puede ser sancionado dos veces por la misma causa. Por ende, tal y como fundamenta el Ejecutivo esta pregunta, pretende imponer una doble sanción penal a determinadas actividades ilegales, lo cual contraría expresamente la Constitución.

b) El considerando introductorio es inductivo y no existe una relación directa de causalidad entre el texto de la pregunta y la finalidad que se invoca. Es un deseo general e incuestionable de todos combatir la corrupción, pero aquello no se logrará si se tipifica el enriquecimiento ilícito privado, producido a través de actividades delictivas que ya se encuentran tipificadas y sancionadas; más bien esta reforma se podría convertir en un instrumento de persecución en contra de los detractores del régimen de turno.

c) La aprobación o desaprobación de esta pregunta no va a generar ningún efecto jurídico ni va a aportar en nada a la lucha contra la corrupción, puesto que, conforme lo señala la propia Presidencia de la República, se pretende sancionar el enriquecimiento ilícito producido a propósito del ejercicio de una función pública<sup>21</sup>, lo cual implica que dichas actividades ya están tipificadas penalmente en la actualidad. Por tanto, no cabe la creación de un tipo penal abierto, porque atentaría contra el principio de legalidad en dicha materia (Art. 132 numeral 2 de la Constitución) y el derecho al debido proceso de las personas (Art. 76 numeral 3 de la Constitución).

d) Finalmente, por cuanto se trata de la tipificación de una conducta en el ámbito penal, la pregunta no generaría efecto jurídico alguno en caso de que se aprobase, ya que, en virtud del principio de legalidad, toda conducta delictiva, para ser sancionada, debe estar previamente descrita en una norma jurídica de rango legal expedida por la Asamblea Nacional. En razón de lo anotado, esta interrogante no cumple con lo previsto en el Art. 105, numeral 4 de la LOGJCC.

**II. Con la finalidad de evitar que los juegos de azar con fines de lucro se conviertan en un problema social, especialmente en los segmentos más vulnerables de la población, ¿Está usted de acuerdo en prohibir en su respectiva jurisdicción cantonal los negocios dedicados a juegos de azar, tales como casinos y salas de juego?**

a) En cuanto al planteamiento formal de la pregunta, resulta indudable que tiene una carga emotiva y sugestiva. Al hablar de la prevención de un problema social, evidentemente se da un sentido negativo a los juegos de azar, más aún cuando se enuncia que este

---

<sup>21</sup> El enriquecimiento ilícito a propósito del desempeño de un cargo o función pública se encuentra tipificado en el primer artículo innumerado a continuación del Art. 296 del Código Penal.

problema afectaría a sectores vulnerables, específicamente a las niñas, niños y adolescentes.

Además, se está induciendo a dar una respuesta afirmativa a esta pregunta, pues todos quisiéramos prevenir un eventual "problema". Por tanto, el lenguaje utilizado en la pregunta dista mucho de ser neutral, pues los calificativos utilizados denotan una carga subjetiva negativa. Para calificar a una cierta actividad como germen de un "problema social" se requeriría, al menos, de un estudio sociológico serio que demuestre cuál es el porcentaje de la población que se dedica a esa actividad y, dentro de esa fracción, cuál es el grado de afectación de los sectores vulnerables, tales como las niñas, niños y adolescentes.

En este mismo sentido, en la fundamentación de la convocatoria, claramente se advierte la existencia de un sesgo negativo sobre los juegos de azar. El texto se refiere a la ludopatía como un vicio, cuando en verdad se trata de una patología; es decir, de un desorden psicológico que deviene en una adicción al juego. Así se pronunció el Dr. Rodrigo Tenorio Ambrossi en calidad de perito experto, opinión que fue acogida por el Tribunal Andino de Justicia dentro del Proceso 03-AI-2006 propuesto por la Sociedad Interamericana Game Technology Ltda. contra la República del Ecuador<sup>22</sup>.

b) La prohibición de que existan negocios dedicados a los juegos de azar con fines de lucro no solucionaría ni eliminaría el riesgo del desarrollo de ludopatía, ya que una enfermedad de esa naturaleza la ciudadanía la puede desarrollar incluso desde sus propias viviendas, en donde en determinados estratos existe acceso prácticamente ilimitado a una serie de dispositivos electrónicos e incluso a casas de apuesta a través del Internet, al que pueden acceder en su propio teléfono celular

c) Esta pregunta afecta el derecho a la libre empresa garantizado en el Art. 66 de la Constitución del Ecuador. Las actividades desarrolladas por las entidades que administran casinos y casas de apuestas han sido reguladas por el Ministerio de Turismo, organismo que, tal como manda el Art. 2 del Reglamento de Casinos, Salas de Juego y Bingos Mecánicos, es el encargado de

---

<sup>22</sup> En el referido informe pericial, el galeno señaló que "la ludopatía está clasificada en el CIE (Clasificación Internacional de los trastornos mentales y del comportamiento, 1992) como un trastorno del control de impulsos, con la presencia de frecuentes y reiterados episodios del juego de apuestas, los cuales dominan la vida del enfermo en perjuicio de los valores y obligaciones sociales, laborales, materiales y familiares del mismo".

autorizar, registrar, categorizar, vigilar y controlar las actividades desarrolladas por los casinos y casas de juego, pues se consideran actividades turísticas de conformidad con lo que establece el Art. 5 literal f) de la Ley de Turismo, cuyo fin es el incentivo del turismo receptivo.

d) Con la pregunta también se vulnera el derecho al trabajo garantizado en el Art. 33 de la Constitución, ya que al prohibir estas actividades se afectaría directamente la estabilidad laboral de quienes laboran en empresas dedicadas a ese giro de negocios y se irrespetaría la libertad de las personas para escoger su actividad laboral.

e) El Art. 24 la Constitución de la República del Ecuador garantiza el derecho al libre esparcimiento y recreación, el cual se estaría afectando si llegara a aprobarse esta reforma. Para muchos, los productos y servicios que ofrecen los casinos y casas de juego constituyen medios de diversión, entretenimiento y esparcimiento; al prohibirse estas actividades se vulneraría directamente el derecho de las personas que disfrutan realizando estas actividades.

Lo dicho entraña, además, un comportamiento discriminatorio hacia cierto sector de la industria del esparcimiento y diversión. Existen muchas otras actividades de entretenimiento lícitas que también podrían ser consideradas por algunos sectores como inmorales o antiéticas, mas no por ello se las prohíben, como se pretende hacerlo con los juegos de azar, ya que ello entraña una violación elemental del derecho a la libertad de las personas.

f) El Código de la Niñez y Adolescencia ya prevé en su Art. 78, numeral 5 que se protegerá a los niños y adolescentes contra la inducción a los juegos de azar. Además, el Art. 39 del Reglamento de Casinos, Salas de Juego y Bingos Mecánicos establece que estos establecimientos no podrá funcionar a menos de 300 metros de distancia de instituciones educativas y centros de salud.

De lo expuesto se infiere que la actividad desarrollada por los casinos y salas de juego está efectivamente regulada y que se prevén mecanismos para solucionar eventuales problemas que se pudieran generar. Por lo tanto, las finalidades que invoca el Ejecutivo para justificar esta pregunta no se obtendrán con la eliminación de la actividad, sino si se hace efectiva la normativa que ya existe y cuya principal responsabilidad en su ejecución le corresponde precisamente a la Función Ejecutiva.

### **III. Con la finalidad de evitar la muerte de un animal por simple diversión, ¿Está usted de acuerdo en prohibir, en su respectiva jurisdicción cantonal, los espectáculos públicos donde se mate animales?**

a) Al ser la consulta popular en la forma prevista en la Constitución una manifestación de democracia directa, el pueblo soberano, quien se pronunciará en conformidad o en desacuerdo con lo que se le está consultando, únicamente lo podrá hacer sobre preguntas neutras que permitan elegir libremente una respuesta. De existir algún tipo de valoración, aquel pronunciamiento soberano estará viciado, ya que la decisión no se tomó de manera libre. La calificación de "simple" al término "diversión" en el considerando introductorio induce al elector a pensar que la "simple diversión" es y no debería ser el "simple" y único justificativo para la realización de estos espectáculos, con lo que se deja de lado otros objetivos que son componentes esenciales de los mismos, tales como: a) su función social; b) el espectáculo como actividad económica; c) el espectáculo como espacio de perpetuación de tradiciones históricamente aceptadas en nuestro pueblo; d) el espectáculo como una fuente de trabajo directo e indirecto; e) el espectáculo como muestra del arte del ser humano; y, f) el espectáculo como manifestación de la identidad cultural de determinados segmentos de población.

El uso peyorativo del término "*simple diversión*" es sesgado y responde a la perspectiva de ciertos sectores sociales, con lo que se deja de lado a todos los demás actores que forman parte de los citados espectáculos: el público asistente que entiende y comparte todos los objetivos que persigue la realización del mismo, los organizadores, los artistas y los trabajadores en general.

Además, la forma en la cual está redactada la pregunta nos conduce a pensar que la recreación y esparcimiento son actividades humanas a las cuales se les debe restar importancia a pesar de su consagración constitucional<sup>23</sup> y de que tienen la misma jerarquía y relevancia que cualquier otro derecho<sup>24</sup>, lo que afecta la objetividad del considerando y, por ende, la de la pregunta. Al preceder al término "diversión" la cualidad emotiva "simple" se busca obtener una respuesta favorable a lo que se está consultando. Por tanto,

---

<sup>23</sup> El Art. 24 de la Constitución consagra el derecho de las personas a la recreación y esparcimiento.

<sup>24</sup> Art. 11 numeral 6 de la Constitución.



claramente se advierte que no existe el empleo de lenguaje valorativamente neutro, lo cual debe ser observado constitucionalmente de conformidad con el numeral 3 de la LOGJCC.

b) El texto de la pregunta, en el supuesto de ser aprobado positivamente por la ciudadanía, acarreará indefectiblemente efectos jurídicos contrarios a la Constitución de la República del Ecuador, pues en la Magna Carta se consagra una gama de derechos cuya garantía corresponde velar al Estado. La prohibición a los espectáculos públicos donde se maten animales afecta directamente al goce de varios derechos fundamentales, en desmedro del supuesto derecho de la naturaleza que desea garantizar, que, como expondremos, resulta también seriamente afectado. Los derechos constitucionales que vulnera la pregunta número tres del plebiscito, son los siguientes:

- El derecho al trabajo consagrado en el Art. 325 de la Constitución de la República. Estos espectáculos son una fuente apreciable de empleos tanto directos como indirectos y su prohibición implica que un sinnúmero de familias pierdan los ingresos que se generan por este concepto. Esta situación se contrapone al concepto de Estado Constitucional de Derechos y Justicia, donde uno de sus fines es precisamente dar acceso al buen vivir a sus habitantes a través de la obtención de un empleo.

- El derecho a la identidad cultural, consagrado en el Art. 21 de la Constitución de la República. Varios de estos espectáculos tiene profundo afianzamiento cultural; inclusive, algunos de ellos se han celebrado por más de 500 años en nuestro territorio. Entre las múltiples culturas que conforman nuestro país se encuentra la mestiza, producto de la mezcla de la cultura ibérica e indígena. La celebración de espectáculos que se pretende inconstitucionalmente prohibir son fiestas culturales que han construido la identidad mestiza. Estos rasgos culturales son igual de valederos que los de cualquier otra cultura y, por tanto, susceptibles de protección en su más alto grado.

- La intangibilidad del patrimonio cultural, que se recoge en el Art. 379 de la Constitución, como resultado de ese proceso diverso de construcción de la identidad cultural ecuatoriana. Prohibir los espectáculos que incluyen muerte de animales significa atentar contra el patrimonio cultural inalienable, inembargable e imprescriptible de la nación. Adicionalmente, entorpece el plan nacional que pretende dar vida al *sumak kawsay*; es decir, el régimen nacional de desarrollo, consagrado en el Art. 276, numeral

7 de la Constitución, que expresamente impone al Estado el deber de salvaguardar el patrimonio cultural, dentro del cual se incluye las manifestaciones culturales aquí referidas y definidas en el Art. 379 numeral 1 de la Carta Magna.

- Los derechos de la naturaleza, cuyo tratamiento se encuentra aún en pleno desarrollo en nuestro país, pues es un concepto innovador que introdujo la Constitución vigente aprobada en 2008. Paradójicamente, se invoca este derecho constitucional como el único sustento para la formulación de la pregunta número tres de la consulta popular. Sin embargo, es evidente el efecto contraproducente que produciría en la propia *pachamama* o naturaleza la prohibición de celebrar espectáculos donde se mate animales. Detrás de la celebración del evento existe un proceso complejo de crianza de estos seres, por lo que la prohibición conllevaría irremediablemente, por ejemplo, a la extinción de la subespecie del toro de lidia, lo que causaría estragos a un entorno natural que ya ha crecido durante centenas de años en relación armónica y simbiosis.

**IV. Con la finalidad de evitar los excesos en los medios de comunicación, ¿Está usted de acuerdo que se dicte una ley de comunicación que cree un Consejo de Regulación que norme la difusión de contenidos en la televisión, radio y publicaciones de prensa escrita, que contengan mensajes de violencia, explícitamente sexuales o discriminatorios; y que establezca los criterios de responsabilidad ulterior de los comunicadores o los medios emisores?**

a) Según el planteamiento formulado por la Presidencia de la República en el numeral 4 del acápite III de la motivación incorporada al oficio No. T.5715-SNJ-11-55 de 17 de enero de 2011, la propuesta de creación de un Consejo de Regulación para normar la difusión de contenidos en los medios, y establecer criterios de responsabilidad ulterior de los comunicadores y de los medios emisores, se basa en los cambios generados por el avance tecnológico en el ámbito de la comunicación, que, entre otros efectos, han convertido a la televisión en el medio masivo de mayor influencia. Agrega que este medio no siempre ha cumplido el rol de "orientador positivo de la sociedad", porque suele darse prioridad al lucro que pueden obtener grupos de la industria del entretenimiento en perjuicio de valores colectivos, lo que ha incidido en que tengamos una sociedad más violenta.

Bajo esta premisa y con la finalidad de "mejorar las condiciones de vida y proteger los derechos de las personas, en especial de la juventud", el Ejecutivo propone consultar a la ciudadanía si está de acuerdo con establecer la prohibición de difundir programas y mensajes televisivos "con mensajes de violencia".

Como puede apreciarse, la argumentación que esgrime el Ejecutivo para crear un Consejo de Regulación con las potestades sugeridas es deleznable. Se basa en apreciaciones carentes de objetividad, direccionadas específicamente a la televisión; no obstante, la propuesta sugiere que el control se extienda a la radio y a la prensa, sin fundamentación técnica que soporte ese planteamiento, lo que supone un desconocimiento de las profundas diferencias, matices y alcances que caracterizan a cada uno de ellos.

b) La presente pregunta vulnera los Arts. 102, 103, 104 y 105 de la LOGJCC de manera grosera, conforme se establecerá a continuación:

- La pregunta induce al lector a responder afirmativamente al utilizar frases sugestivas como "evitar los excesos en los medios de comunicación", ya que, como todos sabemos, los excesos en cualquier ámbito son rechazados por la sociedad, porque generan efectos nocivos.

- No existe correspondencia ni relación lógica entre el considerando a través del cual se debería sustentar la pregunta y el texto de ésta, ya que no existe motivación alguna que esté debidamente concebida, expuesta y desarrollada y que permita concluir con fundamento en un análisis lógico, que la pregunta planteada es una derivación de la finalidad que se propone alcanzar.

Por el contrario, se observa que el propósito de "mejorar las condiciones de vida y proteger los derechos de las personas, en especial de la juventud", a base del cual el Ejecutivo pretende sustentar la pregunta, no está motivado ni tiene relación con la creación de un Consejo de Regulación que norme la difusión de contenidos para evitar excesos en los medios de comunicación.

- La pregunta utiliza sin ambages frases que tienen profunda "carga emotiva", como las siguientes: "evitar los excesos en los medios de comunicación"; "mensajes de violencia, explícitamente sexuales o discriminatorios".

- No existe relación entre la finalidad prevista en el considerando que introduce la pregunta y el texto de la misma, de tal forma que al aprobarla se alcance esa finalidad, porque el propósito de “mejorar las condiciones de vida y proteger los derechos de las personas, en especial de la juventud”, no depende de la existencia o no de un órgano administrativo llamado Consejo de Regulación encargado de normar la difusión de contenidos y establecer criterios de responsabilidad ulterior, sino del conjunto de políticas que diseñe el gobierno en los ámbitos relativos al empleo, la economía, la capacitación, la cultura, el medio ambiente, entre otros.

- La propuesta no cumple el requisito de no proporcionar información superflua o que no guarde relación con el texto normativo; por el contrario, la escueta información contenida en el numeral 4 del acápite III de la motivación incorporada al oficio No. T.5715-SNJ-11-55 de 17 de enero de 2011, no tiene relación alguna con el texto de la pregunta planteada.

c) En cuanto a la constitucionalidad material de la propuesta formulada por la Presidencia de la República, cabe destacar que el derecho a la libertad de opinión y de expresión, y a la información están reconocidos incluso en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Ambos derechos no son exclusivos de los medios de comunicación, sino de todas las personas, que deben tener la libertad de “investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas”<sup>25</sup>. Por lo tanto, violentar estos derechos no afecta a los medios únicamente, sino a todos los ciudadanos que verán arbitrariamente restringido un derecho humano a recibir información, algo que en el siglo XXI constituye una herramienta fundamental en la formación cultural de una nación.

Nuestra Constitución de la República, al tratar lo relativo a los derechos del buen vivir y específicamente de la comunicación e información, reconoce que todas las personas tienen derecho a una comunicación libre en todos los ámbitos y por todos los medios y formas (Art. 16, numeral 1). En el mismo sentido, el Art. 18, numeral 1 de la Constitución garantiza a las personas el derecho a recibir, producir y difundir información “**sin censura previa** acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior”. [el resaltado es mío]

---

<sup>25</sup> Art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Por su parte, el Art. 19 *ibídem* dispone que la prevalencia de contenidos será regulada en la ley, a la vez que prohíbe la publicidad “que induzca a la violencia, la discriminación, el racismo, la toxicomanía, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y toda aquella que atente contra los derechos”.

En el Título VII de la Constitución, relativo al régimen del buen vivir, Capítulo primero, Sección séptima, el Art. 384 establece que la comunicación social es un sistema cuyo objetivo es asegurar “el ejercicio de los derechos de la comunicación, la información y la libertad de expresión”. La misma norma dispone que le compete al Estado formular la política en materia de comunicación “con respeto irrestricto de la libertad de expresión y de los derechos de la comunicación consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales”.

Por tanto, no cabe duda alguna que la política pública de comunicación debe ser diseñada por el Estado con fundamento en los siguientes parámetros: el derecho a una comunicación libre en todos los ámbitos y por todos los medios y formas; el derecho a recibir, producir y difundir información sin censura previa y con responsabilidad ulterior, y los derechos a la comunicación, la información y la libertad de expresión.

d) Los derechos que en materia de comunicación e información confiere la Constitución de la República se encuentran plasmados en instrumentos internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad del país. Así, tenemos la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo Art. 13 consagra el derecho de las personas a la libertad de pensamiento y expresión, que comprende “la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”, derecho cuyo ejercicio “**no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley**” (Art. 13, numerales 1 y 2). [el resaltado es mío]

e) Dentro del contexto normativo revisado, no cabe duda alguna que la pretendida creación de un Consejo de Regulación que norme la difusión de contenidos en los medios carece de sustento jurídico, y es abiertamente inconstitucional y violatoria de los derechos y garantías consagrados en la Constitución de la República y en los instrumentos internacionales citados.

La contundencia de este argumento no admite dudas, porque es la propia Constitución la que en el Art. 18, numeral 1 otorga a las personas el derecho a recibir, producir y difundir información sin censura previa. Por tanto, la pretensión de la Presidencia de la República de expedir una ley que cree un órgano para que formule censuras previas requeriría una transformación sustancial de la estructura que la Carta Fundamental tiene en esta materia, aparte de que implicaría no solo la restricción sino la anulación del derecho a obtener información sin esa censura.

Al respecto, cabe citar un extracto del informe anual 2009 presentado por la doctora Catalina Botero en su calidad de Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien se refirió a este tipo de control, en los siguientes términos.

La censura previa **es el prototipo de violación extrema y radical de la libertad de expresión**, ya que conlleva su supresión. Tiene lugar cuando, por medio del poder público, **se establecen medios para impedir en forma previa la libre circulación de información**, ideas, opiniones o noticias, por cualquier tipo de procedimiento que condicione la expresión o la difusión de información al control del Estado. [el resaltado es mío]

En el supuesto de que el planteamiento del Ejecutivo fuese aprobado, el referido Consejo de Regulación impediría la libre circulación de la información, porque su difusión estaría condicionada al control previo de ese órgano. Además, de acuerdo a la propuesta de la Presidencia de la República, sería el Consejo de Regulación el que establecería los criterios de responsabilidad ulterior, lo que contradice el Art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en forma imperativa dispone que las responsabilidades ulteriores deben estar "expresamente fijadas por la ley", con lo que se descarta la posibilidad de que un órgano administrativo las tipifique a su arbitrio. Además, la propuesta presidencial afectaría la ya referida "reserva de ley" para regular derechos establecida en la Constitución y tratados internacionales vigentes<sup>26</sup>, además del derecho a la seguridad jurídica garantizado por la Constitución de la República.

En síntesis, podemos concluir que la pregunta número 4 propuesta por el Ejecutivo tiene carácter regresivo, porque implica restringir, limitar e incluso anular derechos constitucionales, en franca

---

<sup>26</sup> Ver análisis realizado en el literal c) de la pregunta III del referéndum.

violación del Art. 11 de la Carta Fundamental vigente y, por ende, no puede ser formulada a través de una consulta popular plebiscitaria, ya que, de conformidad con el Art. 101 numeral 1 de la LOGJCC, un cambio de esta naturaleza solamente podría llevarse a cabo a través de una asamblea constituyente.

f) Finalmente, cabe anotar que el cuestionario propuesto por la Presidencia de la República en esta pregunta conlleva la formulación implícita de una iniciativa legislativa popular, actividad que se encuentra normada y regulada en el Art. 61, numeral 3, y el Art. 134, numeral 5, ambos de la Constitución de la República; y los Arts. 193 y 194 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador (Código de la Democracia), por lo que, de admitirse una pregunta en esos términos, se cometería un fraude constitucional y legal, ya que se sustituirían los mecanismos establecidos en el ordenamiento jurídico para la formulación de iniciativas normativas por parte de la ciudadanía por una consulta popular de iniciativa del Ejecutivo.

Resulta pertinente anotar que, tal y como está formulada la pregunta, se pretende obtener un pronunciamiento popular que constituya una carta abierta para promulgar una Ley cuyo contenido ni siquiera se esboza en el cuestionario, lo cual deviene en una total ambigüedad y vaguedad de la pregunta. Seguramente en el futuro servirá como pretexto para, a través de la invocación a la "voluntad popular", impulsar la aprobación de una norma restrictiva de derechos en función de lo que estime conveniente el Ejecutivo.

**V. Con la finalidad de evitar la explotación laboral, ¿Está usted de acuerdo que la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de trabajadores en relación de dependencia sea considerada delito?**

a) Antes de analizar los temas de fondo de la pregunta, empezaremos por mencionar los vicios formales que contiene la misma, al amparo de lo que dispone el Art. 104 de la LOGJCC.

La introducción a la pregunta es contraria a lo que prescribe el numeral 1 del Art. 104, pues al iniciarla con la frase: "Con la finalidad de evitar la explotación laboral" se está induciendo al electorado a votar afirmativamente; sería descabellado pensar que la ciudadanía esté en contra de acabar con la explotación laboral.

Por otro lado, el considerando que introduce la pregunta y el texto de ella no tienen correspondencia; si bien la seguridad social de los trabajadores es un derecho irrenunciable de las personas<sup>27</sup>, la tipificación penal de la no afiliación al seguro social obligatorio no traerá como consecuencia la eliminación de la explotación laboral. La omisión de esa obligación patronal no es una de las causas principales de este fenómeno social y las formas de explotación laboral no se reducen a la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS); se extienden al pago de remuneraciones inferiores a las mínimas, cargas horarias excesivas, desconocimiento de derechos irrenunciables, falta de capacitación e incentivos, entre otros factores.

La introducción a la pregunta también violenta lo establecido en el Art. 104, numerales 3 y 4 de la LOGJCC, pues contiene una carga evidentemente emotiva al sugerir que, si el elector vota afirmativamente esta pregunta, evitará la explotación laboral. Además, esta premisa carece de objetividad, ya que, insisto, la consecución de ese objetivo no depende de que se tipifique como delito la no afiliación de los trabajadores al seguro social obligatorio.

b) En esta interrogante corresponde realizar una reflexión similar a la realizada en la pregunta relacionada con la tipificación del enriquecimiento ilícito privado<sup>28</sup>. De acuerdo al Art. 105, numeral 4 de la LOGJCC, aplicable por remisión expresa del Art. 127 del referido cuerpo legal, la propuesta normativa que se plantee a través de una consulta popular debe generar efectos jurídicos. En el presente caso, la pregunta por sí misma no causa efecto jurídico alguno pues, en caso de que reciba el apoyo popular, será el legislador, en razón del principio de legalidad, quien deberá crear o modificar una ley para tipificar como delito esa omisión. Por tanto, la consulta no tiene otro efecto que el de realizar una “costosa encuesta” a la población para conocer su opinión sobre el tema propuesto.

c) La Constitución de la República consagra en su Art. 76, numeral 6 el principio de proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales. Señores Jueces Constitucionales, en el presente caso se pretende establecer como delito una infracción que no vulnera un bien jurídico relevante desde el punto de vista del Derecho Penal, por lo que, desde una óptica neutral y lógica —

---

<sup>27</sup> Constitución de la República, Art. 34

<sup>28</sup> Ver literal d) del análisis realizado a propósito de la pregunta I del plebiscito.



fundamentada, además, en el referido principio constitucional—, es razonable que solamente sea sancionada civil y administrativamente.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derecho Humanos, en el caso Gargaram Panday, expuso que:

[...] nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que —aun calificados de legales— puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles **o faltos de proporcionalidad** [el subrayado y resaltado son míos].

No resulta admisible ni proporcional con la infracción que se pretenda privar de la libertad a quien no afilia a un trabajador al IESS, o a quien se encuentre en mora en el pago de sus aportes al mismo. El sistema penal debe ser siempre la última instancia a la que acuda el derecho para sancionar las conductas que ponen en grave riesgo la armonía social, sin que pueda considerarse dentro de esta categoría la omisión de afiliación del trabajador al IESS. Tanto es así que, incluso acciones mucho más graves o relevantes para el propio trabajador y su familia como el despido intempestivo injustificado por parte del empleador, tienen un tratamiento de índole patrimonial que sólo luego de un procedimiento judicial pueden derivar en la adopción de medidas cautelares reales en contra del empleador, pero en ningún caso en medidas personales.

Actualmente existen varios controles para los patronos que no afilian a sus trabajadores al IESS, y las multas e intereses que se imponen son significativos y comparativamente superiores a cualquier otra sanción patrimonial prevista en nuestro ordenamiento jurídico. En este contexto, la eventual falta de eficacia de los mecanismos existentes para controlar y verificar que todos los trabajadores se encuentren debidamente afiliados al seguro social obligatorio es una responsabilidad pendiente de los organismos pertinentes, pero en ningún caso esta circunstancia justifica que la no afiliación al IESS deba ser tipificada como delito.

d) La propuesta del Ejecutivo desconoce un principio sustancial que rige en nuestro ordenamiento desde hace muchos años y que está recogido en el capítulo sexto de la Constitución de la República que trata sobre los derechos de libertad, específicamente en el Art. 66 numeral 29 literal c), que dispone imperativamente que “ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas,

multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias...”.

En el presente caso, la propuesta de tipificar como delito la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de los trabajadores en relación de dependencia no solo que vulneraría el referido principio de proporcionalidad, sino que traería como consecuencia una contradicción de bulto con la norma constitucional citada. A partir de la creación o reforma de la ley que establezca esa tipificación, se institucionalizaría en Ecuador la prisión por deudas contraídas con el IESS, en franca contradicción con la Constitución de la República.

e) Por otra parte, es preciso considerar que la obligación del empleador de afiliar al trabajador al IESS surge automáticamente al generarse la relación laboral como un derecho del trabajador que tiene una característica excepcional: es imprescriptible, es decir que puede ser reclamado por el trabajador en cualquier momento, incluso luego de terminada la relación, sin límite de tiempo.

Finalmente, no se debe olvidar que el Art. 78 de la Ley de Seguridad Social vigente ya tipifica como delito la conducta más dañina en este ámbito: el no depósito en el IESS por parte de los empresarios privados o de los funcionarios públicos, dentro del plazo de noventa días contado desde la fecha de retención, de los aportes patronales y/o personales que hubiesen sido retenidos a los trabajadores, omisión que se sanciona con cinco años de prisión y una multa igual al doble de los valores no depositados. Por tanto, el planteamiento del Ejecutivo supone una tipificación penal adicional, en un tema que no amerita ese nivel de drasticidad.

En ese caso, la tipicidad de la conducta alcanza a comprenderse —mas allá de la cuestionable proporcionalidad de la pena—, ya que el empleador ha retenido dolosamente un dinero que no le pertenece; algo muy similar ocurre cuando se han retenido tributos y no se los entrega a la administración tributaria. Sin embargo, el planteamiento del Ejecutivo pretende, con una drasticidad excesiva, tipificar también la omisión de afiliación; es decir, a pesar de que el empleador no realizó retención alguna al trabajador, también incurriría en una infracción penal al no afiliarlo, lo cual resulta desproporcionado e inconsecuente con un sistema de rehabilitación social que verá agravada su saturación con “delincuentes” que indudablemente no representan un peligro a la sociedad si no son privados de su libertad.

De lo expuesto se infiere que la propuesta de la Presidencia de la República en lo que a esta pregunta se refiere tampoco tiene sustento constitucional y desconoce principios universales de derecho penal.

## **V. PRETENSIÓN**

En virtud de los argumentos esgrimidos, solito se deseche por adolecer de graves vicios de constitucionalidad el pedido de consulta popular formulado por el Presidente de la República mediante oficio No. T.5715-SNJ-11-55 de 17 de enero de 2011.

## **VI. NOTIFICACIONES**

Notificaciones que me correspondan las recibiré en el casillero constitucional 620 perteneciente a mi abogado patrocinador con quien suscribo el presente alegato.

Suscribo conjuntamente con mi abogado.

Guadalupe Mantilla de Acquaviva  
**PRESIDENTA**  
**AEDEP**

Juan Francisco Guerrero del Pozo  
MAT. 8672 CAP