





***CONSULTA  
POPULAR  
MAYO DEL 2011***

***Facultad de  
Jurisprudencia y  
Ciencias Sociales y  
Políticas de la  
Universidad Católica  
de Santiago de  
Guayaquil***

***2011***

Director  
Dr. Carlos Salmon Alvear

Secretaria  
Ab. Mariela San Jiménez



La responsabilidad por los hechos, ideas y doctrinas  
expuestos en esta publicación,  
es exclusiva de los respectivos autores.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y  
CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS**

**MIEMBROS DE CONSEJO DIRECTIVO**

Dr. Iván Castro Patiño

***Decano***

Ab. José Miguel García Baquerizo

***Director de Carrera de Derecho3***

Lcda. Sandra Mendoza

***Directora de Carrera de Trabajo Social***

Dr. Carlos Zúñiga Romero

***Profesor Representante Principal ante Consejo Directivo***

Ec. Mercedes Arellano de Duque

***Profesora Representante Suplente ante Consejo Directivo***

Ab. Ma. Mercedes Ceprián Haz

***Coordinadora Administrativa***

Ab. Taryn Almeida Delgado

***Coordinadora Académica***

Sr. Robert Friend

***Presidente Asociación de Estudiantes de Derecho***





## **MENSAJE DEL DECANO**

La Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil con todos sus años de experiencia en el desarrollo académico universitario, se ha caracterizado por intervenir activamente en el análisis de los temas jurídicos-sociales que interesan a la sociedad y los cambios que ésta presenta; es así como una vez más, nos encontramos frente a un nuevo reto, el cual, decidimos enfrentar con objetividad y pensamiento académico, analizando la Consulta Popular convocada por el Presidente de la República, el Economista Rafael Correa, para este 7 de Mayo del 2011.

A través de este compilado de artículos presentados por algunos de nuestros profesores de esta Facultad de Jurisprudencia, reiteramos nuestro compromiso con la comunidad universitaria y ecuatoriana, promoviendo la reflexión del voto en la próxima Consulta Popular.

En este tiempo de cambios para todos los ecuatorianos, debemos de luchar por nuestros Derechos y que éstos a través de nuestro voto sean escuchados, ya que el clamor del pueblo es quien, finalmente, tendrá la última palabra en las urnas.

Sin tintes proselitistas o políticos, ponemos en su consideración el presente libro, el cual genera críticas, inquietudes, promoviendo la democracia y el respeto a nuestros derechos y garantías constitucionales.

Agradecemos la colaboración de los profesores universitarios de nuestra querida Facultad, quienes han acudido inmediatamente a nuestro llamado en búsqueda de una visión jurídica en la misma línea de excelencia académica que hemos presentado en nuestras ediciones anteriores.

Continuamos cumpliendo nuestra misión académica con la sociedad ecuatoriana y universitaria, esperando que esta publicación sea motivo de concienciación y meditación para el bienestar de un mejor país, sin violencia, sin incertidumbre jurídica y con más democracia.

Atentamente,

Dr. Iván Castro Patiño  
DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA



## **NOTA DEL DIRECTOR**

Tan pronto como se hizo pública la intención de iniciar un proceso de consulta popular por parte del Señor Presidente Constitucional de la República, nuestro Decano, el Doctor Iván Castro Patiño, nos encomendó convocar a los profesores de la Escuela de Derecho, a fin de que estos se pronuncien académicamente, y ajenos a cualquier tipo de consideración extrajurídica, sobre la Consulta Popular y sus eventuales repercusiones jurídicas en nuestro país.

Por la premura del tiempo tanto para preparar tales ensayos como para proceder a su publicación y posterior distribución a la ciudadanía, sin perjuicio de su necesaria socialización, ponemos en consideración de usted, amable lector, diez ponencias preparadas por profesores de nuestra Escuela de Derecho, dentro de las cuales resaltamos la del actual Defensor del Pueblo y la de un Ex Procurador General del Estado.

Partimos con un trabajo elaborado por el profesor Bernard Manzano-Torres Vignol, conocido romanista quien, desde el ámbito de su especialidad, aborda -con la cultura y precisión que lo caracteriza- la Consulta desde la perspectiva histórica del Derecho Romano.

Posteriormente, el conocido profesor universitario y Ex Procurador General del Estado, Doctor Xavier Garaicoa Ortiz, analiza el poder de revisión constitucional desde la óptica de un Estado garantista y democrático de derechos como es el nuestro.

Seguidamente, el Doctor Jorge Zavala Egas, nuestro querido maestro en Derecho Constitucional, aborda con un lenguaje no jurídico y apto para cualquier lego las premisas esenciales de todo proceso de reforma y enmienda constitucional, haciendo su explicación pedagógicamente accesible para todos.

Sigue en el análisis el Doctor Fernando Gutiérrez Vera, actual Defensor del Pueblo y eterno defensor de los Derechos Humanos en nuestra sociedad, quien comenta críticamente las preguntas uno y dos planteadas por el Presidente de la República, formulando dos propuestas al respecto.

Continúa el Doctor Alfonso Zambrano Pasquel, renombrado jurista y maestro en Derecho Penal y Procesal Penal, quien nos comenta, con la erudición que le caracteriza, la caducidad de la prisión preventiva y su manejo consignado de la primera pregunta de la consulta.

Sigue el Doctor Nicolás Castro Patiño, conocido jurista y ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia quien, junto con su hijo el Abogado Castro Quiroz, cuestionan la pregunta tres de la propuesta formulada por el Presidente de la República, esto es, aquella que prohíbe que los directores y principales accionistas de empresas del sistema financiero privado y de empresas de comunicación, también privadas y nacionales, puedan tener participación accionaria fuera del ámbito financiero o comunicacional.

Avanza en el análisis el Doctor Luis Herrería Bonnet, profesor de esta Universidad y conocido columnista de diarios de la localidad quien, con su experiencia y en forma sesuda impugna la pregunta cuatro del referendo.

Continúa el Abogado Héctor Guanopatín Jaime, profesor en las asignaturas de Derecho Laboral y de Procedimiento Constitucional, quien analiza la pregunta seis de la consulta relativa al enriquecimiento privado no justificado.

Sigue este libro con cuatro artículos de opinión publicados por el Doctor Juan Falconí Puig, profesor de Procedimiento Civil de esta Facultad y Ex Superintendente de Bancos quien, como conocido litigante de fuste, analiza y cuestiona las reformas y cambios a la Función Judicial.

Se remata al presente libro con la contribución, siempre profunda y equilibrada, de nuestro Decano, el Dr. Iván Castro Patiño, a través de un suscrito comentario sobre las cinco preguntas del Referendum Constitucional.

Con estos trabajos que han sido preparados con urgencia, editados y publicados de idéntica forma, la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil pretende de manera pública contribuir al debate científico y académico del más alto nivel, generando un análisis crítico y constructivo respecto de este proceso de Consulta Popular al que nos vemos avocados en el Ecuador.

Si se logra generar tal análisis, de naturaleza crítico y basado estrictamente en consideraciones científico-jurídicas, la pretensión del Señor Decano de la Facultad de Jurisprudencia, Doctor Iván Castro Patiño y la de este modesto coordinador, se habrán cumplido, garantizando y abonando el Estado de Derecho de nuestro país.

Con el cariño sincero de siempre,

CARLOS SALMON ALVEAR

Guayaquil, marzo del 2011

## ÍNDICE GENERAL

o	Mensaje del Decano .....	9
o	Nota del Director .....	11
1.-	Consulta desde la perspectiva del Derecho Romano. Bernard MANZANO-TORRES VIGNOL.....	15
2.-	El poder de revisión constitucional y la vigencia del ordenamiento de justicia garantista y democrático. Xavier GARAICOA ORTIZ .....	23
3.-	Carta abierta sobre la Consulta Popular. Jorge ZAVALA EGAS .....	41
4.-	Comentarios acerca de las preguntas uno y dos propuestas por el Presidente Constitucional de la República para el referendo del 7 de Mayo del 2011. Fernando GUTIÉRREZ VERA .....	65
5.-	Sobre la caducidad de la prisión preventiva. (1era. pregunta de la consulta) Alfonso ZAMBRANO PASQUEL .....	79
6.-	Inconstitucionalidad de la pregunta No. 3 de la propuesta de convocatoria a referendo presentada por el Presidente de la República. Nicolás CASTRO PATIÑO Nicolás CASTRO QUIROZ .....	93
7.-	Razones para impugnar la pregunta 4 del referendo Luis HERRERA BONNET .....	111
8.-	Consulta Popular-reforma Legal 2011. Análisis de la pregunta No. 6. Del enriquecimiento privado no justificado. Héctor GUANOPATIN .....	129

9.-	Laberinto Judicial	
	Juan FALCONI PUIG .....	137
10.-	Suscinto Comentario sobre las Cinco Preguntas del Referendum Constitucional	
	Iván CASTRO PATIÑO .....	143

# CONSULTA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ROMANO

Bernard Manzano – Torres Vignol\*

## Introducción

Situaciones constitucionales romanas en referencia a los problemas de gobernabilidad y a las respuestas a esos problemas de acuerdo al Derecho Romano público y privado y su proyección al presente.

Ideas previas sobre el derecho romano: El Magistrado consulta a los ciudadanos reunidos en Comicios para aprobar LEYES:

La historia de Roma nos indica que las consultas al pueblo romano son parte del ejercicio de la democracia en los diferentes períodos de su historia, especialmente al inicio en la monarquía y, con mayor razón, en el período de la república.

Tales consultas son realizadas a las asambleas (*tributa, curiata o centuriata comitia*) comicios por Tribus, por Curias, por Centurias y (*Concilia Plebis*) comicio de la Plebe, para aprobar las leyes que los Magistrados investidos de *Potestas et Imperium* esto es: poder de ordenar desde el punto de vista administrativo y poder de mando político respectivamente y que tienen además el *lus agendi cum populo*<sup>1</sup> (derecho de convocar

---

\* Abogado de los Juzgados y Tribunales del Ecuador, Doctor en Derecho, Fundador del Estudio Jurídico Manzano & Asociados; Profesor Titular de Derecho Romano en la Universidad Católica Santiago de Guayaquil desde 1.975. Experiencia de 36 años en las áreas de: Derecho Civil, Derecho Obligaciones, Derecho Laboral, Derecho Societario, Derecho Procesal (litigios y arbitraje), Derecho Administrativo. Catedrático de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, desde 1.975, en las materias de Derecho Romano, Pensamiento Jurídico Romano y Contratos en idioma Inglés. bmanzano@lexmanzano.com

<sup>1</sup> (Alfredo Di Pietro Derecho Privado Romano ediciones Depalma Buenos Aires 1996 pag7)

al pueblo a comicios y proponer leyes, facultad concedida a los consules, los pretores y los tribunos de la plebe).<sup>2</sup>

Para los Romanos la soberanía reside en el *populus* (patricios y plebeyos) y por lo tanto la ejercen directamente y sin intermediación de nadie.

Homo Sacer y Estado de Excepción, en la Roma histórica y en el Siglo XXI

Para solucionar problemas de vital importancia para la Nación, el derecho romano propone desde sus más remotos orígenes la figura de *Homo Sacer* entre otras, con la particularidad que esta última está ligada a la declaratoria del estado de excepción.

Homo Sacer.-

La constitución de la figura del *Homo Sacer* corresponde a la respuesta del Derecho Público ante situaciones de evidente peligro para la supervivencia de la sociedad (romana), cuando se ha cometido delitos contra la Nación y contra ciertas obligaciones puntualizadas en la Ley de las XII Tablas.

La pena consiste en consagrar o sacralizar al reo a los dioses infernales y por lo tanto abandonado a su suerte, convirtiéndose en un sujeto carente de todo derecho, por ello se denomina *Homo* y no *persona*, pues esta última denominación estaba reservada a los ciudadanos (*civites*) romanos (a quienes se les inmolaba antes de ajusticiarlos con unguentos conocidos como mola reservados a los dioses protectores); no se puede socializar de ningún modo con ese individuo, se lo ignora, y no obstante si un ciudadano llegare a ejercer violencia y/o muerte no existía sanción alguna por ese hecho, porque se estaba obrando de acuerdo a los sacrificios ofrecidos a los dioses infernales.

---

<sup>2</sup> “Ley es lo que el pueblo romano establecía interrogándolo un magistrado senador, como, por ejemplo, un cónsul. Plebiscito es lo que establecía la plebe interrogándola un magistrado plebeyo, es decir un tribuno.....” Justiniano Institutas L I, T II, IV.

“La ley es lo que el pueblo ordena y establece...” Gaius, Institutas I.3.



La dureza de la pena se basa en la traición a la Patria, por atentar contra la Nación y/o alianza con enemigos, asesinando a un Pater familia o a manera de castigo al patrono que incumple con sus obligaciones para con su cliente de acuerdo con el concepto de relaciones familiares de la familia romana ampliada en la *gens*<sup>3</sup>.

El objetivo es apartar al individuo y entregarlo a la vindicta privada pues al ser consagrado a los dioses infernales pertenece a esos Dioses y no a la sociedad.

En el Derecho Romano subsistirá esa figura especial manteniéndose la naturaleza y causa que la provoca pero su aplicación será para los delitos calificados de traición a la patria, es por lo tanto una pena extraordinaria.

Para una mejor comprensión de lo anterior citemos a Festo en su obra: Sobre la significación de las palabras: "Hombre sagrado es, empero, aquel a quien el pueblo ha juzgado por un delito, no es lícito sacrificarle, pero quien lo mate, no será condenado por homicidio. En efecto en la primera ley tribunicia se advierte que "si alguien mata a aquel que es sagrado por plebiscito, no será considerado homicida", de aquí viene que se suele llamar sagrado a un hombre malo e impuro"

Uso indebido de la declaratoria de Homo Sacer.-

Dirigida a alguien en concreto para imponerla vía procedimiento de excepción (Estado de Excepción y Consultas) cuando se presenta un estado de necesidad basado en la interpretación del gobernante, justa o injusta, o se invocan derechos especiales a través de la declaración del Estado de Excepción que permiten al Príncipe gobernar al margen del Derecho extinguiendo u otorgando derechos según criterios de dominación o apariencia de gobernabilidad, ausentes de toda noción y protección de una Norma; la declaratoria del Estado de Excepción (que contiene la de *homo sacer*) se realiza de acuerdo a los procedimientos considerados, paradójicamente, en los textos constitucionales; o, cuando no lo están, se recurre a las consultas, en la especie de plebiscitos o referéndum, esto es

---

<sup>3</sup> Tabla VIII, 21, Lex Duodecim tabularum

abusando de la más notoria y justa manera de decidir porque el pueblo sigue siendo el detentador de la Soberanía; es el Soberano que se pronuncia aceptando estados de excepción y declaratorias posteriores “legales” de *Homo Sacer* y los Príncipes de todo tiempo se aprovechan de esos pronunciamientos para introducir vía leyes posteriores todos los elementos que consideran necesarios y que saben a ciencia cierta que no los podrían obtener si no fuese a través del mecanismo de consulta.

Con los antecedentes expuestos, corremos traslado al derecho romano, mediante el análisis del tema de fondo: la consulta que se divide en enmiendas y consultas en relación con la naturaleza y declaración del Estado de Excepción y de *Homo sacer* a segmentos de ciudadanos por causas diversas

Estado de Excepción: Incertidumbre del Concepto por la incertidumbre Terminológica.

El estado de excepción es incertudumbre porque se trata de una supuesta necesidad que nos coloca ante una realidad de proporciones y consecuencias imprevisibles; pues, estamos utilizando el derecho y la ley para declarar la ausencia de derecho y de ley; lo que significa la suspensión de los derechos del Pueblo para instaurar la voluntad del mandatario; el pueblo pierde la soberanía en lo concerniente a la ley y especialmente ante una constitución que, por mandato del Poder que declara el Estado de Excepción por voluntad popular (Consulta) en increíble paradoja, el pueblo se despoja de su Soberanía y la entrega al mandatario, repitiéndose el texto de *lex de Imperio Vespasiana*,<sup>4</sup> cuyos efectos regularizan la verdadera intención del príncipe de apropiarse de la soberanía de la Nación.

---

<sup>4</sup> Texto Original de la *Lex de Imperio Vespasiana*: “utique quae ante hanc legem rogatam acta gesta decreta imperata ab imperatore Caesare Vespasiano Aug(usto) iussu mandatuue eius a quoque sunt, ea *perinde iusta rata(ue) sint, ac si populi plebisue iussu acta essent*”; Traducción en español: “Y que los actos ejecutados, los decretos dictados por el emperador César Vespasiano Augusto, sea por orden suya o por orden de uno de sus delegados antes de esta *lex rogata*, que sean tenidos conformes con el derecho y ratificados come si hubiesen sido realizados por orden del *populus* o la plebe”.

Es a todas luces evidente que el Estado de Excepción debería ser excepcionalmente propuesto y/o ordenado por ser, precisamente un modo de gobernar de complicada situación jurídica en la que se da la dualidad de ser un instrumento constitucional que despoja de sus los derechos al Pueblo. Aún en circunstancias gravísimas de estado de guerra o calamidad extrema, fuerza mayor o caso fortuito que paraliza el gobierno normal de la Nación, se concede un Estado de Excepción legal y jurídicamente limitado a las circunstancias que se generan en el *tumultus* que a su vez requiere del *consultum* y es causa del *iustitium* que significa la suspensión de todo el ordenamiento jurídico y como plenitud de los poderes, creándose un estado kenomático, vacío y detención del derecho y en ciertas circunstancias en anómico.<sup>5</sup>

El procedoimiento para obtener el estado de excepción y la declaratoria tácita de Homo Sacer es mediante consulta a los ciudadanos, quienes dependen completamente de la interpretación e intención de quién consulta. De los textos de las enmiendas y de las consultas, no se evidencia peligro alguno que pese sobre la nación, pues todos y cada uno de esos temas pueden ser tratados por la Asamblea vía leyes atendiendo la función legislativa qe le corresponde por mandato constitucional, en el evento de ser cuestiones constitucionales o permitidas por la Constitución.

La teoría jurídica divide la consulta a la Nación en Plebiscitos y Referéndum; el primero para reforma constitucional y el segundo para confirmar decisiones del Mandatario por causas obvias y se formula una sola pregunta clara, concisa y completa.

El estado de excepción debe ser un último recurso, no un adelanto a posiciones políticas futuras que en el caso de negativa serían fatal para la Nación misma.

---

<sup>5</sup> Giorgio Agamben en su obra "Estado de Excepción Homo Sacer II,1" , Editorial Pretextos 2004 España, distingue el estado kenomático (vacío) anómico: sin ley, y el estado pleromático (lleno) y explica la relación entre el tumultus: acto que posibilita medidas excepcionales; el consultum como referido también al senatus consultum ultimus; y el iustitium que en la pluma de Maquiavelo era "romper el ordenamiento para salvarlo" (en su obra "Discorsi", Maquiavelo).

La consulta puesta a consideración por el Presidente de la República es la confirmación de un Estado de Excepción, pues no sigue los pasos que la Constitución prevee para las enmiendas o procedimiento para convertir las respuestas de las consultas en ley, punto principal de este tema.

El preguntante se reserva el “Derecho” de interpretar las respuestas para presentar leyes o reglamentos que serían inconstitucionales unos y otros contrarios a derecho, pues las preguntas les falta concreción objetiva; por lo tanto el pueblo contestaría afirmativamente a lo preguntado sin aprobar la ley que pondría en vigor cuestiones que jamás se precisaron en las enmiendas y en las consultas.

Otra consecuencia, sin justificativo jurídico alguno, es convertir a segmentos de la población en *Homo Sacer*, esto es en individuos sin derecho alguno que los protejan porque se convertirían en una excepción pues el preguntante-mandatario decide crear figuras delictivas cuya interpretación se deja al criterio del preguntante, sin embargo de ya existir en otras leyes de manera legítima y constitucional. La prisión por no afiliación al seguro social convierte una obligación en delito lo que atenta al derecho de libertad para contratar; y, el estado de enriquecimiento no-justificado (Debidamente tratado por el derecho tributario) coloca a cada individuo, que se ampara en el derecho privado, en sospechoso y sujeto a interpretaciones subjetivas colocando a toda la ciudadanía, con excepción de los funcionarios públicos, en una situación desprovista de derechos pues no es lo mismo un enriquecimiento injusto (fuera del derecho) que al enriquecimiento no-justificado que cae en el campo de la valoración subjetiva y a voluntad del poder, lo que equivale a carencia de derecho; así existiría una mayoría de individuos bajo la declaración tácita de *Homo Sacer*, esto es sin derechos y por lo tanto sujetos a las interpretaciones de quienes formulan tales consultas.

Resumen.-

El estado de Excepción conlleva la declaratoria tácita de *Homo Sacer*, pues al estar suspendidos los derechos constitucionales el *Princeps* gobierna y se justifica a sí mismo en el imperio de su voluntad.

Roma ideó el tema del estado de Excepción y la declaratoria de *Homo Sacer* para resolver crisis institucionales precisas y delitos de alta traición a la nación.

Paralelamente creó la magistratura extraordinaria de la dictadura en cabeza de un civite escogido por los cónsules ante el senado para darle solución a un problema en concreto durante máximo seis meses tiempo en el cual los magistrados suspendían su *imperium et potestas* hasta la solución de la crisis.

Por lo tanto Roma pone dos instancias de distinta naturaleza jurídica, prefiriendo aquella de la dictadura pues se hallaba dentro del ordenamiento jurídico y no era necesario crear vacíos mediante leyes por la aparaadoja que presenta tal situación.

De igual modo se formó por una sola vez un cuerpo legislativo excepcional para dictarse la Ley de las Doce Tablas o Decemvirales al inicio del período de la república.

El derecho romano tiene las respuestas a las situaciones jurídicas más diversas y mediante su sistema constitucional no escrito delega poder y faculta el imperio del poder a varias personas que en forma colegiada ocupa anualmente y por elección de los comicios las distintas magistraturas que preveen el *cursus honorum* y que además tiene el derecho de veto entre ellos o ante la asamblea y el poder de convocar al pueblo entre otros instrumentos de gobierno. Tales magistrados forman parte del *Senatus* donde se dictan y emanan los *senatus consultum* que luego de ser promulgados requieren una ley pública que los confirme<sup>6</sup> y acuden a las votaciones a las asambleas o *comitias* formando un co-gobierno entre las clases de los patricios y los plebeyos; y, sin embargo en situaciones de peligro para la vida de la nación se reservan el derecho de utilizar magistraturas extraordinarias como la dictadura y los decemviros y en forma muy ecepcional, ante la aparición de los tumultus que causan el *iustitium* y se incorporan en el *consultum*, deciden suspender todos los efectos del derecho hasta la superación del problema a sabiendas que la única manera de preguntar a la nación (*populus romanus*) es mediante la presentación de leyes ante los comicios pertinentes porque se entiende

---

<sup>6</sup> “ Lo favorisce in primo luogo il fatto che spesso al *senatusconsultum* segue una *lex publica* di conferma...” *Lezioni di storia del Diritto Romano*, pag. 322, quarta edizione G.Crifó, ed.Monduzzi, Bologna, 2005. “lo favorece en primer término que debe seguir al *senatusconsultum* una *lex pública* que lo confirma..”

perfectamente que la soberanía es de cada ciudadano y por lo tanto de la nación.

En los tiempos que corren parecería ser que se escucha la frase “*Sed et quod principi placuit*”<sup>7</sup> en virtud de las leyes vespasianas de la modernidad bajo ropaje de consultas, referendum y plebiscitos. El problema principal sigue siendo la gobernabilidad, que al mandatario le parece limitante y al ciudadano ininteligible.

*En memoria de mi Maestro y Amigo Profesor Doctor Don Giuliano Crifó, fallecido el 26 de Enero 2011 al terminar una conferencia Magistral en el Paraninfo de la Universidad de la Sapienza, Roma.*

Prof. Bernard Manzano-Torres Vignol

---

<sup>7</sup> Traducción en español “lo que le place al príncipe”.-

## EL PODER DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL Y LA VIGENCIA DEL ORDENAMIENTO DE JUSTICIA GARANTISTA Y DEMOCRÁTICO

*“La justicia es la reina de las  
virtudes republicanas y con  
ellas se sustentan la libertad y  
la igualdad”*

SIMÓN BOLÍVAR

Dr. Xavier Garaicoa Ortiz, M.Sc. y D.H.C.<sup>11</sup>

Sostiene acertadamente el tratadista italiano Luigi Ferrajoli (2004) que el modelo (o sistema) garantista de legalidad del Estado, no sólo condiciona al conjunto de las relaciones sociales (las juridifica), sino que también estructura con vínculos sustanciales de justicia a la actividad sistémica de aquel (las legaliza). Correspondería consecuentemente, que el derecho en su formulación -pero también en sus contenidos- sea coherentemente modulado con aquellos valores y con los principios esenciales (fundamentales y aplicativos: Títulos I y II) que configuran constitucionalmente al ordenamiento socio-jurídico, los cuales para el Ecuador son: la libertad y la autonomía individual y colectiva con responsabilidad social y ambiental; la igualdad de acceso y de ejercicio para los ciudadanos/as en la promoción de las diferencias de carácter relevante; la inclusión y equidad sistémicas dentro de un régimen multiarticulado del buen vivir: la justicia sustancial y variada (ordinaria, indígena, alternativa, constitucional); la solidaridad distributiva y organizacional; la seguridad integral para la vida, la dignidad, la ocupación y los bienes de las personas; y, la paz como tolerancia, armonía y cooperación fructífera. Estos valores y principios enunciativo-prácticos conforman el *plexo* histórico-ético al que se remiten en el Preámbulo Constitucional, nuestra convivencia ciudadana diversa e inclusiva y la sociedad de la dignidad

---

<sup>1</sup> Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Guayaquil, Director del Postgrado en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional

como organización colectiva, definidas en el marco de un país democrático.

Esta doble característica de iter-actividad sistémica que le asigna al derecho la constitucionalización del ordenamiento jurídico, consagra la supremacía de los derechos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos (artículo 425) y su vinculatoriedad *erga-omnes* (artículo 426), la cual contiene como una de sus principales garantías a la denominada rigidez del texto constitucional, que nos permite emitir a través del mismo: a) un *juicio de validez* sobre las normas integrantes del ordenamiento en calidad de control abstracto; y , b) un *juicio de pertinencia y de adecuación* de aquellas con los *derechos en desarrollo*. Consecuentemente, como protección para preservar lo esencial de este diseño jurídico y axiológico, dicho texto no puede ser modificado en su contenido sino por *otro proceso político* que desemboque en la elección de una nueva Asamblea Constituyente (artículo 444).

En este diseño el poder constituido (los órganos de potestad establecidos en la Constitución) no está facultado para alterar el contenido de dichos derechos ni el de las garantías constitucionales (artículo 11 numeral 4) haciendo un uso excesivo e indebido de sus atribuciones normativas -lo cual implicaría incurrir en un proceder arbitrario-debiendo por el contrario adecuar permanentemente y de manera obligatoria en su contenido formal y material, las normas vigentes en relación con aquellos (artículo 84)<sup>2</sup>. Únicamente el poder de revisión cuyo titular originario es el pueblo soberano (Sabéte: 2005) podría, por vía de referéndum aprobatorio de la enmienda constitucional (Título IX capítulo tercero) o de las reformas parciales corregir en el primer caso, y reformular parcialmente en el segundo a dicho texto, sin afectar por ello

---

<sup>2</sup> “Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”.



restrictivamente a los derechos y garantías (principio de no restrictividad contenido en el artículo 11, numeral 4)<sup>3</sup>.

Valdría la pena precisar que dicha rigidez formulativa del texto constitucional no implica necesariamente inmovilidad o petrificación de los derechos, sino por el contrario la *ductilidad* y dinamismo de aquellos, según la feliz denominación de Gustavo Zagrebelsky (2005), tal como lo prescribe nuestra Constitución expresamente en el mencionado artículo 11, numerales 5 y 8.<sup>4</sup>

En esa perspectiva, se fusionan para la configuración de los derechos, distintos tipos de actuaciones: la autonomía política de carácter legislativo como iniciativa correspondiente a los representantes y a la ciudadanía (art. 134 de la norma suprema); las políticas públicas con participación de las personas, comunidades y nacionalidades (art. 85 numeral 1 IBID); y, las sentencias jurisdiccionales de origen nacional y las de carácter convencional (art. 93).<sup>5</sup>

Sin embargo, el otro elemento a considerar para la estructuración del “nuevo constitucionalismo latinoamericano” (Viciano y Martínez: 2010), es el de la *participación ciudadana empoderativa* (art. 95); que nos permite formular un *juicio deliberativo intercultural de consentimiento activo* (arts. 23 y 100) dentro de lo que he denominado como “*status activus pluri civitates*” (Garaicoa, 2009).

---

<sup>3</sup> “Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

4 Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”.

<sup>4</sup> Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo”

<sup>5</sup> “Art. 93.- La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional”.

Al respecto cabe señalar que el reconocimiento de la participación y la consagración en la Constitución de mecanismos plebiscitarios y comunitarios de distinta índole, nos permiten calificar al régimen político-constitucional promovido por aquella como el de una demodiferencia intercivilizatoria, la cual incluye en su sistema político junto a la democracia representativa -imperante en la formación y en el funcionamiento del poder estatal- a las expresiones comunitarias étnico-culturales (indígenas, afroecuatorianas y montubias); a las organizaciones y asociaciones populares, sociales y gremiales; así como a cualesquiera otras de libre configuración (de género, etáreas, de intereses compartidos, de identificaciones variadas, etc.). Tanto la pluralidad asociativa y expresiva (simbólica) cuanto la diferenciación normativa de la estructura social y la multiculturalidad característica de aquella, se expresan por medio del principio jurídico de la diversidad englobada, lo cual requiere de una trama flexible institucional tendente hacia la autogestión social a través de la deliberación pública intercultural y de acciones que promuevan un proceso de empoderamiento ciudadano, fundado en la transnormatividad de los derechos, y, en el ejercicio de las libertades políticas individual y colectivamente.

Sin una plena participación popular y comunitaria concebida dentro de un proceso formativo y orientador de valor empoderativo sustancial, la estructura constitucional material y formal del Estado de derechos y justicia se reduciría a un simple enunciado, o en el mejor de los casos, a un garantismo procedimentalizado exclusivamente a través de acciones tutelares regularizadas. Así se deduce de lo establecido por la Corte Constitucional para el periodo de transición al calificar en tal sentido -y no como un mero requisito procedimental- a la consulta previa prelegislativa por ser considerarla derecho colectivo que asiste a las comunidades indígenas. (*“Una consideración general importante es la ratificación del carácter sustancial y no sólo procesal de la consulta previa como derecho colectivo”*. Sentencia N° 001-10-SIN-CC, 18 de marzo del 2010)

Las diversas formas que asume la participación: -la representativa para la conformación de autoridad; la directa a través de iniciativas, proyectos y consultas; y, la comunitaria como expresión de organización étnica o de colectividades- para que cumplan a cabalidad su función de instrumentos promotores de un empoderamiento ciudadano (art. 95) requieren que ellas sean definidas en la perspectiva de alcanzar como su

objetivo estratégico la autogestión social en un proceso de transición socialista; esto es, el convertirlas en artífices para una creciente administración, dirección, gestión, evaluación y autofinanciamiento de la vida social tanto por la ciudadanía y sus diversos colectivos, como por parte de las comunidades étnico-culturales. Por medio de la participación se persigue potenciarlas en su capacidad organizativa e incidencia decisoria sobre los asuntos públicos (art. 96), encaminándolas hacia dicho objetivo; asumiendo su papel dentro un proceso en el cual podrán ir definiendo y entablando múltiples formas de cooperación entre sí, e ir asumiendo responsabilidades crecientemente.

En resumen, tendríamos entonces que los criterios indispensables para mantener la vigencia cabal del ordenamiento de derechos y justicia del Estado, y para garantizarlos en su intangibilidad, las cuales funcionan como límite material para la actuación del poder de revisión constitucional, estarían conformados por:

- a) Un juicio de validez de las normas reformativas para controlar su coherencia con los derechos constitucionalizados;
- b) Un juicio de pertinencia de las mismas para garantizar formula-tivamente su cohesión sistémica con los valores primordiales pluri-nacionales e interculturales; y, su eficacia operativa para el ejercicio de los derechos;
- c) Un juicio de consentimiento activo para dotarla democráticamente de una legitimidad social e intercultural

A partir de estos criterios previos, procedamos entonces a juzgar los asuntos que están puestos en juego por el proceso del referéndum gubernamental reformativo de la Constitución.

**EL JUICIO DE VALIDEZ SOBRE LAS PROPUESTAS PRESIDENCIALES DE ENMIENDAS EN MATERIA PENAL.-** Como ya hemos señalado el juicio de validez deber perseguir el establecer la coherencia o la consistencia de las normas propuestas con los valores y principios establecidos en la Constitución. Siendo la Constitución un conjunto indivisible de normas, ellas tienen sin embargo un peso distinto dentro de la práctica interpretativa, la misma que puede ser: Contextual o

sistémica, como establece el artículo 3 de la misma Ley Orgánica de Garantías Constitucionales numeral 5 en concordancia con el artículo 427 de la norma Suprema; evolutiva o dinámica IBID numeral 4 y artículo 11 numeral 8 de la Constitución y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos; teleológica o finalística tomando en consideración los valores y principios constitucionalizados que persigue el texto que podríamos resumirlos como un régimen sistémico del buen vivir articulado en un tejido de normas, programas e instituciones que sirvan para garantizar la inclusión y la equidad social (art. 340 en el Título VII); y, una participación ciudadana intercultural empoderativa (Título V artículos 95, 100 y 103).

El proceso de consulta popular reformatorio del texto constitucional, debe considerar precisamente tal peso que le sirve para aplicar el límite preservador del núcleo fundamental de los derechos, el mismo que está enunciado como uno de los principios para la aplicación de los derechos (ver artículo 11, numeral 4)<sup>6</sup>, y como parte de las garantías constitucionales para protegerlos adecuadamente frente a la acción legisferante y de revisión constitucional, preservándolo así en su eficacia jurídica (artículo 84 Título III GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, Capítulo primero. Garantías normativas).

¿En qué consiste una enmienda constitucional? Esta denominación proviene del constitucionalismo estadounidense (*constitutional amendment*) y se refiere a una modificación (*amend*) de una norma de rango constitucional por otra de similar rango aunque de origen legislativo, apelando a un procedimiento reforzado especial (*act of Congress*), e implica un cambio de perspectiva en la respectiva fuente del derecho. En nuestra norma constitucional se excluye, de este acto modificatorio a:

- 1) La estructura fundamental de la Constitución enunciada desde el Preámbulo como construcción ciudadana en diversidad y armonía para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*. En consecuencia

---

<sup>6</sup> Art. 11.- *El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:*  
5. *En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.*

ninguna reforma puede alterar este régimen de inclusión y de equidad social.

- 2) El carácter constitucional de derechos y justicia social, unitario, intercultural y plurinacional; y, aquellos elementos constitutivos del Estado (Título I) de carácter simbólico y multilingüístico (art. 2), materiales (recursos y patrimonio natural y cultural), territoriales (artículo 4) y poblacionales (capítulo segundo ibid).
- 3) El contenido o núcleo irrestringible de los derechos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos. Cabría señalar de paso, que este último factor tampoco puede ser cambiado por medio de una reforma parcial como la prevista por el artículo 442 de la Constitución<sup>7</sup>.

Cualquier otra propuesta que rebase tales límites precisaría de un proceso de ratificación "*ultra ordinem*" sujeto al tratamiento reconstitutivo del artículo 444. Al respecto, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece en su artículo 101 numeral 1 que:

*"Cualquier proyecto normativo que tenga por objeto o efecto restringir el alcance de los derechos y garantías constitucionales fundamentales o modificar el régimen procedimental de reforma a la Constitución, sólo podrá tramitarse de acuerdo con el procedimiento previsto en el*

---

<sup>7</sup> "Art. 442.- La reforma parcial que no suponga una restricción en los derechos y garantías constitucionales, ni modifique el procedimiento de reforma de la Constitución tendrá lugar por iniciativa de la Presidenta o Presidente de la República, o a solicitud de la ciudadanía con el respaldo de al menos el uno por ciento de ciudadanas y ciudadanos inscritos en el registro electoral, o mediante resolución aprobada por la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional. La iniciativa de reforma constitucional será tramitada por la Asamblea Nacional en al menos dos debates. El segundo debate se realizará al menos noventa días después del primero. El proyecto de reforma se aprobará por la Asamblea Nacional. Una vez aprobado el proyecto de reforma constitucional se convocará a referéndum dentro de los cuarenta y cinco días siguientes. Para la aprobación en referéndum se requerirá al menos la mitad más uno de los votos válidos emitidos. Una vez aprobada la reforma en referéndum, y dentro de los siete días siguientes, el Consejo Nacional Electoral dispondrá su publicación".

*artículo 444 de la Constitución, a través de la convocatoria a una Asamblea Constituyente<sup>8</sup>.*”

Esta cláusula de cierre permite modificar (enmendar) o reformular parcialmente de manera limitada el texto constitucional, cumpliendo para ello con algunos requisitos reforzados, tras lo cual se pueda proceder a convocar a un referéndum ciudadano. Entre dichos requisitos se incluye el dictamen previo de la Corte Constitucional con la calificación por dicho organismo de la sujeción a la que se someterá el procedimiento diferenciado correspondiente que le fuere aplicable para cada uno de los casos.

El respectivo juicio de validez entonces, consistiría en concluir si los textos presentados restringen derechos y garantías (3), o afectan al carácter y elementos constitutivos del Estado (2), o si cambian la estructura de la Constitución (1).

Refiriéndonos en concreto a la propuesta gubernamental, la pregunta 2 que busca reformar el numeral 1 del artículo 77, se la debió formular lógicamente como la primera, ya que ella se refiere a un cambio sustancial en la medida excepcional de la prisión preventiva, carácter que posee como parte de los derechos de protección (capítulo octavo del Título II) para el enjuiciado dentro del debido proceso, con el cual se pretende salvaguardar para aquellos los derechos de libertad, derechos que se encuentran previstos en el artículo 66 –en particular los que se refieren a la igualdad formal, material y no discriminación (numeral 4); los de libre tránsito por el territorio nacional (numeral 14), y otros conexos con el libre desarrollo de la personalidad (numeral 5); con el derecho al honor y al buen nombre (numeral 18), y, el de participar en la vida cultural de la comunidad (numeral 24)-. Estos derechos de protección consagran como una garantía procesal, al principio universal de presunción de inocencia del encausado y a su tratamiento procesal como

---

<sup>8</sup> Art. 444.- *La asamblea constituyente sólo podrá ser convocada a través de consulta popular. Esta consulta podrá ser solicitada por la Presidenta o Presidente de la República, por las dos terceras partes de la Asamblea Nacional, o por el doce por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. La consulta deberá incluir la forma de elección de las representantes y los representantes y las reglas del proceso electoral. La nueva Constitución, para su entrada en vigencia, requerirá ser aprobada mediante referéndum con la mitad más uno de los votos válidos.*

tal, hasta que no exista resolución firme o sentencia ejecutoriada. De este principio precisamente es de donde deriva la excepcionalidad como medida de aseguramiento que tiene la prisión preventiva, aplicando por el juez para poder decidirla, un criterio de proporcionalidad propio de la legalidad que requiere el empleo ponderado del poder punitivo, basándose en la necesidad procesal<sup>9</sup>.

EL JUICIO DE PERTINENCIA O COHESIÓN.- En subsidio de lo hasta aquí señalado, cabría añadir que las denominadas Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de Libertad (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990 prescriben:

*Restricción.*

*2. Alcance de las medidas no privativas de la libertad (...) 2.3. A fin de asegurar una mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia.*

*6. La prisión preventiva como último recurso. 6.1 En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima. 6.2 Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva no deberán durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla y deberán ser aplicadas con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano. 6.3 El delincuente tendrá derecho a apelar ante una autoridad judicial u otra*

---

<sup>9</sup> " Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

*1. La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva".*

*autoridad independiente y competente en los casos en que se imponga prisión preventiva (...). 8. Imposición de sanciones. 8.1 La autoridad judicial, que tendrá a su disposición una serie de sanciones no privativas de la libertad, al adoptar su decisión deberá tener en consideración las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima, quien será consultada cuando corresponda. 8.2 Las autoridades competentes podrán tomar las medidas siguientes: a) Sanciones verbales, como la amonestación, la represión y la advertencia; b) Libertad condicional; c) Penas privativas de derechos o inhabilitaciones; d) Sanciones económicas y penas en dinero, como multas y multas sobre los ingresos calculados por días; e) Incautación o confiscación; f) mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización; g) Suspensión de la sentencia o condena diferida; h) Régimen de prueba y vigilancia judicial; i) Imposición de servicios a la comunidad; j) Obligación de acudir regularmente a un centro determinado; k) Arresto domiciliario; l) Cualquier otro régimen que no entrañe reclusión, m) Alguna combinación de las sanciones precedentes (...).*

*Plazo Razonable*

*11. Duración (...) 11.1 La duración de las medidas no privativas de la libertad no superará el plazo establecido por la autoridad competente de conformidad con la Ley. 11.2 Estará prevista la interrupción anticipada de la medida en caso de que el delincuente haya reaccionado positivamente a ella (...).*

Queda claro entonces que como medida de aseguramiento, el objeto de la detención provisional debería ser por tanto, la prevención de acciones que podrían poner en riesgo los derechos e integridad de otras personas o de colectivos, o, que pudiesen causar detrimento al ejercicio de la acción judicial y sancionadora del Estado. Para recurrir a la misma, el juzgador previamente debe efectuar un juicio de proporcionalidad para determinar el *quantum* adecuado en intensidad de la intervención a realizar sobre el derecho de libertad del inculpado (aun inocente procesalmente), el cual puede ser de carácter grave, con la posibilidad en este caso de ocasionar violación de ese derecho y del más alto deber del Estado consistente en respetar aquellos, lo cual puede conllevar a reparaciones por responsabilidades judiciales y administrativas provenientes de la susodicha decisión de aplicar la detención. El juez puede optar igualmente por una afectación de intensidad media recurriendo a la



limitación de la libertad personal (prohibiciones de salir del país o de ausentarse sin permiso del lugar del proceso), o también, de otra con un carácter leve aplicando tan sólo obligaciones para el comportamiento personal del inculpado (mandato de presentarse o de reportarse periódicamente ante el juez).

La propuesta que trae la pregunta 2 ignora totalmente estos principios y garantías fundamentales al reemplazar el término empleado por el constituyente de excepcionalidad para la aplicación de la privación de libertad, por otro en el cual aquella simplemente *"no será la regla general"*; convirtiendo de esta suerte a una medida que busca ser justa en la restricción debida y necesaria a un derecho, la libertad, y a una garantía procesal, la presunción de inocencia, en una regla restrictiva de aplicación obligatoria, cuya excepción en la cual se permitiría aplicar otras medidas sustitutivas, sería únicamente para los casos de *"aquellos delitos que, de acuerdo con la ley, sean susceptibles de ventilarse mediante procedimientos especiales"*.

¿Cuáles son las restricciones que se promueven para los derechos con esta propuesta?

- a) Restricción desproporcionada y arbitraria del contenido de los derechos de libertad, al promover como regla principal la detención provisional y tan sólo como regla de aplicación subsidiaria, a otras medidas no privativas de libertad, aplicables en aquellos casos tipificados penalmente en los que se recurra a procedimientos especiales. Se deja de lado por tanto, al juicio de proporcionalidad para decidir la medida y al criterio de necesidad como fundamentos razonables para aquella.
- b) Violación al principio garantista de la presunción de inocencia y al tratamiento como tal, el cual configura un derecho de protección judicial para asegurarle un debido proceso al acusado, su igualdad procesal y la paridad de armas frente a la acusación, indispensables además como estándares para ejercer sin restricciones indebidas su derecho a la defensa.

En conclusión, esta "enmienda" no es tal por cuanto infringe la cláusula de cierre para el poder de revisión constitucional, la misma que

prohíbe incluir en estos contenidos de tal naturaleza restrictiva, por lo que no debería calificarse en el dictamen de la Corte Constitucional como idónea para ser sometida a referéndum:

En lo que respecta a la primera pregunta que trae como propuesta enmendar el numeral nueve del artículo 77, por intermedio de ella se derogaría tácitamente el plazo de duración prescrito por la Constitución para la prisión preventiva, transfiriendo al legislador la atribución -que fuese ejercida por el constituyente- de fijar en el texto constitucional dicho plazo, agregándole que éste fije obligatoriamente unas condiciones que tomen "*en consideración a la gravedad del delito y la complejidad de la investigación*". Tal derogatoria tácita de la concesión de una atribución prescriptiva sobre reglas de aplicación (plazo y condiciones para la prisión preventiva) nos permite señalar que estamos frente a una reforma parcial del texto constitucional, cuyo trámite y aprobación le correspondería a la Asamblea Nacional como paso previo a la convocatoria a referéndum, conforme al artículo 442 de la Constitución. La única observación sobre esta consideración -subsancable por el trámite parlamentario de otra parte- sería el que, a diferencia de la tipicidad legal del delito y del respectivo criterio de proporcionalidad de la pena prevista que aquella conlleva, podría considerárselo como legítimamente fundamentable, a condición de que dejásemos de lado la predeterminación establecida por el proyecto para que el legislador introduzca obligatoriamente la disposición de que el juez emita su criterio en base a una imprecisa y discrecional calificación acerca de la "*complejidad de la investigación*", sobretodo porque está última no es propia de una fase procesal donde deben aducirse pruebas incriminatorias y ya no meras hipótesis a verificar.

LA REFORMA EN LA CONFORMACIÓN DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA.- Esta vez, tratándose de un órgano de gobierno de la potestad ejercida por la función judicial- al cual el artículo 181 de la Constitución le dota de funciones rectoras, nominadoras y presupuestarias sobre dicha función, con exclusión expresa de los asuntos correspondientes a los órganos autónomos que son la Defensoría Pública y la Fiscalía- el juicio de validez sobre la coherencia con la organización de las potestades estatales debe considerar los principios republicano, representativo, plurinacional, participativo y responsable a los que se encuentran sujetas en su accionar; así como al de pertinencia o cohesión

sistémica con los derechos y garantías al que se debe dar cumplimiento por medio de los principios específicos que se les asigna en el capítulo cuarto del Título IV, por lo que sería procedente que se lo realice conjuntamente con el juicio sobre el consentimiento activo de la participación ciudadana.

Para la propuesta que formula el anexo 4, con el cual se reemplazaría el artículo 20 del Régimen de Transición de la Constitución, es válida la consideración expresada anteriormente sobre el trámite requerido para enmienda mediante referéndum, al tratarse de una atribución que permite el ejercicio de una administración con carácter provisional, con atribuciones concursales y nominativas, las cuales no afectan ni al carácter ni a los elementos del Estado ya señalados, consecuentemente podría calificársela como tramitable mediante el procedimiento del artículo 441.

Sin embargo, en lo que respecta al anexo 5 que nos propone enmendar la integración definitiva del Consejo de la Judicatura y a sus funciones, tal como está concebida, conduciría a afectar un principio fundamental referente al carácter del Estado como ser la participación ciudadana empoderativa, al eliminarse en su integración a los vocales que deben ser designados mediante concurso público, como dispone la Constitución, sustituyéndolos con delegados de los órganos de potestad estatal. Se podría haber integrado quizás a estos delegados a la estructura del Consejo por medio de una propuesta de enmienda formulada para completar la integración del Consejo que trae la Constitución, sin excluir a los vocales. Otra causa de afectación, provendría de la no mención por el proyecto de la integración en dicho organismo, de un representante por la justicia indígena, lo cual permitiría proveerlo del carácter intercultural y plurinacional que prescribe la Constitución en calidad de principio fundamental constitutivo para el Estado, permitiendo así que se pudiese conformar cual instancia de participación, tal como lo dispone el artículo 100 de la norma suprema<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Art. 100.- *En todos los niveles de gobierno se conformarán instancias de participación integradas por autoridades electas, representantes del régimen dependiente y representantes de la sociedad del ámbito territorial de cada nivel de gobierno, que funcionarán regidas por principios democráticos. La participación en estas instancias se ejerce para:*

*1. Elaborar planes y políticas nacionales, locales y sectoriales entre los gobiernos y la ciudadanía.*

No se justifica de otra parte, que pasen a formar parte de dicho Consejo los órganos autónomos previstos de capacidad nominadora, de dirección y presupuestaria propias, como son la Defensoría Pública y la Fiscalía.

Por tanto, siendo además incompatible con los principios que caracterizan al Estado constitucional de derechos y justicia, el resultado es que aplicando el juicio de validez, el de pertinencia y el de consenso activo, llegaremos a la conclusión de que tal propuesta de integración definitiva para el Consejo de la Judicatura, no es calificable como enmienda para someterla a referéndum por su carácter *ultra-ordinem*, lo cual la remitiría al proceso previsto por el art. 444.

### EPÍLOGO

El ejercicio de la revisión constitucional, sobretodo en constituciones que como la nuestra son el fruto de una aprobación popular por vía de un referéndum ratificatorio, sólo puede descansar en la expresa voluntad popular como desenlace al que conduce un proceso de iniciativa presidencial o legislativa, debidamente calificado por la Corte Constitucional en su validez de alcance y en su intención (el sentido u orientación que imprime a los derechos múltiples y la variada aplicación e imperio de los que dota a los mismos); en la eficacia que les provee y la coherencia que les confiere para su aplicación integral; y, en su legitimación por la activación de los procesos de autonomía social que consagra, a través de los cuales promueve el protagonismo ciudadano. Tan sólo así se potencia el carácter del Estado como uno de Derechos y Justicia que persigue una vida buena colectiva –inclusiva en la diversidad y equitativa- garantizando a los ciudadanos y a las comunidades las diferencias que aquellos

---

2. *Mejorar la calidad de la inversión pública y definir agendas de desarrollo.*

3. *Elaborar presupuestos participativos de los gobiernos.*

4. *Fortalecer la democracia con mecanismos permanentes de transparencia, rendición de cuentas y control social.*

5. *Promover la formación ciudadana e impulsar procesos de comunicación.*

*Para el ejercicio de esta participación se organizarán audiencias públicas, veedurías, asambleas, cabildos populares, consejos consultivos, observatorios y las demás instancias que promueva la ciudadanía.*

consideren relevantes (étnico-nacionales, de género y socio-culturales e ideológicas) y aplicando normas de acción afirmativa para su despliegue.

Estas consideraciones son particularmente trascendentes cuando se ponen en juego garantías procesales protectivas de los derechos de libertad como demuestra la experiencia histórica.

No todo "*cambio*" es necesariamente sinónimo de transformación renovadora en libertad, en el sentido de una orientación democratizante de la vida social (Lukács), que afiance una creciente autonomía de gestión y el control popular y societal.

El Estado como aparato represivo, se encuentra apenas contenido dentro de los marcos del Estado de legalidad. Y en ocasiones dicho rasgo no tan sólo asoma sus orejas arbitrarias en actuaciones preñadas de abusos y de excesos contra la integridad y la vida de la ciudadanía, sino que muestra sus colmillos fieros y amenazadores aprovechándose de los momentos de crisis, como acaeció durante la asonada facciosa de la policía el 30 de septiembre.

Los clamores por la seguridad pública frente al incremento de actos delictivos suelen ignorar que aquella no es posible ni tolerable sin preservar los valores de la libertad, la justicia y la igualdad como reclama desde el epígrafe de este trabajo la palabra premonitoria del Libertador. Juan Montalvo por su parte, nos advertía sobre situaciones en las que se ve amenazada la libertad y en las cuales los ecuatorianos podemos ser tratados desde el nacimiento hasta la tumba como "*sospechosos*". Sin embargo, continúan aun produciéndose razonamientos de esa laya entre algunos círculos de poder ubicados dentro y fuera del Estado, alentando las posiciones autoritarias entre algunos funcionarios.

El tratadista italiano Gustavo Zagrebelsky nos recuerda que no puede haber justicia si no contamos con la libertad individual y colectiva para perseguirla, ni tampoco podrá haber libertad a plenitud sin una justicia cabal y sustancial que valga la pena de ser buscada a manera de horizonte móvil para nuestros sueños. El exordio que colocase en rojas enseñas colocadas subrepticamente en las pétreas cruces quiteñas Eugenio Espejo, continúa marcándonos una senda a seguir: Seamos Libres.

Guayaquil, 9 de febrero del 2011.

## BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, Manuel y RUIZ, Juan.- La piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos.- Editorial Ariel S.A., Barcelona 2004.

CARBONELL, Miguel.- Garantismo Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli.- Editorial SANTOS, Boaventura de Sousa.- El milenio huérfano. Ensayo para una nueva cultura política. Editorial Trotta, Madrid 2005

CORTE CONSTITUCIONAL, Quito 2010 VV.AA.- Los nuevos retos de América Latina Socialismo y Sumak Kawsay.- SENPLADES, Quito 2010

CRUZ PARCERO, Juan Antonio.- El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos.- Editorial Trotta S.A., Madrid 2007

CHAGUACEDA, Armando (compilador).- Participación y Espacio Asociativo.- Publicaciones Acuario del Centro Félix Varela, La Habana 2008

DE VEGA GARCÍA, Pedro.- La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente.- Tecnos S.A. Madrid 1192

GARAICOA ORTIZ, Xavier.- Perspectiva del régimen constitucional del buen vivir y del empoderamiento ciudadano.- Editorial de la Universidad de Guayaquil, 2009

FERRAJOLI, Luigi.- Derechos y Garantías. La ley del más débil.- Editorial Trotta, Madrid 2004

GUASTINI, Ricardo.- Interpretación, Estado y Constitución.- ARA editores, Lima 2010

MEJÍA QUINTANA, Oscar.- Derecho, legitimidad y democracia deliberativa.- Editorial Temis S.A. Bogotá 1998

LONDOÑO AYALA, César Augusto.- Medidas de Aseguramiento. Análisis constitucional, Ediciones Nueva Jurídica Bogotá 2009

LUKÁCS, Georg.- El hombre y la democracia.- Editorial Contrapunto S.A. Buenos Aires 1989

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando.- Antijuridicidad penal y sistema del delito.- J.M. Bosch editor, Barcelona 2001

OROZCO, Iván y GOMEZ, Juan Gabriel.- Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal.- Editorial Temis S.A. Bogotá 1999

SABÉTE, Wagdi.- Pouvoir de révision constitutionnelle et droits fondamentaux.- Presses Universitaires de Rennes, France 2005

REVENGA, Miguel.- Seguridad Nacional y Derechos Humanos. Estudios sobre la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.- Editorial Aranzadi S.A. Navarra 2002

VALADÉS, DIEGO.- El control del poder.- Universidad Nacional Autónoma de México.- EDIAR, Buenos Aires 2005

VICIANO, Roberto y MARTÍNEZ, Rubén.- Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano; en: El nuevo constitucionalismo en América Latina.- Corte Constitucional, Quito 2010

# CARTA ABIERTA SOBRE LA CONSULTA POPULAR

Jorge Zavala Egas\*

## INTRODUCCIÓN

Una Constitución es la que organiza la sociedad en que vivimos y nos señala quiénes mandan, qué mandan, por qué mandan, cómo mandan y para qué mandan, además, qué derechos no nos pueden quitar o limitar los que mandan.

Toda Constitución supone un *poder* que la haga y que, a su vez, tenga capacidad para reformarla. Ese poder lo ejerces tu, yo, nosotros.

Se trata del *poder constituyente* que ejercemos los votantes al dictar una Constitución nueva y que lo hacemos en una *etapa originaria o primaria* y que cuando se trata de reformar esa misma Constitución lo desarrollamos en una *etapa derivada o secundaria*.

Se trata, en definitiva, de un poder, el que ejercemos, constitucionalmente determinado que adopta el nombre de poder de enmienda o reforma constitucional.

Nuestra Constitución lo regula por las normas que constan en los artículos 441 a 444 y establece los procedimientos dependiendo si se trata de una *enmienda* o de una *reforma* a la Carta Fundamental.

*Enmienda* es si el cambio a la Constitución que debemos decidir amerita poco debate, escasa argumentación y más obedece a concepciones de vida que cada uno de nosotros posee.

*Reforma* es si, por el contrario, lo que vamos a variar de la Constitución requiere un intercambio de opiniones con mayor extensión en el tiempo, con mayor profundidad en el análisis y con razones

---

\* Profesor de postgrado en las Universidades Católica y Espíritu Santo de Guayaquil.



objetivas que nos determinen a decidir sea por el sí o sea por el no al cambio que nos proponen.

Para conocer, precisamente, la respuesta que vamos a consignar con nuestro voto (el "sí" o el "no"), acerca del cambio a la Constitución, es que se realiza la *consulta popular*.

La consulta popular por ser la institución mediante la cual se reforma nuestra sociedad, su organización de poder y nuestros derechos debe ser difundida en forma amplia en cuanto a las consecuencias que vendrán de nuestro voto, sea el sí o el no.

De ahí la necesidad de entregarte este instrumento de estudio para que adoptemos la decisión más positiva para nuestros hijos, nuestro pueblo y nuestro futuro como Nación.

#### PREGUNTAS DE REPASO

Antes de votar tomémonos el trabajo de contestar las siguientes preguntas y adquiramos conciencia que vamos a ejercer un poder en función del futuro de todos:

- ¿Qué se incluye en la Constitución?
- ¿Qué poder hace la Constitución y en qué etapa de su ejercicio?
- ¿Ese mismo poder la puede cambiar y en qué etapa?
- ¿Cuándo el cambio a la Constitución se denomina enmienda?
- ¿Cuándo la alteración de la Constitución se llama reforma?
- ¿Cómo se llama la institución por la que se nos convoca a decir SI o decir NO a los cambios a la Constitución que se nos proponen?
- ¿Qué vamos a decidir en la consulta popular convocada para el 7 de mayo de 2011?

## SOBRE LA FORMA DE LAS PREGUNTAS QUE NOS HACEN

La Consulta Popular se divide en dos grupos de preguntas: el primero se refiere a temas que debemos contestar desde el punto de vista, no de nuestras preferencias personales, sino meditando sobre la libertad de todos la que debemos respetar, apoyar y compartir.

En ese primer grupo hay preguntas que se refieren a cuestiones de índole moral, otras a temas de culturas de sectores poblacionales y alguna que tienen incidencia en cuestiones de derechos y que nuestro voto puede cambiar en detrimento de los mismos.

En el segundo grupo se nos formulan preguntas con respecto a regulaciones jurídicas que el gobierno quiere cambiar y que, precisamente, por saber que no tiene legitimidad para hacerlo nos pide nuestro consentimiento para emprender por esa vía de reforma a la Constitución.

La institución de la Consulta Popular es por lo general democrática, pero no por el hecho simple de consultarnos lo es, se trata con ello de cumplir una condición necesaria, pero que no es suficiente. Lo democrático es connatural a la consulta siempre que ésta cumpla con insertarse en el campo del debate amplio, que involucre el conocimiento pleno de lo que votamos, por qué y para qué lo hacemos en el sentido del Sí o del No y, sobre todo, de las consecuencias que ese voto traerá al Ecuador actual y al futuro de las nuevas generaciones.

Desde este punto de vista escribo esta carta abierta que recoge los razonamientos posibles para decidir nuestro voto, es un simple aporte a la reflexión y que no comunica términos o conceptos técnicos que requieran preparación especializada en Sociología, Política o Derecho. No contiene prejuicios ni conlleva malas intenciones, se trata de un ensayo de razonamiento conjunto.

Es la Universidad llegando con un mensaje amistoso a los votantes de nuestro país.

PRIMER GRUPO: PREGUNTAS REFERIDAS A TEMAS MORALES, CULTURALES Y SOCIALES

PREGUNTA 1

*¿Está usted de acuerdo que la Asamblea Nacional, sin dilaciones, dentro del plazo establecido en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, a partir de la publicación de los resultados del plebiscito, tipifique en el Código Penal, como un delito autónomo, el enriquecimiento privado no justificado?*

Explicación de la pregunta:

Nos preguntan si estamos de acuerdo en ordenar a los legisladores que, en el Código Penal, creen una figura que imponga pena a todo aquel que incremente su patrimonio de manera que no lo pueda justificar.

Lo que nos invitan a decidir es si creemos o no que es necesario crear una nueva conducta delictiva que consista en que todo nuevo incremento de nuestros bienes (*enriquecimiento*) se deba justificar. Por ejemplo, si adquirimos un vehículo para cualquiera de nuestros hijos y no sea justificado el gasto que hacemos en comparación con nuestra declaración de impuesto a la renta, se convierte en delito común sancionado con prisión, además, del correspondiente delito tributario que se ha cometido al momento de la declaración tributaria y que también se reprime con prisión.

Se trata de la creación de un nuevo delito especial que tendrá como característica el que la carga de la prueba sea del dueño de un patrimonio cualquiera que, a criterio de la autoridad que fuese, no pueda justificar, teniendo en cuenta su nivel de ingresos declarado ante el Servicio de Rentas Internas la que podrá constatar lo adquirido sobre la base de la declaración patrimonial, cuando sea del caso o de la declaración de impuesto a la renta, siempre.

No expresa la regulación propuesta cómo justificar y cuándo se considera justificado, eso queda a criterio del legislador cuando dicte la norma que tipifique el delito.

#### Razones para el Sí:

Lo que decidan votar Sí serán aquellos que tengan la convicción que es una figura legal necesaria para impedir que las personas realicen circulación de riqueza que no esté rígidamente controlada por las autoridades competentes.

El voto afirmativo implica una adhesión a incrementar el control burocrático sobre la vida económica de las personas, incluyendo su capacidad de medir y evaluar los bienes que adquiere, pues, será esa la manera en que se pueda justificar lo adquirido siempre que se compare con la realidad declarada de su estatus económico.

#### Razones para el No:

Los que votaremos No somos aquellos que sabemos que es una figura innecesaria, pues, todo enriquecimiento privado se encuentra ya considerado como delito, por ejemplo, en el caso de fraude en el pago de impuestos, lavado de activos, en las estafas y defraudaciones a la propiedad ajena, en la usura, etc.

Los que decidimos No sabemos que esa figura penal representará un medio más a disposición del poder público de perseguir, enjuiciar y encarcelar a los que a bien tenga, pues, bastará con señalar que una propiedad adquirida no se ha justificado a cabalidad, en la forma que considera el gobierno debe ser justificada o en el monto que debió ser hecha para desatar la represión penal.

Los que creemos que el voto No se debe imponer en nuestro país es porque hemos visto como esa figura penal en nuestra vecina Venezuela ha servido para perseguir a los principales opositores al régimen del dictador Chávez.

## PREGUNTA 2

*¿Está usted de acuerdo que en el país se prohíban los negocios dedicados a juegos de azar, tales como casinos y salas de juego?*

Explicación de la pregunta:

La pregunta no requiere mayor análisis y se trata de expresar nuestra opinión sobre si queremos al Ecuador libre de casinos y más negocios dedicados al juego de azar como las salas de tragamonedas.

Razones para el Sí:

Votará Sí aquellos que piensen que estas empresas hacen más daño que el reporte de beneficios al país como el que se genera por el pago de impuestos, en ser centros de empleo para miles de familias y que son necesarios para atraer el turismo al país, sobre todo para las zonas que viven de este rubro como las playas y determinados cantones de la sierra y el oriente ecuatoriano.

Se decide por el Sí aquellos que piensen que los casinos y salas de juego no deben existir de plano en el Ecuador, esto es, no son los que abogan por una adecuada y estricta regulación de personas que puedan ingresar, de horarios y zonas de atención, de control de calidad de dichos juegos, pues, ello está en manos de los actuales gobernantes hacerlo con nuestra legislación vigente.

Razones para el No:

Seremos adherentes al No aquellos que pensamos que lo único que se logrará con la prohibición es convertir a los juegos de azar en negocios clandestinos que serán fuente de corrupción a nuestras autoridades.

Votar No es impulsar a las autoridades que fortalezcan los controles sobre los casinos y salas de juego tanto en el orden policial como en el de las relaciones laborales y tributarias.

Decidir por el No es darle oportunidad al turismo receptivo en el Ecuador en muchas ciudades que lo tienen potencialmente y que no lo

concretan por falta de atracciones sanas como son las salas de juegos y casinos.

### PREGUNTA 3

*¿Está usted de acuerdo que en el cantón de su domicilio se prohíban los espectáculos que tengan como finalidad dar muerte al animal?*

Explicación de la pregunta:

No se nos pide que nos pronunciemos contra la matanza de los animales, sino saber si estamos de acuerdo que no se lo haga en espectáculos públicos que tengan como centro esencial de atracción dar muerte al animal.

Por otra parte, nos preguntan si estamos de acuerdo que en nuestro Cantón no se realicen tales espectáculos, no obstante que puedan realizarse en los demás, esto es, que maten toros, gallos o pescados en otro gobierno seccional, pero no en el que habitamos.

Razones para el Sí:

Sería voto Sí el de aquel ciudadano que logre dilucidar cuál es la diferencia para el Ecuador que se maten toros en las corridas de Quito, Riobamba o Ambato, pero no en Guayaquil o en Salinas o que se maten los gallos entre sí en Yaguachi, en Santa Lucía o Daule, pero no en Cuenca ni en Quito.

Vota Sí el que estime que esos espectáculos públicos en nuestro país causan algún mal a la psicología de las personas en cuanto a su tendencia a la violencia, pero, sin embargo, ningún estudio serio en ningún país del mundo avala esa teoría.

Razones para el No:

Votaremos No aquellos que pensamos que son espectáculos al que todo adulto tiene derecho de asistir como de no hacerlo.

Decimos No aquellos que sabemos que hombres y mujeres que aportan mucho a la cultura de nuestro país son aficionados a la fiesta de

los toros y que, precisamente, por su bagaje intelectual disfrutaran de la misma y la creen un rasgo cultural de nuestro país.

Depositaremos nuestro voto No aquellos que creemos que el gobierno debe ocuparse de otros asuntos y no de las preferencias que tenemos para asistir a los espectáculos que nos causen placer. Mañana será el box, después será la pesca y, finalmente, será el fútbol con la excusa que hay demasiada violencia en cada partido.

#### PREGUNTA 4

*¿Está usted de acuerdo que la Asamblea Nacional, sin dilaciones, dentro del plazo establecido en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, expida una Ley de Comunicación que cree un Consejo de Regulación que regule 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 criterios de responsabilidad ulterior de los comunicadores o los medios emisores?*

#### Explicación de la pregunta:

La pregunta es de la mayor importancia, pues, tiene que ver con nuestra libertad de información y con la libertad de comunicación en nuestra sociedad, sin las cuales viviríamos en una especie de aldea aislada de la vida planetaria.

Concretamente, primero, nos piden que decidamos que los asambleístas dicten una ley por la cual se cree un organismo, llamado Consejo de Regulación, pero que nosotros no decidimos su conformación, sino que lo hará la mayoría de la Asamblea que es afín al Presidente de la República, es decir, un nuevo ente de burócratas con mayoría de gobierno.

Segundo, se nos pregunta si estamos de acuerdo en que ese Consejo regule, o sea, supervise, controle y sancione la difusión de contenidos de los programas de televisión, radio y de publicaciones de periódicos y revistas que, a criterio de ese ente burocrático, estén comunicando mensajes de violencia, enseñando sexo en películas o que fomenten cualquier tipo de discriminación, por ejemplo, a los homosexuales o

lesbianas, a los negros o blancos, a los altos o patuchos, a los ricos o pobres, a los jefes o empleados, etc.

En definitiva, quieren saber si estamos de acuerdo con que este u otro gobierno nos diga qué ver en los programas de televisión, qué oír en los programas de radio y qué leer en las noticias que publican los medios de comunicación privados, pues, como es natural las empresas estatales de comunicación serán reguladas al gusto y sabor del gobernante de turno.

#### Razones para el Sí:

Los que crean no tener el suficiente raciocino para seleccionar los programas que ve y escucha o las noticias que lee votarán Sí, pues, alguien por ellos debe convertirse en guías y guardianes de su mente.

El voto debe ser Sí para toda persona que estime que los gobiernos deben controlar la comunicación en la sociedad, es decir, qué debo recibir como información me lo dice el gobierno, cuál debe suprimirse como programa de televisión me lo indica el Consejo, que el programa de radio que no incluye un homosexual, una lesbiana, un negro, un blanco en forma proporcionada debe ser sacado del aire.

En fin, por considerarme incapaz de elegir lo que veo, escucho y leo digo Sí gobierno asístame para no hacer mal uso de mi libertad y mi idiocia congénita, su Consejo de Regulación es el sabio que me dará luz en estas tinieblas mentales en las que vivo.

#### Razones para el No:

¡No! porque soy un ser libre y capaz de escoger lo que alimenta mi cerebro sin necesidad de tres o cinco empleados públicos que piensen o decidan por mí.

Votaré ¡No! porque la dignidad de todos los ecuatorianos no puede ser pisoteada imponiéndonos tutores de nuestra propia moralidad.

Diré ¡No! a todo intento de coartar la libertad de todos a generar las decisiones de rechazo a toda comunicación que no se desea ni se quiere,



pero, en forma autónoma y argumentada, no por directrices gubernamentales.

¡No! porque nadie en el Ecuador quiere ser marioneta ni vivir pendiente de las decisiones de un carcelero.

#### PREGUNTA 5

*¿Está usted de acuerdo que la Asamblea Nacional, sin dilaciones, dentro del plazo establecido en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, a partir de la publicación de los resultados del plebiscito, tipifique como infracción penal la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de los trabajadores en relación de dependencia?*

#### Explicación de la pregunta:

La norma pretende ampliar la regulación actualmente existente que determina que la apropiación del dinero del trabajador afiliado es encuadrada como un ilícito. La propuesta es que la omisión de afiliarlo, cuando se tiene la obligación jurídica de hacerlo, sea considerada un delito.

Este es nuestro entendimiento de la propuesta, aun cuando no diga eso la pregunta, pues, lo que esta plantea es con respecto "*de los trabajadores en relación de dependencia*", lo cual crea una calificación diferente y netamente jurídica, pues, es preciso comenzar por determinar cuándo hay relación de dependencia en una relación de trabajo y ello sólo lo puede responder el Derecho y una de sus ramas especializadas: la Laboral.

#### Razones para el Sí:

Decide votar Sí el que tenga claro lo que autoriza al legislador y sabe ciertamente cuándo hay relación de dependencia.

Votará Sí el que tenga la certeza que el legislador sabrá determinar con precisión los casos concretos y específicos de tal relación de dependencia.

Razones para el No:

Votaremos No los que pensamos que no se debe criminalizar conductas cuya corrección puede lograrse con otros medios menos traumáticos, esto es, los que pensamos que la solución penal debe ser la última razón para lograr la prevención de una conducta.

Nos decidimos por el No los que pensamos que la afiliación de los trabajadores es una obligación social y jurídica, pero que no requiere para su cumplimiento de la imposición de un castigo penal, sino que basta con la sanción administrativa de índole económica.

Diremos No los que creemos que las soluciones y rectificaciones a conductas desviadas en la sociedad se deben lograr con medidas proporcionadas, lo que implica el menor sacrificio posible a la libertad de las personas.

SEGUNDO GRUPO: PREGUNTAS REFERIDAS A REFORMAS DE NORMAS CONSTITUCIONALES

PREGUNTA 1

*¿Está usted de acuerdo en enmendar el numeral 9 del artículo 77 de la Constitución de la República incorporando un inciso que impida la caducidad de la prisión preventiva cuando ésta ha sido provocada por la persona procesada y que permita sancionar las trabas irrazonables en la administración de justicia por parte de juezas, jueces, fiscales, peritos o servidores de órganos auxiliares de la función judicial, como se establece en el anexo 1?*

ANEXO 1

*La orden de prisión preventiva se mantendrá vigente y se suspenderá ipso jure el decurso del plazo de la prisión preventiva si por cualquier medio, la persona procesada ha evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar su caducidad. Si la dilación ocurriera durante el proceso o produjera la caducidad, sea esta por acciones u omisiones de juezas, jueces, fiscales, defensor público, peritos o servidores de órganos auxiliares, se considerará que estos han*

*incurrido en falta gravísima y deberán ser sancionados de conformidad con la ley.*

Explicación de la pregunta:

Lo que se nos pregunta es si estamos de acuerdo o no en reformar la Constitución en cuanto a que la prisión preventiva deba cesar, se extinga o finalice a pesar que haya transcurrido el plazo de 6 meses para delitos menores y 1 año para delitos mayores, tal como se lo prevé hoy.

La prisión preventiva es una medida que el juez adopta para evitar que el acusado de cometer un delito se fugue, cuando hay razones para pensar que ese peligro existe, no tiene otro objetivo, pues, a toda persona se la debe considerar inocente hasta que exista una sentencia final que la declare culpable.

La enmienda -para la que se nos pide una respuesta- consiste en impedir la cesación, extinción o finalización de la prisión preventiva cuando el que la sufre, ejerciendo su derecho de defensa, acude al proceso a peticionar, a solicitar indagaciones, testimonios y, en general, oponerse al embate de los fiscales y sus investigaciones, testigos y más evidencias acusatorias y, por esta causa, se vence el plazo para la vigencia de la medida, sin que exista la respectiva sentencia.

Razones para el Sí:

El que vota Sí por esta reforma se adhiere a la idea que es necesario evitar que personas enjuiciadas penalmente salgan en libertad, a pesar de no haber sido encontradas culpables de un delito y así, supuestamente, combatir la inseguridad que vive el Ecuador.

El voto Sí es una opción sólo para el que decide que la prisión preventiva debe ser un castigo anticipado para cualquier ser humano penalmente enjuiciado, por el solo hecho de estar acusado, aun cuando sea considerado inocente.

El que decide votar Sí es porque considera que la libertad de las personas y la unión familiar, conjuntamente con la seguridad en el

futuro de los hijos, deben ser despreciadas en beneficio de satisfacer una duda sobre la inocencia o culpabilidad del sujeto procesado penalmente.

El voto Sí se revestirá de inconstitucionalidad desde el punto de vista jurídico y de crueldad desde la óptica ética, pues, lo que ofrece es que el procesado con prisión preventiva no ejerza a plenitud su derecho de defensa, que lo sacrifique en favor de un juicio más acelerado logrando así que llegue al final del proceso para jugarse con la sentencia su futuro y el de su familia, desprovisto de una defensa cabal y plena.

Votar Sí es adoptar una decisión personal contraria a los derechos de las personas que sufren la desgracia de estar penalmente enjuiciadas, fundamentalmente agresiva contra las doctrinas que defienden la dignidad del ser humano, esto es, adversa, por ejemplo, al cristianismo.

#### Razones para el No:

Los que pensamos que el voto debe ser No reflexionamos de esta manera: supongamos, para ejemplificar, que mañana tenemos un allegado (hijo, hermano, padre, esposa) con orden de prisión preventiva en un juicio penal cualquiera y han pasado siete meses en el que hemos puesto todos los recursos de defensa en el proceso penal, sin embargo, por esta defensa esa persona no podrá salir en libertad, pues, ha *"retardado, evitado o impedido su juzgamiento"* y, como dice la reforma propuesta, *"por cualquier medio"*.

Es decir, la reforma convierte el derecho de defensa en un arma contra el que se defiende, el escudo del inocente se destruye y se lo deja inerme frente a la espada de la acusación.

El voto No significa rechazar esa opción y más bien permitir que si la acusación, en el lapso que prescribe la Constitución para delitos menores de seis meses y para más graves de un año, no ha logrado desvirtuar la presunción de inocencia del acusado o no ha podido demostrar que hay peligro de fuga, la persona goce de su libertad hasta el momento de la sentencia.

El que vota No debe saber que la prisión preventiva no es la única medida que puede adoptar el juez para asegurar la presencia del

acusado, pues, tiene a mano la orden de prohibición de ausentarse del país, la vigilancia policial, el arresto domiciliario, la prohibición de traslado de domicilio, etc.

El que vota No está decidido a hacer respetar la dignidad de las personas, para que su libertad y su vida familiar no sean exterminadas, pasando a ser objeto de la apetencia de imputaciones policiales netamente propagandísticas de su eficiencia, acusaciones fiscales interesadas en cumplir un estándar de castigos injustificados y jueces temerosos de la mala fama que le crean policías y fiscales.

Desde el punto de vista ético el que vota No quiere convertir en ley universal el principio de solidaridad humana que concreta en su pensamiento al votar: *"No deseo que los seres humanos sufran la execrable prisión y consecuente destrucción de sus familias mientras exista una dosis de oportunidad a la demostración de su inocencia"*.

El que vota No se adhiere al humanismo pleno, rechaza la política de la prisión a los inocentes y desecha convertirse en cómplice de tantas y tantas víctimas de acusaciones políticas y venganzas personales.

## PREGUNTA 2

*¿Está usted de acuerdo que las medidas sustitutivas a la privación de la libertad se apliquen bajo las condiciones y requisitos establecidos en la ley, de acuerdo al anexo 2?*

## ANEXO 2

*El artículo 77 numeral 1 dirá:*

*"La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no*

*privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley".*

*La jueza o juez aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.*

Explicación de la pregunta:

Se nos pregunta si queremos reformar la Constitución en cuanto a que siendo la prisión preventiva una medida de excepción que sólo se dicta cuando hay peligro de fuga y que, por esa razón, no se cumpla con la sentencia, no pueda el juez reemplazarla por otra que asegure los mismos resultados, esto es, que evite las dos situaciones que no deseamos, o sea, que se fugue el procesado y no reciba la condena que se merece en caso de ser encontrado culpable.

Actualmente, bajo la misma consideración de la prisión como excepción al principio general del goce de la libertad de todos, se permite al juez sustituir esa medida de previsión por otra que asegure los mismos resultados. Es decir, el juez pondera cada situación de acuerdo a cada caso y decide la procedencia de la sustitución o, bien, su improcedencia.

La reforma más bien nos pide que confiemos que impidiendo que sea al criterio del juez la sustitución de la medida de prisión preventiva sea la Asamblea Nacional la que haga una ley que señale "*los casos, plazos, condiciones y requisitos*" para determinar la procedencia de tal reemplazo de la medida de prisión por otra distinta y alternativa.

Razones para el Sí:

El que vota Sí lo que hace es decidir no por una opción, pues, la ley que reemplazará al sistema actual no ha sido dictada ni propuesta siquiera, simplemente será un voto de rechazo al sistema actual.

Dar el voto Sí no significa otra cosa que expresar el deseo que los jueces no sean los que decidan la sustitución de la prisión preventiva, sino que sean los asambleístas los que digan en qué casos procede o no,

por qué tiempo se da el reemplazo de la prisión, bajo qué condiciones y cumpliendo los requisitos que ellos determinen como idóneos.

El que da el voto Sí decide que es preferible una ley general y abstracta que prevea las posibilidades y regule con ámbito totalizador los casos de sustitución de la prisión preventiva, en vez del actual sistema en que es el juez el que, en cada caso concreto, conociendo las particularidades del mismo, decide tal reemplazo de la medida restrictiva de la libertad.

#### Razones para el No:

Los que decimos No, primero, rechazamos que se nos pregunte por una norma en blanco, o sea, nos parece poco ético que se nos pida contestar que no queremos el actual sistema de sustitución de la prisión preventiva, que decidimos deshacerlo; sin embargo, no nos presentan ninguna opción concreta de reemplazo. Nos obligan a destruir un sistema bueno, en poco o en mucho, pero no me dan alternativa para construir otro. Eso no está de acuerdo con ningún principio moral que rijan la actividad política.

Votamos No porque es mucho más lógico que sea el juez, en cada caso que conoce, el que decida la oportunidad y procedencia de la sustitución de la prisión preventiva, esto es, tiene frente a sí las circunstancias que contextualizan la situación de cada procesado, su realidad personal, familiar, laboral y social. Tiene todos los elementos de juicio para tomar una decisión muy próxima al acierto.

El voto No es decirle a los legisladores que no deben, desde la larga distancia que tienen con cada proceso, tratar de generalizar la situación de Juan obrero en el proceso A, de Pedro empresario en el juicio B y de Mario político en el expediente C, cada uno tiene su propio entorno y vive sus propias circunstancias.

El voto es No porque relacionando la pregunta 1 con ésta vemos con mucha objetividad que en las dos se encierra un solo deseo: no permitir que la prisión preventiva sea flexible, que no constituya más que una medida provisional, sino que se la quiere convertir en una condena anticipada a los procesados penalmente.

Los que votamos No rechazamos que sea una buena política criminal la de reducir todo a prisión preventiva, pues, ello trae otras consecuencias nocivas a la sociedad: seres sin trabajo, niños desprotegidos, mujeres lanzadas a la mendicidad o prostitución, familias deshechas y, además, crecimiento de las escuelas del crimen que, en la realidad, son las cárceles del País.

Los que decidimos No estamos optando por una visión más realista del tema y, ello, porque resulta más fácil controlar socialmente la actividad de los jueces en cada uno de los casos que decide, a tener que ejercer ese control en la aplicación de una ley general que no prevé las particularidades de la concreta situación de un procesado.

Decimos No porque valoramos en sumo grado la libertad de los seres humanos, su entorno familiar, la protección de los hijos y el futuro que todos construimos desarrollando una vida sin panópticos.

### PREGUNTA 3

*¿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?*

### ANEXO 3

*El primer inciso del artículo 312 de la Constitución dirá:*

*"Las instituciones del sistema financiero privado, así como las empresas privadas de comunicación de carácter nacional, sus directores y principales accionistas, no podrán ser titulares, directa ni indirectamente, de acciones y participaciones, en empresas ajenas a la actividad financiera o comunicacional, según el caso. Los respectivos organismos de control serán los encargados de regular esta disposición, de conformidad con el marco constitucional y normativo vigente".*

*En el primer inciso de la DISPOSICIÓN TRANSITORIA VIGÉSIMO NOVENA dirá:*



*"Las acciones y participaciones que posean las instituciones del sistema financiero privado, así como las empresas de comunicación privadas, de carácter nacional, sus directores y principales accionistas, en empresas distintas al sector en que participan, se enajenarán en el plazo de un año contado a partir de la aprobación de esta reforma en referendo".*

Explicación de la pregunta:

Se dirige en forma exclusiva a las personas y empresas que se dedican a la actividad de la banca e intermediación financiera, así como a la difusión de noticias a nivel nacional como propietarios o administradores de medios de comunicación.

Se nos pregunta si estamos de acuerdo con limitar a esas personas y empresas el desarrollo de su actividad personal y empresarial impidiéndoles que puedan ejercerla en otros ámbitos del quehacer económico, es decir, que permanezcan restringidos a desarrollar su actividad financiera y comunicacional sólo en cada uno de esos ámbitos especiales.

Razones para el Sí:

Los que decidan votar por el Sí lo harán porque consideran que gestionar, manejar u operar bancos o medios de comunicación permite que éstos abusen de su poder de influencia, partiendo de lo económico y pasando por la opinión pública, para acceder con más facilidad a otras actividades económicas en clara ventaja sobre otras personas y empresas.

Decidir votar por el Sí implica estar de acuerdo con que el medio adecuado para lograr la finalidad de impedir el abuso antes supuesto es el que se contempla en la pregunta y anexo respectivo, es decir, restringiendo la libre iniciativa económica de tales personas involucradas en negocios de banca y medios de comunicación.

Los que votaron Sí al aprobar la actual Carta Fundamental deben saber que votaron por la norma que consta en el artículo 84 y que, en esa ocasión, ordenaron que ni el propio pueblo puede atentar contra los derechos constitucionales y, en este caso, se trata de decidir una

restricción al derecho fundamental a la libre iniciativa económica que prevé, la misma Constitución, en el artículo 66.15.

#### Razones para el No:

La fundamental para los que hemos decidido votar No, es que debemos respetar la norma constitucional que nos prohíbe votar "*contra los derechos que reconoce la Constitución*" (Art. 84 CRE) y si comenzamos por votar contra el derecho a la libre iniciativa económica de unos ¿por qué no votar mañana contra el derecho a la libertad o al acceso a los servicios públicos de otros?

Porque los que votaremos No consideramos que es hora de tomar los derechos fundamentales de las personas en serio y que no es posible sentar un pésimo precedente para que el gobierno, en el futuro, pueda restringir y hasta conculcar cualquier derecho constitucional de cualquier persona.

También es razón para el No considerar que la norma del actual artículo 312 de la Constitución es la que el pueblo votó para regular la actividad económica financiera y comunicacional, la cual consideramos proporcionada y suficiente.

#### PREGUNTAS 4 y 5

*Está usted de acuerdo en sustituir el actual Pleno del Consejo la Judicatura por un Consejo de la Judicatura de Transición, conformado por tres miembros designados, uno por la Función Ejecutiva, uno por la Función Legislativa y uno por la Función de Transparencia y Control Social, para que en el plazo improrrogable de 18 meses, ejerza las competencias del Consejo de la Judicatura y reestructure la Función Judicial, como lo establece el anexo 4?*

#### ANEXO 4

*Sustitúyase el Art. 20 del Régimen de Transición por el siguiente.*

*Art. 20.- Se disuelve el actual Pleno del Consejo de la Judicatura. En su reemplazo se crea un Consejo de la Judicatura de Transición, confor-*

*mado por tres delegados designados y sus respectivos alternos: uno por el Presidente de la República, uno por la Asamblea Nacional y uno por la Función de Transparencia y Control Social; todos los delegados y sus alternos estarán sometidos a juicio político. Este Consejo de la Judicatura transitorio tendrá todas las facultades establecidas en la Constitución, así como las dispuestas en el Código Orgánico de la Función Judicial, y ejercerá sus funciones por un periodo improrrogable de 18 meses.*

*El Consejo de la Judicatura definitivo se conformará mediante el procedimiento establecido en el artículo 179 de la Constitución enmendada. El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social asegurará que los miembros del nuevo Consejo de la Judicatura estén designados antes de concluidos los 18 meses de funciones del Consejo de la Judicatura de transición.*

*Queda sin efecto el concurso de méritos y oposición que lleva a cabo el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social para la designación de los nuevos vocales del Consejo de la Judicatura.*

*Suprímase la disposición transitoria primera del Código Orgánico de la Función Judicial.*

#### **PREGUNTA 5**

*¿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?*

#### **ANEXO 5**

*Enmiéndese la Constitución de la República del Ecuador de la siguiente manera:*

*"Art. 179.- El Consejo de la Judicatura se integrará por 5 delegados, y sus respectivos suplentes, quienes serán elegidos mediante ternas enviadas por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, cuyo representante lo presidirá; por el Fiscal General del Estado, por el Defensor Público, por la Función Ejecutiva y por la Asamblea Nacional. Los*

*delegados mencionados en el inciso anterior serán elegidos por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, a través de un proceso público de escrutinio con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana.*

*El procedimiento, plazos y demás elementos del proceso serán determinados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.*

*Los miembros del Consejo de la Judicatura, tanto titulares como suplentes, durarán en el ejercicio de sus funciones 6 años.*

*El Consejo de la Judicatura rendirá su informe anual ante la Asamblea Nacional, que podrá fiscalizar y juzgar a sus miembros.”.*

Explicación de las preguntas:

Es una cuestión las que se nos plantea de mayúscula importancia para el destino de las personas, bienes y vigencia de los derechos constitucionales, pues, se refiere a la forma de elegir los jueces, más aún el modo en que se plantea la subordinación de éstos al Poder del Ejecutivo.

Hace más de dos siglos se vio la necesidad de separar el ejercicio del gobierno de la justicia, pues ésta atada a aquél no implicaba otra cosa que el despotismo y la tiranía.

No puede ser de otra forma en vista que si los jueces son servidores del gobierno no pueden ser imparciales al momento de dictar sentencias en las cuestiones que involucran a cada individuo, a cada familia o a cada grupo social.

Se trata, en la pregunta, a los jueces y a la función que desempeñan en la sociedad como si fueran sólo un elemento técnico en la organización del Estado, pero el juez es mucho más que eso: es el órgano que tiene por misión el logro de la paz social mediante las soluciones que, a través de las sentencias, da a los litigios de cada persona

Para lograr una efectiva independencia de los jueces con respecto al gobierno se ideó la creación de un órgano distinto que no sea judicial ni

tampoco del ejecutivo, de ahí nacen los llamados Consejo de la Judicatura, cuyo función esencial es cuidar y preservar esa independencia.

La pregunta pide que nos pronunciemos sobre la si la forma de elección, organización y administración del sistema judicial que prevé hoy la Constitución debe continuar o si se debe optar por otra que esté en manos del Presidente de la República.

#### Razones para el Sí:

La única que se nos ocurre es que el voto Sí implica el abandono del ciudadano al poder totalitario del Presidente, es decir, inconforme con el sistema judicial, decide entregarle la adjudicación de la justicia al responsable de la administración pública.

Esta solitaria razón deriva al votar Sí en otras en las que está de acuerdo como, por ejemplo, que cada litigio judicial (es decir, los de todos) sea resuelto de acuerdo con los criterios políticos, de selección y discrimen que haga el dirigente del gobierno a cargo de la provincia judicial que le sea asignada.

Votar Sí es estar de acuerdo que si mañana una hermana o cuñada litiga con alguien del gobierno tenga de antemano prefijada la sentencia en su contra, pues, el juez será obediente a los intereses de este último.

El que se decide votar Sí se adhiere al nuevo sistema que será el que todo derecho que se esgrima o invoque contra el poder público llámese policía, fiscalía, gobernaciones, intendencias, etc. jamás sea reconocido, pues el juez inclinara la cerviz ante ese poder.

En definitiva, el que vota Sí no decide contra la corrupción ni contra la irresponsabilidad de uno que otro juez, se pronuncia por una sistema totalitario de poder que genera mil veces más corrupción e irresponsabilidad como la historia lo demuestra aquí y en todo el mundo.

#### Razones para el No:

La fundamental para decidir por el No es que la alternativa que se nos ofrece para mejorar el actual sistema judicial no es la idónea ni

tampoco la adecuada para esa finalidad, por el contrario, lo cambia sí, pero para empeorar su realidad.

Diremos No porque no queremos vivir bajo el manto protector de un solo poder que sea dueño de personas y bienes en el Ecuador, porque no creemos que el mal de la administración de justicia esté en la forma de elección, la organización y la gestión judiciales, lo que está mal en ella obedece a una razón puntual: no acceden los indicados por falta de estímulos en una carrera judicial desmerecida y desprotegida.

Votaremos No porque creemos que es necesario dar la solución adecuada al sistema judicial, lo que pasa por la activación de la Escuela Judicial y la mejora sustancial del presupuesto de la Función. Esas son las soluciones y no la agremiación política de los jueces que no significa otra cosa que el retorno a las malas experiencias de tantos años.

La alternativa No está en concordancia con el deseo de vivir en libertad y no que me pongan en manos de jueces doblegados al poder que le darán forma de sentencias a decisiones políticas o de revancha personal.

Diremos No porque la justicia no puede ser manipulada por nadie y es necesario dar protección a nuestros hijos y nietos de la embestida a su futuro que significa entregarles un país con jueces que estén atados al dogal del Presidente de la República sea quien fuese.

Los que creemos en la respuesta No pretendemos ofrecer una clara respuesta a los gobernantes diciéndoles *"Hasta aquí llegan sus límites autoridades; la justicia para nuestro pueblo, para nosotros no es patrimonio de ustedes, de su partido político ni de sus amigos"*.

Guayaquil, a 14 de marzo de 2011

*Jorge Zavala Egas*  
0903667335

## COMENTARIOS ACERCA DE LAS PREGUNTAS UNO Y DOS PROPUESTAS POR EL PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA PARA EL REFERENDO DEL 7 DE MAYO DE 2011

Dr. Fernando Gutiérrez Vera\*

El Presidente de la República ha hecho uso de su facultad discrecional para consultar al pueblo ecuatoriano sobre dos tipos de cuestiones distintas que van a ser dilucidadas en un mismo acto.

La primera es un conjunto de cinco preguntas que conllevan reformas a la Constitución, para efecto de lo cual se les acompaña anexos explicativos de las reformas propuestas; preguntas que serían sometidas a referendo.

La segunda es un paquete de otras cinco preguntas que no implican directamente reformas constitucionales, aunque sí legales.

El Presidente solicitó a la Corte Constitucional que se pronuncie sobre:

- a) Cuál de los procedimientos señalados en la Constitución y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es el que corresponde aplicar en cada caso;
- b) La constitucionalidad de la convocatoria a referendo; y,
- c) La constitucionalidad de las preguntas propuestas.

La Corte Constitucional, al entrar a considerar la petición del Presidente, modificó el contenido material y la formulación de algunas preguntas buscando su adecuación a los moldes constitucionales.

---

\* Profesor Titular de Derecho Constitucional.

Revisaremos en este artículo, tanto las formulaciones del Ejecutivo como las que finalmente adoptó la Corte Constitucional, solo en relación con las preguntas 1 y 2 del cuestionario que se someterá al referendo.

#### Validez de la Consulta

La vigente Constitución del Ecuador hace especial énfasis en la construcción de una democracia participativa y recoge esta formulación en múltiples de sus disposiciones. Entre ellas las más importantes son las que se contienen en el Título IV: Participación y Organización del Poder, cuyo Capítulo I: Participación en Democracia, define principios, normas, reglas y mecanismos concretos a través de los cuales hacer práctica la mencionada participación. La Sección Cuarta del capítulo citado: Democracia Directa, establece en el Art. 104 la posibilidad de convocatoria a consulta popular por disposición de la Presidenta o Presidente de la República, concordando en esto con la atribución concedida al Presidente en el numeral 14 del Art. 147 CRE: "Convocar a consulta popular en los casos y con los requisitos previstos en la Constitución".

Hay correspondencia directa de las disposiciones citadas con aquellas que establecen los derechos políticos de los ciudadanos, llamados en esta Constitución Derechos de Participación, definidos para el caso en el Art. 61, numeral 4: "Ser consultados".

La Constitución concede al Presidente amplia discrecionalidad para el ejercicio de su facultad de convocar a consulta. Es cierto que también hay otros caminos para convocatorias de este tipo, pero no nos interesa analizarlos para efectos de este comentario; solo aquel que es facultad del Presidente.

Nótese al respecto que lo que se le concede al Ejecutivo es una herramienta política, un instrumento de gobernabilidad, para permitirle recurrir a la expresión de la voluntad soberana en los asuntos que a su juicio revistan especial importancia, aún más allá de lo meramente jurídico; lo cual puede llegar hasta el punto de modificar la propia Constitución. Lo que se pone en ejercicio es el Poder Constituyente aplicado de manera directa por su dueño, el pueblo. Esta es la formulación original de la fundamentalísima expresión de la democracia, conforme lo ratifica el Art. 1 CRE en su inciso segundo: "La soberanía radica en el



pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”.

En consecuencia, la Convocatoria a consulta que comentamos goza de total legitimidad constitucional y democrática y no cabe a este respecto objeción alguna.

Lo que sí cabría es objeción respecto de los contenidos particulares que van a ser consultados y de las vías jurídico-constitucionales que puedan corresponder en cada caso.

Para una mejor consideración de estos aspectos examinemos primero algunas importantes cuestiones conceptuales de carácter general.

#### Qué Significa Reforma Constitucional

La CRE aborda la cuestión de la reforma de la Constitución en el Capítulo III de su Título IX: Supremacía de la Constitución. Tal categorización es perfectamente coherente con la naturaleza de esta institución que a veces no merece la atención debida por parte de tratadistas y catedráticos.

Aclaremos que el término *reforma* se utiliza de manera genérica, aunque también esto ocurra aludiéndola como una especie, tal como se da en la Constitución Ecuatoriana, la cual encabeza con este nombre el citado Capítulo III del Título IX y al mismo tiempo habla de uno de sus tipos llamándolo *reforma*. De manera que para evitar confusiones hablaremos de *modificaciones* cuando el enfoque será genérico y de *reforma* cuando lo analicemos como uno de los tipos de modificación a los cuales sería susceptible una Constitución cualquiera; esta es la consideración que hace el Profesor Catedrático de las Universidades de Lisboa y Católica de Portugal, Jorge Miranda cuando traza su interesante tipología de las modificaciones constitucionales que pudieran ser ocasionadas por diversas “vicisitudes constitucionales, o sea cualquier evento que se proyecte sobre la Constitución o una de sus normas”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Miranda, Jorge: “Momentos Constitucionales e mudanza política”

Veamos primero la relación entre supremacía y reforma.

Como lo había previsto la genial concepción de Kelsen, lo primero y lo último que un orden jurídico constitucional debe buscar es asegurar la supremacía de la Constitución; esto es, que en efecto la Constitución no solo se superponga al resto de la normativa jurídica, sino que la impregne, la penetre, la llene, y que esto suceda en todo momento. En consecuencia, desde las Leyes Orgánicas más importantes hasta los estatutos de un club deportivo barrial, desde las más altas disposiciones de los poderes públicos hasta los actos cotidianos de cualquier ciudadano, todos ellos se ajusten a los preceptos constitucionales.

Nos topamos aquí con la realidad de la vida social: es cambiante, es dinámica, va modificándose continuamente. El derecho no es una entelequia y responde -debe responder en todo momento- a esa dinámica. De ello no escapa tampoco la Constitución y consecuentemente se requiere que esté siempre abierta la posibilidad de introducir modificaciones en ella, cuando las circunstancias cambiantes de la vida social política de un país lo exijan.

Si no hubiera la posibilidad de modificar una Constitución y todas sus cláusulas fueran inamovibles, llegaría el momento en el cual las contradicciones internas de la sociedad a la que rige provocarían fisuras y aún fracturas en esa construcción pétreo, que acabaría desmoronándose con el paso del tiempo.

Así que la posibilidad de modificar los contenidos constitucionales asegura su supremacía a través del tiempo. La cuestión es poder determinar qué clase de modificaciones introducir y con ello el camino para hacerlo. Se trata de responder a la pregunta: ¿qué es reformable?, y dependiendo de la respuesta determinar los requisitos, las condiciones que deben cumplirse para introducir las modificaciones necesarias.

Con lo dicho establecemos una primera conclusión: sólo podrían considerarse como jurídica y políticamente legítimas las modificaciones constitucionales que conduzcan al afianzamiento de la supremacía de la Constitución, en el momento en ellas se introduzcan o proyectadas al futuro.

Las que pudieran considerarse innecesarias o ineficaces, o peor aún debilitadoras de la Norma Suprema, deberían ser desechadas prima facie, o, en el peor de los casos, sometida al más amplio y prolongado debate antes de su eventual aprobación.

### Tipología de las Reformas

En realidad no intentaremos en este artículo establecer una tipología de las reformas constitucionales. El propósito es nada más iluminar las que contiene la Constitución Ecuatoriana a la luz de algunas consideraciones.

El punto central es distinguir, como lo hace Rafael Oyarte<sup>2</sup>, entre lo que es “mera reforma” y “cambio”, entendiéndose por este último las modificaciones sustanciales que se introduzcan en el texto afectándolo fundamentalmente o reemplazándolo por otro nuevo y diferente. En el primer caso, se trataría de modificaciones que no alteren lo sustancial de los contenidos, pero que puedan producir las adaptaciones necesarias para que la propia Constitución funcione; en el segundo, se trataría de lo ya anotado, modificaciones profundas que atañan a la estructura misma de la Constitución, sus principios y valores, o a la organización del poder que se derive de ellos.

Estamos frente a escenarios marcadamente diferentes: en el que corresponde al cambio significaría una alteración profunda del orden constitucional preexistente, ya sea parcial o totalmente, y esto solo puede hacerse aplicando Poder Constituyente Originario, la “soberanía originaria, extraordinaria, suprema y directa” que define Sánchez Viamonte<sup>3</sup>. Tal poder solo puede ser ejercido por el constituyente primario, el pueblo, ya sea de manera directa o por expresa delegación a una Asamblea Constituyente que goce del primer grado de legitimidad democrática, es decir, elegida en las urnas.

Esto es lo que establece el art. 444 de la CRE, aplicable a las circunstancias detalladas en negativo por el Art. 441 *ibid*: “La enmienda...

---

<sup>2</sup> Oyarte, Rafael: Curso de Derecho Constitucional.

<sup>3</sup> Citado por Echeverri, Álvaro: “Teoría Constitucional y Ciencia política”.

que no altere la estructura fundamental de la Constitución o el carácter y elementos constitutivos del Estado... o no establezca restricciones a los derechos y garantías... o no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución se realizará...” Contrario sensu, aquella que si lo haga, en ocurrencia de *vicisitudes constitucionales* provocando la propuesta de *cambio*, ocasionará la convocatoria a Asamblea Constituyente. Volveremos sobre este punto más adelante.

Dice al respecto Ollarte<sup>4</sup>: “a primera vista se advierte que la institución de la reforma constitucional tendría un carácter parcial: cambiar, total o parcialmente, algunos artículos, párrafos, secciones, capítulos o títulos de la Constitución. El cambio de la Constitución parece tener un carácter más profundo: la modificación de la institucionalidad política”.

Las demás reformas pueden hacerse directamente por referendo o a través del Órgano Legislativo, ejerciéndose para el efecto poder constituyente derivado.

El poder constituyente originario se ejerce de manera excepcional y aún siendo absoluto puede tener límites, aunque esto parezca contradictorio; para el efecto de nuestro comentario aludiremos solo a una clase de ellos: los de carácter ético, a los que Echeverri<sup>5</sup> llama también ideológico y originan cláusulas pétreas, es decir, inamovibles, conforme lo estableció en su momento la Ley Fundamental de Alemania de 1949-50. A partir de entonces se han introducido cláusulas pétreas en muchas constituciones, casi todas ellas referidas a la intangibilidad de los derechos fundamentales.

En otras palabras, se trata de las disposiciones más básicas, las que forman el núcleo duro de las constituciones contemporáneas, puesto que a su alrededor giran las que tienen que ver con la organización del poder. Es que tal organización, la de la institucionalidad del Estado, sólo puede estar fundamentada y desarrollada en orden a la protección individual y colectiva de los ciudadanos. Dicho de otra manera, la justificación misma de la existencia del Estado está en el respeto, promoción y garantía de los

---

<sup>4</sup> Op.cit.

<sup>5</sup> Op.cit.

derechos humanos sin restricción alguna, tanto que ni siquiera el ejercicio del poder constituyente originario para cambiar la Constitución podría restringirlos o suprimirlos.

Nuestra Constitución distingue tres modalidades de reforma en el ya mencionado Capítulo III de su Título IX: la enmienda, constante en el Art. 441, la reforma parcial, en el Art. 442, y el cambio, en el Art. 444. Antes de seguir adelante hemos de señalar que la redacción constitucional no es precisamente la mejor, empezando porque intenta definir desde lo negativo, contrariando la técnica legislativa universalmente aceptada y por eso se ha prestado a confusiones. El legislador ordinario ha intentado corregir ese defecto insistiendo en la distinción entre enmiendas, reformas y cambios en el Art. 99 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; visto el estado actual del debate, parecería necesario insistir en la clarificación.

Nos parece que hubiera sido más claro establecer con precisión las dos categorías que hemos estado manejando en este artículo: la de reforma parcial y la de cambio constitucional. La utilización del término *enmienda* constituye una mala importación ideológica desde el lenguaje político-constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica, dentro del cual la "enmienda" tiene una mayor aproximación al "cambio".

Pero ya la Constitución ecuatoriana está escrita como está. Y hay que decir con énfasis que cualquier confusión solo cabría entre los tipos "enmienda" y "reforma parcial", y no de ellos respecto a "cambio", por lo cual, lo que hemos señalado anteriormente para su aplicación a las preguntas 1 y 2 es absolutamente válido.

#### Las preguntas del Presidente para el Referendo

Cuando el Presidente de la República sometió a la Corte Constitucional su propuesta, estaba cumpliendo con lo que dispone el Art. 99 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, concretamente con lo señalado en el Art. 100, numeral 1, de la Ley citada; nótese que el legislador ordinario ha sido más celoso que el constituyente respecto de cuidar la vía constitucionalmente adecuada para ejercer poder constituyente. La correlativa obligación de la Corte reside en indicar cuál de los procedimientos previstos en la

Constitución corresponde seguir para el efecto y dictaminar sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de aquello que se consulta.

Originalmente el Presidente ha propuesto “enmiendas” a los numerales 9 y 1 del Art. 77 de la Constitución. Lo primero que debemos anotar es que este artículo se incluye dentro del Título II: Derechos, Capítulo VIII: Derechos de Protección; de manera que se trata, sin que ninguna discusión pueda haber, de derechos fundamentales que no podrían ser alterados de manera regresiva, estableciendo restricciones que los afecten. En consecuencia, no se trata de “enmiendas” las que se han propuesto, sino de cambios que no podrían ser sometidos a referendo directo, sino al tratamiento por una Asamblea Constituyente expresamente convocada para el efecto según la disposición del Art. 444 de la Constitución.

Todavía más, hay que anotar que ambas disposiciones que pretenden ser enmendadas, las que corresponden a las originales preguntas 1 y 2, protegen a uno de los más importantes derechos fundamentales, como es la libertad.

Al reformular ambas preguntas la Corte Constitucional ha reconocido lo que aquí afirmamos y señalado expresamente su intención de evitar que al seguirse la redacción original se tuviera que convocar a Asamblea Constituyente.

#### La pregunta 1

Esta disposición del numeral noveno del art 77 CRE ya estuvo incluida en la Constitución de 1998 y se origina en otras disposiciones muy claras y terminantes de tratados internacionales en materia de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>6</sup>, ambos ratificados formalmente por Ecuador y que en consecuencia tienen rango constitucional dentro del ordenamiento jurídico del Ecuador, según lo establecen numerosas disposiciones de la Constitución y más espe-

---

<sup>6</sup> Ver los arts: 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de similar redacción.

cíficamente los Art. 424 y 425. Tales instrumentos obligan a los Estados suscriptores al juzgamiento y consecuente sentencia de toda persona privada de libertad dentro de un “plazo razonable”, el cual ya ha sido establecido por la Constitución en el artículo y numeral que estamos comentando. Se trata de evitar que tal privación de libertad se prolongue o se convierta en pena anticipada, como ha sucedido inveteradamente en el pasado. Debe observarse, además, que al vulnerar esta garantía se estaría atentando contra el principio de inocencia, también garantizado por la Constitución y por los ya señalados tratados internacionales en materia de derechos humanos.

De hecho, la extensión de la prisión preventiva más allá de los límites razonables ya establecidos, ha sido materia de condena contra el Estado ecuatoriano, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal como sucedió en el caso Suárez Rosero vs. Ecuador<sup>7</sup>.

¿Qué hizo la Corte Constitucional con la pregunta 1? No declaró su constitucionalidad o inconstitucionalidad, sino que la reformó, formulándola de la siguiente manera: “¿Está usted de acuerdo en enmendar el numeral 9 del Art. 77 de la Constitución incorporando un inciso que impida la caducidad de la prisión preventiva cuando ésta ha sido provocada por la persona procesada y que permita sancionar las trabas irrazonables en la administración de justicia por parte de juezas, jueces, fiscales, peritos o servidores de órganos auxiliares de la función judicial, como se establece en el anexo 1?”.

---

<sup>7</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Suárez Rosero vs. Ecuador: “Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el Art. 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar no punitiva... en caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecido. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos”.

Y de la misma manera se reformuló la propuesta concreta de reforma para que el numeral 9 del Art. 77 CRE diga: “La orden de prisión preventiva se mantendrá vigente y se suspenderá ipso jure el decurso del plazo de la prisión preventiva si por cualquier medio la persona procesada ha evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar su caducidad. Si la dilación ocurriera durante el proceso o produjera la caducidad, sea ésta por acciones u omisiones de juezas, jueces, fiscales, defensor público, peritos o servidores de órganos auxiliares, se considerará que éstos han incurrido en falta gravísima y deberán ser sancionados de conformidad con la Ley”.

De haberse mantenido la redacción original de la pregunta la restricción de derechos hubiera sido manifiesta, pues el texto constitucional actual no señala condiciones ni establece reserva de Ley para la fijación de plazos, convirtiendo de esta manera a la propia garantía en un derecho. Con la sustitución del texto por parte de la Corte, tal restricción no se daría, pues se estaría aplicando un principio universal ya recogido en leyes secundarias como el Código de Procedimiento Penal y el Código Orgánico de la Función Judicial, el de que nadie puede verse beneficiado procesalmente por los obstáculos que ponga al desarrollo del proceso, y además la sanción –calificada como grave- también existe ya<sup>8</sup>; en otras palabras, de lo que se trata es de evitar que mañosamente se provoque retardo procesal para aprovecharlo en el propio beneficio. Tal conducta afectaría sin duda el derecho al debido proceso, que no es solamente propio del indiciado, sino también de la víctima y de la sociedad entera.

Pero como lo acabamos de anotar, la disposición ya existe en ley secundaria, de manera que lo correcto sería una reforma legal para perfeccionarla, si se lo considerara necesario. Siendo así, la pregunta es superflua y no contribuye a afianzar la supremacía de la Constitución, bajo las consideraciones ya hechas en la parte primera de este artículo.

Similar comentario puede hacerse acerca de la calificación como falta gravísima de las acciones u omisiones de operadores de justicia que

---

<sup>8</sup> Ver arts 160 del Código de Procedimiento Penal y 108 del Código Orgánico de la Función Judicial-



resultaren en producir la caducidad de la prisión preventiva, pues tanto la calificación de la falta como el establecimiento de sanciones están contemplados o pudieran serlo en ley secundaria, sin que se amerite ni remotamente una reforma de la Constitución para este propósito. De hecho el Presidente de la República ya ha propuesto a la Asamblea Nacional una reforma legal calificando la misma conducta de un servidor judicial –dejar caducar la prisión preventiva- como falta gravísima.

#### La pregunta 2

En cuando a la pregunta 2, la formulación original era aún más restrictiva de derechos al cambiar la frase actual: “La privación de libertad se aplicará excepcionalmente...”, por otra que se ha conservado incluso en la modificación introducida por la Corte Constitucional y dice: “La privación de libertad no será regla general...”. La propuesta del Presidente invertía el contenido del texto actual convirtiendo en regla a la privación de libertad y en excepción a las medidas alternativas que pudieran dictarse.

Conviene recordar el texto del art 77, num 1 en la Constitución vigente. Es parte de los Derechos de Protección –que buscan asegurar a los todos ciudadanos y ciudadanas las máximas garantías a sus derechos básicos como la Libertad- cuando son enjuiciados penalmente. Aunque la propuesta original de modificaciones constitucionales no vino del Gobierno sino de sectores políticos de la derecha, el Ejecutivo la acogió bajo la consideración equivocada de que en la aplicación judicial de los textos comentados reside una parte importante del incremento delincencial actual.

Pero la protección constitucional que analizamos no busca amparar delincuentes dejándolos en libertad para que sigan delinquir. Busca proteger a todas las persona, sin distinciones, que en un momento pueden ver amenazadas su libertad, su integridad moral y física, sus posibilidades de conservar un trabajo digno, de proveer a sus familias del sustento necesario; del riesgo posible de verse envueltos en un juicio y no tener ni las posibilidades físicas ni el dinero necesario para ejercer su defensa. Bien se sabe que ese riesgo es cercano para cualquiera, no importa su posición social, pero mayor mientras menos destacada es tal posición.

Por ello es que la presunción de inocencia se constituye en pieza clave para el ejercicio real de los derechos de protección<sup>9</sup>. Ella nos lleva a la consideración constitucional de que la libertad es la regla y su privación la excepción, como reza actualmente la norma citada: "La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando se necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena...La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva".

La pregunta enviada a la Corte Constitucional por el Ejecutivo contenía una severa restricción de derechos, pues señalaba que "las medidas no privativas de la libertad se utilizarán únicamente en aquellos delitos que, de acuerdo con la ley sean susceptibles de ventilarse mediante procedimientos especiales".

No interesa ahora examinar cuales son los delitos "susceptibles de ventilarse mediante procedimientos especiales". Lo que importa es comparar ambos textos, pues inmediatamente surge la constatación de que hubiera existido una clara restricción de derechos, especialmente a la libertad.

Cuando la Corte Constitucional examina la cuestión encuentra que "el cambio Constitucional propuesto no puede llevarse a cabo por el mecanismo previsto en el art 441 ni 442 de la Constitución, ya que implica una restricción de derechos y garantías constitucionales"<sup>10</sup> (el subrayado es del autor).

Buscando evitar la manifiesta inconstitucionalidad de la pregunta original y el abierto choque con los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>11</sup>, la Corte Constitucional la "replantea" junto con

---

<sup>9</sup> Corte Constitucional para el período de transición: Dictamen N° 0001-11-RC: "Esta Corte reitera que el derecho al debido proceso, la garantía básica de la presunción de inocencia, así como el derecho fundamental a la libertad personal, constituyen el pilar sobre el que se erige un Estado constitucional de derechos y justicia, y deben ser primordialmente preservados"

<sup>10</sup> Corte Constitucional para el período de transición: Dictamen N° 0001-11-RC

<sup>11</sup> Sentencia de fondo, caso Tibi vs Ecuador: "...su aplicación (de la prisión preventiva, N del A) debe tener un carácter excepcional en virtud de que se encuentra limitada por los

su anexo y las modifica, pero lo hace de tal forma que no elimina totalmente las razones de inconstitucionalidad. En el num 1 del art 77 cambia la expresión vigente "*se aplicará excepcionalmente*" (que coincide con el criterio de la Corte Interamericana expuesto en sentencia condenatoria para el Ecuador) por la más tibia "*no será la regla general*", con claro retroceso. En el num 11 del mismo art. 77 el retroceso es mayor e implica restricción de derechos: en vez de la regla actual "*La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad*"; se establece reserva de ley, antes inexistente, para fijar plazos, condiciones y requisitos no previstos en el texto constitucional ahora vigente.

En el Dictamen N° 0001 citado se apunta la necesidad de que el legislador regule la prisión preventiva, "como lo ha hecho, adecuándolo al marco establecido en la Constitución de la República... correspondiendo al juzgador examinar la efectiva concurrencia de los elementos normativos en el caso sometido a su competencia". Se trata de dos circunstancias diferentes del estricto marco constitucional: la de reforma puramente legal y la de la aplicación jurisdiccional de la norma constitucional o legal.

Otra vez surge la cuestión: ¿Cabe una consulta-referendum para plantear reforma (cambio) constitucional cuando se trata de asuntos que se mueven en planos diferentes, legales y jurisdiccionales? Nuevamente debemos retrotraernos a nuestra reflexión inicial en el sentido de que una modificación cualquiera de la Constitución, para ser legítima, debe contribuir al afianzamiento de la supremacía constitucional en el tiempo. Corresponde que dilucidemos estas cuestiones al momento de ir a las urnas,

#### Bibliografía

Código de Procedimiento Penal del Ecuador

Código Orgánico de la Función Judicial

---

principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad indispensables en una sociedad democrática" (el subrayado es mío)

Constitución de la República del Ecuador-2008

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Corte Constitucional para el período de transición: Dictamen N°  
0001

Corte Interamericana de Derechos Humanos: Sentencia caso Suárez  
Rosero vs Ecuador

Corte Interamericana de Derechos Humanos: Sentencia caso Tibi vs  
Ecuador

Echeverri, Alvaro: Teoría Constitucional y Ciencia Política

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Miranda, Jorge : Momentos Constitucionais e Mudanza Política

Negri, Toni El Poder Constituyente

Oyarte, Rafael: Curso de Derecho Constitucional

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Zúñiga, Francisco: Reforma Constitucional: Democracia y Estado de  
Derecho

# SOBRE LA CADUCIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA (1RA. PREGUNTA DE CONSULTA)

Alfonso Zambrano Pasquel\*

Partimos de una afirmación inicial como tesis o premisa: no es necesario recurrir a una reforma constitucional en Ecuador, para aplicar racionalmente la caducidad de la prisión preventiva. Creemos que fue un error la constitucionalización de la caducidad pero se ha mantenido tal error desde la Constitución de 1998 y se repitió en la de Montecristi del 2008, no obstante la mala praxis por el abuso con la caducidad que se había experimentado durante diez años. He escuchado decir que la caducidad se encuentra prevista en algunas constituciones y esto no es cierto, por lo menos yo no lo he leído. Lo que señala cualquier Constitución moderna –*la norma de las normas*– es el derecho del justiciable a ser juzgado en un tiempo prudencial y razonable, o a ser puesto en libertad. Esta propuesta deviene de la normativa internacional de los derechos humanos, y cada país de acuerdo con sus realidades va ajustando los plazos para la caducidad.

Recordemos que el derecho a ser juzgado en un tiempo prudencial o razonable o a ser puesto en libertad, lo determina el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 de NN.UU. en el Art. 9 n. 3.<sup>1</sup>

---

\* Prof. Titular de Derecho Procesal Penal

<sup>1</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

*Artículo 9*

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.
2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.
3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será 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. La

La Constitución española de 27 de diciembre de 1978, que en su Art. 1 proclama a España como Estado social y democrático de derecho, en el Art. 17 expresa que “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”. En el numeral 2 se consigna que “La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”. En el numeral 3, se prevé: “Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca. Y en el numeral 4, se señala:” La ley regulará un procedimiento se ‘habeas corpus’ para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Así mismo por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”.

Al igual que en el contexto europeo y la aplicación del PIDCP, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969, consagra el derecho a ser juzgado en un tiempo razonable o a ser puesto en libertad, en el Art. 7 n. 5.<sup>2</sup>

---

prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

<sup>2</sup> CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ( Pacto de San José)

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

El Ecuador ha suscrito tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como la Convención Americana de Derechos o Pacto de San José de Costa Rica, que han sido citados en cuanto al respeto al derecho a la libertad, mismos que son vinculantes para el Estado ecuatoriano (Arts. 3, 10, 11. N. 3, 7, 424, 425).

Personalmente estamos convencidos de que nuestro sistema de garantías constitucionales y procesales, incluyendo las de excarcelación, responde mejor a un concepto de derecho internacional de los derechos humanos y a una propuesta de derecho penal humanitario. Lamentablemente el mal uso de las propuestas de *derecho penal mínimo* y su predicado de *última* o de *extrema ratio* a pretexto del *carácter restrictivo* de las medidas de aseguramiento personal como es la prisión preventiva; y, la utilización *prioritariamente* de los *sustitutivos de la prisión preventiva* en los casos de delitos graves, que debieran ser no excarcelables, ha degenerado en un *uso perverso, irracional y abusivo del derecho*, a pretexto de la defensa del derecho a la libertad!

#### El plazo para la caducidad de la prisión preventiva

En el anteproyecto de Código de Procedimiento Penal que se había inicialmente elaborado por la CLD de Quito<sup>3</sup> (año 1997), se había previsto

- 
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
  4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
  5. 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. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
  6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
  7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

<sup>3</sup> La Comisión redactora de la CLD de Quito (Corporación Latinoamericana para el Desarrollo) la conformábamos: Walter Guerrero Vivanco, ex Presidente de la Corte

como plazo para la caducidad de la prisión preventiva, el de dos años en tratándose de los delitos más graves (penados con reclusión) y de un año para los menos graves (penados con prisión correccional), debiendo revisar el documento para establecer de acuerdo con lo previsto en el Art. 24 n. 8 de la Constitución de 1998, los plazos de seis meses en los delitos menores y de un año en los de mayor penalización. Este plazo se mantiene igualmente en la Constitución del 2008, en el Art. 77 n. 9. Con el establecimiento de un plazo determinado, lo que se pretendía era dar cumplimiento en forma expresa al plazo razonable y prudencial a que se refiere tanto el Art. 7 n. 5 del Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos, y el Art. 9 n. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de NN.UU. de los cuales es signatario el Ecuador.

La Constitución española no fija un plazo sino que el establecimiento del plazo prudencial y razonable, lo deriva a una ley complementaria. Esto permite que se pueda discutir en qué casos debe ser mayor o menor el plazo en función de la gravedad de los delitos, y encontrar mecanismos para que el plazo prudencial y razonable previsto en el Art. 17 n. 4 de la Constitución española, no sea vulnerado mediante un *ejercicio abusivo del derecho de defensa*. En España se dan casos de duración de la prisión provisional de hasta *cuatro años*, lo cual sin duda no es razonable ni prudencial. El Prof. Gimeno SENDRA nos ilustra expresando, "La integración que la referida norma ordinaria ha efectuado de la constitucional lo es tan solo parcial o por exceso, en el sentido de que hay que estimar vulnerado el derecho al plazo razonable de la prisión provisional *siempre que se infrinjan los plazos* de tres meses, un año o dos y hasta cuatro años establecidos en función de la gravedad del delito (SSTC 127/1984, 286/1985, 85/1995, y 32/1987). Pero, *sin necesidad de rebasar tales plazos, también puede vulnerarse el art. 17.4 si el proceso penal queda paralizado sin causa de justificación alguna* que la legitime y sin que pueda atribuirse a una conducta obstruccionista, dolosa o negligente de la defensa la

---

Suprema y profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad Central de Quito, Edmundo Durán Díaz, ex Fiscal General y profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, y Alfonso Zambrano Pasquel, profesor de derecho procesal penal de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.



dilación indebida o paralización del procedimiento (SSTC 206/1991, 41/1996)".<sup>4</sup>

Las mencionadas causas de justificación son similares a las que Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha elaborado en su doctrina sobre la integración de los estándares nacida con ocasión de la interpretación de que la causa sea oída dentro de un plazo razonable del art. 6.4. del CEDH (SSTHDH, de 27 de junio de 1968, de 10 de noviembre de 1969, de 2 de octubre de 1984, de 25 de octubre de 1989, de 26 de junio de 1991)<sup>5</sup>. De conformidad con esa doctrina, para determinar si se ha excedido o no el plazo máximo o razonable de la prisión provisional, hay que atender, en general, al examen de la complejidad del asunto, la actividad desplegada por el juez de instrucción y el comportamiento del recurrente. En particular en lo que se refiere a la prisión provisional, de debe tomar en consideración la *gravedad del delito imputado* (STEDH, "Tomasi" de 27 de agosto de 1992), al *riesgo de fuga y la complejidad del procedimiento* (STEDH "Van del Tang" de 13 de julio de 1995). No puede invocarse como causa de justificación de las dilaciones indebidas, ni la sobrecarga de trabajo de un determinado juzgado de instrucción.

El Tribunal Constitucional español ha tenido ocasión de declarar que una actividad de la defensa obstruccionista, consistente en plantear recursos o incidentes imprudentes dirigidos exclusivamente a obtener la indebida puesta en libertad del imputado como consecuencia del cumplimiento de los plazos de la prisión provisional, se manifiesta "contraria a la obligación constitucional (de las partes) de colaboración con jueces y tribunales en orden a obtener una rápida y eficaz actuación de la justicia que no puede merecer el amparo de la Constitución" (STC 206/1991).<sup>6</sup>

La discusión transita por darle a la prisión preventiva (o provisional) un fundamento procesal o uno penal-sustantivo (el relacionado con la prevención especial), en tanto que constitucionalmente le asiste al ciuda-

---

<sup>4</sup> GIMENO SENDRA Vicente, *La prisión provisional y derecho a la libertad*. Publicado en PRISIÓN PROVISIONAL, DETENCIÓN PREVENTIVA Y DERECHOS FUNDAMENTALES. Ediciones de Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 1997. p. 148.

<sup>5</sup> Cf. GIMENO SENDRA Vicente, en ob. cit. p. 148..

<sup>6</sup> Cf. GIMENO SENDRA Vicente, en ob. cit. p. 149.

dano el principio de presunción de inocencia. Como manifiesta el Prof. Perfecto ANDRÉS IBAÑEZ, que es además magistrado del Tribunal Supremo español, un criterio a tomar en consideración es “el dato de la gravedad del delito que tendrá que ser valorado como indicador de una seria posibilidad de que el imputado vaya a tratar de sustraerse a la acción de la justicia impidiendo la andadura procesal, en particular la investigación. Y en el mismo sentido habrían de leerse los datos relativos a las circunstancias del hecho y los antecedentes del imputado”.<sup>7</sup>

En la línea expuesta precedentemente se orienta tanto el Tribunal Constitucional español como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, subordinando el uso legítimo de la prisión provisional a que concurra “ la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo, que parten del imputado, a saber: sus sustracción de la acción de la administración de justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva” (STC 128/1995, dictada en el caso “Sotos-PSV”, y que expresa de forma acabada la posición del Tribunal. Se elimina el criterio legal de “alarma”, virtualmente expulsado del discurso del Tribunal que, como resulta advertible, trata, además, con cautela el criterio, también legal, de la reiteración delictiva).

Para el mismo Tribunal Constitucional español<sup>8</sup>, la valoración del riesgo de manipulación del cuadro probatorio por el imputado pudiera hacerse, tomando en consideración la gravedad del delito y de la pena, pero con carácter general exige que la *ponderación del riesgo de fuga* se haga prestando atención a las circunstancias personales y de situación del sujeto. De allí es que se señala que la estimación que en primer momento pudo legitimar la medida de aseguramiento debe ser revisada con cierta periodicidad, a fin de evaluar si los hechos tenidos en cuenta al momento

---

<sup>7</sup> ANDRÉS IBAÑEZ Perfecto, *El juez y la prisión provisional*, Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha (Estudios; 91), Cuenca, 2003. p. 24.

<sup>8</sup> Todavía en Ecuador no tenemos un pronunciamiento de la Corte Constitucional, relacionado con el tema, cuyo nacimiento data de octubre del 2008 con la Constitución vigente.

de dictarse la medida se mantienen vigentes, de manera que fuese necesario mantener la prolongación de la medida.<sup>9</sup>

Tanto la primera resolución al momento de dictarse la medida, como su revocatoria deben estar debidamente fundamentadas. Para nosotros un sistema como el acusatorio que reconoce al juez penal como juez de garantías y como órgano decisor de la medida, debe permitir un *uso verdaderamente racional* de la prisión preventiva o provisional pues el juez se encuentra al margen de la investigación que la dirige el fiscal, por lo cual no hay el *conflicto de intereses* que se presentaba en nuestros anteriores códigos, en que el juez de la instrucción o investigación era el mismo juez que recibía la prueba y que disponía y revocaba las medidas de aseguramiento personal como la prisión preventiva. Además tanto para que se dicte la medida como para su revocatoria el juez de garantías penales debe convocar a una audiencia oral con tal finalidad respetando el derecho a la defensa y al contradictorio.

#### Criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Como un aporte más a lo dicho, agregamos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado algunas pautas en cuanto a la aplicación del plazo razonable a que se refiere el Pacto de San José, que sin duda se refiere al derecho a ser *juzgado* antes que a ser *excarcelado*, en tiempo prudencial y razonable o a ser puesto en libertad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha explicado, en relación al plazo razonable contemplado en el art. 8.1 de la Convención, que “Este no es un concepto de sencilla definición. Se pueden invocar para precisarlo los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues este artículo de la Convención Americana es equivalente en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la

---

<sup>9</sup> Este fue el criterio del Tribunal español en el caso “Sotos-PSV”, en que decidió que si bien es verdad que existían motivos valederos al dictarse la medida, con el curso del tiempo ya no era necesario su mantenimiento, declarando su procedencia, al momento de presentarse el recurso.

razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales" (Caso Genie Lacayo, del 29-1-97, Considerando 77º. En el mismo sentido, causa "Suárez Rosero", del 12-11-97).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, recogiendo la doctrina de la Corte Europea, ha insistido en los fundamentos a considerar: a.- Complejidad del asunto (significa igualmente la gravedad del delito); b.- Actividad procesal del interesado (debe analizarse la actitud leal y no obstruccionista de quien está siendo juzgado); y, c.- Conducta del tribunal para establecer ( si ha aplicado criterios y principios como los de celeridad procesal y debida diligencia), en un caso concreto, que hubo demora inaceptable, que no se observó la regla del plazo razonable.

#### Algunos criterios en Argentina

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en la causa "Bramajo, Hernán Javier", del 12-9-96, que tuvo por base el informe de la Comisión interamericana 10037 sobre Argentina de 1989, explicó que el concepto de plazo razonable se relaciona con la gravedad del delito y los elementos fácticos de la causa, para concluir que el mismo no es pasible de ser establecido a priori y en abstracto. Asimismo, en la causa "Trusso, Francisco Javier, s/excarcelación", del 12-8-03, se determinó que el plazo establecido en el artículo 1 de la ley 24.390 no es de aplicación automática.

Como dice con acierto un joven jurista argentino, Mario E. CORIGLIANO: "Desde un punto de vista dogmático un proceso penal cuya tramitación supera el plazo razonable, esto es de duración excesiva, no sólo lesiona el derecho del imputado a ser juzgado rápidamente sino que también afecta a todos y cada uno de sus derechos fundamentales y sus garantías procesales reconocidas en la Constitución. Como consecuencia, si el proceso se prolonga indebidamente todas sus reglas de funcionamiento acabarán distorsionando su derecho a un juicio rápido y los principios elementales de la actuación legítima del Estado".<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> CORIGLIANO Mario. E. *Plazo razonable y prisión preventiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Se puede revisar este documento en nuestra página web. En [www.alfonsozambrano.com](http://www.alfonsozambrano.com).

En la opinión siempre importante del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Eugenio Raúl ZAFFARONI: "3. En el ámbito procedimental, la preocupación liberal más importante- si no toda- constituye la garantía de defensa, que requiere una sentencia en tiempo razonable. Lo contrario obstaculiza el ejercicio del derecho, facilita la pérdida de pruebas con el transcurso del tiempo y, en definitiva acaba invirtiendo la lógica del proceso al perderse la importancia de un pronunciamiento definitivo, habida cuenta que la violación al principio de inocencia avanza con la duración del proceso, hasta el punto de pronunciarse sentencias cuando el sujeto ha cumplido la pena, lo que también conspira contra la imparcialidad del fallo, toda vez que los tribunales tienden a ser remisos a absolver en casos de prisión preventiva prolongada".<sup>11</sup>

Sobre el abuso institucionalizado con la prisión preventiva y el riesgo cierto de una condena para tratar de legitimar la duración excesiva del proceso penal, nos pronunciamos en el año 1986 con una de nuestras publicaciones, con base en la experiencia de campo que nos proporcionaba el estudio de la duración del proceso penal en Ecuador.<sup>12</sup>

Compartimos el pronunciamiento de que, la razonabilidad del plazo al que se refiere el precepto se debe apreciar en relación con la duración total del proceso desde el primer acto procesal hasta que se dicte sentencia definitiva. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en el sentido de que, en materia penal, el plazo comienza en la fecha de la aprehensión del individuo. Cuando no es aplicable esta medida pero se halla en marcha un proceso penal, dicho plazo debiera contarse a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso. Particularmente en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> ZAFFARONI Raúl, ALAGIA, SLOKAR. *Derecho Penal. Parte General*. 1ra. Edición, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 859.

<sup>12</sup> ZAMBRANO PASQUEL Alfonso. *Temas de Criminología*. Imprenta Offset Graba, 1986, p. 87-106.

<sup>13</sup> Cfr. CIDH. Casos: Juan Humberto Sánchez contra Honduras, Hilarie Constantine contra Trinidad y Tobago, y Suárez Rosero contra Ecuador.

Se trata en todo caso de salvaguardar también el derecho a ser juzgado sin dilatorias que afecten derechos fundamentales como el de *inocencia* y el de *libertad*.

Conclusiones.-

- 1.- No es necesaria una reforma constitucional para normar el plazo de la caducidad de la prisión preventiva. En la práctica de la justicia penal ecuatoriana lo que ha sucedido es un abuso con la garantía constitucional que consagró la caducidad de la prisión preventiva, misma que si es aplicada con criterio de racionalidad tomando en cuenta el derecho a la seguridad de todos los ciudadanos y el interés superior de las víctimas, debe ser negada en todos aquellos casos en que la caducidad se produce por una demora deliberada o propiciada dolosamente por el justiciable que utiliza mecanismos con la inequívoca intención de producir la caducidad.
- 2.- En abono de que no se requiere de ninguna reforma constitucional con respecto a la caducidad de la prisión preventiva, recordamos que uno de los principios que prevé la Constitución del 2008 es el de la lealtad procesal, y existe una Ley interpretativa 2007-91, publicada en el RO- 2S 194 del 19 de octubre del 2007, así como la reforma al Art. 169 contemplada en la Ley 2007-94, publicada en el RO-S 203 del 1 de noviembre del 2007, que sancionan precisamente la deslealtad procesal. Hoy que vivimos con euforia el proceso del neoconstitucionalismo hay que aplicar racional y adecuadamente el *principio o ley de la ponderación* del profesor Robert Alexy de la Escuela de Kiel, que nos conduce a la aplicación del principio superior en función del interés preponderante. Se pueden revisar nuestras anotaciones y reflexiones sobre el *neoconstitucionalismo*.<sup>14</sup>
- 3.- Con respecto a la caducidad de la prisión preventiva, no ha existido una respuesta racional cuando la demora ha sido propiciada por una conducta desleal del propio justiciable, pues se ha ignorado lo

---

<sup>14</sup> ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Delincuencia organizada transnacional. Doctrina constitucional. Doctrina penal y Práctica Penal*. Edilex S.A. Editores, Lima-Perú, 2011, p. 189 y ss.

que dice la Constitución en el Art. 174 en su segundo inciso: “La mala fe procesal, el litigio malicioso o temerario, la generación de obstáculos o dilación procesal, serán sancionados de acuerdo con la ley” Siendo el Ecuador un Estado constitucional de derechos y justicia (Art. 1), y existiendo el *principio constitucional que sanciona la generación de obstáculos o dilación procesal*, esto es suficiente para que se niegue el derecho a la caducidad de la prisión preventiva cuando la mora la propicia el mismo justiciable. Esto es aplicar correctamente el *principio constitucional* y si fuese del caso la *ley de la ponderación*. Hoy no hay discusión alguna porque existe inclusive la reforma de la ley procesal penal mencionada *up supra*.

- 4.- En los casos en que la malicia o temeridad de quien litiga, los actos procesales dilatorios e inclusive la proposición de recursos tienen el propósito deliberado de entorpecer la normal marcha procesal, no debiera funcionar la caducidad de la prisión preventiva por el sólo vencimiento del plazo. Hace mucho tiempo hemos sostenido que nadie debe beneficiarse de su propio dolo, pues resulta ilegítimo que si la conducta dilatoria proviene del propio imputado o de su defensa, agotado el plazo se lo *premie con la caducidad de la prisión preventiva*.
- 5.- En Ecuador en más de una ocasión se ha producido la sanción inclusive de destitución del juez o magistrado por la caducidad de la prisión preventiva, originada en la conducta obstruccionista del imputado o de su defensa, mediante recusaciones por ejemplo. Nos parece sin duda que en estos casos ha sido injusta tal medida adoptada por el Consejo de la Judicatura, pues no es por la negligencia o connivencia del juez que se ha producido la caducidad!
- 6.- Como se ha consignado en la doctrina y jurisprudencia española, una actividad de la defensa obstruccionista, consistente en plantear recursos o incidentes innecesarios o dolosos, dirigidos exclusivamente a obtener la indebida puesta en libertad del imputado como consecuencia del cumplimiento de los plazos de la prisión provisional, se manifiesta “contraria a la obligación constitucional (de las partes) de colaboración con jueces y tribunales en orden a obtener una rápida y eficaz actuación de la justicia que no puede merecer el

amparo de la Constitución” (STC 206/1991). Para el caso ecuatoriano invocamos el principio constitucional de la lealtad procesal con la que deben litigar las partes que debe deducirse del Art. 174 de la Constitución, ya mencionado, que forma parte de los principios de la función judicial.

- 7.- Existe más de un referente normativo supranacional con respecto al plazo razonable, cuya redacción proviene del Art. 6.1 del Convenio Europeo sobre Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (CEDH), firmado en la ciudad de Roma en 1950, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 de NN.UU. Art. 9 n. 3., y del Art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), firmada en San José de Costa Rica en 1969.

En la erudita opinión de Daniel R. PASTOR: “Algunos catálogos de derechos fundamentales recurren a otra fórmula, el derecho del imputado a ser juzgado sin dilaciones indebidas o injustificadas (así el art. XXV de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (DADDH), de Bogotá 1948, el art. 14.3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), de 1966 y la Constitución española de 1978, art. 24.2. Asimismo en la Enmienda 6ta. de la Constitución de EE.UU. se otorga el derecho a un ‘juicio rápido’ y la Corte Suprema argentina ha señalado que la Constitución Nacional contiene, implícitamente y como derivación del principio de inocencia, el derecho del imputado a obtener un pronunciamiento definitivo del modo más rápido, sobre su situación frente a la ley penal”.<sup>15</sup>

#### Bibliografía básica

ANDRÉS IBAÑEZ Perfecto, *El juez y la prisión provisional*, Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha (Estudios; 91), Cuenca, 2003.

CORIGLIANO Mario. E. *Plazo razonable y prisión preventiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Se puede

---

<sup>15</sup> PASTOR Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*. Ad-Hoc. Buenos Aires, 1ra. Edición, 2002, p. 47-48.



SOBRE LA CADUCIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA (1RA. PREGUNTA DE LA CONSULTA)

revisar este documento en nuestra página web. En [www.alfonsozambrano.com](http://www.alfonsozambrano.com)

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Ver *fallos*

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Ver *fallos*

GIMENO SENDRA Vicente, *La prisión provisional y derecho a la libertad*. Publicado en PRISION PROVISIONAL, DETENCION PREVENTIVA Y DERECHOS FUNDAMENTALES. Ediciones de Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 1997.

*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de NN.UU. 1966.

*Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos*.1969.

PASTOR Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*. Ad-Hoc. Buenos Aires, 1ra. Edición, 2002

ZAFFARONI Raúl, ALAGIA , SLOKAR. *Derecho Penal. Parte General*. 1ra. Edición, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso. *Temas de Criminología*. Imprenta Offset Graba, 1986.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Delincuencia organizada transnacional. Doctrina constitucional. Doctrina penal y Práctica Penal*. Edilex S.A. Editores, Lima-Perú, 2011.

# INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PREGUNTA NO. 3 DE LA PROPUESTA DE CONVOCATORIA A REFERENDO PRESENTADA POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Dr. Nicolás Castro Patiño, Mg. Sc.\*  
Ab. Nicolás Castro Quiroz, Esp.\*\*

## ANTECEDENTES

Mediante Oficio número T.5715-SNJ-11-55, del 17 de enero de 2011, suscrito por el economista Rafael Correa Delgado, Presidente de la República del Ecuador, se puso a disposición de la Corte Constitucional, por medio de su Presidente, <sup>1</sup>“*el proyecto de enmienda de la Constitución de la República, a fin de que, previo a emitir el Decreto de convocatoria a referendo, se sirva dictaminar indicando cual de los procedimientos determinados en la Ley es el que corresponde aplicar, así como para que emita la sentencia correspondiente respecto de la constitucionalidad de la convocatoria a referendo, y sobre la constitucionalidad de las preguntas a efectuarse junto con sus respectivos considerandos*”.

Así pues, se realizó el examen de admisibilidad respectivo, luego de lo cual -mediante sorteo de ley- ha correspondido a Su Autoridad la sustanciación de la solicitud del Presidente de la República, en lo que a la primera parte de la misma se refiere (convocatoria a referéndum), debiendo, en consecuencia, elaborar los respectivos proyectos de dictamen de procedimiento y sentencia de constitucionalidad de la convocatoria a

---

\* Doctor en Jurisprudencia, Magister en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Profesor Titular de la Universidad Católica y de la Universidad de Guayaquil.

\*\* Abogado, graduado en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Especialista en Contratación Pública y Control Gubernamental.

<sup>1</sup> Oficio número T.5715-SNJ-11-55, del 17 de enero de 2011, suscrito por el economista Rafael Correa Delgado, Presidente de la República del Ecuador.

referéndum, para someterlo a conocimiento y aprobación del Pleno de la Corte Constitucional.

### LA PREGUNTA TRES

La pregunta (y su anexo) número tres señala:

*“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?”*

ANEXO 3.-

*El primer inciso del artículo 312 de la Constitución dirá:*

*“Las instituciones del sistema financiero privado, así como las empresas privadas de comunicación de carácter nacional, sus directores y principales accionistas, no podrán ser titulares, directa ni indirectamente, de acciones y participaciones, en empresas ajenas a la actividad financiera o comunicacional, según el caso. Los respectivos organismos de control serán los encargados de regular esta disposición.”*

*En el primer inciso de la DISPOSICIÓN TRANSITORIA VIGÉSIMO NOVENA dirá:*

*“Las acciones y participaciones que posean las instituciones del sistema financiero privado, así como las empresas de comunicación privadas de carácter nacional, sus directores y principales accionistas, en empresas distintas al sector en que participan, se enajenarán en el plazo de un año contado a partir de la aprobación de esta reforma en referendo”.*

La pregunta va dirigida hacia el sector financiero y hacia el de la comunicación social, siendo solamente sobre éste último aspecto al que nos referiremos en el presente escrito.

El número dos (2) del Acápito I de la petición del Presidente de la República, intitulado *“PROPIEDAD DE INSTITUCIONES FINANCIERAS Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN”*, establece, en su último párrafo, 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”* y que de ahí *“se desprende con bastante claridad 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”*, para concluir diciendo que el Artículo 312 de la Constitución de la República *“ha permitido que surjan algunas interpretaciones equívocas que en ciertos casos pueden contradecir el espíritu y finalidades que, en este sentido, tiene la Constitución. Por lo tanto, se hace necesario reformar el indicado Art. 312, para que el mismo tenga una mayor precisión y, de igual manera, establezca una prohibición mucho más clara y ajustada a los parámetros constitucionales, con el objeto de garantizar la independencia, tanto del sistema financiero, como de los medios de comunicación masiva privados, sobre todo de carácter nacional, con relación a otros grupos de poder dominantes o monopólicos, a efectos de evitar los consabidos conflictos de intereses que han tenido lugar a lo largo de la historia y que han detonado en situaciones nefastas para las y los ciudadanos.”* (Lo que está en negrillas y subrayado, es nuestro).

#### SOBRE EL PROCEDIMIENTO A SEGUIRSE

El Capítulo Tercero, del Título IX de la Constitución se refiere a la *“REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN”*; y, haciendo la disección de sus normas, verificamos que en el Ecuador existen 3 medios para de una u otra forma modificar –total o parcialmente- la Constitución: la enmienda, la reforma y la Asamblea Constituyente.

La enmienda procede bajo los siguientes supuestos y condiciones:

- Puede tratarse de uno o varios artículos de la Constitución.
- No puede alterar la estructura fundamental de la Constitución.
- No puede alterar el carácter y los elementos constitutivos del Estado.
- No puede establecer restricciones a las garantías y derechos previstos en la misma Constitución.

- No puede referirse a la modificación del procedimiento de “*reforma*” de la Constitución.
- Se puede realizar mediante un referéndum solicitado por el Presidente de la República.
- Se puede realizar mediante un referéndum solicitado por la ciudadanía con el respaldo de, al menos, el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral.
- Se puede realizar por parte de la Asamblea Nacional, por iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de sus miembros, siguiendo el procedimiento previsto en el número 2, del Artículo 441 de la Constitución.

La reforma “*parcial*” procede bajo los siguientes supuestos y condiciones:

- No puede restringir garantías ni derechos constitucionales previstos en la misma Constitución.
- No puede modificar el procedimiento de reforma de la misma Constitución.
- Puede darse por iniciativa del Presidente de la República.
- Puede darse por solicitud de la ciudadanía con el respaldo de, al menos, el uno por ciento de ciudadanos inscritos en el registro electoral.
- Puede darse por resolución de la Asamblea Nacional aprobada por la mayoría de sus integrantes.
- Su iniciativa siempre se tramita a través de la Asamblea Nacional, con el procedimiento previsto en el segundo inciso del Artículo 442 de la Constitución.
- Finalmente, aprobado el proyecto de reforma constitucional por la Asamblea Nacional, se debe, así mismo, aprobar tales reformas mediante un referéndum con, al menos, la mitad más uno de los votos válidamente emitidos.

La convocatoria a una Asamblea Constituyente procede bajo los siguientes supuestos y condiciones:

- Se convoca a través de una consulta popular.
- La consulta popular la puede solicitar el Presidente de la República.

- La consulta popular la puede solicitar la Asamblea Nacional por decisión de sus dos terceras partes.
- La consulta popular la pueden solicitar los ciudadanos que, en su conjunto, equivalgan al doce por ciento de las personas inscritas en el registro electoral.
- La consulta debe incluir la forma de elección de los representantes a la Asamblea Constituyente.
- La consulta debe incluir las reglas del proceso electoral de los representantes a la Asamblea Constituyente.
- La nueva Constitución elaborada por la Asamblea Constituyente se aprueba en referéndum, con la mitad más uno de los votos válidos.

De lo expuesto podemos concluir, sin lugar a dudas, que siempre que la modificación que se pretenda a la Constitución implique restricciones a las garantías y derechos constitucionales previamente adquiridos, la vía para modificarla sólo será a través de la convocatoria a una Asamblea Constituyente, pues las otras dos vías (enmienda y reforma) no permiten una modificación de la Constitución –como la que pretende el Presidente– que restringe y limita garantías y derechos, se haga a través de aquéllas (enmienda y reforma), como lo establece expresamente el número 1, del Artículo 101 de la LOGJCC.

Ahora bien, es el Artículo 441 de la Constitución el que señala que mediante referéndum –tal como lo plantea el Presidente de la República–, sólo se podrá enmendar la misma –en uno o varios artículos–, siempre que el proyecto de enmienda *“no establezca restricciones a los derechos y garantías”*, lo cual no se configura en este caso, toda vez que aunque en la exposición de motivos de la petición del Presidente se quiere hacer pasar el tema como si fuese un asunto de *“interpretaciones equívocas”* que supuestamente se han dado, y que, además, conllevarían a supuestas contradicciones con *“el espíritu”* de la Constitución, deviene evidente que lo que se busca realmente es restringir garantías y derechos adquiridos, a las personas que de una u otra forma ejercen actividades dentro del ámbito de la comunicación social.

Por ningún lado la Constitución prohíbe –ni implícita ni explícitamente– a las *“empresas de comunicación privada de carácter nacional, sus directores y principales accionistas”* intervenir en otros sectores de la vida nacional, tanto es así que si se lee la exposición de motivos señalada se

verá que ésta sólo hace relación a un supuesto “*espíritu*” de la Constitución, sin aterrizar en ninguna norma constitucional en concreto; y, cuando intenta hacerlo, lo hace citando disposiciones constitucionales que tampoco prohíben absolutamente nada (Artículos 313, 384, 115 y 261) y, especialmente, una norma (Artículo 312) que se refiere al sistema financiero (y a la prohibición de que entidades de dicho sector participen en medios de comunicación social), pero no a limitación alguna con respecto a los que, involucrados en el ámbito de la comunicación social, interviesen en otros sectores de la sociedad ecuatoriana, como se desprende nitidamente del texto que se transcribe que dice:

*“Art. 312.- Las entidades o grupos financieros no podrán poseer participaciones permanentes, totales o parciales, en empresas ajenas a la actividad financiera.*

*Se prohíbe la participación en el control del capital, la inversión o el patrimonio de los medios de comunicación social, a entidades o grupos financieros, sus representantes legales, miembros de su directorio y accionistas.*

*Cada entidad integrante del sistema financiero nacional tendrá una defensora o defensor del cliente, que será independiente de la institución y designado de acuerdo con la ley.”.*

Como se puede apreciar, la limitante es únicamente para las entidades o grupos financieros, con respecto a su intervención en empresas ajenas a la actividad financiera; se prohíbe, además, a estas mismas entidades o grupos financieros, su participación en los medios de comunicación social; y, hasta ahí llegan las restricciones, pero no se dice por ningún lado –ni expresa ni tácitamente- que quienes ejercen actividades dentro del ámbito de la comunicación social están impedidos de intervenir en sectores ajenos a dicha actividad, ESTO ES UNA NOVEDAD QUE EL EJECUTIVO PRETENDE INTRODUCIR EN LA CONSTITUCIÓN Y QUE, AL LIMITAR GARANTÍAS Y DERECHOS YA ADQUIRIDOS, REQUIERE SER CONOCIDO Y APROBADO POR UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE.

El Presidente pretende restringir garantías y derechos introduciendo una nueva norma constitucional en una Sección (Octava, Capítulo

Cuarto, Título VI) de la Constitución que se refiere al sistema financiero y no tiene nada que hacer con el sector de la comunicación social, quedando en evidencia que no es que han existido problemas de interpretaciones equívocas sino que, simplemente, no existe en la Constitución en vigencia una restricción a garantías y derechos como la que se quiere introducir por supuestos problemas de *"interpretaciones"*, tanto así, que como en realidad lo que se busca es coartar las garantías y derechos constitucionales de quienes ejercen actividades de comunicación social, no se pide *"reformular"* el Artículo 384 de la Constitución que sí se refiere a la comunicación social, en virtud de que en tal caso estaría aún más clara la evidencia de que se trata de crear una nueva norma constitucional que restringe garantías y derechos y que la misma no puede ser introducida en la Constitución mediante un referéndum. En el peor de los escenarios, si supuestamente el problema está dado por las *"interpretaciones equívocas"* a la Constitución, el Presidente debió haber solicitado a la Corte Constitucional que, en su calidad de máximo órgano de interpretación constitucional (Artículo 429 de la Constitución), dictamine sobre estas supuestas *"interpretaciones equívocas"*, como lo disponen los Artículos 154 y siguientes de la LOGJCC, mas no lo ha hecho, porque en realidad no hay nada que interpretar en lo que a las supuestas prohibiciones de participar en otros sectores del ámbito nacional para quienes se vinculan a la comunicación social se refiere, ya que sencillamente dicha supuesta prohibición NO EXISTE y tampoco se deduce del *"espíritu"* de la Constitución, como lo señala la solicitud del Presidente. Al contrario, aquella garantiza a las personas –incluidas *"las empresas privadas de comunicación de carácter nacional, sus directores y principales accionistas"*– el ejercicio de las garantías y derechos que ahora, sin seguir el procedimiento que establece la Constitución, el Presidente pretende coartar o desconocer.

De esta manera, al contener la reforma que pretende el Presidente una clara restricción a garantías y derechos, entre otros, a la igualdad, al acceso al uso de frecuencias del espectro radioeléctrico, al trabajo, a la libertad de asociación, a desarrollar actividades económicas, a la libertad de contratación, a participar en la vida cultural de la comunidad, a la propiedad, a la libre determinación, etcétera, de quienes ejercen de una u otra forma actividades de comunicación social, se está contraviniendo la voluntad del Constituyente primario, es decir, del Pueblo Soberano, expresada en la Constitución vigente, pues no es posible ni procedente



que la reforma propuesta se tramite por la vía del referéndum, en virtud de que la misma únicamente puede ser conocida y aprobada por una Asamblea Constituyente y, a posteriori, por referéndum –como se explicó-. De aceptarse la propuesta de reforma planteada por el Presidente de la República (que restringe garantías y derechos), se incurriría, además, en lo previsto en el segundo inciso del número 8, del Artículo 11 de la Constitución que declara como *“inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”*.

Por otro lado, la petición presidencial en la fundamentación de la convocatoria a referendo que pretende, reconoce expresamente que lo que en realidad se quiere es <sup>2</sup>“reformular” el Artículo 312 de la Constitución, desconociendo, como se lo ha hecho notar, que de conformidad con el Artículo 442 de la Norma Suprema, la reforma constitucional, necesariamente, debe ser tramitada por medio de la Asamblea Nacional, estándole vedado el Presidente realizar él mismo –vía Decreto- la convocatoria a un referéndum, esto sin perjuicio de que tampoco es procedente efectuar una reforma en el sentido que se lo quiere hacer con la pregunta que se está analizando, pues ésta restringe garantías y derechos constitucionales previamente adquiridos y, como quedó dicho, la única vía expedita para tramitar una reforma de este tipo –restrictiva a garantías y derechos- es por medio de una Asamblea Constituyente.

Como conclusiones de lo analizado hasta aquí tendríamos:

- Lo que el Presidente pretende con la pregunta tres (y su anexo) limita y restringe garantías y derechos constitucionales de quienes de una u otra manera hacen comunicación social.
- En consecuencia, tal pretendida reforma constitucional sólo puede tener como vía de tramitación una Asamblea Constituyente.
- Aún en el supuesto no consentido de que lo que el Presidente pretende con la pregunta tres (y su anexo) no fuese restrictivo a garantías y derechos –QUE SÍ LO ES-, como él mismo lo reconoce, no se estaría frente a una enmienda sino a una reforma.

---

<sup>2</sup> Último párrafo del número 2, del Acápite I, del oficio T.5715-SNJ-11-55, del 17 de enero de 2011, suscrito por el economista Rafael Correa Delgado, Presidente de la República del Ecuador.

- En consecuencia, estando realmente frente a una pretendida reforma (no enmienda), ésta, EN EL MISMO SUPUESTO NO ADMITIDO DE QUE NO FUESE RESTRICTIVA A GARANTÍAS Y DERECHOS – QUE SÍ LO ES- se debiera tramitar por medio de la Asamblea Nacional.

### VICIOS DE FORMA DE LA PETICIÓN PRESIDENCIAL

El número 3 del Artículo 103 de la LOGJCC, relativo al alcance del control constitucional de la Corte Constitucional sobre la convocatoria a referendo, señala que en el desarrollo de este control la Corte deberá verificar, al menos, que se cumpla con la garantía de plena libertad del elector y, en especial, con el cumplimiento de las cargas de claridad y lealtad.

La garantía de plena libertad del elector que otorga la LOGJCC tiene varias implicaciones, entre ellas, el cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 23 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y en el Artículo 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, los cuales establecen que es derecho de toda persona sufragar por un sistema de voto secreto “*que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores*”, constituyéndose ésta libertad en el núcleo esencial del derecho fundamental al voto, más aún, en un pretendido referéndum que busca coartar garantías y derechos de personas, debiéndose rechazar todo tipo de manipulación que quiera introducir el cuestionario constitucional al más puro estilo de los regímenes autoritarios para legitimarse plebiscitariamente.

La protección de la libertad del elector en mención se orienta específicamente a la forma de presentación de la pregunta (en nuestro caso la tres) y el texto normativo sometido a la consideración del Pueblo, sin perjuicio de que abarca también las garantías generales del derecho al sufragio –universal, igual, directo, secreto, etcétera- previstas en el Artículo 62 de la Constitución.

Sabiendo entonces que el cuestionario presidencial debe honrar las garantías que tiene el elector para votar; y, en consecuencia, no cabe manipulación en las correspondientes preguntas, veamos pues si la

pregunta tres cumple con las <sup>3</sup>cargas de claridad y lealtad que le exige la LOGJCC, determinando primeramente a qué se refiere cada una de éstas cargas.

La carga de claridad, como su nombre lo indica, exige una gran sencillez en la formulación de las preguntas sometidas a la consideración del Pueblo, a fin de evitar que la ciudadanía sea manipulada o que, por no ser experta en derecho constitucional, pueda sentirse confundida frente a la falta de claridad del cuestionario; por su parte, la carga de lealtad, íntimamente ligada a la de claridad, apunta a garantizar que el pronunciamiento popular se realice partiendo de una base neutral sin que se induzca al elector a engaños o equívocos.

En la pregunta en análisis (la tres), no se cumplen ninguna de las exigencias antes explicadas, pues, para comenzar, desde la exposición de motivos, se parte de apreciaciones subjetivas sin sustento normativo alguno, al referirse sin bases lógicas ni jurídicas, a que lo que motiva la pretendida reforma constitucional (que la quieren hacer pasar como enmienda) son supuestas "*interpretaciones equívocas*" que alteran el "*espíritu*" de la Constitución. Esto sencillamente es engañar al Pueblo.

¿Por qué simplemente no se dice que se quiere crear una nueva –porque actualmente NO EXISTE, ni explícita ni implícitamente– prohibición constitucional para las personas vinculadas a la comunicación social, restringiendo varias de sus garantías y derechos constitucionales previamente adquiridos? Sencillamente porque se quiere esquivar el procedimiento que para procurar cumplir con dicho cometido prevé la Constitución.

De otro lado, el Artículo 104 de la LOGJCC establece que para controlar la constitucionalidad de los considerandos introductorios al cuestionario que se pretende someter a referendo, la Corte Constitucional verificará, entre otras cosas:

- Que las respuestas del elector no sean inducidas.

---

<sup>3</sup> *double exigence de loyauté et clarté*

- Concordancia entre la introducción a la pregunta y el texto normativo propuesto.
- Empleo de lenguaje valorativamente neutro, sin carga emotiva, sencillo y comprensible.
- Relación directa de causalidad entre el texto normativo propuesto y la finalidad que se señala en el considerando introductorio, de tal forma que una vez aprobada la disposición jurídica como se lo propone, la finalidad querida se obtenga con alta probabilidad.

En este orden de ideas, es de precisar que la nota introductoria que antecede a la pregunta tres y que dice: *“Con la finalidad de evitar conflicto de intereses”* es a todas luces manipulativa y directiva de la voluntad del ciudadano, induce a la respuesta final, es tendenciosa, equívoca, lo cual puede conducir a la desinformación, al error o a una falsa percepción de la realidad. Esta nota, que forma parte de la pregunta tres, mengua de manera significativa las condiciones de libertad del sufragante y obviamente desconoce la exigencia de lealtad. Su redacción, al estar acompañada de un lenguaje con carga emotiva (*“evitar”*), con una expresión que no es bajo ningún concepto valorativamente neutra, dando por sentado que siempre habrá un *“conflicto de intereses”*, induce la respuesta del sufragante, pues tal como está planteada, contestar lo contrario, sería como estar de acuerdo en que alguna persona vinculada con la comunicación social utilice tales medios para beneficio particular. Es decir, la nota introductoria asocia una situación socialmente deseable (*“evitar conflicto de intereses”*), sugiriendo que siempre que un comunicador social se dedique a otra actividad buscará, a través del recurso comunicacional, beneficiar intereses particulares, lo cual no es cierto ni aceptable y, aún cuando así fuese, la pregunta no puede plantearle el particular al elector, sino que deberá dejarle a su libre convicción el análisis de si se produce o no el señalado supuesto conflicto de intereses. Lo único que busca la nota introductoria a la pregunta tres es persuadir al elector, mediante su fuerza retórica, para que acepte la aprobación del contenido de la reforma propuesta, lo que claramente compromete las condiciones de libertad que deben existir en el proceso de manifestación de la voluntad política de los sufragantes.

Adicionalmente, la nota introductoria incorporada a la pregunta tres, señala una finalidad o propósito: *“evitar conflicto de intereses”*, lo cual indicaría que existe una relación de causalidad entre la nota introductoria

y la aprobación del texto de las disposiciones constitucionales que se pretende reformar, pues la consecución de la finalidad señalada en la nota introductoria dependería de la aprobación del texto normativo respectivo.

Al respecto, la doctrina constitucional considera que lo mencionado anteriormente plantea la exigencia de al menos dos requisitos que deben satisfacer las notas introductorias que señalan finalidades, con el objeto de garantizar la libertad del sufragante. El primero es el de la correspondencia, que indica que si se establece una relación de causalidad entre un fin (nota introductoria) y un medio (texto normativo), debe existir correspondencia entre los contenidos lingüísticos de la nota introductoria y del texto normativo, pues, de lo contrario, se señalaría un fin incompleto o un fin diverso en relación con el contenido normativo a aprobar. El segundo, es el de la naturaleza de la relación de causalidad que se establece entre el fin (nota introductoria) y el medio (texto normativo).

En consecuencia, para garantizar la libertad del elector la nota introductoria redactada junto con la pregunta tres, debiera suponer que existe una relación de causalidad clara y no meramente hipotética, entre el fin (nota introductoria) y el medio (texto de las disposiciones a modificarse), lo cual implica que sea posible establecer que una vez aprobado el artículo la finalidad señalada se alcanza con una alta probabilidad como lo dice la LOGJCC. Analicemos entonces si tal como se redacta la pretendida modificación al Artículo 312 de la Constitución hay una alta probabilidad de que ésta sea efectiva, señalando unos cuantos aspectos que, entre muchos otros, quedarían en el aire y dejan ver –más allá de todos sus otros vicios- que la propuesta es antitécnica:

- ¿Cuándo una <sup>4</sup>empresa de comunicación es de carácter nacional?
- ¿Todas las empresas privadas de comunicación de carácter nacional tienen directores?

---

<sup>4</sup> "En lo jurídico y laboral, asociación científica, industrial o de otra índole, creada para realizar obras materiales, negocios o proyectos de importancia, concurriendo de manera común a los gastos que origina y participando también todos sus miembros de las ventajas que reporte." (CABANELLAS GUILLERMO. "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", Tomo III, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1981, p.126).

- ¿Qué se entiende por principales accionistas?
- ¿Sólo se puede ejercer la comunicación por medio de empresas?
- ¿Qué sucede con quienes ejercen la comunicación a título personal?
- ¿Sólo se pueden ejercer actividades ajenas a la comunicación social por medio de empresas?
- Los respectivos organismos de control no podrán ampliar ni modificar lo que dice la disposición.

Es muy claro que la inclusión de la nota introductoria en mención no satisface estos requisitos, al no incluir en el texto normativo sometido a aprobación la finalidad que se busca ni la garantía de que ésta se alcanzará de mediar su aprobación, creando así falsas expectativas en el elector y dirigiendo equívocamente su voluntad política, lo cual desconoce abiertamente la garantía de plena libertad.

De este modo, es evidente que la nota introductoria a la pregunta tres viola la LOGJCC pues está redactada de manera que induce una respuesta afirmativa en el votante; da una información incompleta del sentido de las disposiciones que se busca modificar; y, no es evidente el vínculo entre el propósito enunciado en la pregunta y el texto a ser aprobado.

Por otra parte, el Artículo 105 de la LOGJCC dispone que para garantizar la libertad del elector, la Corte Constitucional verificará que el cuestionario cumpla, entre otras cosas, con lo siguiente:

- Que se formule una sola cosa en cada pregunta, salvo que exista interrelación e interdependencia entre los componentes normativos.
- Que se prevea en la pregunta la posibilidad de aceptar o negar varios temas individualmente.
- Que la propuesta normativa no se encamine a establecer excepciones puntuales que beneficien un proyecto político específico.

De todo lo expresado en el presente memorial está demostrado que la pregunta tres (y su anexo), tal como se la plantea –y más allá de que es restrictiva a garantías y derechos constitucionales-, busca consultar dos cosas distintas al Pueblo: una relativa al sistema financiero y otra relativa a quienes se desempeñen en el ámbito de la comunicación social; por lo anterior, la pregunta no prevé la opción de que el Pueblo se pronuncie

negativamente, por ejemplo, únicamente en lo relacionado al ámbito de la comunicación social, sino que si el Pueblo está de acuerdo con lo relativo al sistema financiero, para poder manifestar su voluntad, debe obligatoriamente contradecir su propio deseo con respecto a su negativa en lo atinente a la comunicación social; y, finalmente, con meridiana claridad podemos ver que la propuesta busca establecer una excepción puntual con respecto a quienes ejercen en el sector privado la comunicación, pues ella no abarca, por decir sólo un caso, a las empresas públicas de comunicación. Discrimina al sector privado frente al público.

Una mención especial requiere la pretendida modificación a la Disposición Transitoria Vigésimo Novena de la Constitución, norma que, como su nombre lo indica, tenía una transitoriedad en su vigencia y que, a la fecha, la ha perdido.

Por <sup>5</sup> *“Derecho Transitorio cabe entender el de duración breve y establecida por él mismo” o “por un código o ley para amoldar la situación jurídica precedente a las nuevas normas, para respetar derechos adquiridos, no declarar la retroactividad absoluta de los preceptos innovadores y causar los menores trastornos en la vida jurídica y en la general”.*

El plazo de dos años previsto en la Disposición Transitoria Vigésimo Novena de la Norma Suprema feneció el 19 de octubre de 2010; y, no puede ahora el Presidente pasarse por encima de la voluntad del Constituyente y dar un nuevo plazo a las instituciones del sistema financiero para que cumplan lo que ahí se les exigía; y, de agache, meter también en el mismo saco al sector de la comunicación social.

Es conocido que una disposición transitoria tiene como sola finalidad regular aspectos nacidos bajo una régimen jurídico anterior, para que se adecúen al nuevo ordenamiento correspondiente, teniendo aquélla una vigencia temporal que, para el caso concreto, ya feneció, lo cual ratifica que lo único que se pretende con los actores vinculados a la comunicación social no es otra cosa que restringir y coartar garantías y derechos que la Constitución les otorga.

---

<sup>5</sup> CABANELLAS GUILLERMO. *“Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”*, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1981, p.152.

De este modo, EN EL SUPUESTO NO CONSENTIDO DE QUE LA REFORMA PRETENDIDA FUESE PROCEDENTE Y NO LIMITÁSE GARANTÍAS Y DERECHOS, COMO SÍ LO HACE, el Presidente debía crear una nueva norma transitoria que entrara a regular la fase de transición entre el régimen jurídico anterior y el nuevo que se pretende.

### RESTRICCIÓN DE GARANTÍAS Y DERECHOS

La pretendida reforma presidencial busca dar un trato desigual a quienes de algún modo se encuentran vinculados con la comunicación social, frente al colectivo de ciudadanos, sin justificar las razones por las cuáles considera constitucionalmente justificado dicho trato desigual, restrictivo de garantías y derechos, desproporcionado e irrazonable, vulnerando de esta manera el número 2 del Artículo 11 y el número 4, del Artículo 66 de la Constitución que consagra el derecho a la igualdad formal, material y a la no discriminación.

La ilegítima diferencia de trato que pretende dar el Presidente de la República a quienes se vinculan de algún modo al ámbito de la comunicación social no se encuentra justificada en la Constitución de la República, ni constituye un medio adecuado, proporcionado y razonable para proteger algún interés constitucionalmente protegido. La pretensión presidencial no se encuentra objetivamente fundada y el discrimen que busca carece de justificación, lo cual se traduce en una conducta arbitraria e injusta que contradice la dignidad humana y obviamente la igualdad.

No se pueden regular aspectos -aunque puedan ser deseados o necesarios- mediante la adopción de medidas desproporcionadas que no se compadecen con la restricción constitucional que ellas implican, menos bajo hipótesis falsas y apreciaciones meramente subjetivas. En el presente caso, las limitaciones que quiere imponer el Presidente a quienes de alguna manera se ven inmersos en el sector de la comunicación social, afectan varios derechos constitucionales, producto del trato desigual que se les pretende dar y que menguarían su libertad de asociarse, de contratar, su derecho a la propiedad, entre otras garantías que ya se mencionaron, producto del "pecado" que significaría vincularse al ámbito de la comunicación social.

El principio de igualdad representa uno de los más fundamentales pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado Constitucional



de derechos y justicia, como se proclama al Ecuador en nuestra Constitución. Claro, el Presidente dirá, se debe tratar igual a quienes están en igualdad de condiciones y quienes se vinculan a la comunicación social no lo están frente al resto de la colectividad.

Con respecto a lo anterior, los constitucionalistas contemporáneos destacan que el deber del Estado con relación al principio de igualdad se concreta en cuatro vertientes: 1) un trato idéntico a destinatarios que se encuentran en idéntica posición; 2) un trato enteramente diferenciado a destinatarios que no compartan ningún elemento en común; 3) un trato paritario a destinatarios cuyas situaciones tengan similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); y, 4) un trato diferenciado a destinatarios que se encuentran en posición en parte similar y en parte diversa, pero cuyas diversidades sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud).

Las vertientes señaladas no presentan mayores problemas en sus dos primeros casos, sin embargo, en los dos últimos es cuando entra a funcionar el denominado juicio de igualdad, para sentenciar cuándo es constitucionalmente aceptable un trato desigual y cuándo no. La idea principal del juicio de igualdad es <sup>6</sup>“que el principio y derecho a la igualdad se vulnera siempre que un trato diferenciado sea además irrazonable o desproporcionado”, para lo cual, así mismo, existen los juicios de razonabilidad y de proporcionalidad, que serán los que en definitiva, resolverán sobre la controversia originada en un juicio de igualdad.

La racionalidad no es otra cosa que la necesidad de que la diferenciación de cualquier índole que se haga, encuentre una justificación que se pueda considerar constitucionalmente válida, con sustentos reales y no hipotéticos; y, por su lado, la proporcionalidad, implica, en pocas palabras, que existiendo un criterio racional para hacer determinada distinción, la medida a adoptarse guarde coherencia con el fin constitucionalmente protegido, es decir, que ésta no sea excesiva o abundante frente al caso concreto.

---

<sup>6</sup> BERNAL PULIDO CARLOS. “El Neoconstitucionalismo y la Normatividad del Derecho”, Bogotá, Universidad Externado, 2009, p.220.

En el presente caso, ¿guarda algo de racionalidad el hecho de que el Presidente de la República pretenda condenar a quienes están inmersos en la comunicación social a no dedicarse a ninguna otra actividad? ¡Absolutamente no! Esta circunstancia deviene del hecho de que se parte de una premisa incierta e hipotética, como es el de dar por sentado, cual verdad infalible, que siempre existirá “*conflicto de intereses*” cuando se realice alguna otra actividad económica o de cualquier otra índole distinta a la comunicación social; y, para y por ello, se restringen derechos y garantías constitucionalmente protegidos.

¿Cuáles son esos conflictos de intereses a los que la petición presidencial se refiere?. No menciona uno solo; deja a la imaginación del Pueblo el asunto, lo cual torna aún más tramposa la pregunta y su inexistente motivación, dando a entender, además, que todo conflicto de interés es negativo, sin considerar que no siempre es así, ya que en las relaciones entre los seres humanos de existir intereses contrapuestos, estos no serán necesariamente perjudiciales para terceros, pues, de ser así, no podría, por ejemplo, existir la competencia (de cualquier índole), tan necesaria para el desarrollo de las sociedades. Ante la falta de argumentos válidos para sustentar la pregunta 3, el Presidente echa mano a recursos de motivación abstractos que bajo ningún concepto cumplen con la exigencia constitucional de motivación establecida en la Constitución de la República.

### CONCLUSIÓN

Por todo lo expuesto, es claro y evidente que la pretendida reforma constitucional que quiere llevar a cabo el Presidente de la República en lo que respecta a la pregunta número tres, viola y vulnera varias garantías y derechos constitucionales de quienes están de algún modo inmersos en la comunicación social; no puede ser tramitada mediante un referendo; no cumple con los requisitos de forma que exigen la Constitución y la LOGJCC; y, por el fondo, viola flagrantemente el principio de igualdad.

En consecuencia, la pregunta 3 de la petición presidencial, tal y como está planteada, es inconstitucional, porque viola garantías y derechos que constituyen el límite material al poder reformador de la Constitución; y, de vulnerarse e ir más allá del límite señalado, estaríamos ante un acto viciado de nulidad, carente de eficacia jurídica y

atentatorio, entre otros, del principio de la seguridad jurídica inserto en la Constitución.

Aspiramos que más allá de las repercusiones políticas que pudiera tener la decisión de la Corte Constitucional, en la calificación de la propuesta presidencial, todos podamos apreciar que dicha Corte respeta y hace cumplir el principio de supremacía y fuerza normativa de la Constitución por encima de cualquier interés político coyuntural.

¡La historia estará pendiente y vigilante del pronunciamiento a darse, para absolver o condenar a sus autores!.

Guayaquil, 3 de Febrero del 2011

## RAZONES PARA IMPUGNAR LA PREGUNTA 4 DEL REFERENDO

Dr. Luis Herrería Bonnet\*

Para efectos didácticos y con el objeto de ejercer una debida sistematización, iniciaremos nuestro análisis sobre la pregunta cuarta de la convocatoria a referendo que hace el Ejecutivo y que está en consideración de la denominada Corte Constitucional, a efecto de tener los elementos de juicio necesarios para justificar nuestro rechazo a la mencionada pregunta, haciendo un sucinto recuento de los criterios de tratadistas nacionales e internacionales; los argumentos que son indispensables para demostrar los distintos momentos que se han dado a través de los años hasta llegar al desafortunado referendo, y, por último, citar las disposiciones constitucionales que darán el asidero necesario a nuestra opinión que no concibe la idea que desde el Ejecutivo se pretenda liquidar la estructura del Estado, mediante un mecanismo al que no se lo reviste de las más elementales garantías constitucionales, y, por el contrario, se lo quiere imponer violando las normas contempladas en la Carta Suprema.

Comentarios de tratadistas nacionales y extranjeros a través del tiempo sobre constitucionalidad y democracia:

RODRIGO BORJA CEVALLOS<sup>1</sup>.- Al hablar de democracia señala que “Hay que acentuar que la democracia es más que una forma de gobierno, es decir, más que un modo de ordenación de las magistraturas públicas o que una manera de ejercer el poder. La democracia es una forma peculiar de organización de la sociedad en su conjunto, que por

---

\* luisherreria@gye.satnet.net

<sup>1</sup> Investigador de las Ciencias Sociales, autor de varios libros, fundador de un partido político, Presidente del Ecuador de 1.988 a 1.992, considerado uno de los notables oradores de América Latina” Enciclopedia de la Política”: Fondo de Cultura Económica. Carrera Picacho-Ajusco. 227; 14200 México, D.F. 1.997.

tanto compromete al todo social y no solamente a una de sus partes, que es el gobierno. Con esto quiero decir que ella comprende las relaciones interpersonales y no sólo las de las personas con el gobierno". Cuando se refiere a Estado de derecho, Borja indica que "Fue el fruto más noble del constitucionalismo francés de fines del siglo XVIII, que se difundió por el mundo a partir de la gesta revolucionaria. Aunque sus antecedentes fueron ingleses, puesto que Inglaterra forjó los primeros elementos del Estado constitucional; y su primera plasmación escrita pertenece a los Estados Unidos de América en el momento culminante de su independencia, la inspiración doctrinaria y filosófica corresponde a Francia... De manera que el proceso constitucionalista y su obra maestra, el Estado de Derecho, obedecen a un dilatado itinerario histórico". Borja concluye su análisis sobre este tema con la reflexión que compartimos plenamente, ya que se ajusta al repudio que nosotros hacemos de la pregunta cuarta del referendo: "El ordenamiento jurídico, que es el armazón que sustenta al Estado de derecho, contempla los mecanismos jurídicos y judiciales para garantizar las prerrogativas de las personas. En caso de que alguien las vulnere, ellas pueden acudir ante un juez para que restablezca los derechos atropellados y ordene resarcir los daños causados. Dentro de este esquema es vital que quienes ejercen la judicatura gocen de absoluta independencia y estén protegidos ante todo tipo de injerencias políticas o presiones económicas. La independencia del poder judicial frente a todas las interferencias que pudieran distorsionar la recta administración de la justicia es un elemento vital de la organización política moderna. No solamente los otros poderes del Estado sino los partidos políticos, los gremios, los grupos de interés, los medios de comunicación y los ciudadanos deben abstenerse de tomar injerencia en las controversias judiciales para que nada tuerza la delicada función de los jueces y tribunales. Ya desde los tiempos del "Acta de Establecimiento" inglesa de 1701 se reconoció a los jueces un estatuto de independencia respecto de los demás poderes, principio que fue consagrado más tarde por la revolución de la independencia de las 13 colonias inglesas de Norteamérica y por la Revolución francesa".

Al hablar sobre razón de Estado, el expresidente Borja señala que "Se conoce como razón de Estado a la motivación, generalmente secreta o inconfesable, que mueve a un gobernante a tomar determinadas decisiones de interés público aún cuando se vulneren principios morales o de justicia". "En nombre de la razón de Estado se incumplen

compromisos contraídos o se realizan operaciones deshonestas desde el gobierno”.

CHARLES- LOUIS de SECONDAT, señor de la Brède y Barón de MONTESQUIEU<sup>2</sup> (1689 - 1755).- En la más densa y compleja de sus obras “El espíritu de las leyes”, que publicó en 1748, fundamentó la libertad mediante una adecuada separación de las tres formas en que puede manifestarse el poder, habiendo expresado que “Cuando en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistrados se hallan reunidos el poder ejecutivo y el poder legislativo, no hay libertad, porque se puede recelar que el mismo monarca o el mismo senado promulguen leyes tiránicas para aplicarlas tiránicamente. Tampoco hay libertad si el poder judicial no se halla separado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si se encuentra unido al legislativo, sería arbitraria la potestad sobre la vida y la libertad de los ciudadanos, pues el juez sería legislador. Si se presenta unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un tirano”.

ARISTOTELES<sup>3</sup> (384-322 a.C) en su obra “Política” ya habló del equilibrio de poderes, siendo que el capítulo XI lo dedica a la Teoría de los tres poderes en cada especie de gobierno, por lo que insiste “En todo Estado hay tres partes de cuyos intereses debe el legislador, si es entendido, ocuparse ante todo, arreglándolos debidamente. Una vez organizadas estas tres partes, el Estado todo resultará bien organizado; y los Estados no pueden realmente diferenciarse sino en razón de la organización diferente de estos tres elementos. El primero de estos tres elementos es la asamblea general, que delibera sobre los negocios públicos; el segundo, el cuerpo de magistrados, cuya naturaleza, atribuciones y modo de nombramiento es preciso fijar; y el tercero, el cuerpo judicial”. Sobre este último, Aristóteles le dedicó en esta obra todo el capítulo XIII.

---

<sup>2</sup> “El espíritu de las leyes”. Página 246. Ediciones Ystmo. S.A. 2.002. Sector Foresta, 1.28760 (Madrid)

<sup>3</sup> “La ley”, Página 232. Espasa. Calpe, S.A. Madrid, 24 Edición, 2007.

KARL LOEWENSTEIN<sup>4</sup> (1.891-1.973).- Expuso sobre la tercera de las cuatro categorías de controles interórganos sobre las que está montado el Estado democrático-constitucional, señalando que “La independencia de los jueces en el ejercicio de las funciones que les han sido asignadas y su libertad frente a todo tipo de interferencia de cualquier otro detentador del poder constituye la piedra final en el edificio del Estado democrático constitucional de derecho. La *ratio* de la independencia judicial no necesita ninguna explicación: si el juez no está libre de cualquier influencia o presión exterior, no podrá administrar justicia imparcialmente según la ley. El juez está sometido a la ley, tal como le ha sido dictada por el legislador designado constitucionalmente, o tal como él la encuentra en la conciencia común de la comunidad. La ley, y solo la ley, es su dueño”.

“La independencia de la función judicial significa, además, que el juez en el cumplimiento de su tarea, tiene que estar libre de influencias e intervenciones extrañas, tanto si provienen del gobierno, del parlamento, del electorado o de la opinión pública. En la sentencia de un caso que le haya sido presentado no tendrá que estar sujeto a órdenes del gobierno o en especial del ministro de Justicia, si es que éstas deben de existir, tal como ocurrió en el abuso de las instrucciones a los jueces durante el régimen nazi. El juez no deberá estar sometido ni a las instrucciones del parlamento ni a las de un tribunal jerárquicamente superior. El envío de un caso por el tribunal de apelación al tribunal inferior para nueva sentencia, la orden dada por un tribunal de revisión de examinar nuevamente un caso de acuerdo con la interpretación legal obligatoria y la observancia de la regla de *stare decisis* (mantenerse con las cosas decididas) donde ésta existe, son consecuencia de la conformación jurídica del proceso judicial y no influencias extrañas o ilícitas en la independencia judicial”<sup>5</sup>.

En virtud de la completa independencia de la función judicial frente a todos los otros detentadores del poder, tiene una importancia decisiva la forma de designación para el cargo judicial. La experiencia general

---

<sup>4</sup> “Teoría de la Constitución” Pagina 294. Editorial Ariel, Barcelona, 1.976.- S.G. Seix y Barral Hnos. S.A.

<sup>5</sup> *Ibidem*, Página 295.

socio psicológica, según la cual el detentador de un cargo permanece obligado a la persona responsable de su nombramiento, contiene peligros específicos en el caso de la función judicial. Especialmente, cuando el nombramiento está determinado por consideraciones políticas, el favorecido está expuesto a la tentación humana de pagar su deuda desempeñando su cargo de forma condescendiente”<sup>6</sup>.

JAIME ARAUJO RENTERIA<sup>7</sup>.- Este catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Santo Tomás de Bogotá, Colombia, nos indica que la división del poder político busca que un órgano haga la ley, que otro la ejecute y que uno diferente dirima los conflictos entre los particulares o entre éstos y el Estado. Este último órgano o esta rama es la jurisdiccional, encargada de administrar justicia y cuyos funcionarios, los jueces, deben ser independientes.

La independencia de los jueces es un principio fundamental del Estado de derecho. Esta independencia es producto histórico de la lucha entre la nobleza y el monarca. La nobleza quería que el rey registrase las leyes que expedía ante los jueces, pues de esa manera obtenían seguridad en sus derechos. Poco a poco los jueces se fueron independizando del monarca, llegando incluso a proferir fallos contra las decisiones de éste.

La función legislativa es el desarrollo inmediato de la Constitución. La función ejecutiva y la jurisdiccional son desarrollo mediato de la Constitución e inmediato de la ley, ejecución de la ley. Estas dos formas de ejecución de la ley se diferencian en que, en la rama ejecutiva, el órgano de superior jerarquía puede dar órdenes al de inferior jerarquía (la administración pública es jerarquizada); en cambio, en la rama jurisdiccional lo típico es precisamente lo contrario: el órgano de superior jerarquía (el juez superior) no puede dar órdenes al de inferior, no puede decirle que aplique la ley de tal o cual manera. El juez sólo está atado a la ley; en el Estado de derecho, el juez es independiente en un doble sentido: en el sentido de que la rama jurisdiccional no está bajo las

---

<sup>6</sup> Ibídem, Página 297.

<sup>7</sup> Principios de derecho constitucional. Páginas 336, 338,339. Impreso por D VINNI EDITORIAL LTDA. Avenida de las Américas 46-41. Santafé de Bogota, D.C., COLOMBIA.



órdenes de otra rama del poder público y de que el juez al fallar sólo está atado a la ley.

La tendencia actual para garantizar la independencia de los jueces es que sean nombrados por concurso, perteneciendo así a la carrera judicial, tienen la posición de empleados públicos (aunque con ciertas particularidades) y están sometidos a un régimen disciplinario, entre otros. Garantía adicional viene dada por el conferimiento al Consejo de la Judicatura del control disciplinario y la administración del personal judicial, de los recursos materiales y del presupuesto. La atribución al Consejo de la Judicatura de la mayoría de las funciones administrativas inherentes al ejercicio de la jurisdicción es un instrumento fundamental para la independencia de la Judicatura frente a las intromisiones de sujetos no pertenecientes al orden judicial.

Aunque el juez es independiente, no es arbitrario pues está atado o subordinado a la ley; su posición debe ser de imparcialidad absoluta, es decir, de "tercero" (con reglas especiales de garantía de su independencia), y tiene la obligación de que sus decisiones o sentencias sean motivadas. La subordinación del juez a la ley implica que el ejercicio de la función jurisdiccional se da como algo lógicamente posterior a la función legislativa. Así se presenta un esquema ideal en virtud del cual la ley crea la norma, abstracta y general, aplicable a una gran cantidad de supuestos, y corresponde al juez determinar si la norma misma es aplicable o no al caso concreto que se somete a su decisión, dictando de tal manera una norma individual o sentencia que habrá de aplicarse al caso. De conformidad con este modelo la tarea del juez es encuadrar el hecho en la norma, y aplicar las consecuencias jurídicas establecidas por la norma misma, en el evento de respuesta positiva".

GABRIEL L. NEGRETTO<sup>8</sup>.- Menciona que "Los regímenes presidenciales latinoamericanos se fundaron originariamente en una versión

---

<sup>8</sup> "El Estado de Derecho": Dilemas para América Latina. Gabriel L. Negretto: Diplomado en Derecho por la Universidad de Buenos Aires; Master de asuntos Internacionales de la Escuela de Temas Internacionales y Públicos de la Universidad de Columbia (U.S.A); P.H.D. en Ciencia Política de la Universidad de Columbia. Páginas: 183, 184, 185, 186, 216, 217, 218. Edición 2.009, Palestra Editores S:A.C. Calle Carlos A. Salavery 187 Lima 18-Perú.

del concepto de separación de poderes popularizadas en el modelo de frenos y contrapesos de la Constitución Americana. A diferencia de un esquema de separación pura, que coloca en manos de distintos agentes el ejercicio de una función estatal específica, el modelo de frenos y contrapesos propone complementar la división formal de poderes con dos elementos adicionales. Por un lado, un sistema electoral que induzca en cada rama de gobierno una representación de intereses lo mas diversa posible. Por otro, una distribución de poderes tal que permita a cada uno de los agentes estatales bloquear las decisiones de los otros en ausencia de acuerdo entre los mismos. La idea central de este mecanismo es mantener la separación a través del equilibrio.

El modelo de frenos y contrapesos surgió como reacción ante el despotismo parlamentario y los excesos mayoritarios que a juicio de la coalición dominante en la convención de Filadelfia de 1.787 había supuestamente creado la doctrina de separación de poderes adoptada por los estados Americanos desde 1.776. Las primeras constituciones de las colonias Americanas fueron celosas en delinear con precisión las funciones de cada rama del poder, pero lo hicieron con el principal objetivo de fortalecer a las asambleas legislativas frente al ejecutivo. De esta manera, eliminaron o debilitaron el poder de segundas cámaras, privaron al ejecutivo de todo poder de veto en materia de legislación, e hicieron del mismo un funcionario electo por la legislatura. También buscaron, aunque en menor medida, evitar la influencia de los jueces sobre las decisiones legislativas, subordinando sus funciones a las del parlamento. El gran defecto de este diseño, de acuerdo a los constituyentes de Filadelfia, fue no prever la posibilidad de que el parlamento mismo se erigiera en un poder absoluto que colocara bajo su influencia a las otras ramas del poder. James Madison argumentó que la única forma de hacer efectiva la separación es brindar a cada autoridad una jurisdicción parcial sobre las funciones de las otras de modo tal que cada una de ellas tenga no solo los "medios" sino también los "motivos" para evitar el abuso y la concentración de poder.

El autor quiere demostrar que "la interpretación de la separación de poderes como mecanismo de frenos y contrapesos no es sólo cuestionable desde un punto de vista normativo sino que tampoco tiene en los hechos una aceptación universal, particularmente en América Latina, en donde

el mismo fue utilizado como modelo de inspiración para los constituyentes liberales del siglo XIX.

El objetivo del modelo de frenos y contrapesos, y la razón por la cual se hizo inicialmente atractivo, fue evitar el abuso de poder otorgándole a cada rama de gobierno los medios y los motivos para evitar la usurpación de funciones por parte de las otras. Sin embargo, es precisamente este concepto de separación de poderes el que presenta los problemas de potencial parálisis, conflicto y excesiva tendencia a proteger el status quo que normalmente se asocian al régimen presidencial. La forma en que se ha intentado en América Latina solucionar estos problemas ha sido reformando uno de los dos componentes en los que se fundaba el modelo original, sea eliminando la posibilidad de que cada rama de gobierno represente distintos intereses políticos u otorgando al presidente la capacidad de superar unilateralmente la falta de apoyo legislativo.

Existe, sin embargo, una tercera y más deseable alternativa que consiste en mantener un grado de pluralismo representativo, cuyos componentes centrales ya existen en forma aislada en varias constituciones latinoamericanas que han permitido adoptar características nuevas, pero sin la necesidad de abandonar un esquema básico de separación de poderes.

Dado el impacto que tiene sobre el proceso de decisiones, es legítimo comenzar cuestionando si la distribución de poderes que establece una Constitución es adecuada para satisfacer las demandas mínimas de eficiencia y legitimidad que impone un régimen democrático. Dadas las profundas transformaciones que la mayor parte de los países latinoamericanos requieren en materia de salud, educación, política social, y política económica, es impensable mantener un sistema de separación de poderes, como en modelo tradicional de frenos y contrapesos, en el que los cambios legislativos sean excesivamente lentos, costosos o, en última instancia, imposibles. Por otra parte, tampoco es deseable que esos cambios se produzcan en forma unilateral, sin deliberación ni control alguno por parte de las distintas fuerzas políticas que representan la pluralidad de intereses en la sociedad. El objetivo de este trabajo fue precisamente indicar los lineamientos de un modelo de decisión que evite al mismo tiempo la parálisis y el despotismo, los dos grandes males que han sufrido los estados latinoamericanos desde su nacimiento.

MIGUEL CARBONELL.- “El de la reforma de la Constitución es uno de esos temas “encrucijada” del derecho constitucional. En él se percibe como en pocos la frontera difusa entre derecho y política, mezclándose consideraciones de orden puramente normativo con otros de carácter filosófico-ideológicas y hasta sociológicas.

Y difícilmente puede ser de otra forma, porque estudiar la revisión constitucional es tocar el límite equívoco en que el Derecho y el Estado enlazan con su supuesta prehistoria constituyente; es por ello aproximarse a la pregunta – no formularla necesariamente, sin embargo- por la soberanía y apuntar al núcleo primario, en la ideología y en la estructura social, de una colectividad organizada.

El estudio de la reforma constitucional adquiere una mayor relevancia con la consolidación del Estado democrático, dentro del cual los ciudadanos pueden intervenir en casi todos los procedimientos de creación y renovación normativa.

Es una idea sabida y hasta obvia para el constitucionalismo contemporáneo, el hecho evidente de que el poder reformador de la Constitución es un poder *constituido*. No hay algo así como un poder constituyente permanente, ni nada que se le parezca. Hay un poder constituyente que es el que se encarga de escribir la Constitución, el cual desaparece una vez que se ha llevado a cargo su tarea. Luego quedan solamente poderes constituidos, los cuales – en esa calidad – deben observar siempre la Constitución. Ningún poder constituido está por encima o al mismo nivel de la Constitución, sino que todos están sujetos a sus mandatos. Si alguno de ellos viola la norma superior que rige todas sus actuaciones, debe existir un mecanismo de control que repare tal violación. Y ese mecanismo de control, como lo enseñó hace más de 200 años el gran juez John Marshall en la más famosa de todas sus sentencias (Marbury versus Madison, de 1.803), no puede más que estar en manos de los jueces.

Los límites implícitos a la reforma constitucional plantean algunas cuestiones complejas para el ordenamiento constitucional. Dos de ellas, quizá las más destacadas, son a) la que trata sobre la posibilidad (o imposibilidad) de modificar las propias normas que regulan la reforma constitucional y b) la que se refiere a la revisión total de la Constitución.

El tema de la imposibilidad de reformar las normas de reformas fue ya planteada de forma brillante por Alf Ross (Filósofo del derecho danés: 1.899-1979), cuando explica que una norma de reforma constitucional no puede aplicarse a su propia reforma porque implica autorreferencia genuina y parcial, que tiene que ser excluida como algo lógicamente absurdo, y... Porque implica la suposición de una inferencia en la cual la conclusión es contraria a una de las premisas, lo que también es algo lógicamente absurdo”.

Menciona Carbonell que el jurista José Juan Moreso, doctor por la Universidad Autónoma de Barcelona apunta que de forma semejante a como se considera inválida una norma que delegue la competencia para regular determinada materia confiada, exclusivamente, a un órgano (el parlamento, por ejemplo) debe considerarse inválida la norma que delega la competencia para reformar la Constitución confiada, exclusivamente, al poder constituyente constituido. De no ser así, la interpretación contraria permitiría que el poder constituyente delegara en otro órgano, por ejemplo, en el gobierno, la competencia para reformar la Constitución, contra lo que pretendía el poder constituyente originario.

Señala Carbonell, que “la cuestión quizá más teórica que práctica a juzgar por el funcionamiento real de algunos sistemas constitucionales, no deja de ser interesante y demuestra, una vez más, que el Estado constitucional tiene una lógica particular de la cual es tributario todo el sistema y que cuando esa lógica se deja atrás se puede estar ante cualquier cosa, excepto frente a un Estado constitucional bien conformado”.

“Y lo anterior bien puede aplicarse también al segundo tema del de que se ocupa este apartado: el de la reforma total de la Constitución. En el intento por *juridificar* todos los procesos políticos del Estado se ha llegado hasta querer juridificar aquello que es imposible de regular si atendemos a la historia: el poder constituyente originario. No otra función tiene la previsión, dentro del texto constitucional, de su propio cambio total. Con ese cambio se puede caer fácilmente en lo que se ha llamado el “fraude constitucional” o el “falseamiento de la Constitución”, al tratar de revestir jurídicamente lo que en realidad no es más que la instauración de un régimen político distinto.

Toda Constitución, por el contrario, debe estar comprometida con algunos valores “mínimos” que debe proteger de manera inexorable, sin

que sea admisible en el texto constitucional una “*indeferencia valorativa o ideológica*”. De otra forma la Constitución no pasa de ser un recipiente vacío que puede rellenarse con cualquier contenido, pudiendo tanto establecer una dictadura como una democracia. Esto, aunque empíricamente no sea en absoluto comprobable, es inaceptable si se parte de un concepto de Constitución que solamente acepta una ideología: la liberal – democrática, comprometida con el respeto de la dignidad humana y con los derechos fundamentales”.

Aceptando lo anterior, quizá tenga sentido plantear el siguiente dilema (aunque su respuesta es obvia a la luz de lo que se acaba de decir): ¿puede el poder de reforma establecido por una Constitución democrática reformar – hasta desdibujarlo – el sistema democrático? La respuesta debe ser necesariamente negativa porque cambiar la fundamentación misma del sistema equivale a poco menos que a un golpe de Estado. Y que ello se haga además mediante el uso de mecanismos “constitucionales” no puede ser más que condenable en cualquier caso. Como afirma Ignacio de Otto y Pardo (1.945-1.988), iusconstitucionalista positivista español, al referirse a la reforma total, “no sería conforme a la Constitución suprimir la democracia misma, ni siquiera utilizando para ello procedimientos democráticos, y ello por la misma razón por la que es contradictorio afirmar que un poder absoluto puede autolimitarse. Si el pueblo tiene un poder al que renuncia, la norma en que se contiene esa renuncia no puede tener su fundamento en el poder del pueblo, porque esto significa que no ha habido tal renuncia. La nueva Constitución no democrática no podría tener su fundamento en la Constitución democrática hoy vigente”.

#### Reflexiones sobre el poder antidemocrático y sus detentadores:

La historia nos demuestra que en la mayor parte del tiempo, la humanidad ha sido regida por la autocracia, esto es el sistema de gobierno en el cual la voluntad de un solo hombre es la suprema ley, aún cuando la democracia fue organizada y explícitamente discutida por primera vez en la polis ateniense del siglo V a. de C., habiendo pasado a través de muchas fases y vicisitudes y apareciendo bajo formas muy diferentes. Es que desde su aparición en la antigüedad clásica, el ideal democrático –aspiración de los hombres y de los pueblos a asumir plenamente su destino colectivo y su responsabilidad política- se ha

manifestado de muy diversas maneras a lo largo de los siglos. Como realidad política, sin embargo, son escasos los ejemplos históricos de sociedad o grupos que han vivido conforme a su ideal. Sólo a partir del último tercio del siglo XVIII, con la independencia de Estados Unidos y el triunfo de la revolución francesa, surgieron las modernas democracias y se inició un largo y desigual camino de desarrollo e implementación de los sistemas democráticos en el planeta.

Normalmente, el sistema democrático se halla regulado por una ley básica o Constitución. Se la concibe como el conjunto de doctrinas y prácticas que forman el principio fundamental organizador de un estado: "ley de leyes", como se la denomina con frecuencia. Esto no ocurrió en varios países del siglo XX, donde organizaciones de izquierda, sobre todo de carácter comunista, instauraron sistemas de dominación política y militar que, sin el menor pudor, proclamaban su carácter democrático y se regodeaban con una constitución de oropel, impidiendo, al mismo tiempo, el libre ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. En esos sistemas políticos se desdeñaba la organización democrática parlamentaria. La caída del muro de Berlín en 1.989; el desmembramiento de la Unión Soviética en 1.991 y el abandono de los totalitarismos en los países de la Europa del Este, dieron al traste con tales sistemas políticos y económicos que fracasaron por ineficaces y corruptos, ya que nunca les convino un Congreso auténticamente democrático, porque hubiese tenido la obligación de fiscalizar a cabalidad los actos del Ejecutivo, a efecto de que exista total transparencia, debiendo, para el efecto, contemplar los informes que deben emitir los organismos de control.

El absolutismo político atrapa todos los sentidos. De tal forma que el gobernante sin restricciones llega a hablar, oír, ver, oler y palpar muy diferente al resto de los mortales. Ni aún los más íntimos de su círculo pueden compartir sus abstracciones. En definitiva, ellos también son parte de los "otros", siendo un irrespeto que compartan privilegios del déspota.

Es que el detentador del poder absoluto olvida la existencia de las obligaciones humanas y éticas y se guía en su accionar únicamente por intereses oportunistas. Su yo lo coloca por encima de todo y de todos; su yo se confunde con la razón de Estado. Para conservar esa clase de poder, no solo ha de valerse de la fuerza, sino también el engaño, la ruptura de

los tratados, la mentira y la traición, la hipocresía, la intriga, acompañados de los vicios y pecados que arrastre su política. Le resulta, entonces, indispensable que la fuerza preceda al Derecho. Todo le está permitido con sus fines políticos, generalmente non sanctos; el fin, vendido mediante un costoso e incontrolable marketing en que ofrece toda demagogia posible, santifica todos los medios.

El que se refocila con su poder absoluto, desprecia o desconoce que la historia recoge el criterio moral, civilizado y lógico de que el Poder necesita un freno que modere su hipotética propensión a extralimitarse. Recordaba ya Aristóteles en la Antigüedad, que el Poder excita la ambición y aumenta las pretensiones. Un pensador francés (1.651-1.715), Francois de Salignac de la Mothe, conocido como Fénelon por el castillo donde nació, puso sobre el tapete que el Poder sin límites es un frenesí que ahoga su propia autoridad. Y el lord inglés John Emerich Edgard Dalberg (1.834-1.902), primer Barón de Acton, insistía que el Poder tiende a corromper, y el Poder absoluto corrompe absolutamente.

El que ejerce el poder tiránico, utiliza con suma facilidad y enorme placer el lenguaje hipócrita, logrando una coincidencia inequívoca entre el engaño lingüístico con la perversión del poder. Mucha razón tuvo Erasmo (1.466-1.536) cuando señaló que "Cuanto mayor es el poder, tanto más daña si recae en un hombre malo o necio".

El fascismo nunca constituyó una doctrina, pero Benito Mussolini en la segunda década del siglo XX inauguró el modelo y acuñó el término. Son patéticas las expresiones del "Duce", cuando señala que "nuestra doctrina es el hecho", o "los fascistas tenemos el valor de rechazar todas las teorías políticas tradicionales:" somos aristócratas y demócratas; revolucionarios y reaccionarios; proletarios y antiproletarios; pacifistas y antipacifistas. Nos basta con tener un solo punto de referencia: el Estado".

Es que la idea del Estado Corporativo fue uno de los elementos fundamentales de la doctrina fascista, pero de ninguna manera el único, ya que también agregaron el totalitarismo, porque demandaron la suma de interés y de la libertad de sus miembros: "Todo en el Estado, nada fuera del Estado", debido a que exigían que el Estado no puede orientarse hacia sus altos fines sino en la medida que sus miembros estén



identificados con un objetivo común, en donde solo haya lugar para una agrupación fascista, una prensa fascista y una educación fascista.

Otro elemento está construido sobre otra monstruosidad: "que la razón no puede ser jamás el instrumento más adecuado para la solución de los grandes problemas nacionales". Reclamaban que el intelecto humano necesita el complemento indispensable de la fe mística, del autosacrificio y del culto de la fuerza. "El espíritu fascista es voluntad, no intelecto".

Otro desvarío: "Lo que las naciones necesitan no es libertad, sino orden". Insistían que la libertad es un gastado dogma heredado de los postulados de la Revolución Francesa. Enfatizando que el Estado debe ser gobernado por un círculo que haya demostrado su derecho a gobernar mediante su fuerza y una sui géneris comprensión de los ideales nacionales.

En la estructura del Estado Fascista es característico el mantenimiento de ciertas formas institucionales tradicionales y al mismo tiempo la existencia de instituciones paralelas que, sin suprimir aquellas, las vacían de contenido. Es decir, continúan, por ejemplo, el Legislativo y las Fuerzas Armadas, pero el poder está en el Jefe de Estado, en las nuevas funciones monitoreadas por el autócrata y súper vigiladas por los esbirros.

En esta vorágine totalitaria, le anotan un capítulo especial al líder de esta aberración, hacia quien se exige rendirle un verdadero culto, siendo protagonista de todas las manifestaciones en donde aporta con sus actitudes de gran mimo para dirigirse de modo efectista a las multitudes. La prensa, la radio y ahora la televisión, se encargarían de mantener la histeria colectiva. La fórmula "el jefe siempre tiene la razón" se aplica especialmente a la enseñanza, que presta juramento de fidelidad al régimen.

Si en lugar de la pirotecnia verbal practicada por un considerable sector de la clase política, quienes aspiran o ya han logrado espacios en los distintos escenarios de la vida pública, se dedicasen, aunque sea unas pocas horas semanales, a la lectura sobre los fenómenos sociales, estamos convencidos de que se emprendería un camino de elevación cultural.

Mediante la literatura sabrían distinguir las diferencias teóricas y la similitud práctica entre socialismo y fascismo. El primero es el conjunto de teorías socioeconómicas que abarcan en sentido general desde el socialismo utópico y la socialdemocracia hasta el comunismo y el anarquismo, y a distintas prácticas políticas que manifiestan tener en común el intento de abolir las diferencias y conflictos entre clases sociales. En lo que se refiere al comunismo o socialismo científico, su praxis tuvo el germen de su propia destrucción, cuyo epitafio fue la ineficacia clavada en una sepultura del último decenio del siglo XX. El fascismo surgió en movimientos y regímenes en Italia, Alemania y España y otros países en las décadas de 1.920 y 1.930. Frente a los derechos individuales y la democracia, los fascistas enarbolaron el nacionalismo exacerbado, el culto al líder carismático y la concepción corporativa de la sociedad (todo dentro del Estado, nada fuera del Estado). Frente al marxismo rechazó la dictadura del proletariado y el materialismo histórico. Contra el liberalismo denunció el poder de la oligarquía capitalista que consideraba disfrazado por un sistema aparentemente democrático.

Roberto Esposito, profesor en el Instituto Orientale de Nápoles, entre sus obras se destaca "El origen de la política", en donde se plantean interrogantes muy importantes, así como respuestas que deben seguir meditándose, siendo así que pone de relieve los criterios de dos formidables pensadoras del siglo anterior: Ana Arendt y Simone Weil, ambas mujeres judías y marcadas por las experiencias que vivieron, siendo que Arendt lee el fenómeno totalitario en términos de absoluta excepcionalidad, señalando que "el totalitarismo difiere esencialmente de otras formas de opresión política que nos son conocidas, como el despotismo, la tiranía y la dictadura", tal vez porque no pretende (el totalitarismo) obligar a los hombres a prestar obediencia, sino que su propósito es aniquilarlos. El razonamiento de Weil invierte perfectamente el de Arendt: "es cierto que las formas que el Estado totalitario asumió en el siglo XX fueron inéditas por lo que concierne a instrumentos y objetivos, pero no en cuanto a la lógica en su conjunto, exactamente la misma que ha causado todas las destrucciones en masa con que está manchada la historia antigua y moderna". En los dos conceptos, lo sobresaliente y que debería ser motivo de reflexión es la especificidad del sistema totalitario que siempre estará rondando mientras existan enloquecidos por el poder.

Violación de garantías constitucionales con la presentación de la pregunta 4 del referendo propuesto por el Ejecutivo.-

Todas las preguntas del referendo que somete el Ejecutivo a consideración de la denominada Corte Constitucional son inconstitucionales.

Sobre la pregunta 4 que nos corresponde analizar, resulta terrible que el Ejecutivo intente burlarse de la inteligencia del pueblo ecuatoriano, cuando la pregunta si está 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 (es decir, tres delegados del Ejecutivo) 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, tan solo merece responderle con un rotundo NO, porque los inocuos cambios introducidos por la “Corte” son tan solo maquillaje que no alteran la intención del Ejecutivo, y el Art. 84 de la Carta Fundamental señala que “En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”. Además el artículo 424 de la pantagruélica obra realizada por los asambleístas de Montecristi, dice que: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica”.

Lo que ocurre es que como en el Ecuador se ha venido extinguiendo el Estado de derecho a partir del 15 de enero del 2007, ya se mal acostumbraron a hacer lo que les viene en gana, como cuando los miembros del Tribunal Constitucional cometieron, de manera inaudita, una arbitrariedad propia de enajenados o subordinados, al arrogarse atribuciones para metamorfosearse de vocales en magistrados de una Corte Constitucional estampada por el cuestionado Régimen de Transición-adosado habilidosamente – mismo que en su artículo 25 indica que: “Una vez constituidas las nuevas funciones Legislativa (artículo 118), Ejecutiva y de Transparencia y Control Social (artículo 204), se organizará la comisión calificadora que designará a las Magistradas y Magistrados que

integrarán la primera Corte Constitucional. El inciso tercero del mencionado artículo dispone que “Las normas y procedimientos del concurso serán dictados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social”.

Lo expresado en el artículo 27 de la Constitución: “Los integrantes del Tribunal Constitucional terminarán sus períodos cuando se posesionen los miembros de la Corte Constitucional”, resalta el acto antijurídico que se practicó, aceptando sin rubor que siendo Tribunal interpretaron el Régimen de Transición, siendo así que los ciudadanos quedaron en indefensión, ya que al abortar la Corte contemplamos con estupor lo que viene ocurriendo ante la faz ciudadana, como el caso de la Cervecería Nacional, siendo el peligro de incalculables proporciones ya que el artículo 431, numeral tercero de la Constitución establece que “Su destitución (se refiere a los miembros de la Corte Constitucional) será decidida por las dos terceras partes de los integrantes de la primera Corte Constitucional. Es decir, jueces y partes al mismo tiempo, lo cual significa que pueden hacer lo que les de la regalada gana, siendo así que el control cede paso a la impunidad.

Es a propósito que se elaboró un verdadero laberinto en el proyecto de Constitución, con el objeto de confundir a todo un pueblo pero la máscara a caído del rostro autocrático. El artículo 178 del mamotreto indica que: “Los órganos jurisdiccionales... son los encargados de administrar justicia, y serán los siguientes: 1.La Corte Nacional de Justicia”. De esta forma se eliminó a la Corte Suprema de Justicia como organismo de última instancia judicial, que sería reemplazada por una Corte Constitucional, misma que respondería ante el Ejecutivo, como es fácil entenderlo al leer el art.434.

El artículo 181, numeral tres, señala que: “Serán funciones del Consejo de la Judicatura... Dirigir los procesos de selección de jueces”.

De ahí pasaron a deambular hasta el artículo 208, numeral 12, donde se expresa: Serán deberes y atribuciones del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social... Designar a los miembros del Consejo de la Judicatura”. Pero, ¿qué es dicho Consejo. Pues, el organismo que depende de la nueva función del Estado – de Transparencia y Control Social-, creada por la avariciosa mayoría de Montecristi, con el objetivo intole-

rable de designar Procurador y Superintendencias, de ternas propuestas por el Presidente de la República; así como designar Defensor del Pueblo, Fiscal General y Contralor General; y hasta designar el Consejo Nacional Electoral y el Consejo de la Judicatura. ¡La dictadura perfecta!

La Disposición Transitoria Segunda indica: “El órgano legislativo (aquel Congresillo) designó el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, quienes permanecerán en sus funciones siempre y cuando lleguen a cumplir todas las disposiciones que reciban, aún cuando tengan que excluir a todos los ciudadanos que no se encuentran dentro del proyecto de difícil comprensión.

El capítulo III de la norma suprema contempla el artículo 441, que no permite la enmienda de uno o varios artículos de la Constitución si llegase a existir una pregunta como la cuatro del referendo con que se intenta alterar los elementos constitutivos del Estado. El artículo 442 impide la reforma parcial de la Constitución si se intentase modificar el procedimiento de reforma de la misma. El artículo 444 de la Constitución establece que el Presidente de la República si podrá hacer realidad su pretensión, solamente a través de consulta popular que convocará a una Asamblea Constituyente.

# CONSULTA POPULAR-REFORMA LEGAL 2011

## ANÁLISIS DE LA PREGUNTA # 6 DEL ENRIQUECIMIENTO PRIVADO NO JUSTIFICADO

Héctor Guanopatín Jaime\*

### RESUMEN:

*“El pueblo como soberano para tomar las decisiones que le permitan auto regularse es el responsable de autorizar al Poder Público, la expedición de normas generales que permitan su regulación en sociedad, en la especie la pregunta 6 de la consulta popular, busca escuchar al mandante sobre la necesidad de tipificar conductas humanas que deriven en el incremento injustificado de riqueza que no sea el producto de trabajo honesto, en detrimento del patrimonio estatal con el no pago correcto de impuestos o de venta con sobrepuestos en contratos estatales, entre otras, la sanción penal tendría como objetivo disuadir el cometimiento de estas conductas y recuperar para el Estado los perjuicios sufridos, recursos con los cuales se satisfacerían las necesidades colectivas que le corresponde.”*

PALABRAS CLAVE: Alarma social, enriquecimiento no justificado, patrimonio, enriquecimiento sin causa, efecto disuasivo.

### SUMARIO:

INTRODUCCIÓN; CAPÍTULO I.- LA SOBERANÍA DEL  
PUEBLO, PARA AUTORIZAR LA EXPEDICIÓN DE

---

\* Asesor Jurídico de Empresas Privadas y Estatales, actualmente se desempeña como Asesor legal de la Dirección de Desarrollo Comunitario del Gobierno Provincial del Guayas, Profesor invitado en la cátedra de Derecho Laboral I de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, ayudante de cátedra de Derecho Procesal Constitucional en la citada institución académica. abhectorgua7@hotmail.com

NORMAS QUE REGULEN LAS CONDUCTAS HUMANAS EN SOCIEDAD; CAPÍTULO II.- LA JUSTIFICACIÓN DE LA PREGUNTA; CAPÍTULO III.- ESTRUCTURA JURÍDICA DEL NEO-DELITO; IV.- CONCLUSIONES Y V.-BIBLIOGRAFÍA

CAPÍTULO I

LA SOBERANÍA DEL PUEBLO, PARA AUTORIZAR LA EXPEDICIÓN DE NORMAS QUE REGULEN LAS CONDUCTAS HUMANAS EN SOCIEDAD

Conforme el Art. 1 de la Constitución de la República, la *SOBERANÍA* radica en el pueblo, cuya voluntad es el *FUNDAMENTO* de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Bajo esta premisa, el derecho penal constituye un mecanismo de control social y de represión de aquellas conductas que atentan contra la paz social y el orden para vivir en una sana convivencia del ser humano en sociedad, siendo el fin primordial de esta la búsqueda del bien común de todos sus integrantes, hoy conocidos como Régimen de Derechos del Buen Vivir.

El Derecho Penal, a través de su conjunto de normas produce también *un efecto disuasivo de conductas humanas* que atenten contra los bienes jurídicos que la sociedad debe proteger para su armonía y sana convivencia, este efecto disuasivo permite reprimir con dureza aquellas conductas que de no ser sancionadas crearían impunidad y por ende malos ejemplos para el resto de los miembros de las sociedad.

Ahora bien, el Estado es el responsable de la administración de la cosa pública y de expedir y aplicar a través de sus diferentes Poderes, las normas que garantizan el interés público, concebido entre algunas de ellas, como la satisfacción de necesidades colectivas entre las cuales esta la provisión de servicios que mejoran la calidad de vida de la población con acceso a servicios básicos, educación, salud, seguridad ciudadana, paz y orden social, entre otros.

En este orden, el Art. 61 de los Derechos de Participación, establece en su numeral uno y cuarto, que los ciudadanos gozan de los derechos de participar en asuntos públicos y ser consultados. Es indudable que las conductas penales constituyen asuntos de interés público, porque garantizan la paz social dentro de la sociedad, y dependiendo el tipo de bien jurídico al que afecte el delito, también incide en la cantidad de recursos públicos que el Estado destina para satisfacer necesidades colectivas.

Bajo este contexto el Presidente de la República, también tiene la facultad como nivel ejecutivo, de consultar al pueblo soberano, para que se pronuncie sobre determinados asuntos, conforme al Art. 147 numeral 14 de la Constitución.

Es así que en la consulta popular convocada, por el Consejo Nacional Electoral, dando cumplimiento al Decreto Ejecutivo del Presidente de la República, consultará al pueblo, la necesidad de tipificar como *delito autónomo el enriquecimiento no justificado de las personas particulares*, con la siguiente pregunta:

¿Está usted de acuerdo que la Asamblea Nacional, sin dilaciones, dentro del plazo establecido en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, a partir de la publicación de los resultados del plebiscito, tipifique en el Código Penal, como un delito autónomo, el enriquecimiento privado no justificado?

## CAPÍTULO II

### LA JUSTIFICACIÓN DE LA PREGUNTA

El Estado como responsable de la satisfacción de necesidades colectivas y de administrar la cosa pública, tiene entre sus obligaciones garantizar la paz y convivencia social, sancionando conductas que atente contra los bienes protegidos en beneficio de la sociedad.

El delito de enriquecimiento no justificado de particulares supone: *“la existencia de una acción u omisión, es decir, un acto humano que pretende (tentativa) o logra incrementar su patrimonio a través de la adquisición de riquezas, que se obtienen con el aumento de otros*



patrimonios sin el amparo de normas legales ni o actos jurídicos privados válidos que lo justifiquen. Dependiendo del escenario en que se realice la conducta puede llevar a un empobrecimiento del Estado (evasión y elusión de tributos, sobrepuestos en venta de bienes y servicios, etc) y en consecuencia de la sociedad que administra, por carecer de recursos para la satisfacción de necesidades colectivas, siendo esto un agravante de aquella conducta.”

Por ello, el enriquecimiento está ligado con el patrimonio, el cual habría que determinar respecto al cual perjudica, si es del propio Estado o de Particulares, entendiendo el patrimonio como el conjunto de bienes, créditos y derechos de una persona y su pasivo.

Ahora bien, dependiendo la fuente del enriquecimiento, se debe originar un derecho civil de restitución a cargo de la persona responsable del cometimiento del delito.

En materia civil el enriquecimiento sin causa consiste en el desplazamiento de un valor pecuniario de un patrimonio a otro, con el respectivo empobrecimiento del primero y enriquecimiento del segundo, sin que ello esté justificado por un acto jurídico válido o la propia ley que lo origina y justifica el enriquecimiento, si esa fuente no existe jurídicamente, el beneficiado se ha enriquecido sin causa. Es por eso que, al empobrecido sin causa legítima se le reconoce una acción para remover el perjuicio sufrido, llamada acción in rem verso.

Sobre el particular vale aclarar que cuando se habla de la causa del enriquecimiento, la referencia no se hace a la causa como uno de los elementos del acto o contrato, es decir, no la causa como un significado dentro de la teoría del negocio jurídico, sino a la causa eficiente, o sea, la fuente (o acto jurídico o ley) que origina y justifica la prestación; si esa fuente no existe jurídicamente, el beneficiado se ha enriquecido sin causa.

Tratándose del Estado, a éste le corresponde la satisfacción de las necesidades colectivas con los ingresos que percibe a través de tributos, explotación de actividades económicas, préstamos inclusive donaciones, los cuales al verse mermados haría que el Estado no cuente con dinero suficiente para la ejecución de obras y prestación de servicios públicos, merma que también puede deberse a fortunas injustificadas que

perjudican al eradio nacional, porque así como un funcionario público se puede enriquecer a través de delito de cohecho o exigir pago por sus funciones, también el privado se enriquece de esa actividad ilícita de los servidores públicos para el incremento de su patrimonio personal, de darse el escenario actual.

El enriquecimiento ilícito privado de esta forma también *destruye la paz social y crea alarma en la sociedad porque el Estado al no contar con ingresos suficientes*, niega la satisfacción de las necesidades colectivas que le corresponden, el no castigo, también cambia la cultura de un pueblo que vería normal el realizar fortunas que no provenga de un trabajo honesto.

Cada persona es responsable ante el Estado Ecuatoriano de pagar tributos, siempre que cumpla las condiciones que ocasionen el denominado *hecho generador del tributo*, con estos ingresos el Estado provee para la satisfacción de necesidades colectivas, tales como servicios de salud, escuelas gratuitas, vialidad, servicios básicos, etc., contribuyendo a aumentar los niveles de pobreza en la sociedad, creando delincuencia con violencia, y dejando un ambiente de impunidad para los que se enriquecen realizando conductas sin violencia física, pero con astucia y engaño, violando de esta forma también el principio de igualdad ante la ley, porque la legislación penal sanciona a delincuentes que roban con violencia, a funcionarios públicos que se enriquecen por el ejercicio de sus cargos, más allá de los ingresos legítimos de sus sueldos, pero no sanciona a aquellos que cometen delitos con saco y corbata.

Las personas que al realizar actividades económicas incrementan su patrimonio acogiéndose a prácticas reñidas con la Ley, tales como evasión de impuestos, soborno a funcionarios públicos para la entrega de contratos públicos, lesión enorme (sobreprecio) en la adquisición de precios unitarios de bienes y servicios del Estado, contrabando de mercancías, no cobro de impuestos por la venta de bienes y servicios, préstamos con intereses por encima de los permitidos, robos, entre otros. Contribuyen a disminuir los ingresos del Estado.

Aquellos enriquecimientos escandalosos, que no son el producto del trabajo arduo y honesto, hacen surgir la necesidad de que el derecho penal, contenga dentro de su conjunto de normas, la tipificación de tales

conductas para su sanción, que a su vez permita disuadir que se siga cometiendo tales prácticas, inclusive yendo más allá con la indemnización civil y/o restitución que permita al Estado recuperar esos bienes para redistribuirlo en la sociedad y mejorar la calidad de vida de sus integrantes.

Dependiendo de los escenarios en que se haya incurrido la conducta objeto de sanción por el enriquecimiento no justificado, deben aplicarse las sanciones, así por ejemplo si se tratase de evasión de impuestos, como indemnización al Estado estos deberían cobrarse mas multas e intereses, más si se tratase de contratos con el Estado con sobreprecio, coimas, estos deberían sancionarse con la restitución de lo indebidamente ganado con el sobreprecio, multas, e intereses.

### CAPÍTULO III

#### ESTRUCTURA JURÍDICA DEL NEO-DELITO

Actualmente, de acuerdo con la legislación vigente, el enriquecimiento ilícito únicamente está sancionado en caso que lo cometan los funcionarios públicos, lo cual como se mencionó en el capítulo anterior viola el principio de igualdad ya que también los particulares pueden obtener fortunas mal habidas producto de esas prácticas.

Textualmente, el argumento del Ejecutivo entregado a la Corte Constitucional señala:

*“En la legislación vigente se sanciona con pena privativa de la libertad a aquellas personas que, siendo servidores públicos incrementan injustificadamente su patrimonio teniendo como referencia los ingresos que perciben.*

*Sin embargo, en el sector privado también hay muchas personas que incrementan injustificadamente su riqueza a través de la comisión de diverso tipo de delitos, y que como no cumplen uno de los requisitos del tipo penal de enriquecimiento ilícito tipificado en el Código Penal que determina que el sujeto activo de esta infracción es un funcionario público, se mantienen impunes, a pesar de ser evidente el enriquecimiento fraudulento.*

*En tal virtud, considero que debe ser sancionado también el enriquecimiento ilícito de personas particulares.”*

De ganar el SI en la consulta popular, el pueblo ecuatoriano, autorizará al Poder Público, en este caso la Asamblea Nacional, para que tipifique como delito autónomo las conductas de enriquecerse privadamente, sin pagar impuestos en la forma que la ley determine, u obteniendo contratos con coimas a servidores públicos, con sobrepagos, o con tráficos de influencia para la gestión de pagos o entrega de contratos, que de paso viola los principios de trato justo e igualitario entre los oferentes de procesos de contratación pública, entre otros, porque estas conductas bien merecen generar relevancia penal.

Bajo esta contexto, es importante definir al delito, como la contradicción entre la conducta humana sea acción u omisión con la ley penal, recogiendo el principio de reserva legal, por el cual el delito solo es tal, si la ley previamente lo tipifica, la finalidad es proteger ciertos bienes que la sociedad considera especialmente valiosos, es decir su razón de ser, sancionando la conducta humana que atente contra ellos.

El delito es así moralmente imputable porque el ser humano decide someterse a ley o su violación y solo los actos atribuibles pueden ser objeto de sanción.

Es socialmente dañoso porque el delito debe atentar gravemente contra la convivencia social que la escala de valores de la sociedad aspira a defender.

Esta definición lleva consigo 4 elementos básicos:

- a) El delito es un acto que conlleva la realización de la conducta humana como acción u omisión.
- b) Es un acto típico porque esa conducta para ser sancionada debe estar previamente descrita en la ley penal.
- c) Es un acto antijurídico, porque esa conducta es contraria al derecho al lesionar un bien jurídicamente protegido; y,

d) Es un acto culpable porque solo puede ser imputado a su autor.

Nuestro Código Penal recoge la definición clásica del Delito, como el acto típico, antijurídico y culpable al cual es atribuible una pena.

#### CONCLUSIÓN:

Constituir como delito el enriquecimiento no justificado de particulares, permitiría de ser aprobado en consulta popular, que el Estado pueda sancionar a aquellas personas que valiéndose de malas prácticas, evaden impuestos, soborno a servidores públicos, obtienen contratos con sobreprecios, trafican con influencias y amistades en el sector público con el único objeto de hacer dinero para incrementar sus fortunas personales. De igual modo la tipificación del delito y la pena no debe circunscribirse solo al ámbito penal sino civil para confiscar las fortunas mal habidas

El efecto disuasivo sería beneficioso para la sociedad porque promovería el trabajo honesto como un valor de la sociedad y la contribución al Estado, de recursos para que este satisfaga necesidades colectivas.

Al ser el pueblo el soberano, radica en él la decisión final para tipificar la conducta propuesta por el Presidente de la República.

## LABERINTO JUDICIAL

Juan Falconi Puig\*

Que se haya dictado la Constitución de octubre de 2008 no implica que no pueda ser reformada, ya, en aspectos urgentes. Al respecto, cabe citar a Juan Luis Requejo Pagés, quien comentando la Constitución española de 1978, modelo en parte de la nuestra de 2008, señala que los únicos límites que caben al poder constituyente constituido son los expresamente queridos por el constituyente originario. Los únicos límites -sigue el mismo autor- "al poder constituyente constituido son, en consecuencia, los expresamente queridos por el constituyente originario" (Originario derivado Constitución 2008). "La confusión en los límites trae causa del hecho de que el procedimiento del art. 168 se reserva para reformas de mayor calado". Llevada la doctrina a nuestro caso, resumiríamos en dos los límites previstos en los arts. 441 y 442, respectivamente, de nuestra Constitución. Así, primer límite: enmiendas que no alteren la estructura fundamental o elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías o no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución; y segundo límite: art. 442, reforma parcial que no restrinja derechos y garantías ni modifique el procedimiento de reforma. Este segundo límite no impide la reforma de la estructura fundamental o el carácter y los elementos constitutivos del Estado, que no está en el primero.

Ahora, si hay un lugar en el mundo en que ciertos jueces merecen ser juzgados es el Ecuador, pues parecería que los más altos magistrados y tribunales se han propuesto deteriorar la confianza y la credibilidad en los juzgadores. De ahí que hay gente que da todo por perdido cuando de acudir a juicio se trata, y los ejemplos solo desde la transición, concebida para mejorar no para empeorar, han ido confirmando día a día la necesidad urgente e impostergable de reestructurar la Función Judicial, empezando por el recurso humano, que aplica las leyes. "Metieron" no la mano, sino el caballo de Troya en la Justicia; se multiplicaron las quejas y

---

\* jfp@hoy.com.ec

llegamos al clímax cuando el alcalde de la ciudad más grande, en defensa de intereses municipales, trató esta semana de delincuente a un juez. "Hay de la generación cuyos jueces merezcan ser juzgados" (Talmud).

Los problemas judiciales, en el tiempo y el espacio, no son nuevos, puesto que desde la Biblia se impugna a los malos jueces: "Más que civilización, el pueblo necesita justicia" (P. Colleta), y eso es lo que se propone en las preguntas de la consulta relativas a la judicatura, que pretende empezar por sustituir a un Consejo de la Judicatura en el que se perdió la dignidad llegando al bochornoso hecho de cruzar trompones. Nada menos que en el órgano encargado del gobierno y la disciplina de los jueces, el Consejo de la Judicatura, en donde la dignidad se substituyó por la alcahuetería y el toma y daca, puesto que hace rato que debió renunciar. Entonces, la consulta en esta parte es constitucional y la necesidad de reestructurar el sistema judicial, urgente.

#### INJUSTA JUSTICIA

"El poder judicial, por su naturaleza, no puede ser jamás el poder invasor, el poder peligroso, que comprometa la subsistencia de las leyes y la verdad de las garantías que tienen por misión hacer efectivas y amparar" (Avances procesales, de Augusto M. Morello). Para hacer efectivos estos postulados, en los años noventa, por toda América Latina y en el Ecuador, en 1998, se creó el Consejo de la Judicatura como órgano administrativo y disciplinario del sistema judicial. Empero, este no ha evaluado ni, de ser el caso, sustituido a jueces de origen político, prorrogados por una década, aproximadamente; ni ha encontrado nuevos que se dediquen a estudiar Derecho, informarse de precedentes judiciales y las últimas doctrinas jurídicas para resolver con sabiduría, sin ceder a tentaciones. La reestructuración pretendida por la ex Corte Suprema en 2005 quedó en nada. Es más, El Comercio publicó el 9 de este mes que, en 2010, uno de cada cuatro ecuatorianos pagó soborno en algún juzgado.

En la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (Brasilia), se establecieron 100 reglas sobre el acceso a la justicia de las personas en condición vulnerable, pero somos todas las personas las que tenemos derecho y necesidad a ese acceso. En todas partes se han llevado a cabo foros encaminados a diagnosticar fallas y necesidades judiciales ¡que están a la

vista! Año tras año, los presidentes del máximo tribunal, hoy Corte Nacional, solo informan, mas en la práctica han sido meros caballos de Troya contra la Justicia. Letra muerta, y olvidan que, como se dice en el dintel de la Corte de Nueva York, "la Justicia es el pilar de todo buen gobierno".

Hay iniciativas para aprovechar la tecnología, como la de Luis M. Cabral, presidente de la Magistratura argentina, que propone para la XVI Cumbre Judicial de 2012 una red de periodistas y canal de TV en el proyecto de "Transparencia, integridad y rendición de cuentas de los poderes judiciales". Y cierto que el Judicial es poder real, porque decide sobre la libertad y el patrimonio de las personas. Por ello, deben seguir a Sócrates, que de los jueces dijo que son "cuatro características que les corresponden: escuchar cortésmente, responder sabiamente, ponderar prudentemente y decidir imparcialmente". No deben, pues, pretender ser magos de la ley, que algunos interpretan direccionada y contradictoria, para aplicar torcidamente. Inalcanzables, ajenos al dolor y las angustias de los justiciables, para quienes el tiempo es más que oro, como decía Morello. De hecho, unos se creen infalibles, por encima del bien y del mal, como ocurre en la Corte Constitucional, donde la Dra. Pacari Vega califica constitucional la pregunta 1 del referéndum que, con la 2, parecen inconstitucionales por afectar la libertad, gracias a la estulticia de jueces que ni siquiera cumplen su horario y subastan a veces providencias o justifican aberraciones en juicios denominados "políticos" no obstante deben resolver por lo que digan la Constitución y la Ley y que conste del proceso. Es nuestra Injusta Justicia.

## CAMBIO JUDICIAL

La pregunta 4 de la consulta plantea al elector si está de acuerdo en sustituir el pleno del Consejo de la Judicatura por una comisión técnica compuesta por tres delegados designados, uno por el presidente, uno por la Asamblea Nacional y uno por la Función de Transparencia y Control Social, para que en un período de 18 meses asuma las funciones del Consejo y reestructure el sistema judicial, enmendando la Constitución como establece el Anexo 4, no está encaminada a "meter la mano en la justicia". Que la pregunta permitiría al Gobierno controlar la Función Judicial y por ello hay reacciones en el sentido de que la "consulta de



Correa prende alerta en justicia" y que "vocales del Consejo anuncian renuncias y jueces analizan postura al paquete de preguntas"; o que "la propuesta del Gobierno busca controlar la justicia" y "el mecanismo para cambiar el Consejo de la Judicatura es visto como un retroceso...", no es exacto.

Alejandro Nieto, comentando el sistema judicial español (El desgobierno judicial, pág. 29) dice: "La administración de justicia no es solo cosa de políticos y de jueces, sino de todos los ciudadanos y, por ende, una cuestión de Estado. Los jueces y los políticos son ciertamente los pilotos del aparato de la Justicia; mas cuando el piloto va desorientado, quienes caen a tierra son los pasajeros y no solo el conductor". Que la Función Judicial, hace décadas, va de tumbo en tumbo, es real. El Consejo, creado en 1998 como órgano administrativo y disciplinario de la Función Judicial, se convirtió -salvo excepciones- en una instancia más del toma y daca judicial; con frecuencia, actuando contradictoriamente; solapando a jueces en funciones prorrogadas con períodos vencidos años atrás, que no han evaluado.

Integrar el Consejo por tres miembros no implica que el presidente pueda controlar ni menos designar a jueces que sean afines al Gobierno, como sí ocurrió con los jueces antes nombrados que, inclusive, en 1997 integraron la ex Corte Suprema de Justicia en número proporcional a los diputados representando en el Congreso a los partidos políticos. Y, así..., recordemos que la reforma de julio de 1997 a la Constitución de 1978 conformó la Corte Suprema de Justicia vitalicia para tratar de que, por el transcurso del tiempo y el sistema de cooptación, se vaya depurando y liberando de la influencia inicial de los partidos políticos que la escogieron. Esto lo recogió el art. 202 de la Carta Magna de 1998 pero el Tribunal fue cesado inconstitucionalmente por el Congreso en diciembre de 2004 a propuesta del coronel Gutiérrez, quien cayó en abril de 2005. Luego, una nueva reforma en mayo del 2005, que en realidad no reestructuró nada sino que, mediante un complejo sistema, inconstitucional desde su origen, aplicando un reglamento que ni siquiera se publicó en el Registro Oficial, nombró una nueva Corte. Entonces, esta pregunta resultará aprobada mayoritariamente; pero si se hiciera solo a los abogados, el voto por la reestructuración judicial sería abrumador.

## REFORMAS JUDICIALES

A fines del año pasado, el ministro de Justicia hizo severas críticas al sistema de justicia, urgiendo al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social a la conformación del nuevo Consejo de la Judicatura. Señaló la ausencia de operadores idóneos y un sistema sumido en administración caótica que conspira contra el imperio de la Justicia. Aclaró que no implica interferencia a la independencia judicial, y es así, pues esta no dice relación a la preocupación Gobierno y del ministro del ramo por mejorar un sistema de Justicia que agobia a todos, si no hay influencia en casos concretos, como antes sí hicieron presidentes de la República, ex presidentes de la Corte Suprema y ex fiscales generales (como el juez de dólares y Pico y la nada santa Marianita). Y la independencia también debe ser interna en la Función Judicial, para que el Consejo de la Judicatura y/o jueces superiores no influyan en los inferiores.

Hoy se habla de consultar al pueblo reformar la estructura judicial, surgiendo dudas y críticas porque, supuestamente, el presidente podría tener interés político en la reforma. Al respecto, caben unas precisiones: los más altos tribunales, Corte Constitucional y Corte Nacional, son de transición, y el presidente del último ha dicho que esta se prolonga demasiado.

De otro lado, haber reducido a 21 el número de jueces nacionales va contra corriente del número de causas que el tribunal debe resolver anualmente, que se incrementan en proporción al crecimiento del país. Ejemplo es haber reducido solo a una sala que resuelva los casos civiles, que están entre los más numerosos, y obviamente se acumulan.

Aspecto fundamental para el sistema de Justicia es el número de jueces, sus facilidades logísticas y académicas, que dependen del presupuesto, que no se incrementó para 2011 por la ineficiente actuación del Consejo de la Judicatura, inclusive para sancionar a jueces corruptos cuando son allegados. ¿Y qué fue del juicio político a los miembros de este Consejo? Y, así..., los problemas de la Función Judicial desbordan el foro e interesan a todo el país.

Que el presidente plantee una reestructuración judicial o que el fiscal general proponga reformas penales idóneas no implica interferencia, sino apenas recoger el clamor ciudadano de contar con jueces que hagan bien y pronto justicia, expidiendo fallos expeditos y confiables, con base en lo que conste de las tablas procesales y no lo que pretendan las mafias político-económicas. Ahora bien, si la reestructuración se plantea en una consulta popular, que no altere la estructura fundamental de la Constitución o el carácter y elementos constitutivos del Estado ni restrinja los derechos y garantías constitucionales o el procedimiento para su reforma, puede provenir de un referéndum solicitado por el presidente; de la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional; y, si implica reforma constitucional, por iniciativa del presidente o de la ciudadanía con el respaldo del 1% de los electores.

# SUSCINTO COMENTARIO SOBRE LAS CINCO PREGUNTAS DEL REFERENDUM CONSTITUCIONAL

*Iván Castro Patiño\**

## 1. CONSULTA POPULAR-REFERENDUM-PLEBISCITO

Consulta popular es el género; referéndum y plebiscito son las especies.

La consulta popular es el acto por medio del cual se pregunta al pueblo soberano si aprueba o desaprueba, el o los temas sometidos a su consideración. Cuando la consulta se refiere a la aprobación o reforma de una Constitución o una norma de carácter legal estamos en el caso del referéndum. Cuando la consulta refiere a otros temas importantes, pero que no implican, al menos en forma automática, una reforma constitucional o legal estamos en el caso del plebiscito.

El presente artículo se referirá exclusivamente a las cinco primeras preguntas de la consulta popular convocada para el próximo 7 de Mayo, que son las que proponen reforma a la Constitución. El análisis de cada una de ellas será breve, refiriéndome exclusiva-mente a algunos aspectos que particularmente me han llamado la atención, considerando que en este mismo libro, otros distinguidos profesores realizan exhaustivos y profundos comentarios particularizados sobre cada una de estas cinco preguntas.

## 2. LA ENMIENDA DE LA CONSTITUCIÓN

El Art. 441 de la CRE dice “La *enmienda* de uno o varios artículos de la Constitución, que no altere su estructura fundamental, o el carácter y

---

\* Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Profesor de las materias de Derecho Constitucional y de Derecho Laboral. Profesor de pre y pos grado sobre temas constitucionales.

elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, se realizará: 1. Mediante referéndum solicitado por la Presidenta o Presidente de la República, o por la ciudadanía con el respaldo de al menos el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. 2. Por iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional... La reforma sólo se aprobara si obtiene el respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional.”

Como vemos, la CRE en este artículo utiliza la palabra *enmienda*, aparentemente distinguiéndola de la reforma constitucional.

En los Estados Unidos de Norte América, cuando se utiliza el término de “Enmienda de la Constitución”, se refieren a aspectos centrales, a modificaciones de fondo en el contenido constitucional, como por ejemplo las diez primeras enmiendas, aprobadas entre los años 1789 y 1791, que incorporaron toda la parte dogmática, de la que originalmente carecía la Constitución aprobada en Filadelfia en 1787.

En Ecuador, por el contrario, el término “enmienda” utilizado en el Art. 441 de la CRE, se refiere a cambios no sustanciales pues a través de una enmienda no se podría alterar la estructura fundamental de la Constitución, o el carácter o elementos constitutivos del Estado; tampoco se podría establecer restricciones a los derechos o garantías, ni modificar el procedimiento de reforma a la Constitución.

La redacción de lo que constituye enmienda según el Art. 441 de la CRE, da lugar a equívocos en cuanto a saber qué “estructura fundamental” prohíbe alterar mediante la enmienda: ¿la de la Constitución o la del Estado? Una primera interpretación, utilizando el método gramatical, nos llevaría a concluir que mediante enmienda no se puede alterar la estructura fundamental de la Constitución, como se aprecia en la parte pertinente de la redacción del Art. 441: “La enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental... ”; Sin embargo, la Corte Constitucional ha interpretado que la estructura fundamental a la que se refiere dicha disposición es la estructura fundamental del Estado, como se desprende del dictamen # 001-11-DRC-CC, publicado en el suplemento del registro oficial # 391 del 23 de Febrero del

2011, particularmente en las consideraciones formuladas en relación a las preguntas 4 y 5.

A lo expuesto debemos agregar que el mismo Art. 441 comienza utilizando el término de enmienda en su primer inciso, pero termina utilizando el término reforma en el tercer inciso. Por todo lo expuesto, caben las preguntas: ¿Es distinto la enmienda constitucional de la reforma constitucional? ¿Estamos utilizando a contracorriente de la concepción norteamericana el término enmienda para referirnos a las modificaciones menos profundas de la Constitución?

Nuestra LOGJCC, en su Art. 99, en vez de aclarar, complica más las cosas pues, al referirse a las modalidades del control constitucional, establece: "Para efectos del control constitucional de las enmiendas, reformas y cambios constitucionales, la Corte Constitucional intervendrá a través de los siguientes mecanismos: ... 3. Sentencia de constitucionalidad de las enmiendas, reformas y cambios constitucionales". Como se aprecia, no solo que si existirían las enmiendas y reformas de la Constitución, sino que además existen los cambios constitucionales. En otra oportunidad podríamos analizar a profundidad este tema y referirnos también a lo que la doctrina denomina mutación constitucional, que es distinto a la enmienda, a la reforma, y al cambio, en tanto que mientras las tres primeras constituirían casos de modificación voluntaria e intencionada del texto constitucional, la mutación implicaría una modificación no necesariamente acompañada por la intención o la conciencia del cambio .

### 3. CÓMO SE PUEDE REFORMAR O DICTAR UNA NUEVA CONSTITUCION EN EL ECUADOR

Una de las características de las constituciones rígidas, como es la del Ecuador, es que prevén en sus textos procedimientos especiales y por lo general complejos para proceder a la reforma constitucional. La supremacía formal de la Constitución exige que su reforma esté ligada a un procedimiento distinto y más dificultoso que el de la simple reforma legal.

Hay una razón de fondo para exigir requisitos especiales en la reforma constitucional y es la necesidad de preservar la seguridad jurí-

dica y mantener el pacto político contenido en la Constitución. Si la Carta Suprema pudiese modificarse mediante procedimientos que no requirieran mayorías especiales y un análisis profundo del tema por parte de todos los componentes de la sociedad, se pondría en riesgo la permanencia de las reglas fundamentales que rigen el sistema jurídico nacional, así como el contrato social configurado en la Constitución.

La primera de las Constituciones modernas, que es la de los Estados Unidos de América, estableció en su art. V un complejo procedimiento para la reforma constitucional y, a partir de ese modelo, todas las demás constituciones de los diferentes países, en mayor o menor medida, han sido rígidas en cuanto a su procedimiento de reforma, llegando inclusive en algunos casos a establecer cláusulas pétreas o irreformables.

En la Constitución ecuatoriana, los artículos referentes a la reforma constitucional van desde el 441 al 444 y componen el capítulo III (Reforma de la Constitución) del título IX (Supremacía de la Constitución). Son disposiciones redactadas con una muy mala técnica jurídica que las hace poco comprensibles en una primera lectura, debiendo recurrirse necesariamente, para una mejor comprensión, a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) , particularmente a los Art. 100 y 101.

Otro defecto consiste en la redacción en negativo, que contiene los Art. 441 y 442 de la CRE, lo que necesariamente obliga a una interpretación a contrario *censu* para saber cómo operan los casos de reforma constitucional establecidos en dichos artículos. Un tercer defecto consiste en la denominación del capítulo III del título IX ya que la misma queda diminuta frente al contenido de los artículos, en donde no solo se prescriben los casos de "Reforma de la Constitución", sino que además se establece la posibilidad de aprobación de una nueva Constitución.

Más allá de lo anotado y para efectos didácticos y de comprensión ciudadana, establecemos los casos, materia, procedimiento, iniciativa y base constitucional y legal de las posibilidades de reforma o dictado de una nueva constitución, que establece la CRE.

## CASO I

Contenido de la enmienda:

En los casos de que las reformas se refieran a temas que no impliquen:

- a) Alterar la estructura fundamental o el carácter y elementos constitutivos del Estado;
- b) Restricción a los derechos y garantías constitucionales ; y,
- c) Modificar el procedimiento de reforma a la Constitución.

Trámite:

- A) Referéndum;
- B) Ante Asamblea Nacional: Dos debates (el segundo en los 30 días siguientes al primer año después del 1er debate); requiere voto favorable de 2/3 partes de miembros Asamblea Nacional.

Iniciativa:

Para convocar a referéndum:

- a) - Presidente de la República;
- b) - 8% de inscritos en Registro Electoral

Para proyectos ante Asamblea Nacional

- 1/3 miembros Asamblea Nacional.

Base legal:

- Art. 441 Constitución
- Art. 101 # 2 LOGJCC

## CASO II

Contenido de la reforma:

Si se refiere a alterar la estructura fundamental o el carácter del Estado o sus elementos constitutivos.

Trámite:

Se lo realiza ante Asamblea Nacional

2 Debates (al menos 90 días entre 1era y 2da discusión).



Luego aprobado el proyecto de reforma por la Asamblea Nacional, se requiere la aprobación, en referéndum (Más de la mitad de los votos válidos).

Iniciativa:

- Presidente de la República.
- Al menos 1% de inscritos en Registro Electoral.
- Resolución aprobada por mayoría Asamblea Nacional.

Base legal:

- Art. 442 Constitución
- Art. 101 # 2 LOGJCC

### CASO III

Contenido de la reforma:

Si se refiere

A) *restringir derechos o garantías*

B) *modificar el procedimiento de reforma constitucional*

Trámite:

Requiere que se instale una Asamblea Constituyente, que aprueba la reforma

Iniciativa:

- Presidente de la República o
- 2/3 partes de la Asamblea Nacional o
- 12% de inscritos en Registro Electoral

Cualquiera de ellos convoca a Consulta Popular para que el pueblo decida si quiere Asamblea Constituyente. La Consulta debe incluir forma de elección de representantes y reglas del proceso electoral.

Base legal:

- Art. 444 Constitución
- Art. 101 # 1 LOGJCC

### CASO IV

Contenido del cambio:

Dictar una nueva Constitución

Trámite:

Asamblea Constituyente que elabora el proyecto y se aprueba mediante Referéndum con más de la mitad de los votos válidos.

Iniciativa:

Convocatoria a consulta popular solicitada por:

- Presidente de la República o
- 2/3 partes de la Asamblea Nacional o
- 12% de inscritos en Registro Electoral

Cualquiera de ellos convoca a Consulta Popular para que el pueblo decida si quiere Asamblea Constituyente. La Consulta debe incluir forma de elección de representantes y reglas proceso electoral.

Base legal:

- Art. 444 Constitución.

#### 4. PREGUNTAS DEL REFERÉNDUM:

PREGUNTA 1 *¿Está usted de acuerdo en enmendar el numeral 9 del artículo 77 de la Constitución de la República, incorporando un inciso que impida la caducidad de la prisión preventiva cuando esta ha sido provocada por la persona procesada y que permita sancionar las trabas irrazonables en la administración de justicia por parte de juezas, jueces, fiscales, peritos o servidores de órganos auxiliares de la función judicial, como se establece en el anexo 1?*

SI ( ) NO ( )

Anexo 1.-

*Incorpórese a continuación del primer inciso al numeral 9 del artículo 77, uno que dirá:*

*"La orden de prisión preventiva se mantendrá vigente y se suspenderá ipso jure el decurso del plazo de la prisión preventiva si por cualquier medio, la persona procesada ha evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar su caducidad. Si la dilación ocurriera durante el proceso o produjera la caducidad, sea esta por acciones u omisiones de juezas, jueces, fiscales, defensor público, peritos o servidores de órganos auxiliares, se considerará que estos han ocurrido en falta gravísima y deberán ser sancionados de conformidad con la ley."*

*BREVE COMENTARIO:*

Esta pregunta fue considerablemente modificada por la Corte Constitucional; originalmente se planteaba que la ley cambie los plazos razonables para la caducidad de la prisión preventiva enmendando el #9 del Art.77 de la Constitución. De haberse mantenido el texto original remitido por el Presidente de la República dicha reforma solo hubiese sido posible mediante la convocatoria a una Asamblea Constituyente, puesto que estaría restringiendo una garantía de la libertad establecida en la Constitución.

El Presidente de la República acogió la modificación efectuada por la Corte Constitucional; también hubiera podido rechazarla y entonces, simplemente, la pregunta # 1 no hubiera podido ser consultada.

Con el texto actual, lo que se ha hecho es constitucionalizar la norma infra constitucional constante en el Art. 1 de la ley interpretativa del Art. 169 del código de procedimiento penal, publicada en el segundo suplemento del R.O. # 194 del 19 de Octubre del 2007, que hace relación expresa a la suspensión de los plazos determinados para la caducidad de la prisión preventiva, cuando esta haya sido provocada por la persona procesada.

Considero que el principio de la presunción de inocencia se ha salvaguardado y que se está planteando fortalecer la disposición legal que impide que la persona procesada salga en libertad cuando la medida cautelar de prisión preventiva ha caducado por su propia mora o culpa; se propone además que, si dicha caducidad se produce por acciones u omisiones de los operadores de justicia, se considerará que éstos han incurrido en falta gravísima, por lo que deberán ser sancionados.

La aprobación de esta pregunta, en la que votaré positivamente, no traerá mayores cambios en la administración de justicia si, en la práctica, no existen operadores judiciales que tornen eficaz dicha disposición, que ya la debieron haber aplicado por encontrarse actualmente vigente como norma en el código de procedimiento penal.

*PREGUNTA 2. ¿Está usted de acuerdo que las medidas sustitutivas a la privación de la libertad se apliquen bajo las condiciones y requisitos establecidos*

en la ley, ENMENDANDO LA CONSTITUCIÓN DE ACUERDO AL ANEXO 2?

SI ( ) NO ( )

Anexo 2.-

El artículo 77 numeral 1 dirá:

*"La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley."*

El artículo 77 numeral 11 dirá:

*"La jueza o juez aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley."*

**BREVE COMENTARIO:**

Originalmente esta pregunta que pretende modificar dos numerales del Art. 77 de la Constitución fue formulada por el Presidente de la República, incurriendo en el mismo error que en la pregunta #1, pues pretendía restringir garantías y derechos de los ciudadanos, aumentando el tiempo por el cual, en los casos de delitos flagrantes, podría tenerse detenida una persona sin fórmula de juicio de 24 a 48 horas; y, restringiendo la aplicación de medidas cautelares distintas a la prisión preventiva, sólo a determinados juicios que se ventilan mediante procedimientos especiales.

La Corte Constitucional modificó la redacción originalmente propuesta, bajo el argumento de que los numerales 1 y 11 del Art. 77 de la Constitución son principios y no reglas y que en consecuencia deben ser entendidos como mandatos de optimización que alcanzan en la mayor medida posible su grado de aplicabilidad en función a las reglas a las que están concatenadas.

Mi lectura es que se ha superado el inconveniente de la restricción de las garantías y derechos, en el caso del numeral 1 del Art.77, no así en el caso del numeral 11 del referido artículo, ya que el texto actual de la Constitución establece que *"la jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones o medidas cautelares a la privación de libertad contempladas en la ley..."*, en tanto que, la reforma suprime la obligación de aplicar prioritariamente las sanciones o medidas cautelares alternativas. Puede ser que ello sea ventajoso pero, es una reforma que no procede a través de un referéndum y requeriría la convocatoria a una Asamblea Constituyente.

PREGUNTA 3. *¿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?*

SI ( ) NO ( )

Anexo 3.-

En el primer inciso del artículo 312 de la Constitución dirá:

*"Las instituciones del sistema financiero privado, así como las empresas privadas de comunicación de carácter nacional, sus directores y principales accionistas, no podrán ser titulares, directa ni indirectamente, de acciones y participaciones, en empresas ajenas a la actividad financiera o comunicacional, según el caso. Los respectivos organismos de control serán los encargados de regular esta disposición, de conformidad con el marco constitucional y normativo vigente."*

En el primer inciso de la DISPOSICIÓN TRANSITORIA VIGÉSIMO NOVENA, dirá:

*"Las acciones y participaciones que posean las instituciones del sistema financiero privado, así como las empresas de comunicación privadas de carácter nacional, sus directores y principales accionistas, en empresas distintas al sector en que participan, se enajenarán en el plazo de un año contado a partir de la aprobación de esta reforma en referendo."*

*BREVE COMENTARIO:*

En esta pregunta la Corte Constitucional prácticamente ha aceptado como constitucional el texto enviado por el Presidente de la República para modificar el Art. 312 de la Constitución así como la disposición transitoria vigésimo novena.

La Corte reconoce que la propuesta plantea una limitación al derecho fundamental de algunos ecuatorianos a tener una libre iniciativa económica, de conformidad con lo establecido en el Art. 66 # 15 de la Carta Magna; sin embargo, acepta la referida limitación argumentando que éstas tienen un origen constituyente, puesto que en la Asamblea de Montecristi se evidenció la intención de poner fin "a los tradicionales abusos de ciertos sectores políticos, económicos y sociales que llegaron a apropiarse del estado como si fuera un bien privado".

Reconoce la Corte Constitucional que el medio encontrado por el constituyente para lograr este fin anteriormente referido es ciertamente controvertido, según se desprende del Art. 312 de la Constitución. Sin embargo, afirma, es el soberano el que decidió auto limitarse en su ámbito de autonomía.

Hay que recordar que el Art. 312 de la Constitución se refiere a que las entidades o grupos financieros no podrán poseer participaciones permanentes en empresas ajenas a la actividad financiera y no podrán participar en el control del capital, la inversión o el patrimonio de los medios de comunicación social, extendiendo dicha prohibición a los grupos financieros, representantes legales, miembros del directorio y accionistas de la banca.

Es clarísimo que esta prohibición ya constante en el Art. 312 de la Constitución implica una limitación de derechos de un conjunto de personas cuyas actividades y patrimonio están relacionadas con la banca. Si dicha limitación y restricción de derechos se quiere hacer extensiva a las empresas de comunicación privadas de carácter nacional, sus directores y principales accionistas, tendría que necesariamente convocarse a una Asamblea Constituyente que así lo decida. Esta reforma no es viable a través del mecanismo de referéndum.

Pero hay algo más: se plantea sustituir la disposición transitoria vigésima novena de la Constitución, la misma que por su propio carácter de transitoria tenía un plazo de aplicación, el mismo que ya feneció en el tiempo, el 11 de octubre del 2010. Ahora, con el objetivo de incluir en dicha disposición a las empresas y accionistas de los medios de comunicación privada de alcance nacional, se revive la norma estableciendo un nuevo plazo de un año, que además incluye también a los banqueros que no vendieron sus acciones en los medios de comunicación hasta Octubre del año 2010.

La técnica jurídica requería que se incorpore una nueva disposición transitoria referida exclusivamente a las empresas y accionistas de los medios de comunicación privados de alcance nacional, que contenga la prohibición sugerida por el Presidente de la República.

PREGUNTA 4. *¿Está usted de acuerdo en sustituir el actual Pleno del Consejo de la Judicatura por un Consejo de la Judicatura de Transición, conformado por tres miembros designados, uno por la Función Ejecutiva, uno por la Función Legislativa y uno por la Función de Transparencia y Control Social, para que en el plazo improrrogable de 18 meses, ejerza las competencias del Consejo de la Judicatura y reestructure la Función Judicial, enmendando la Constitución como lo establece el anexo 4?*

SI ( ) NO ( )

Anexo 4.-

El artículo 20 del Régimen de Transición dirá:

*"Art. 20.- Se disuelve el actual Pleno del Consejo de la Judicatura; en su reemplazo se crea un Consejo de la Judicatura de Transición, conformado por tres delegados designados y sus respectivos alternos: uno por el Presidente de la República, uno por la Asamblea Nacional y uno por la Función de Transparencia y Control Social; todos los delegados y sus alternos estarán sometidos a juicio político.*

*Este Consejo de la Judicatura transitorio tendrá todas las facultades establecidas en la Constitución, así como las dispuestas en el Código Orgánico de la Función Judicial, y ejercerán sus funciones por un período improrrogable de 18 meses.*

*El Consejo de la Judicatura definitivo se conformará mediante el procedimiento establecido en el artículo 179 de la Constitución enmendada. El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social asegurará que los miembros del nuevo Consejo de la Judicatura estén designados antes de concluidos los 18 meses de funciones del Consejo de la Judicatura de transición.*

*Queda sin efecto el concurso de méritos y oposición que lleva a cabo el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social para la designación de los nuevos vocales del Consejo de la Judicatura.*

*Suprímase la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico de la Función Judicial."*

#### **BREVE COMENTARIO:**

Más allá de la disputa sobre si la reforma planteada altera o no la estructura fundamental del Estado o el carácter o elementos constitutivos del mismo, que la Corte Constitucional cree superar simplemente modificando la pregunta original a fin de que se conserve la denominación de Consejo de la Judicatura, rechazando la denominación de "Comisión Técnica", que constaba en el texto original del Presidente, considero que esta propuesta es inoportuna, puesto que prorroga el régimen de transición por 18 meses más, en circunstancias en que se había iniciado el proceso de concursos de méritos y oposición que llevaba a cabo el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social para la designación de los nuevos vocales del Consejo de la Judicatura.

La integración de este Consejo de la Judicatura de Transición 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, despierta fundadas sospechas de que la política va a tener influencia decisiva en la restructuración de la función judicial.

En materia de derecho constitucional, no se debe ensayar fórmulas nuevas sin darles el tiempo adecuado para que las instituciones del Estado, creadas por el poder constituyente, demuestren los frutos que son capaces de dar en beneficio de la sociedad. Si existe en la actualidad una Función de Transparencia y Control Social que era la encargada de



presidir la integración del Consejo de la Judicatura definitivo, se le debió permitir que ella culmine con dicha labor.

La respetabilidad de la Función Judicial es tributaria de su origen, por lo que mucho me temo que este Consejo de la Judicatura *ad-hoc*, que va a presidir la reestructuración de la Función Judicial, ensombrecerá la imagen de independencia que deben tener los operadores de justicia, tanto más que en nuestro país, una de las más reiteradas acusaciones contra la Función Judicial es la de estar secuestrada por la política y responder a los intereses que en el pasado han representado los llamados dueños del país.

PREGUNTA 5. *¿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?*

SI ( ) NO ( )

Anexo 5

Enmiéndese la Constitución de la República del Ecuador de la siguiente manera:

*Los artículos 179 y 181 de la Constitución de la República dirán:*

*"Art. 179.- El Consejo de la Judicatura se integrará por 5 delegados y sus respectivos suplentes, quienes serán elegidos mediante ternas enviadas por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, cuyo representante lo presidirá; por el Fiscal General del Estado, por el Defensor Público, por la Función Ejecutiva y por la Asamblea Nacional.*

*Los delegados mencionados en el inciso anterior serán elegidos por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, a través de un proceso público de escrutinio con veeduría y posibilidad de una impugnación ciudadana.*

*El procedimiento, plazos y demás elementos del proceso serán determinados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.*

*Los miembros del Consejo de la Judicatura, tanto titulares como suplentes, durarán en el ejercicio de sus funciones 6 años.*

*El Consejo de la Judicatura rendirá su informe anual ante la Asamblea Nacional, que podrá fiscalizar y juzgar a sus miembros".*

*"Art. 181.- Serán funciones del Consejo de la Judicatura, además de las que determine la ley:*

- 1. Definir y ejecutar las políticas para el mejoramiento y modernización del sistema judicial.*
- 2. Conocer y aprobar la proforma presupuestaria de la Función Judicial, con excepción de los órganos autónomos.*
- 3. Dirigir los procesos de selección de jueces y demás servidores de la Función Judicial, así como, su evaluación, ascensos y sanción. Todos los procesos serán públicos y las decisiones motivadas.*
- 4. Administrar la carrera y la profesionalización judicial, y organizar y gestionar escuelas de formación y capacitación judicial.*
- 5. Velar por la transparencia y eficiencia de la Función Judicial.*

*Las decisiones del Consejo de la Judicatura se tomarán por mayoría simple."*

*Suprímase el último inciso del artículo 180 de la Constitución.*

Reformase los siguientes artículos del Código Orgánico de la Función Judicial:

*1.- En los artículos 60, 65, 66, 72, 89, 115, 157 y 298, en donde dice: "Comisión de Administración de Recursos Humanos", dirá: "Unidad de Recursos Humanos".*

*2.- El primer inciso del artículo 99 dirá:*

*"Art. 99.- COMISIÓN DE SERVICIOS.- Cuando la servidora o el servidor de la Función Judicial tuviere que trasladarse fuera del lugar de su sede de trabajo para cumplir sus funciones, se le declarará en comisión de servicios con remuneración. La comisión que deba cumplirse en el país o en el exterior será otorgada por el Director General del Consejo de la Judicatura."*

*3.- El numeral 10 del artículo 100 dirá:*

*"... 10. Residir en el lugar en donde ejerce el cargo. Excepcionalmente podrá residir en otro lugar cercano, de fácil e inmediata comunicación, en virtud de autorización expresa de la Directora o Director de la Unidad de Recursos Humanos del Consejo de la Judicatura;... "*

4.- *El inciso cuarto del artículo 101 dirá:*

*"Igualmente la servidora o el servidor de la Función Judicial podrá solicitar el traslado a un puesto o cargo que a la fecha estuviere vacante. El Director General del Consejo de la Judicatura o la Directora o el Director Provincial, según el caso, podrá resolver favorablemente tal solicitud si la servidora o el servidor de la Función Judicial, de acuerdo a la evaluación respectiva, tiene la idoneidad y la preparación apropiadas para el nuevo puesto o cargo."*

5.- *El inciso tercero del artículo 183 dirá:*

*"Necesariamente cada jueza o juez integrará por lo menos dos salas, a excepción de la Presidenta o Presidente de la Corte, que deberá integrar solamente una. Sin embargo, de creerlo necesario, a pedido suyo, en su lugar podrá actuar una Conjueza o Conjuez. Al efecto, al posesionarse las juezas o los jueces acordarán las salas que integrarán. De no hacerlo, esta designación la hará el pleno de la Corte Nacional, el cual igualmente podrá modificar en cualquier tiempo y disponer la integración, tomando en cuenta la especialización y el perfil de la jueza o juez."*

6.- *El numeral 7 del artículo 109 dirá:*

*"...7. Intervenir en las causas que debe actuar, como Juez, fiscal o defensor público, con dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable;..."*

7.- *El numeral 7 del artículo 217 elimínese las palabras "comisiones especializadas".*

8.- *En el artículo 255 agréguese como numeral 3, lo siguiente:*

*"...3. Manifiesta inoperancia en el cumplimiento de sus funciones;..."*

9.- *Suprímense los artículos 257, 265, 266, 267, 268, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277 y 278.*

10.- *Los artículos 258, 261, 262, 263, 264, 269, 279 y 280, dirán lo siguiente:*

*"Art. 258.- INTEGRACIÓN.- El Consejo de la Judicatura se integrará por 5 delegados y sus respectivos suplentes, quienes serán elegidos mediante ternas enviadas por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, cuyo representante lo presidirá; por el Fiscal General del Estado, por el Defensor Público, por la Función Ejecutiva y por la Asamblea Nacional."*

SUCINTO COMENTARIO SOBRE LAS CINCO PREGUNTAS DEL REFERENDUM CONSTITUCIONAL

*Los delegados mencionados en el inciso anterior serán elegidos por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, a través de un proceso público de escrutinio con veeduría y posibilidad de una impugnación ciudadana.*

*El procedimiento, plazos y demás elementos del proceso serán determinados por el Consejo de Participación y Control Social.*

*Los miembros del Consejo de la Judicatura, tanto titulares como suplentes, durarán en el ejercicio de sus funciones 6 años.*

*El Consejo de la Judicatura rendirá su informe anual ante la Asamblea Nacional, que podrán fiscalizar y juzgar a sus miembros.*

*Los Miembros del Consejo, en caso de ausencia o impedimento, serán sustituidos por sus alternos.*

*Art. 261.- ESTRUCTURA FUNCIONAL.- El Consejo de la Judicatura ejercerá sus funciones a través de los siguientes componentes estructurales:*

- 1. El Pleno;*
- 2. La Presidencia;*
- 3. La Dirección General;*

*Las Direcciones Provinciales serán ejercidas por el Presidente de la Corte Provincial, conjuntamente con los Delegados que el Consejo de la Judicatura determine, de conformidad con la regulación de la materia.*

*Las unidades administrativas necesarias, cuya creación, organización, funciones, responsabilidades y control establecen y regulan este Código y el Estatuto Orgánico Administrativo de la Función Judicial, según corresponda, se encargarán de la planificación estratégica, la gestión del talento humano, la transparencia y la difusión a la comunidad de los resultados de su gestión*

*Art. 262.- INTEGRACIÓN.- El Pleno se integrará con sus cinco Miembros o por quienes les sustituyeren. Será presidido por la o el Delegado del Presidente de la Corte Nacional de Justicia y, en caso de ausencia o impedimento de este, por su alterno. En caso de ausencia o impedimento de ambos, por el Miembro que designe el Pleno. Actuará como Secretaria o Secretario del Pleno, la Secretaria o el Secretario del Consejo o quien le sustituyere.*

*Art. 263.- QUÓRUM.- El quórum para la instalación será de tres de sus integrantes. Para todas las decisiones se requiere mayoría simple.*

*En los casos de empate, el voto de quien presida la sesión será decisorio.*

*Art. 264.- FUNCIONES.- Al Pleno le corresponde:*

*1. Nombrar y evaluar a las juezas y a los jueces y a las conjuetas y a los conjueces de la Corte Nacional de Justicia y de las Cortes Provinciales, juezas y jueces de primer nivel, Fiscales Distritales, agentes fiscales y Defensores Distritales, a la Directora o al Director General, miembros de las direcciones regionales, y directores nacionales de las unidades administrativas; y demás servidoras y servidores de la Función Judicial;*

*2. Remover libremente a la Directora o al Director General, miembros de las direcciones regionales, directores administrativos nacionales y directores provinciales;*

*3. Aprobar, actualizar y supervisar la ejecución del plan estratégico de la Función Judicial;*

*4. Velar por la transparencia y eficiencia de la Función Judicial;*

*5. Rendir, por medio de la Presidenta o el Presidente del Consejo, el informe anual ante la Asamblea Nacional;*

*6. Elaborar la proforma presupuestaria de la Función Judicial que será enviada para su aprobación según la Constitución. En el caso de los órganos autónomos, deberán presentar al Pleno del Consejo de la Judicatura su propuesta presupuestaria para su incorporación al presupuesto general de la Función Judicial;*

*7. Nombrar, previo concurso público de oposición y meritos, sometido a impugnación y control social, a las notarias y los notarios, y evaluar los estándares de rendimiento de los mismos, en virtud de lo cual podrá removerlos de acuerdo lo establecido en este Código;*

*8. En cualquier tiempo, de acuerdo con las necesidades del servicio de la Función Judicial;*

*Crear, modificar o suprimir salas de las cortes provinciales, tribunales penales, juzgados de primer nivel y juzgados de paz; así como también establecer el número de jueces necesarios previo el informe técnico correspondiente.*

*Establecer o modificar la sede y precisar la competencia en que actuarán las salas de las cortes provinciales, tribunales penales, juezas y jueces de primer nivel; excepto la competencia en razón del fuero. Una misma sala o juzgador de primer nivel podrá actuar y ejercer al mismo tiempo varias competencias;*

*En caso de que, del informe técnico correspondiente, aparezca que existe en forma transitoria en determinada rama de la actividad judicial o en una localidad un número muy alto de causas sin despacho, podrá crear salas o juzgados temporales que funcionarán por el periodo de tiempo que señalará o hasta que se despachen las causas acumuladas; en estos casos se procederá al nuevo sorteo de causas para asignarlas a estas salas o juzgados temporales; y,*

*Crear, modificar o suprimir direcciones regionales o provinciales, las cuales funcionarán de forma desconcentrada;*

*9. Fijar y actualizar: a) las tasas notariales que serán pagadas por los usuarios de los servicios notariales; b) las tasas por servicios administrativos de la Función Judicial; c) el monto de las tasas y establecer las tablas respectivas por informes periciales, experticias y demás instrumentos similares necesarios en la tramitación de causas, así como sistematizar un registro de los peritos autorizados y reconocidos como idóneos, cuidando que estos sean debidamente calificados y acrediten experiencia y profesionalización suficiente;*

*10. Expedir, modificar, derogar e interpretar obligatoriamente el Código de Ética de la Función Judicial, el Estatuto Orgánico Administrativo de la Función Judicial, los reglamentos, manuales, instructivos o resoluciones de régimen interno, con sujeción a la Constitución y la ley, para la organización, funcionamiento, responsabilidades, control y régimen disciplinario; particularmente para velar por la transparencia y eficiencia de la Función Judicial;*

*11. Imponer las sanciones disciplinarias de suspensión de funciones sin sueldo, amonestación escrita o multa a las juezas o jueces y a las conjuetas o conjueces de la Corte Nacional de Justicia;*

*12. Conocer los recursos que se dedujeren contra las sanciones disciplinarias impuestas por las direcciones regionales a las abogadas y a los*

*abogados por las infracciones cometidas en el ejercicio de la profesión, de acuerdo con este Código;*

*13. Conocer los informes que presentaren: el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Contraloría General del Estado y resolver sobre sus recomendaciones;*

*14. Imponer las sanciones disciplinarias de destitución a las servidoras o los servidores judiciales, con el voto conforme de la mayoría de sus Miembros, o absolverles si fuere conducente. Si estimare, que la infracción fuere susceptible solo de suspensión, sanción pecuniaria o de amonestación, las impondrá; y,*

*15. Emitir opinión respecto de los proyectos de ley referidos a la Función Judicial cuando le sean consultados por la Función Legislativa o Ejecutiva;*

*Art. 269.- FUNCIONES.- A la Presidenta o el Presidente le corresponde:*

*1. Cumplir y hacer cumplir, dentro de los órganos de la Función Judicial, la Constitución, la ley y los reglamentos generales; el Estatuto Orgánico Administrativo de la Función Judicial, los reglamentos, manuales, instructivos y resoluciones del Pleno;*

*2. Elaborar el orden del día; convocar y presidir las sesiones del Pleno, y supervisar el cumplimiento de las resoluciones;*

*3. Elaborar el proyecto del informe anual que debe presentar el Consejo de la Judicatura a la Asamblea Nacional y someterlo a consideración de aquel;*

*4. Legalizar con su firma, juntamente con la Secretaria o el Secretario, las actas y demás documentos que contengan los reglamentos, manuales, circulares y resoluciones de carácter normativo interno expedidos por el Pleno;*

*5. Suspender, sin pérdida de remuneración, a las servidoras y a los servidores de la Función Judicial, en casos graves y urgentes, en el ejercicio de sus funciones, por el máximo de noventa días, dentro de cuyo plazo deberá resolverse la situación de la servidora o el servidor de la Función Judicial;*

*6. Aprobar los acuerdos de cooperación y asistencia, relacionados con la Función Judicial, con organismos nacionales o extranjeros, siempre que estos últimos no contemplen asuntos que tengan el carácter de tratados o instrumentos internacionales; y,*

*7. Ejercer las demás atribuciones señaladas por la ley, el Estatuto Orgánico Administrativo de la Función Judicial y los reglamentos.*

*Art. 279.- REQUISITOS PARA EL CARGO.- La Directora o el Director General del Consejo reunirá los siguientes requisitos:*

*1. Ser ecuatoriana o ecuatoriano y hallarse en goce de los derechos de participación política*

*2. Tener título de tercer nivel legalmente reconocido en el país, en las áreas afines a las funciones del Consejo, y acreditar experiencia en administración; y,*

*3. Haber ejercido con probidad e idoneidad la profesión o la docencia universitaria en las materias mencionadas por un lapso mínimo de cinco años.*

*Art. 280.- FUNCIONES.- A la Directora o al Director General le corresponde:*

*1. Dirigir y supervisar la administración de los recursos humanos, financieros, administrativos de la Función Judicial y los procesos de selección, evaluación, formación profesional y capacitación continua, en el ámbito de su competencia;*

*2. Ejercer la representación legal, judicial y extrajudicial de la Función Judicial;*

*3. Autorizar el gasto de la Función Judicial, excepto de los órganos autónomos, y asignar montos de gasto a las unidades administrativas correspondientes y a las directoras o directores regionales y provinciales, de acuerdo a lo que establece la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública;*

*4. Ejercer, a través de los Directores Provinciales, el procedimiento coactivo para recaudar lo que se deba, por cualquier concepto a la Función Judicial, con arreglo al trámite establecido en la ley.*

*5. Definir y ejecutar los procedimientos para el mejoramiento y modernización de la Función Judicial, para la selección, concursos de oposición y*



*méritos, permanencia, disciplina, evaluación y formación y capacitación de las servidoras y servidores de la Función Judicial, en el ámbito de su competencia;*

*6. Fijar las remuneraciones para las servidoras y servidores de las carreras judicial, fiscal y de defensoría pública, así como para los servidores de los órganos auxiliares, en las diferentes categorías, y de manera equivalente y homologada entre sí;*

*7.- Imponer las sanciones disciplinarias de suspensión de funciones sin sueldo, a las juezas o jueces y a las conjuetas o conjueces de las Cortes Provinciales, a las directoras o a los directores regionales, a las directoras o a los directores provinciales y a las directoras o a los directores nacionales de las unidades administrativas; y demás servidores y servidoras de la Función Judicial. La resolución de suspensión será susceptible de apelación para ante el Pleno del Consejo de la Judicatura;*

*8. Presentar informe al Pleno del Consejo, anualmente, o cuando este lo requiera; y,*

*9. Ejercer las demás atribuciones señaladas por la ley, el Estatuto Orgánico Administrativo de la Función Judicial y los reglamentos.*

*El Director General podrá, por simple oficio, delegar sus funciones a los servidores de la Función Judicial, cuando lo considere necesario."*

*Art. 11.- En los artículos 307, 308 y letra d) de la Disposición Transitoria Séptima, reemplácese las palabras "Comisión de Asuntos Relativos a los Órganos Auxiliares", por "la unidad correspondiente".*

*Art. 12.- En el artículo 8 y en el primer artículo innumerado a continuación del artículo 19, agregado por el artículo 9 de la Ley s/n, publicada en el suplemento al Registro Oficial 64 de 8 de noviembre de 1996 de la Ley Notarial, sustitúyase las referencias a la "Comisión de Asuntos Relativos a los Órganos Auxiliares", por "La unidad correspondiente".*

#### **BREVE COMENTARIO:**

El fondo de la propuesta original del Presidente de la República fue mantenido por la Corte Constitucional. La modificación principal que estableció la Corte y acepto el Presidente de la República es que la elección de los 5 integrantes del Consejo de la Judicatura se realice a

través de ternas, en el caso de los delegados del Presidente de la Corte Nacional de Justicia, de la Función Ejecutiva y de la Asamblea Nacional y no que se integre por, el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, un delegado de la Función Ejecutiva y un delegado de la Asamblea Nacional, como era la propuesta inicial del Presidente.

Manifiesta la Corte que estas reformas a los Art. 179 y 181 de la Constitución no alteran la estructura fundamental del Estado ni modifican sus elementos constitutivos, peor aún restringen derechos o garantías constitucionales, o modifican el procedimiento de reforma constitucional, "Lo cual hace que puedan ser tramitados por vía de la enmienda constitucional conforme al Art. 441 de la Constitución".

Para fundamentar su opinión la Corte señala que modificar la posición numérica del Consejo de la Judicatura, de 9 a 5 miembros así como el origen de su designación, obviamente que no cae en ninguna de las prohibiciones del Art. 441.

Uno de los puntos más controvertidos es el de dilucidar si la nueva integración del Consejo de la Judicatura contraviene lo preceptuado en el Art. 232 de la Constitución, que prohíbe a quienes tengan intereses en las áreas que vayan a ser reguladas, ser miembros de los organismos que realizan dicho control. Recuérdese al respecto que el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, que la Fiscalía General del Estado y la Defensoría Pública, forman parte de la Función Judicial y que el Consejo Nacional de la Judicatura, tiene como funciones constitucionales dirigir los procesos de selección de jueces y demás servidores de la Función Judicial, así como su evaluación, ascensos y sanciones y, velar por la transparencia y eficiencia de la Función Judicial.

La Corte Constitucional manifiesta que el sentido del Art. 232 de la Constitución "Se refiere a que la potestad estatal de control y regulación es la que ejerce el estado en relación a los particulares; consecuentemente, busca impedir el conflicto de intereses que puede ocurrir entre el ejercicio de la potestad de control y un interés particular. Por tal razón, dice la Corte que: "Lo que pretende la enmienda es la conformación de un órgano del poder público con delegados de las funciones del poder público, lo que no cae en la regulación del Art. 232 de la Constitución".

Esta alegación no me parece correcta: la prohibición del Art. 232 de la Constitución no se refiere solo a la potestad estatal de control y

regulación que ejerce el Estado en relación a los particulares. El Art. 232 no hace dicha distinción y el principio de independencia del órgano controlador con respecto a los controlados, vale igual tanto para el sector público como para el sector privado.

Aceptar como correcta la argumentación de la Corte Constitucional en relación al Art.232 de la Constitución sería como afirmar que el orden jurídico de un Estado es derecho para todos los particulares que están sometidos a él pero no es derecho para el Estado mismo.

El maestro George Jellinek en su famosa obra "Teoría General del Estado" señala que hay quienes sostienen que, ya que el Estado puede modificar toda norma jurídica, no puede ser obligado mediante su propio derecho, pues no puede ordenarse a sí mismo. De este criterio se deduce, según el propio Jellinek, que aquello que aparece como derecho para el individuo, no es derecho para el Estado "y si se mira desde lo alto del Estado a las profundidades del derecho, sucederá, pues, que no se verá nada; porque todo el derecho se convierte para el Estado en no derecho, es decir en nada jurídicamente..." Esta concepción –sostiene Jellinek- solo es posible en los estados teocráticos pues sólo un monarca venerado como Dios puede imponer normas de acción a todos, menos a sí mismo. Cosa muy distinta sucede cuando "el Estado procede según reglas jurídicas establecidas, reglas que a su vez solo de una manera jurídica pueden ser modificadas. Estas reglas contienen en sí la obligación de los órganos del Estado; con lo cual queda sometida a obligación la actividad de aquel en sí mismo, ya que, la de los órganos del Estado, lo es de este mismo que no puede ejercer una actividad que no esté realizada mediante un órgano".

Otra de las cuestiones que plantean las reformas introducidas a través de esta pregunta es saber si se está vulnerando o no el principio de independencia interna y externa de la Función Judicial establecido en el Art. 268 de la Constitución. El tema es relevante porque se podría sostener que si los jueces son nombrados, evaluados, ascendidos y sancionados por un Consejo de la Judicatura compuesto por delegados de otras funciones del Estado, pierde su independencia y autonomía. La Corte Constitucional considera que no y, su argumento central es que: "La autonomía e independencia de la Función Judicial que debe ser preservada constitucionalmente es la denominada "de ejercicio"; y,

respecto a la “de origen” ésta se legitima con la voluntad popular en ejercicio de la democracia directa.”

También señala la Corte que, para que la enmienda sea constitucional, el pleno del Consejo de la Judicatura debe estar integrado por delegados de los órganos y no por los titulares y escogidos mediante un procedimiento que garantiza el escrutinio público, el control ciudadano e impugnación, para lo cual deben enviarse ternas. Me parece una solución demasiado simplista que además ignora que la independencia y autonomía de la Función Judicial debe entenderse como independencia de injerencias extrañas, para poder realizar con éxito su tarea.

Finalmente, en lo relativo a las reformas de varias decenas de artículos del Código Orgánico de la Función Judicial que se incorporan como anexo a la pregunta 5, existe la controversia relativa a que dichas reformas legales no constan en la parte resolutive del dictamen de la Corte Constitucional publicado en el suplemento del R.O. # 391 del 23 de Febrero del 2011 y que no existe ningún artículo de la Constitución que permita reformar una ley mediante referéndum. Sin embargo de lo expuesto, la Corte Constitucional ha decidido que “la propuesta de enmienda que contiene reformas al Código Orgánico de la Función Judicial guarda relación directa con la enmienda constitucional propuesta, posibilitando la constitucionalidad de la pregunta y los componentes normativos, así como se estaría asegurando los efectos mediatos del referéndum y, sobre lo cual, la Corte no tiene objeción constitucional alguna”. Así mismo, reitera que de adoptarse disposiciones normativas en el referéndum estas pueden ser sometidas a control de la constitucionalidad según el Art. 197 de la LOGJCC.

En mi criterio en algunas de las reformas legales al Código Orgánico de la Función Judicial que se establecen en el anexo de la pregunta # 5, si existe una conexidad manifiesta con la reforma constitucional propuesta, de tal manera que, de aprobarse la reforma constitucional, lo que la Corte estaría haciendo es establecer la inconstitucionalidad por conexidad de dichas normas, aplicando para el efecto, de una manera irregular por cierto, la declaratoria de oficio de inconstitucionalidad conexa que le permite el Art. 436 # 3 de la Constitución. Para otros artículos que se anexan como reformas al Código Orgánico de la Función Judicial no existe la conexidad a la que me he referido anteriormente.

No me parece consecuente con la seriedad de la consulta popular que temas de esta magnitud no hayan sido abordados, con mayor profundidad y seriedad de análisis por parte de la Corte Constitucional, con lo que se perdió una brillante oportunidad de establecer un precedente apropiado para el tratamiento de casos similares que puedan producirse en el futuro.

Termino recordando que no existe la nomomagia o magia de la norma, y que ninguna reforma constitucional y ninguna Constitución o ley podrá rendir sus frutos sin órganos del poder público, autoridades y ciudadanos que se empeñen en el objetivo común de hacer que la norma vigente sea efectivamente vivida y eficazmente aplicada en la realidad social.

*Guayaquil, 30 de Marzo del 2011*

*Dr. Iván Castro Patiño*

