

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, ¹*“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, Magíster 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.

¹ 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 participen, 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 reformular 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, interviniesen en otros sectores de la sociedad ecuatoriana, como se desprende nítidamente 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, aquélla 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 ²*“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.

² Último párrafo del número 2, del Acápito 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 ³cargas 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.

³ *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 ⁴empresa de comunicación es de carácter nacional?
- ¿Todas las empresas privadas de comunicación de carácter nacional tienen directores?

⁴ “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 ⁵“*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.

⁵ 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 ⁶“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.

⁶ 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