

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL  
ECUADOR**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
CARRERA DE DERECHO**

**Disertación de grado previo a la obtención del título de  
Abogado**

*“Límites materiales a los mecanismos de democracia  
participativa: Estándares a la consulta popular en el Ecuador”*

JUAN FRANCISCO CÁRDENAS CIFUENTES

DI RECTOR: DR. JUAN FRANCISCO GUERRERO

QUITO, ABRIL DE 2020

**AGRADECIMIENTOS**

*A mi madre por su amor infinito e incommensurable*

*A mi hermano por su guía constante.*

*A mis abuelas: Fabiela Rolán y Lidice Cabezas por su apoyo*

*A mis amigos y futuros colegas por hacer del paso por la Universidad una experiencia de vida*

*A mi alumna mater y sus profesores por el conocimiento en mí inculcado*

*A mi director de tesis por su guía y exigencia y tiempo invertido.*

**DEDICATORIA**

*A mi padre y ángel en el cielo: Héctor Oswaldo Cárdenas Rodán (+)  
En quién me veo reflejado y por el que trato, día a día, en ser una mejor persona*

## Resumen

Esta disertación pretende investigar uno de los mecanismos de la democracia directa o participativa que es la Consulta Popular. De manera específica, se pretende analizar los límites formales y materiales que debería tener este mecanismo para evitar pase por alto los elementos constitutivos del Estado de Derecho, producto de una aplicación indiscriminada y absoluta del derecho de participación.

Para lograr este cometido, se parte del análisis de los elementos constitutivos del Estado de Derecho. Luego, el fundamento y elementos de la democracia participativa y sus mecanismos, con especial énfasis en la consulta popular, para posteriormente exponer sus problemas. Finalmente, se analizará los límites formales y materiales que han sido reconocidos por nuestra Corte Constitucional; además, a manera de propuesta, se señalarán otros límites.

**Palabras Clave:** *Democracia Directa, Democracia Participativa, Democracia constitucional, Consulta Popular, Dictamen previo de constitucionalidad, Límites materiales, límites formales*

## ABSTRACT

The present dissertation aims to investigate one of direct democracy (also known as participatory democracy) mechanisms: The Popular Consultation. In specific, it focuses on analyzing the formal and material limits that this mechanism should have in order to prevent or overlooking the constituent elements of the State of Law by exercising the right of participation without any limits and on an indiscriminate way

To achieve this, the work starts analyzing the constituent elements of the State of Law. Then it studies the basis and elements of participatory democracy and its mechanisms, with special emphasis on popular consultation, to later expose its problems. Finally, with a critical lecture, it analyzes the formal and material limits that have been recognized by our Constitutional Court so at the end propose other limits, that haven't been considered by the Constitutional Court

**KEY WORDS:** *Direct Democracy, Participatory Democracy, Constitutional Democracy, Popular Consultation, ex officio review of Popular Consultation, Material limits, formal limits*

## ÍNDICE

CAPÍTULO I. . . . .	9
1. Antecedente Histórico del Estado de Derecho. . . . .	9
1.1 Estado de Derechos y Justicia. . . . .	10
2. Elementos del Estado de Derecho . . . . .	12
2.1 Existencia de una Constitución y sometimiento a ella . . . . .	12
2.2 Seguridad Jurídica. . . . .	14
2.3 División de Poderes: . . . . .	16
2.4 Reconocimiento de derechos de forma anterior al Estado . . . . .	17
2.5 Democracia . . . . .	20
CAPÍTULO II. . . . .	54
1. Problemas de la Consulta Popular. . . . .	54
1.1 Lenguaje técnico. . . . .	55
1.2 Demagogia detrás de las consultas populares . . . . .	61
1.3 Busca resultados a corto plazo . . . . .	71
1.4 Amenazas de las minorías . . . . .	73
1.5 Lenguaje direccionado de suma cero . . . . .	81
1.6 Polarización de la Sociedad . . . . .	84
CAPÍTULO III. . . . .	87
1. Límites a la Consulta Popular en el Ecuador. . . . .	87
1.1 Dictamen Previo de la Corte Constitucional . . . . .	88
1.2 Propuesta de estándar . . . . .	102
1.2.3 Tiempo que debe transcurrir dentro de un proceso de consulta . . . . .	106
1.2.4 Consultas consecutivas sobre el mismo tema . . . . .	107
1.2.5 Remisión de informes técnicos por parte de organismos públicos durante la tramitación del proyecto de consulta . . . . .	108
2. Mención necesaria: dictamen ficto. . . . .	110
IV. CONCLUSIONES . . . . .	113
V. RECOMENDACIÓN. . . . .	117
VI. BIBLIOGRAFÍA. . . . .	118

## INTRODUCCIÓN

Desde 1979, año en que el Ecuador retornó a un régimen democrático, se han realizado a nivel nacional un total de once consultas populares, las cuáles, han sido utilizadas, según diferentes estudios, como una forma de legitimar el gobierno de turno y no como un medio que busque una real vinculación de los ciudadanos en cuanto a la toma de decisiones. Esta manera de concebir a la consulta popular, al contrario de lo que se espera de un mecanismo propio de la democracia directa, se aleja de los objetivos que debe tener un régimen democrático. En razón de lo señalado, conviene estudiar cuáles son los límites materiales que debe tener la consulta popular en el Ecuador, para que la misma no resulte atentatoria al Estado de Derecho.

En ese orden de ideas, la presente disertación se encuentra dividida en tres capítulos. En el primer capítulo se abordará, de manera sucinta, los elementos constitutivos mínimos del Estado de Derecho<sup>1</sup>. Especial énfasis se realizará en el elemento referente a la democracia como el mecanismo en la toma de decisiones, pues, la misma tiene diferentes variaciones. Una de estas variaciones es la democracia participativa, que tiene un fundamento y elementos específicos, además que, ha permitido introducir mecanismos tales como: acción normativa popular y la consulta popular en sus diferentes variaciones (revocatoria de mandato, referéndum y plebiscito)

En el segundo capítulo, se expondrá los problemas actuales que tiene la consulta popular, tales como el lenguaje técnico, la demagogia que pueden existir detrás de ella, el lenguaje direccionado que tiene el emisor de las preguntas, concentración de poder, etc. En todo este capítulo el análisis se realizará, tomando en cuenta, a manera de ejemplo, las consultas populares a nivel nacional que ha tenido el Ecuador a partir de 1979.

---

<sup>1</sup> Aquí se usará el término “Estado de Derecho” sin perjuicio de que con el mismo se esté abarcando también al Estado de Derechos y Justicia reconocido en nuestra Constitución.

Finalmente, en el tercer capítulo se analizará, de manera crítica, los límites formales y materiales que tiene la consulta popular en el Ecuador y que han sido expuestos en los dictámenes de la Corte Constitucional. Además, a partir de lo estudiado en los capítulos precedentes, se propondrá límites materiales y formales no tomados en cuenta aún por la Corte Constitucional ni por nuestra CRE.

## CAPÍTULO I

### 1. Antecedente Histórico del Estado de Derecho

El término Estado, en la actualidad, se lo usa para referirse al ente ficticio que tiene como fin precautelar los intereses -bien común- de una sociedad políticamente organizada. Para cumplir dicho fin, el Estado puede organizarse de diferentes maneras, sin embargo, lo más aceptado actualmente, al menos en el mundo occidental, es organizarse a través del Estado de Derecho, que además de los elementos constitutivos comunes a toda forma de Estado (territorio, soberanía, población y reconocimiento internacional) posee elementos propios que lo distinguen. Para entender dichos elementos, es necesario primero hacer referencia al contexto histórico dentro del cual surge esta figura.

Para el análisis del contexto histórico, se tomará en cuenta el modelo bipartito propuesto por Maquiavelo quien, alejándose de la clásica división tripartita de Aristóteles, (Estado Monárquico, Estado Aristocrático y Estado Democrático) establece dos formas de Estado: La Monarquía y la República -cada una con distintas variaciones-

El Estado Monárquico “forma de Estado en la cual éste aparece constituido bajo la autoridad suprema de un individuo” (OMEBA, p 1274), imperó hasta la Edad Media. Dicho individuo que poseía todo el poder encontraba la legitimidad de su actuación en su “origen divino”. Esta concentración de facultades en una sola persona, quien además no tenía que rendir cuentas a nadie, era el escenario perfecto para que surjan escenarios de abuso en contra de los ciudadanos, alejándose del fin propio del monarca, quien creyendo ser el mismo Estado, tenía el deber de proteger a sus súbditos.

Con la paulatina sustitución del feudalismo por el capitalismo como modo de producción, el subsecuente declive de la monarquía producto de este cambio y el

surgimiento de una nueva clase social -comerciantes y mercaderes- con la capacidad adquisitiva suficiente para acceder a diferentes “privilegios”, antes reservados para la monarquía o el clero; se da inicio al siglo de las luces (XVIII) y la filosofía de la Ilustración en, donde el racionalismo desplaza a la fe como método de respuestas a las preguntas del ser humano.

Es así como durante esta época, (Época Moderna) aparecen grandes teóricos, quienes, mediante el estudio de textos pertenecientes a la antigua Grecia, realizan grandes aportes a la Ciencia Política, destacándose nombres como: Maquiavelo, Juan Bodino, Thomas Hobbes, John Locke y Rousseau, teniendo todos ellos como objeto de investigación en común “el Estado”, dando cada uno, una explicación respecto de su origen, naturaleza y legitimidad en el ejercicio del poder. Producto de estos pensamientos la monarquía termina o bien limitada, como el caso de Inglaterra por la Monarquía Parlamentaria; o bien derrocada, como el caso del *ancien régime*<sup>2</sup> en Francia, mediante la aparición del Estado de Derecho “aquel en el cual todos los hombres, principalmente los gobernantes, someten todos sus actos a la jurisdicción” (Oyarce, 2015, p. 69)

### **1.1 Estado de Derechos y Justicia**

Resulta imprescindible hacer alusión al “Estado de Derechos y Justicia” toda vez que partir de octubre de 2008, en la Constitución del Ecuador (CRE), se recoge este término (art 1 CRE), para lo cual se revisará de manera sucinta las diferentes variaciones que sufrió el Estado de Derecho

El Estado de Derecho, como se mencionó, surgió en un contexto donde los ciudadanos estaban cansados del monarca y, por tanto, sus más grandes aspiraciones eran

---

<sup>2</sup> Este término se lo utilizó para denominar al sistema político y social de Francia desde la edad media hasta 1789, año de la Revolución Francesa

principalmente dos: 1) limitar el poder; y, 2) garantizar la libertad de los individuos. Para garantizar esto último, se pensaba que el papel del Estado debía ser neutral y que únicamente debía actuar cuando el ciudadano lo solicitaba, es decir, de manera subsidiaria. Se partía de la lógica que todos somos iguales (igualdad formal).

No obstante, con la Revolución Industrial y la expansión de la corriente ideológica socialista, se llegó a la conclusión de que el Estado de Derecho de corte liberal, con su neutralidad había permitido que unos pocos acumulen riqueza y poder en detrimento de la mayoría, a tal punto que incluso el Estado era superfluo para controlar a esta clase burguesa- lo cual otra vez supondría acumular, no ya de una sola persona, pero sí de unos pocos, corriendo peligro otra vez los derechos de libertad. El Estado se vio obligado a reconocer que su abstención en lo económico, social y cultural no se justificaba cuando la mayoría de población carecía de los medios para vivir con dignidad surgiendo así el Estado Social de Derecho y con este los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) (Título VI CRE), los cuáles para ser efectivos requerían de un papel activo del Estado, que, a través de políticas públicas y trato diferenciado (acciones afirmativas), debe asegurarse que todos los ciudadanos tengan un nivel de vida mínimo que les garantice dignidad. Este modelo de Estado se mantuvo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano desde la Constitución de 1929 hasta la Constitución de 1998.

El Estado de Derecho, independiente de sus variaciones, liberal o social, se enfocó principalmente en la estructura del Estado -sus instituciones políticas- más que en los derechos del ciudadano, dando las constituciones más importancia a la parte orgánica que a la dogmática. Para Ramiro Ávila (2011) el Estado de Derechos se lo define como aquel en el cual “todo poder, público y privado, está sometido a los derechos (p. 122)”, los cuáles derivan de su calidad de ser humano. Esto tiene como consecuencia lógica que la parte dogmática de la Constitución sea más importante que la orgánica e incluso que

esta última es sometida a la primera, de tal forma que el Estado, será legítimo, siempre que este organizado para garantizar el respeto, protección y reparación de los derechos.

Finalmente, es necesario decir que el Estado de Derechos y Justicia, no se contraponen al Estado de Derecho, sino que hasta cierto punto lo perfecciona. Por tal motivo, en el presente trabajo, independientemente de que se analicen los elementos constitutivos del Estado de Derecho, son los mismo que aplican al Estado de Derechos y Justicia.

## **2 Elementos del Estado de Derecho**

El Estado de Derecho, para lograr su objetivo principal de limitar y regular el poder del Estado, deberá tener unos elementos constitutivos mínimos, los cuales se detallan a continuación.

### **2.1 Existencia de una Constitución y sometimiento a ella**

Para explicar este elemento característico del Estado de Derecho, es necesario referirse a la teoría contractualista “filosofía político-jurídica que hace uso de la figura del contrato social para explicar y justificar la existencia de la sociedad y del Estado” (Santillana Educación, S. L, 2017, p. 597). Se analizará específicamente la teoría propuesta por Rousseau, por ser la más aceptada en la actualidad.

Rousseau (2014) explicaba el pacto social de la siguiente forma:

Los hombres no pueden engendrar nuevas fuerzas, sino solamente unir y dirigir las que existen, no tienen otro medio de conservación que el de formar por agregación una suma de fuerzas capaz de sobrepasar la resistencia, de ponerlas en juego con un solo fin y hacerlas obrar unidas [...]. Este acto de asociación convierte al instante la persona particular de cada contratante, en un cuerpo normal y colectivo (pp. 19-20),

Este pacto social, vendría a ser lo que actualmente es la Constitución “norma suprema de un Estado, destinada a regular los aspectos fundamentales de la vida política” (Bustamante y Sazo, 2016, p. 10) regulando las instituciones políticas del Estado y el

régimen de derechos y garantías de los ciudadanos, a la cuál -siguiendo la lógica de la definición del Estado de Derecho- están subordinados tanto ciudadanos como poderes constituidos, pues “si éstos desconocen la norma que les otorga tal poder no podrían fundamentar el ejercicio legítimo del mismo en la norma que desconocen en su actuación” (Oyarce, 2015, p. 140). De hecho, a raíz de la instauración del Estado de Derecho, se instaaura el principio de legalidad donde “las personas que actúan en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente competencias y facultades que se les sean atribuidas [expresamente] en la Constitución y la ley” (art. 226 CRE)

Así, un verdadero Estado de Derecho debe poseer una Constitución democrática -no pactada ni otorgada-, que debe nacer fruto de una Asamblea o Convención que recoja la “voluntad general” de la sociedad que dicha Constitución pretender normar y que debe ser respetada por todos, independientemente de su condición de gobernado o gobernante. Sólo así la constitución no será de aquellas constituciones “señánticas” o “nominales”, es decir, aquellas que jurídicamente son válidas -por cuanto han seguido un proceso de promulgación y publicación- pero no toma “en cuenta los factores reales del poder y que, por lo mismo, de Constitución no tiene sino el nombre, porque ni rige los actos de los poderes públicos ni sirve para limitar el poder e impedir su uso abusivo” (Trujillo, 2013, p. 57). En otras palabras, constituciones que no cumplen con el “telos” del constitucionalismo, a saber, la división de poderes y la garantía de los derechos de las personas, finalidad recogida en el artículo 16 de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (en adelante DDHC).

El artículo primero, inciso segundo de la Constitución del Ecuador, recoge lo expuesto en estos párrafos al establecer: “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”.

## 2.2 Seguridad Jurídica

El anterior elemento descripto, va de la mano de la seguridad jurídica, institución que “aglutina una buena parte de la historia de los esfuerzos por legitimar el poder político ejercido mediante el derecho” (Manrique, 2007). Lo que se busca con ella es que la actuación del poder estatal, aparte de ser fundamentado en una norma, debe cumplir ciertas características, con el fin de que las personas puedan conocer con anterioridad a su actuación las consecuencias -sean malas o buenas- que conllevan la misma.

Resulta necesario mencionar que, la seguridad jurídica durante mucho tiempo fue concebida como una mera figura instrumental, que buscaba salvaguardar otros derechos. Por ejemplo, el poder punitivo del Estado, al estar basado en normas procedimentales anteriores, evitaba el cometimiento de ejecuciones extrajudiciales. En otras palabras, con la seguridad jurídica se terminaba salvaguardando la vida e integridad física de una persona.

No obstante, en la actualidad la seguridad jurídica es vista como un auténtico derecho, así lo concibe la CRE “Art 82. El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”. De la lectura del artículo citado podemos observar las características que deben cumplir las normas para asegurar el derecho a la seguridad jurídica a los ciudadanos: 1) Previas; 2) Claras; y 3) Públicas.

El derecho a la seguridad jurídica tiene dos dimensiones, una objetiva y otra subjetiva. La dimensión objetiva, dirigida a los legisladores, impone a los mismos ciertos deberes formales respecto de la producción de normas: obligación de promulgarlas, darles estabilidad a las normas, justificar su promulgación (publicidad), darlas un sentido claro (claridad).

Las características, claridad y publicidad, que recoge la norma constitucional ecuatoriana- fueron estudiadas por Lon .L Fuller (1967) en su obra *Moral Interna del Derecho*, donde expresó que entre las causas para que el ordenamiento jurídico fracasase estaban: “la falta de publicar [las leyes], o al menos de poner a disposición de la parte afectada, las leyes que se espera que observe”, “el abuso de legislación retroactiva [ ..]”, “el no hacer leyes comprensivas”, “publicar leyes contradictoria”

Fuller, (1967) acertadamente manifiesta “una legislación oscura e incoherente puede hacer que la legalidad sea inaccesible para cualquiera, o al menos irrealizable” (p. 75)

Respecto de la publicidad, señala que no se la debe entender de manera absurda como “esperar que el ciudadano concienzudo se sienta a leerlas una por una”, pues siempre habrá normas con cierto grado de vaguedad o ambigüedad. La publicidad, más bien, debe ser entendida como un derecho que tiene el ciudadano. Derecho que a su vez tiene dos funciones; la primera: (1) mantener una pauta de conducta, ya que, si bien en la práctica las normas no son interiorizadas por todos, habrá unos pocos que si lo hagan y estos a su vez transmitirán una determinada forma de comportamiento al resto, y, la segunda función (2), es ser un incentivo para la fiscalización de las normas, pudiendo estas ser criticadas. (Fuller, 1967)

Estas características, que hoy forman parte del derecho a la seguridad jurídica, justifican la obediencia de los ciudadanos a las leyes, y, en general, al gobierno.

Por otra parte, la característica de ser previa se la entiende de mejor manera partiendo de la dimensión subjetiva del derecho a la seguridad jurídica, puesto que se relaciona con la cognoscibilidad del derecho de los destinatarios de la norma, “o sea en la posibilidad de efectuar cálculos jurídicos futuros en orden a los efectos jurídicos que

acarrear ciertos comportamientos u omisiones, o en confiar que el derecho reaccionará de determinado modo si actuó de ese modo” (Ávila H , 2014, p. 108). Este nivel de certeza, considero yo, se extiende no solo a las normas, sino también a todo tipo de actuación de autoridad pública, resultando también necesario que los ciudadanos conozcan la competencia y fines de aquellos funcionarios que tienen posibilidad de incidir en el desarrollo de sus actividades diarias.

### **2.3 División de Poderes:**

Se mencionó que, muchas de las ideas que inspiraron a las mentes en la ilustración fueron tomadas de textos correspondientes a filósofos de la antigua Grecia. Así, por ejemplo, en “La Historia Universal Bajo la República Romana”, Polibio ya manifestaba: “el gobierno de la República Romana estaba refundido en tres cuerpos, y en todos tres tan equilibrados y bien distribuidos” (Polibio, s/f, s/p,) estos tres poderes a los que hacía referencia eran: Cónsules, Senado y Pueblo, dando a cada uno una función dentro de la república.

Esta idea de dividir el poder para mantenerlo equilibrado fue posteriormente expuesta por Montesquieu -quién es considerado como el autor que mejor expone esta teoría- en “El Espíritu de las Leyes”:

Hay en todos los Estados tres especies de poder: el legislativo, el de ejecutar aquello que depende del derecho de gentes y el de ejecutar lo que depende del derecho civil.

Por el primero, el príncipe o el magistrado hace leyes, para algún tiempo o para siempre, y corrige y abroga las que existen. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía o recibe embajadas, vela por la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los crímenes o juzga los pleitos de los particulares. Éste último debe llamarse poder judicial y el otro simplemente poder ejecutivo del Estado- añadiendo- Cuando el poder legislativo y el ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo de magistrados, no hay libertad (Montesquieu, 1906, p. 227)

Los padres fundadores de EE. UU. en la Convención de Filadelfia, inspirados por Montesquieu, establecieron el presidencialismo como forma de gobierno – modelo

también adoptado por el Ecuador-. A la idea de Montesquieu, sin embargo, se añadió la teoría de los checks and balances, la cual, señala Madison (1787) “consiste en establecer medidas prácticas para que cada uno [de los poderes] pueda defenderse contra las extralimitaciones de los otros” (pág. 193). Estas medidas actualmente se pueden apreciar en la CRE donde por ejemplo existe la posibilidad de que el presidente veto proyectos de ley (ejecutivo-legislativo) Art 138; la asamblea puede iniciar juicio político contra el presidente (legislativo-ejecutivo) Art 129 CRE; o los fueros y autorizaciones que tanto asambleístas como presidente necesitan como requisito de procedibilidad para iniciar acciones judiciales (Legislativo y ejecutivo-judicial) Arts. 120, 128 CRE

La división del poder ha sido, hasta ahora, la manera más eficaz de evitar el uso del poder de manera despótica, y, por tanto, un requisito fundamental en un Estado de Derecho. Esto se puede comprobar con lo establecido en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano -documento creado en el siglo de las Luces- “Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución.”

#### **2.4 Reconocimiento de derechos de forma anterior al Estado**

En la época de la monarquía, los ciudadanos tenían únicamente los derechos que el rey “magnánimamente” les otorgaba. Con la añadidura de que estos derechos eran dirigidos a aquellas clases sociales que tenían algún tipo de influencia en la sociedad. Para ejemplificar esto basta con analizar a la Carta Magna (1215), la cual, si bien es un documento importante para el Derecho Constitucional contemporáneo, no fue más que un “reconocimiento de derechos o más bien privilegios a favor de dos clases: el clero y la nobleza” (Storini, 2017, p. 23). En este orden de ideas, si el soberano sentía que los

derechos de las personas le eran un obstáculo, bastaba con que los desconozca para inobservarlos.

Durante el siglo de las luces, y siendo el ser humano el objeto de estudio más importante, se da paso al iusnaturalismo racionalista y, en consecuencia, surge “la idea de los derechos humanos, es decir, la idea de que todo ser humano, por su condición de tal y con independencia de su posición en una determinada comunidad política, es titular de un conjunto de derechos” (Latorre 2014, citado en Squella, p. 187) los cuáles se fundamentan en la dignidad de la persona humana y son anteriores y superiores al Estado por lo cual este último se limita a reconocerlos y respetarlos.

En este contexto se puede entender el preámbulo de la declaración de independencia de EE UU 1776:

“Sostenemos como evidentes por sí mismas dichas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad. Que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla, o abolirla, e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios” (Resaltado fuera del texto original)

Y el preámbulo de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano

“El Pueblo Francés, constituido en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del Hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los Gobiernos, han resuelto exponer, en una Declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre [..]” (Resaltado fuera del texto original)

El iusnaturalismo racionalista, sin embargo, fue perdiendo espacio en la teoría del derecho hasta el siglo XX, en parte porque carecía de una explicación racional no sujeta al método de comprobación y, en parte, por el surgimiento de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen que desvinculaba a la norma de la moralidad, y vuelve a ser tomada en cuenta una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial. Hoy en día, esta idea de derechos

superiores al orden legal, ya no con un fundamento iusnatural sino ético, es aceptado por la doctrina y es recogida tanto en tratados de derechos humanos como en las diferentes constituciones de los Estados.

Así Bobbio (1987) señala:

“además de las leyes que imponen los que gobiernan, hay otras que no dependen de la voluntad de estos últimos, y son: por un lado las leyes naturales, que provienen de la misma naturaleza del hombre que vive en sociedad y por el otro las leyes cuya fuerza vinculante proviene de sus raíces tradicionales” (p. 107)

Lo anotado es recogido en el artículo 11 numeral 7 de la CRE el cual manda: “El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas.”

Siendo un elemento constitutivo del Estado de Derecho, los derechos humanos y la dignidad de la persona humana son limitaciones implícitas que deben ser observadas incluso por el poder constituyente originario y, por lógica también por los poderes constituidos.

Por otra parte, es necesario añadir que el deber de respetar estos derechos no estaría completo sin el establecimiento de garantías, definidas como “vías jurídicas que el individuo tiene a su alcance para lograr el respeto de los derechos humanos reconocidos” (Martínez, 2007, p. 3).

Esta obligación para el Ecuador es impuesta por el Art 25.1 de la CADH

“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”

La CRE cumpliendo con sus obligaciones internacionales establece tres tipos de garantías: primarias o normativas (Art 84), de políticas públicas (Art 85) y jurisdiccionales (Art 86)

En síntesis, todo Estado de Derecho debe reconocer que hay derechos anteriores y superiores al Estado y tiene el deber de protegerlos para lo cual debe establecer un régimen de garantías puestas a disposición del ciudadano que cumpla este fin

## **2.5 Democracia**

La forma de Gobierno, en un Estado de Derecho, es la democracia cuyo origen etimológico hace alusión al Gobierno del pueblo. A pesar de lo dicho, la forma de entender a la misma no es unívoca, y han habido diferentes postulaciones teóricas alrededor de esta institución, todas ellas encaminadas a establecer la mejor manera de canalizar la voluntad del pueblo -explicada anteriormente como parte de la teoría del pacto social- en la toma de decisiones políticas o gubernamentales.

En la presente disertación, si bien se hará mucho énfasis en la democracia participativa, se estudiarán conceptos de democracia, que no habiendo sido catalogados dentro de una forma específica de entender la democracia (liberal, social, representativa, deliberativa), servirán para tomar una postura respecto de que concepto de democracia es el más adecuado durante un proceso de consulta popular.

### **2.5.1 Democracia un concepto sustancial**

Para el presente trabajo, se recurrirá a conceptos de democracia que no la conciben únicamente como “un conjunto de reglas que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos” (Bobbio N, 2018, p 24), por cuanto

se considera que dicho concepto, o similares, no resultan adecuadas para criticar un proceso de consulta popular por carecer de elementos materiales.

Un primer concepto interesante es el propuesto por Touraine (1994), quien analiza la dificultad que tiene la democracia, de “defender y producir la diversidad en una Cultura de masas” (pág. 32) las cuáles a simple vista pueden parecer opuestas, si es que se toma el modelo de democracia liberal clásico. Para este autor la democracia -a la que denomina democracia de liberación- debe respetar la diversidad antes que conseguir la unidad. Así sostiene “la democracia no se define ni por la participación ni por el consenso, sino por el respeto a las libertades y a la diversidad” (Touraine, 1994, p. 34), reconociendo por tanto que el sujeto no es un ente aislado, sino que forma parte de una colectividad de índole económica, social o cultural

Este respeto a la diversidad, sin embargo, no debe irse a tal punto de convertirse en lo que él define como culturalismo “el respeto a las minorías hasta la supresión de la idea misma de mayoría” (Touraine, 1994pág. 36), esto incluso, en casos extremos, propendería incluso al apareamiento de estados comunitarios antidemocráticos que se crean con el “derecho” de actuar por fuera del marco legal y regulatorio estatal.<sup>3</sup>

En este orden de ideas para Touraine (1994) “una sociedad democrática combina la libertad de los individuos y el respeto a las diferencias con la organización racional de la vida colectiva por las técnicas y las leyes de la administración pública y privada” (p. 38).

En conclusión, para este autor:

“la democracia es el régimen en que la mayoría reconoce los derechos de las minorías, porque acepta que la mayoría de hoy puede volverse minoría mañana y verse sometido a

---

<sup>3</sup> Un ejemplo claro de esto, son los grupos guerrilleros, de resistencia o paramilitares, quienes al ser minoría y no poder tomar el poder dentro del marco legal, apelan a su “derecho” a la resistencia y se convierten en grupos que actúan por fuera del Estado de Derecho.

una ley que representará intereses diferentes de los suyos sin por ello negarle el ejercicio de sus derechos fundamentales” (Touraine, 1994, p. 39)

En el mismo sentido, se pronuncia Sartori (1988) quien señala que cuando se habla de democracia como gobierno de mayoría, se debe sobrentender que se trata de una “mayoría limitada, que respeta los derechos de la minoría” (p. 55) señalando que las mayorías étnicas, religiosas han llegado a exterminar a las minorías, lo cual no sería concebible en un gobierno democrático. Este entendimiento de la democracia también trasciende la idea de lo que entendemos por “pueblo” el cual se compone de la fórmula “mayoría + minoría”. De esta forma si se lo entiende desde un punto de vista de mayoría absoluta, la minoría quedaría excluida. A la inversa el resultado sería el mismo, es decir, si se toma únicamente los intereses de la minoría, la mayoría quedaría excluida.

Por tal razón “la democracia concebida como el gobierno mayoritario por los derechos de la minoría se corresponde con todo el pueblo, es decir, con la suma total de mayoría y la minoría” (Sartori, 1988, p. 57)

Ferrajudi, por su parte, le ha dado al concepto de democracia un valor sustancial. Este autor critica la “democracia liberal”, tal como se la concebía hasta antes de 1945, esto es, como la “omnipotencia de la mayoría”, la cual entiende a la democracia únicamente desde un enfoque formal, es decir, como el “conjunto de reglas que atribuyen al pueblo, y por tanto a la mayoría de sus miembros, el poder -directo o a través de sus representantes- de asumir decisiones” (Ferrajudi, 2010, p. 77), democracia en la cual incluso estaban fundadas diferentes dictaduras y fascismos de principios del siglo XX como lo señala Pedro Jesús Pérez (2014):

Los partidos fascistas, como el PNF (Partido Nacional Fascista) de Mussolini en Italia o el NSDAP (Partido Nacional Socialista Obrero Alemán) de Hitler en Alemania constituyeron propiamente los primeros partidos de masas organizados en Europa y basaron su dominio en sus respectivos países en un seguimiento masivo y semi-religioso a un líder. Estos partidos constituyen el máximo exponente de cómo el sistema democrático [liberal] puede ser utilizado para destruir la democracia (p. 142)

Por tal razón el autor Ferrajoli, fiel a su postura garantista, encuentra en la Constitución y en lo que él denomina democracia constitucional, una definición de democracia sustancial la cual debe respetar lo que el profesor italiano denomina “esfera de lo indecible” es decir, los derechos fundamentales y principios axiológicos establecidos en la Constitución. Así, define a la democracia constitucional como:

conjunto de límites impuestos por las constituciones a todo poder, que postula en consecuencia una concepción de la democracia como sistema frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantías de los derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación contra sus violaciones. Un sistema en el cual la regla de la mayoría y la del mercado valen solamente para aquello que podemos llamar esfera de lo discrecional, circunscrita y condicionada por la esfera de lo que está limitado, constituida justamente por los derechos fundamentales de todos. (Ferrajoli, 2010, p. 26)

Se puede concluir que, para Ferrajoli, en un Estado de derecho es igual de incompatible un poder absoluto concentrado en el monarca, como un poder absoluto ejercido por una mayoría del pueblo, ya que esta última podría tratar de manera injusta a la minoría y comprometer sus derechos.

Para Dworkin (2008), -quien usa el concepto de democracia asociativa –:

democracia “significa que las personas se gobiernan a sí mismas cada cual como asociado de pleno derecho de una empresa política colectiva [..]. De acuerdo con la concepción asociativa, una comunidad que ignora continuamente los intereses de alguna minoría u otro grupo es precisamente por esta razón una comunidad no democrática”. (p. 168)

Añadiendo que la diferencia entre la democracia de mayorías es puramente procedimental, mientras que:

“la concepción asociativa no considera la democracia independiente del resto de la moralidad política; según esta concepción, necesitamos una teoría de la igualdad asociativa para decidir qué es o qué no es una decisión democrática, y necesitamos recurrir a las ideas de justicia, igualdad y libertad para contrastar tal teoría. Por tanto, según la concepción asociativa, la democracia es un ideal sustantivo no meramente procedimental (2008, pp. 170-171)

De lo expuesto en estas posturas se puede observar que la idea de democracia como el gobierno de la mayoría ha sido superada y desechada, y que más bien un concepto sustancial de democracia, que cuide sobre todo los derechos de las minorías, debe ser tomando en cuenta independientemente del modelo democrático que se siga; el representativo o el participativo, aun a pesar de que en el primer de ellos, esto no queda del todo claro debido a su surgimiento dentro de una concepto liberal/procedimental de la democracia.

### **2.5.2 Democracia Participativa**

La democracia participativa, tiene su antecedente en la democracia directa, la cual fue establecida por primera vez en las ciudades-estado de Grecia, donde el pueblo se reunía directamente en Asamblea para tomar decisiones de gobierno, de hecho, esto era concebido como la auténtica democracia. No obstante, con la idea de la representatividad y el tamaño de las ciudades modernas esta idea fue abandonada, y retomada a partir de la segunda guerra mundial en los países desarrollados, en donde se busca “una participación de la comunidad estatal en la elaboración y toma de decisiones política sobre determinados problemas” (Salgado, 2011, p. 15), “durante los años setenta el término ‘participación’ se hizo muy común en el vocabulario político, de la mano de los movimientos de derechos civiles, estudiantiles y pacifistas” (Pérez, 2014, p. 140)

Este resurgimiento, de la democracia -ahora llamada participativa-, se diferencia de su antecesora en cuanto ya no se limita únicamente a aludir a aquellos escenarios donde el pueblo permanece incesantemente reunido para ocuparse de negocios públicos, lo cual como dijo Roseau (2017) es inconcebible y pasa a ser definido más bien como un “modelo de participación democrática que descansa en las iniciativas directas de los ciudadanos sobre la vida política” (Santillana Educación, S L, 2017, p. 757). Estas iniciativas pueden

ser de mayor o menor grado, en otras palabras, van desde la acción ciudadana de iniciar un proceso de fiscalización hasta la promoción de una consulta popular.

Para Brewer (2011), la democracia participativa comprende más que la democracia directa, siendo esta última una manera de reducir la democracia a “votar en elecciones o en consultas populares”, que si bien son formas de participación mínimas, no se comparan a la segunda que la define como un régimen de inclusión política donde el ciudadano sea efectivamente parte de su comunidad política, en la cual el individuo tenga un rol específico de carácter activo conforme al cual contribuya a la toma de decisiones.

Cualquiera de las posturas citadas, tienen en común que ven a la democracia participativa como una suerte de “evolución” de la democracia representativa “acusadas de favorecer la apatía política del mayor número con el fin de conservar el orden existente” (Bondiaux, 2013, p. 62), y que pierde credibilidad, producto del alejamiento, cada vez mayor, entre los gobernados y sus gobernantes, en otras palabras, “la insatisfacción de los votantes con los magros resultados de los políticos en su papel de autoridades de la representación popular” (Pachano, 2008, p. 167). Esta desconfianza, dicho sea de paso, también tiene como efecto el aumento de la insatisfacción de todo el sistema democrático en general. (ver a manera de ejemplo la obra “La Crisis de la Representación Democrática en los Países Andinos de Scott Minwaring, Ana María Bejarano y Eduardo Hizarro).

Otros autores como Rodolfo González Rissotto (2011), también ven a los institutos de democracia directa (participativa), como “una limitación a las facultades y competencias ya fuere del Poder Ejecutivo y/o del Legislativo y ampliar las de los ciudadanos” (p. 408)

Entre las principales ventajas que tiene este sistema están: “constituir una solución a la creciente división funcional de nuestras sociedades” (Bondiaux, 2013, p. 49); fomentar y mejorar la educación política del ciudadano (como alguna vez lo manifestaron Tocqueville y Mill); “los ciudadanos consideran más legítimas las decisiones que ellos mismos toman y probablemente tengan una disposición mayor a acatarlas” (Merkel, 2015, p. 41); mayor predisposición de los gobernantes a escuchar las demandas de los ciudadanos; “la eficiencia de las políticas públicas se beneficia con la participación de los ciudadanos como directores concernidos y buenos conocedores de la realidad cotidiana” (Isunza, 2010, p. 266); mayor rendición de cuentas por parte de los gobernantes a sus gobernados; toma de decisiones que, dentro del órgano legislativo se ven “estancadas” por jugadas “políticas”; “consiguen dar voz a los grupos excluidos” (Cameron, Hershberg y Sharpe, 2012, p. 15), “ofrecen salidas eficientes a *impasses* legislativos” (Proud Homme, S/F)

A pesar de lo anotado, este tipo de democracia también encuentra resistencia por parte de aquellos teóricos que consideran que debe haber un tipo de participación política restringida, con el fin de preservar el correcto funcionamiento del sistema democrático. Este tipo de pensadores son considerados “elitistas” toda vez que tienen una “concepción claramente pesimista de una amplia participación política” (Pérez, 2014, p. 140); entre estas desventajas se señalan, principalmente:

“debilitar el poder de los representantes electos [...] la poca capacidad de los ciudadanos para tomar decisiones informadas sobre temas sumamente complejos; la actuación aislada del ciudadano que impide medir la intensidad de las diversas opiniones; la poca posibilidad de concesiones producto de los mecanismos utilizados; la potencial tiranía de la mayoría sobre la minoría; y/o posibles limitaciones a la capacidad de actuación de los gobiernos” (Hévia de la Jara, 2010, p. 155)

Estas desventajas serán analizadas en el segundo capítulo dentro de las dificultades que conllevan los procesos de consulta popular

Por otra parte, hay autores - Brewer-Carías, 2011- que consideran al enfrentamiento entre democracia representativa y participativa como una “falsa dicotomía” o como Bobbio (2018), quien considera que democracia representativa y democracia directa no son alternativas, sino que pueden integrarse recíprocamente, “ningún Estado moderno, puede funcionar solamente con uno o con otro” (p. 61).

De otra forma se estaría frente a un autogobierno (utopía de Marx) que se ha probado políticamente imposible “la existencia de una democracia directa, literal y auténticamente autogobernante, se restringe sólo a grupos relativamente pequeños, grupos de tamaño de una asamblea” (Sartori, 1988, p. 151).

En esa misma línea se circunscribe Alfredo Ramírez (2012), quien señala:

“La Democracia Participativa no pide una desaparición o sustitución de la Democracia Representativa [..]. sino que lo que se demanda es complementar dicho modelo representativo con elementos de participación directa de los ciudadanos en dichas facultades legislativa, gubernativa y administrativa de la comunidad, así como aumentar el control y vigilancia de los ciudadanos sobre sus representantes y los partidos políticos alrededor de los cuales se organizan” (p. 10)

Estas dos últimas posturas, que contemplan a la democracia participativa como un complemento a la democracia representativa, estimo son las correctas.

Otro tema que es importante mencionar es aquel que asocia a la democracia participativa con posiciones ideológicas de izquierda, si bien, por su génesis ya señalada en párrafos anteriores, esto tiene cierta lógica, actualmente la misma es utilizada por gobiernos de diferentes tendencias, incluso por gobiernos antidemocráticos, quienes se han valido de mecanismos de participación como el plebiscito para legitimar sus actuaciones. Por tal motivo:

“no son pocos los autores o incluso los países enteros que tradicionalmente han considerado a los instrumentos de Democracia Participativa son en su conjunto peligrosos y proclives a ser

utilizados de mágica mente por el gobernante de turno pudiendo llegar a poner en peligro el propio modelo democrático” (Ramírez, 2012, p. 15)

A manera de ejemplo histórico podemos citar el referéndum de 19 de agosto 1934 de la Alemania donde se aprobó la Ley de Jefatura de Estado Alemán, donde se instauró el cargo del “Führer”, figura que a todas luces terminó siendo anti-democrática.

Finalmente es necesario anotar que la democracia directa/participativa está reconocida en instrumentos internacionales de Derechos. Así la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 21 numeral 1 establece: 1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos” (resaltado fuera del texto original). La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, en su artículo XX señala: “Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres” (resaltado fuera del texto original). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lo reconoce en el artículo 25 literal a: “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”

### **2.5.2.1 Elementos de la democracia participativa**

Al presentarse este mecanismo como “la democracia genuina”, resulta indispensable atender cuáles son los elementos que lo componen. Estos pueden ser abstraídos de los principales defensores de este tipo de democracia:

### 2.5.2.1.1 Deliberativa

Si la democracia directa surge como una crítica a la reducción de los ciudadanos a meros sujetos “democráticos activos” durante periodos electorales, mal se haría en pensar que los mecanismos de democracia directa, en especial referéndum y consulta popular, se reducen a una simple toma de decisión con base al voto mayoritario. Si se piensa de esa forma, simplemente se estaría reemplazando el papel del representante por el del ciudadano; pero no se estaría atacando el problema de fondo, que es, a mi punto de vista, la falta de participación consciente del ciudadano como sujeto activo dentro de un proceso electoral.

En ese orden de ideas, es necesario partir de un nuevo presupuesto de entender la relación gobernante ciudadano que no es otro que el de la política deliberativa, de Habermas y, en específico, la democracia deliberativa, base de la democracia participativa y elemento que también la distingue de la democracia directa. Para dicho autor esta política se consolida y desarrolla con “la institucionalización de los correspondientes procedimientos y presupuestos comunicativos, así como de la interacción de deliberaciones institucionalizadas” (Habermas, 2005, p. 374), uno de estos procedimientos comunicativos serían los procesos informativos preconsulta.

Otra relación entre democracia participativa y deliberativa la encontramos en el pensamiento de Cameron, Hershberg y Sharpe (2012, p. 14), quienes al referirse a las ventajas de las nuevas formas de la democracia participativa, lo hacen en los siguientes términos “crean la posibilidad de fomentar una mayor deliberación entre los ciudadanos y entre la ciudadanía y los oficiales electos”, es decir para ellos un proceso de democracia participativa fomentaría una deliberación horizontal (entre ciudadanos) y vertical (ciudadanos-gobernantes).

Por otra parte, si se parte de la definición de democracia deliberativa “toma colectiva de decisiones con la participación de todos los que han de ser afectados por la decisión o por sus representantes” (Hester, 2001, p. 21), podemos observar como claramente posee el elemento distintivo de la democracia participativa que es “la participación de todos”, entre ellos claro está, los ciudadanos “quienes colectivamente asociados, mediante su interacción comunicativa se constituyen en agentes generadores de poder comunicativo, capaz de transformar e influenciar las políticas públicas” (Haddad, 2006, p. 23). La diferencia radica en el añadido de “cómo” debe ser esta participación con el fin de que la dimensión participativa del constitucionalismo no entre en conflicto con los derechos reconocidos en la Constitución (Nino, 1997) -ya analizado como otro elemento del Estado de Derecho-. Así por ejemplo para Nino, esta limitación que evitaría los conflictos serían los derechos -que para el autor se derivan de la discusión moral-, proponiendo la “descalificación de decisiones colectivas que los ignoran”.

Finalmente, hay autores como Loïc Blondiaux que consideran a la democracia deliberativa como una idea renovada de la democracia participativa.

De lo expuesto anteriormente se puede concluir como la democracia participativa, vista desde un punto de vista deliberativo, es la manera adecuada de entenderla, pues la misma cumpliría con las limitaciones que debe tener todo sistema democrático para evitar desconocer el Estado de Derecho. Desde la democracia participativa con enfoque deliberativo, se le estaría dotando a la democracia participativa un concepto material pues: no se vulneraría el núcleo del indecible (Ferrajoli) y no vulneraría derecho de minorías (Touraine y Sartori). La CRE, de hecho, al hablar de los principios rectores de la participación ciudadana hace mención a la “deliberación pública” (art. 95) y es definida en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana (LOPC) como “el intercambio público y razonado de argumentos, así como, el procesamiento dialógico de

las relaciones y los conflictos entre la sociedad y el Estado, como base de la participación ciudadana”

### **2.5.2.1.2 Informativa**

Si guiendo a Ramírez Nardiz (2012), la Democracia Participativa tiene entre uno de sus objetivos: “aumentar la participación directa del ciudadano y mejorar el control del ciudadano sobre sus representantes y gobernantes” (p. 13). Lo cual no necesariamente es visto como algo positivo y más bien es una dificultad que debe sortear la democracia participativa.

Es evidente que quien tiene la potestad de decidir y con ello incidir en el bien colectivo, requiere necesariamente de información completa y suficiente para tomar dicha decisión. En el sistema democrático representativo, esto se hace más sencillo toda vez que, quienes toman las decisiones por el pueblo -en teoría- se encuentran mayor informados y capacitados, pues al ser parte de su trabajo, se dedican exclusivamente a ello.

Por otra parte, en el sistema de democracia participativa, lo señalado se complica, por cuanto los ciudadanos no cuentan con toda la información técnica y además por no ser la política su dedicación exclusiva, como bien señala Bondiaux (2013) “el desafío principal de la participación concierne a la formación de una ciudadanía activa e informada” (p. 61). A esto se suma al riesgo de que el ciudadano “participativo” anteponga sus intereses privados por sobre los públicos.

Este tipo de complicaciones afianza, una vez más, la idea de entender a la democracia participativa desde enfoque deliberativo, así Haddad (2006) cuando menciona al procedimiento deliberativo ideal hace referencia al hecho de que “bajo las condiciones de un suficiente suministro de información referida a los problemas de que

se trate y de una elaboración de esa información, ajustada a la realidad de esos problemas, se consiguen resultados racionales” (p. 13)

El contar con la información suficiente respecto de un caso del cual se va a decir, es un derecho de todo individuo que está próximo a participar dentro de un mecanismo de democracia participativa -como la consulta popular- y también una responsabilidad de todo ciudadano.

Esta responsabilidad se va adquiriendo conforme se va participando, Pate man (S/f) una de las exponentes más importantes de la democracia participativa tras analizar la participación de trabajadores en la toma de decisiones en las fábricas de Yugoslavia, afirma “para una mayor participación de todas las personas de distintos niveles puedan participar, la socialización o "entrenamiento social" para la democracia debe tener lugar en otras esferas para que puedan desarrollarse las actitudes individuales y las cualidades psicológicas necesarias”. (p. 41)

Casi en idéntico sentido se pronunció Bobbio (2018), cuando al explicar el “proceso de democratización”, dijo que se trata del:

pasaje de la democracia política en sentido estricto a la democracia social, o sea en la extensión del poder ascendente, que hasta ahora había ocupado casi exclusivamente el campo de la gran sociedad política, al campo de la sociedad civil en sus diversas articulaciones, desde la escuela hasta la fábrica. (p. 63)

En la misma línea, se puede afirmar que en un Estado que reconoce este tipo de democracia debe contar con expertos o profesionales en participación. Como bien señala Blondiaux (2013) “a través de la intervención de un conjunto de intermediarios especializados, de consultores, de moderadores y otros ‘facilitadores’, la organización de una consulta a los habitantes [mecanismo de democracia directa] se presenta como un asunto de especialistas” (p. 47)

Siendo también un derecho de todo ciudadano, el Estado es quien debe incurrir en un gasto publicitario previo a la celebración de una jornada democrática. Por ejemplo, para una consulta popular a nivel nacional en Ecuador, en cuanto a gastos se refiere, hay que tomar en cuenta el artículo 210 del CODEM, mismo que señala “El gasto máximo permitido durante la campaña electoral para proponer una enmienda o reforma constitucional, consulta popular o revocatoria del mandato, no podrá ser mayor al límite establecido para la elección de la máxima autoridad de la jurisdicción en la cual se realiza la campaña electoral.” es decir a nivel nacional, habría que remitirnos al artículo 209 del mismo cuerpo normativo que señala el monto de gasto máximo establecido para la elección de presidente o presidenta, esto es, actualmente, un total de 1 989 299 USD (conforme el padrón aprobado en Acta Resolutiva No. 030- PLE- CNE- T-2018) a esto se debe sumar el dinero proveniente del Fondo Partidario Permanente, suma que será asignada a discreción del Pleno del CNE. El Fondo Partidario Permanente consta en el Presupuesto General del Estado, “en una partida cuyo monto será equivalente al cero coma tres por mil de los egresos fiscales constantes del mismo” (art. 305 CODEM)

Se concluye que en una democracia participativa, para que sea eficaz, los ciudadanos deben estar lo más informados posible, para esto se necesita del reconocimiento de distintos niveles de participación democrática en diferentes esferas además de la política, reconociendo dentro de esta participación, como es obvio, la libertad de expresión, es sus facetas de discusión y discernimiento. Y del deber gubernamental de informar al ciudadano de todas las vicisitudes que conlleva un proceso de democracia participativa, para lo cual se requiere de una asignación presupuestaria previa que cumpla este objetivo

### 2.5.2.1.3 Fiscalizadora

Se señaló que la democracia participativa surge con motivo del distanciamiento entre ciudadanos y sus gobernantes; pero también surge como consecuencia de una “severa debilidad de los mecanismos de rendición de cuentas” (Cameroon, Hershberg y Sharpe, 2012, p. 15); por ello otro de los objetivos que persigue la democracia directa -o participativa- es dar una mayor posibilidad de fiscalización a los ciudadanos acerca las actuaciones de las autoridades públicas, en palabras de Ramírez (2012) “mejorar el control del ciudadano sobre sus representantes y gobernantes” (p. 13), dentro de la teoría deliberativa también se menciona esta característica al expresar que el ejercicio del poder político que nace producto de la deliberación “resulta ser monitoreado y si se quiere regulado, por esa formación de la voluntad y la opinión democrática vinculada al poder constituido” (Haddad, 2006, p. 25).

Brewer- Carías (2011) quien ve a la democracia como un mecanismo de control de poder de ciudadanos a gobernantes, señala:

de eso se trata la democracia, del ejercicio del poder en nombre de los ciudadanos y de la posibilidad real para estos de controlar dicho ejercicio, el cual necesariamente presupone, además, otros componentes esenciales de la democracia, como la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad y la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública (p. 27)

Otra relación entre democracia participativa y el control y fiscalización de los actos de poder público, es el desarrollo del concepto “Control Fiscal Participativo” sobretodo en Colombia donde es entendido como:

un conjunto de estrategias que en términos generales, pretende articular el control ciudadano y el control fiscal para el cuidado de los recursos y bienes públicos con el propósito de trabajar por la transparencia de la gestión pública como una alianza estratégica entre ciudadanía y contralorías para proteger lo público, entendido como lo relativo al pueblo (García, 2015, s/n).

Desconcentrando, de esta forma, la facultad privativa fiscalizadora del Estado y pasando a ser una función compartida con los ciudadanos, quienes se convierten en partícipes activos fiscalizadores del manejo de la cosa pública

En el Ecuador una forma de materializar este control, fue el establecer el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS), el cual, al menos en la teoría tiene como objetivos “promover e incentivar el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana, e impulsar y establecer mecanismos de control social en los asuntos de interés público” (art 207 CRE), en especial, esta relación entre la participación ciudadana y el control de los actos de poder público, se puede observar claramente en el primer deber del CPCCS “promover la participación ciudadana, estimular los procesos de deliberación pública y propiciar la formación en ciudadanía, valores, transparencia y lucha contra la corrupción”.

Por otra parte se puede decir que, esta coparticipación entre ciudadanos y poder público en la fiscalización de la cosa pública, es consecuencia de otro de los objetivos de la democracia participativa que es la “redistribución del poder”, como indica Armando Rendón (2003):

“La democracia participativa es una forma de reparto del poder público, en dos acepciones de lo público; en un sentido amplio expresa una especie de poder paralelo, constituido por nuevas instituciones autónomas del Estado pero que comparten la toma de decisiones y la acción práctica, sin confundir sus respectivas esferas” (p. 187)

Esta nueva institución autónoma sería el CPCCS

Finalmente, este objetivo de la participación ciudadano es plasmado en el artículo 95 de la CRE:

Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano [..]. (resaltado fuera del texto original)

### 2.5.2.2 Mecanismos de participación Directa

El reconocimiento de la democracia directa como una forma de gobierno complementaria a la democracia representativa, tiene como efecto que a nivel constitucional se reconozcan diferentes mecanismos que reflejen la participación ciudadana. Estos mecanismos, como ya se mencionó, reflejan un mayor o menor grado de participación ciudadana dependiendo de cada caso. En el Ecuador se puede mencionar los siguientes: iniciativa legislativa ciudadana, revocatoria de mandato, referéndum y “consulta popular” (plebiscito) (art 5 LOPC)

Los mecanismos de democracia directa pueden ser clasificados según criterios tales como: la iniciativa o el efecto que tiene el resultado de la activación de estos mecanismos

Así, desde el primer criterio se los dividen en mecanismos de democracia directa “desde abajo” los cuáles tienen como actor promotor del mecanismo al pueblo (dueño de la soberanía) y los mecanismos “desde arriba” los cuáles son promovidos desde las instancias gubernamentales. (Zovatto, 2007)

En cuanto al segundo criterio se encuentran aquellas “consultivas” en virtud del cual los resultados de la activación del mecanismo de democracia directa no son de obligatorio cumplimiento, es decir quien tiene el poder de decisión en última instancia sería el representante (bajo criterio se observa de mejor manera la complementariedad que existe entre democracia directa y representativa); por otra parte, están los denominados “vinculantes” en virtud del cual, el resultado que se obtenga de la activación de estos mecanismos son de obligatorio cumplimiento para aquel órgano público que tiene la competencia de ejecutar la decisión.

### 2.5.2.2.1 Iniciativa legislativa Popular

Este mecanismo de democracia directa es definido como “el derecho de los ciudadanos a presentar un proyecto de ley para su necesario tratamiento en el Parlamento [cualquier órgano con facultad normativa en el caso ecuatoriano]” (Hevia de la Jara, 2010, p. 157). De acuerdo al tratadista citado la iniciativa legislativa debe ser de obligatorio tratamiento, lo cual no equivale a una aprobación obligatoria.

Esta obligatoriedad en el caso ecuatoriano, se encuentra materializada, con la prohibición de rechazar la tramitación de una iniciativa popular, salvo el incumplimiento de uno o varios requisitos de admisibilidad (firmas, nombre del proyecto, redacción adecuada, etc) (art 9 LOPC)<sup>4</sup>. Si el órgano con potestad normativa, no tramita el proyecto, que sí cumple con los requisitos de admisibilidad, en un plazo máximo de 180 días, la “propuesta entrará en vigencia de conformidad con la Constitución y la ley” (art 10, 2do inc LOPC) instaurando así una especie de “silencio positivo” -figura propia del derecho administrativo-.

Si siguiendo los criterios de clasificación de los mecanismos de democracia directa, antes expuestos, la iniciativa legislativa popular es por excelencia un mecanismo “desde abajo” y “consultivo” ya que si bien es obligación del órgano con potestad normativa atender el proyecto de norma propuesto por el ciudadano, puede, después de su debido tratamiento, desecharlo.

En el Ecuador, la CRE reconoce este mecanismo de democracia directa con el nombre de iniciativa popular normativa en su artículo 103. En este mecanismo, los

---

<sup>4</sup> En caso de que el proyecto fuera rechazado la comisión popular promotora del proyecto deberá solicitar un pronunciamiento a la Corte Constitucional, para que sea el órgano encargado de verificar que el proyecto cumple con todos los requisitos -por ende no podría ser rechazado-, tras lo cual notifica al CNE para que, verificado el número de firmas, notifique al órgano con competencia normativa para la tramitación obligatoria del proyecto de ley.

ciudadanos pueden participar de la creación, reforma e incluso derogatoria de una norma jurídica, sea esta de nivel nacional ante la asamblea o nivel seccional ante cualquiera de los GADs con potestad normativa (art 309 COOTAD).

Dentro de la presente norma, de igual forma, se recoge la posibilidad de reformar la Constitución, para lo cual obviamente existen requisitos más agravados (ejemplo: respaldo del 1%)

Debido a que la iniciativa popular normativa no es el mecanismo objeto de la presente disertación, se expondrá únicamente el funcionamiento de la iniciativa popular normativa para el caso de las leyes, con fines meramente informativos.

Como requisitos formales, para ejercer esta iniciativa popular normativa, es necesario

- (1) contar con el respaldo del 0.25% de personas empadronadas en el registro electoral; este porcentaje debe ser en base a la jurisdicción a la cual le es aplicable la ley materia de creación, reforma o derogatoria
- (2) Estar en goce de los derechos políticos (participación), establecidos en el artículo 61. En otras palabras, tener al menos 16 años y no encontrarse en interdicción judicial, ni tampoco tener sentencia condenatoria ejecutoriada privativa de libertad en contra.

Toda propuesta normativa debe regular una sola materia de forma clara y específica

Una vez iniciado el trámite el Consejo de Administración Legislativa (CAL) deberá calificar el proyecto de ley, reforma o derogatoria. Para lo esto el CAL deberá comprobar que dicho proyecto contenga (art 8 LOPC):

1. Título o nombre que lo identifique al proyecto de ley;
2. Exposición de motivos conteniendo una explicación sobre el alcance y contenido de las normas cuya reforma, creación o derogatoria se propone;
3. La propuesta normativa adecuada mente redactada;
4. En el escrito inicial se hará constar la identidad de los miembros de la comisión popular promotora conformada por personas naturales, por sus propios derechos, o por los que representen de personas jurídicas y como portavoces de otras agrupaciones que respalden la iniciativa;
5. Las firmas de respaldo de acuerdo con la Constitución y la ley.
6. La descripción del proceso de construcción del proyecto de norma presentado y,
7. que el proyecto de ley se refiera de manera clara y precisa a una sola materia

Calificado el proyecto de ley, la Asamblea tiene el término de 180 días, desde que el CNE haya comprobado el número de firmas, para tratar el proyecto de ley so pena de que entre en vigor.

Teóricamente este mecanismo recoge los postulados de la democracia deliberativa, toda vez que dispone la posibilidad de la persona o grupo de personas que hayan presentado el proyecto de ley, reforma o derogatoria, participen en el debate parlamentario de manera personal o por medio de representantes, una vez que así lo apruebe el presidente o presidenta de la Asamblea (art 54 2do inc. LOFL), dándole de esta manera voz y posibilidad de deliberación a los ciudadanos.

Finalmente, como detalle curioso, resulta necesario mencionar que el presidente únicamente puede vetar de manera parcial los proyectos de ley provenientes de iniciativa popular normativa.

#### **2.5.2.2.1.2 Consulta Popular**

La Consulta Popular “es la posibilidad que tiene el gobernante de acudir ante el pueblo para conocer y percibir sus expectativas, y luego tomar una decisión” (Sentencia SU95/18 Corte Constitucional Colombiana, 2018) la definición que nos da

la Corte Constitucional es bastante amplia, pero aterrizaba bien en el fin último de la consulta que no es otro que el de que tener un pronunciamiento popular alrededor de un tema que es en esencia de gobernabilidad y de interés social

Al ser tan amplia la doctrina ha considerado dividir este mecanismo, dependiendo del contenido del acto que se pone a consideración de aprobación ciudadana. En su mayoría los tratadistas los dividen en: referéndum revocatorio de mandato y plebiscito

Así, por ejemplo, Hernán Salgado (1996) señala “la expresión consulta popular es el término genérico y que plebiscito y referéndum son especies de dicho género, como lo es la revocatoria de mandato” (p. 37)

Felipe Hévila de la Jara (2010), al referirse a las consultas populares señala: “Éstas abarcan tres subtipos: el referéndum —que trata sobre materias constitucionales—, el plebiscito —sobre leyes reglamentarias— y la consulta popular propiamente dicha que puede ser vinculante o consultiva [plebiscito]” (p. 158)

García-Pelayo, (1999) recoge a la revocatoria, plebiscito y referéndum como tres tipos diferentes de mecanismos de democracia directa, a la cual se añaden la asamblea abierta, la iniciativa y el veto

Rafael Oyarte (2015) señala que la doctrina ha dividido las consultas, “principalmente, en plebiscito, referéndum y revocatoria de mandato” (p. 260)

A pesar de la clasificación anotada, dentro de la CRE, hay una confusión género-especie y se los toman como categorías diferentes, y más bien confundiendo a la Consulta Popular con el plebiscito

Finalmente resulta necesario diferenciar la Consulta popular, de otras dos figuras que en el Ecuador han sido constantemente confundidas y deficientemente reemplazadas

una con otra; la primera de ellas la Consulta Previa y, la segunda, los procedimientos de reforma a la Constitución.

La Consulta Previa, al igual que la Consulta Popular, es un mecanismo que efectiviza la democracia participativa, pero a diferencia de ésta última, la Consulta Previa es reconocida como un derecho colectivo (artículo 57 num 7 y 17 CRE) a favor de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, e incluso, un derecho en favor de las comunidades en general, cuando el Estado adopte decisiones que puedan impactar el medio ambiente de las mismas (art 398). Por no ser materia de análisis en este trabajo bastará con citar la definición del Convenio OIT 169 del derecho a la consulta previa, el cual sirvió de fundamento para el reconocimiento de este derecho en nuestra constitución:

“Artículo 6 1. A aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
- b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
- c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

Por otra parte, se encuentran los mecanismos de enmienda y reforma de la Constitución.

La Constitución, por tratarse de un cuerpo normativo que rige las relaciones dentro de una sociedad, debe irse adaptando a los cambios de ésta. Cuando estos cambios no son posibles a través de la interpretación jurisprudencial por parte del intérprete auténtico de la Constitución, es necesario acudir al poder constituyente derivado, para evitar que la

constitución caiga en “decalaje” -desfase entre la norma y las condiciones sociales que éste rige-.

Por tratarse de un escenario “disruptivo”, cuyo objetivo es nada menos que cambiar la norma suprema de un Estado, y con ello trastocar todo su ordenamiento jurídico, los mecanismos de modificación a la Constitución están previstos en la propia norma fundamental y revisten una serie de procesos complejos o “agravados”. En la CRE, estos mecanismos, se encuentran previstos en los artículos 441 y 441.

Ahora bien, por tratarse de un mecanismo que acude al poder constituyente, poder supremo que pertenece al pueblo, se utiliza esta premisa para, de manera incorrecta, pretender usar la Consulta Popular para modificar la Constitución. Por ser esta confusión muy común en el Ecuador, la Corte Constitucional (Ecuador, 2019) recientemente en Dictamen No 4-19-CP/19, acertadamente manifestó:

“La consulta popular ordinaria planteada por el solicitante, regulada por el artículo 104 de la Constitución, no es uno de los mecanismos previstos para la reforma constitucional. A través del procedimiento de consulta popular ordinaria no es posible efectuar cambio constitucional alguno.”

Añadiendo:

“La propuesta de consulta popular y los **mecanismos de reforma constitucional no pueden considerarse equívocos**. De hecho, ante un pedido de modificación constitucional, la actuación de la Corte Constitucional se efectúa de manera distinta en tres momentos concretos: (1) la determinación de la vía para proceder a la modificación constitucional; (2) el control constitucional de la convocatoria a referéndum popular para que se apruebe la modificación constitucional; y, (3) el control de la constitucionalidad de la modificación constitucional ya aprobada<sup>5</sup>. Mientras que, ante una propuesta de convocatoria consulta popular, la Corte Constitucional no requiere realizar una determinación de la vía, sino que procede de manera automática a emitir un dictamen previo y vinculante respecto del contenido de la convocatoria a consulta popular.” (resaltado fuera del texto original)

#### **2.5.2.2.1.2.1 Revocatoria de Mandato**

La revocatoria de mandato es un mecanismo de democracia directa que tiene como objetivo someter a consideración de la ciudadanía si una autoridad elegida popularmente

debe ser cesada en sus funciones. Como indica Oyarte este mecanismo “se fundamenta en el principio de soberanía popular y la representación que el pueblo otorga a sus mandatarios para que ejerzan el poder político” (Oyarte, 2015, p. 240).

Diego Zambrano Álvarez, (2012) explica esta institución a través de la teoría de la soberanía popular y la representación:

las personas que reciben este voto de confianza popular son responsables ante sus mandantes, toda vez que que no han adquirido el poder soberano, apenas han recibido la facultad de asumir únicamente las atribuciones y obligaciones determinadas en el pacto social” añadiendo “la revocatoria de mandato no se presenta como una contradicción con los principios de periodo fijo que caracteriza la actividad electoral, sino que es un complemento indispensable y obvio de la institucionalización del mandato político (pág. 76)

Se puede decir también que, esta institución es una materialización de aquella frase utilizada en la jerga jurídica “en derecho las cosas se deshacen como se hacen”, pues parte del presupuesto de que si es el pueblo quien otorga facultades el mismo pueblo puede revocarlas sin más fundamento que su decisión, tanto así que la CRE no prevéé causales en las cuáles debe incurrir la autoridad que va a ser sometida a un proceso de revocatoria<sup>5</sup>

Si guiendo la misma lógica anotada, es obvio que únicamente aquellas dignidades elegidas por voto popular pueden ser sujetos pasivos de este mecanismo.

---

<sup>5</sup> Requisitos para revocar el mandato

- (1) Contar con el respaldo del al menos 10% de las personas inscritas en el registro electoral correspondiente (art 105 CRE) y 15% si a quien se pretende revocar el mandato es el presidente o presidenta de la república.
- (2) La solicitud de revocatoria debe presentarse entre el primer y el último año de gestión de la dignidad sujeto al proceso de revocatoria

El CNE es el organismo encargado de comprobar que se cumplan los requisitos anotados. Superada esta fase, el CNE tiene la obligación de convocar el proceso de revocatoria en un plazo máximo de quince días

A pesar de lo anotado, el “Reglamento Para El Ejercicio De La Democracia Directa A Través De La Iniciativa Popular Normativa, Consultas Populares, Referéndum Y Revocatoria Del Mandato” en su artículo 14, de manera inconstitucional, añade requisitos que deben acompañarse a la solicitud de revocatoria de mandato, los cuáles son los siguientes:

- a. El o los aspectos del plan de trabajo presentado en la inscripción de la candidatura y que habrían sido incumplidos por la autoridad contra quien se dirige la petición, para lo cual deberá adjuntar el plan de trabajo debidamente certificado por el Consejo Nacional Electoral o sus delegaciones provinciales.
- b. La o las disposiciones legales relativas a la participación ciudadana que consideran incumplidas o violadas y la descripción de las condiciones en las que se habría producido el incumplimiento o la violación legal; y/o
- c. Las funciones y obligaciones establecidas en la Constitución y la Ley, referentes a la dignidad que ejerce la autoridad, y la descripción de las condiciones en las que se habría producido el incumplimiento.”

#### **2.5.2.2.1.2.2 Referéndum**

“A través de este mecanismo se pone a consideración de la ciudadanía un acto normativo concreto, para que sea aprobado o rechazado” (Oyarce, 2015, p. 240), recordemos que acto normativo es “una regulación impersonal, objetiva contenitiva de preceptos obligatorios y generales” (Quintana, 2016, p. 112) –; el acto normativo es distinguible por sus características de: abstracción, generalidad y permanencia.

Partiendo de la definición que hemos dado del referéndum y recordando que la CRE asimila la consulta popular a plebiscito, se puede observar como el constituyente cae en una nueva confusión, por ejemplo, cuando regula el procedimiento de conformación de un Región (245 CRE) ya que en una etapa de este procedimiento se somete a aprobación ciudadana el proyecto de Estatuto Regional que no es otra cosa que un acto normativo; incurriendo por tanto la CRE en error al no llamarlo referéndum

La CRE prevé la celebración de un referéndum en los siguientes supuestos: Referéndum para enmendar la CRE<sup>6</sup>, referéndum para reformar la CRE<sup>7</sup>, ratificación de tratados internacionales<sup>8</sup>, referéndum para aprobar un nuevo texto constitucional<sup>9</sup>

Además de los escenarios mencionados, el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de que se celebren referéndum en los siguientes casos: cuando la asamblea se niega a tramitar una reforma parcial por iniciativa ciudadana dentro del tiempo establecido para ello<sup>10 11</sup> (1 año), y como se mencionó, el referéndum donde se pone a aprobar el proyecto de Estatuto de Región Autónoma.

Finalmente se deja sentada la duda respecto de si la ciudadanía puede tener iniciativa para someter a un referéndum una ley o, en general un acto normativo, ya que no existe regulación alguna al respecto -como por ejemplo en el caso de la Constitución colombiana ( Arts 40 y 170)

Como argumentos en contra tenemos el hecho de que el referéndum requiere de un conocimiento técnico al ser un acto normativo que se va a someter a aprobación, por lo cual sólo el órgano especializado puede someterlo. También se puede argumentar que, debido al principio de legalidad que rige la materia constitucional, por no estar previsto en el texto constitucional un procedimiento de referéndum ordinario con iniciativa ciudadana, no se lo puede realizar.

---

<sup>6</sup> Art 441 núm 1

<sup>7</sup> Art 442 inc. 2

<sup>8</sup> Art 420

<sup>9</sup> Art 444

<sup>10</sup> Art 103 inc 4, CRE; 192 CodDe; 17 LOPC

<sup>11</sup> Este tipo de disposición, se entiende, busca que un Estado, por intermedio de la ciudadanía, manifieste el consentimiento de obligarse por un tratado. No obstante, el constituyente olvidó regular la iniciativa requerida para esta especie de referéndum y, por lo mismo, tampoco se puede saber como procedería la denuncia de estos tratados, ya que, de acuerdo al mismo artículo debe seguir el mismo proceso de como se aprobó. Esta falta de regulación, a mi criterio, tiene como efecto que, este referéndum haya sido poco eficaz.

Frente a los argumentos señalados se puede decir que el texto constitucional, al permitir a la ciudadanía presentar proyectos de ley, supone que el conocimiento técnico en materia normativa no es impedimento.

De igual forma, si bien el texto constitucional no establece un procedimiento de referéndum ordinario con iniciativa ciudadana de manera explícita, por la manera en la que se encuentra redactado el artículo 106 de la CRE, existe una puerta abierta de interpretación que nos da luces favorables para la existencia de un referéndum propuesto desde la ciudadanía:

El Consejo Nacional Electoral, una vez que conozca la decisión de la Presidenta o Presidente de la República o de los gobiernos autónomos descentralizados, o acepte la solicitud presentada por la ciudadanía, convocará en el plazo de quince días a referéndum consulta popular o revocatoria del mandato que deberá efectuarse en los siguientes sesenta días, dentro de los derechos de participación” (resaltado fuera del texto original)

La ambigüedad del citado artículo deja entrever que el CNE, organismo técnico electoral, tiene la potestad de aceptar una solicitud de referéndum proveniente de la ciudadanía.

### 2.5.2.2.1.2.3 Plebiscito

La “consulta popular”<sup>1 2</sup> ha sido conceptualizada por la Corte Constitucional Ecuatoriana de la siguiente forma:

la consulta popular es considerada como la materialización de los derechos de la ciudadanía, tanto a ser consultada sobre temas de interés general, como a convocar a consultas y someter en ellas los temas que considera de importancia o prioritarios para la

<sup>1 2</sup> El texto en comillas son para reflejar el error del constituyente al confundir consulta popular (género) con plebiscito (especie). Esta confusión se constata en la redacción del artículo 106 de la CRE, debido a que expone a la consulta popular en el mismo nivel que Revocatoria de mandato y referéndum que como se expuso, son también una especie de consulta popular.

Esta confusión se extiende también en la LOPC

Art 5- Mecanismos de democracia directa- El Estado garantiza el ejercicio ciudadano de los mecanismos de democracia directa, tales como: la iniciativa popular normativa, el referéndum la consulta popular y la revocatoria del mandato, impulsada, además, la configuración progresiva de nuevos espacios que posibiliten el ejercicio directo del poder ciudadano de acuerdo con la Constitución y la ley.

sociedad. Mediante los mecanismos de consulta popular, quien decide finalmente la cuestión planteada, como soberano, es el pueblo, lo que implica el ejercicio de democracia directa, desde que su voluntad no requiere ser expresada o interpretada, esto último de modo general, por sus representantes. El pronunciamiento directo de los ciudadanos, mediante su respuesta afirmativa o negativa, en un proceso de consulta popular, garantiza plenamente el derecho a opinar y expresar libremente sus pensamientos, conforme lo previsto en el artículo 66 numeral 6 de la Carta Suprema de la República, lo cual constituye la más plena expresión de la democracia directa” (2015)

A pesar de que este concepto es correcto al aclarar que la consulta popular es un mecanismo de democracia directa y al mismo tiempo supone el ejercicio de un derecho de participación, erra al circunscribir dicho concepto únicamente a las “consultas de interés general”, lo cual es propio del plebiscito, como se expone a continuación.

El plebiscito tiene su origen etimológico en las palabras “plebis” -pueblo- y scitum decisión-, es decir su traducción literaria es decisión o resolución tomada por el pueblo, “el uso del [...] término [...] deriva directamente de las prácticas romanas de legislar por vía de consulta a las tribus de la plebe de Roma” (Proudhomme, S/F). En cuanto a su definición podemos citar a varios tratadistas, entre ellos están:

Hernández (2011) define al plebiscito como “institución de democracia directa por virtud de la cual, los ciudadanos o el electorado son consultados sobre la toma de decisiones políticas o la realización de actos de gobierno-administrativos, no de carácter legislativos” (p. 180)

García-Pelayo (1999) lo define como la consulta “al cuerpo electoral sobre un acto de naturaleza gubernamental o constitucional, es decir, política, en el genuino sentido de la palabra. No gira en torno a un acto legislativo, sino a una decisión política, aunque susceptible de tomar forma jurídica” (p. 184) es decir, “no se consulta sobre un texto normativo, sino iniciativas genéricas que, de aprobarse por el pueblo, deben ser transformados en actos normativos por parte de la Legislatura” (Oyarce, 2015, p. 261)

En cuanto a la finalidad, la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia C-379/16 ha sostenido que plebiscito tiene como fin “provocar un mandato político del Pueblo soberano, que se expresa directamente sobre una política que el presidente -o en nuestro caso la autoridad competente- tiene competencia, para definir el destino colectivo del Estado” (2016)

Se concluye, por tanto, que el objeto del plebiscito es un tipo de consulta popular que pone a consideración de la ciudadanía una “idea de gobierno” que deberá ser posteriormente materializada a través de los actos pertinentes -actos normativos, administrativos, etc- para ejecutarse

#### **2.5.2.2.1.1.1 Iniciativa**

La primera regulación en nuestra CRE que encontramos respecto de la “consulta popular”-en realidad plebiscito-, es aquella referente a la iniciativa para proponerla. De acuerdo con el artículo 104, quienes pueden iniciar un procedimiento de consulta popular son: (1) el presidente o presidenta, (2) los GADs y (3) la Ciudadanía

- (1) El presidente lo convoca a través de un decreto ejecutivo;
- (2) Los GADs a través de su máxima autoridad<sup>13</sup>
- (3) Los ciudadanos, dependiendo del alcance de la consulta, tendrán que reunir un respaldo mínimo del 5% a nivel nacional, de al menos 10% de respaldo si es una consulta a nivel local y 5% de las personas inscritas en el registro electoral de las circunscripciones especiales, cuando la consulta popular sea impulsada por ecuatorianos en el exterior.

---

<sup>13</sup> At 195 CODEM

En cuanto a la materia susceptible de ser consultada resulta necesario analizarlo en un apartado diferente, toda vez que en virtud de la enmienda del año 2015 se impuso -hasta su declaratoria de inconstitucionalidad por la forma en Agosto de 2018 en Sentencia N° 018-18-SIN-CG- ciertas restricciones no previstas en un inicio por el constituyente.

#### **2.5.2.2.1.1.2. Materia susceptible de consulta popular**

En principio se puede decir que la materia susceptible de consulta popular es bastante amplia, toda vez que, de la forma en la que está redactado el artículo 104 de la CRE, tanto presidente, como GADs y ciudadanos pueden consultar sobre cualquier tema de su "interés"; teniendo los GADs como limitación que dichos temas de interés sean para su jurisdicción; y, teniendo tanto los GADs como los ciudadanos prohibido consultar asuntos relativos a tributos y la organización político-administrativa del país.

No obstante, producto de la enmienda publicada en el Suplemento del RO 653 del 21 de diciembre del año 2015 -actualmente dejada sin efecto, se eliminó la frase "sobre cualquier asunto" correspondiente a la iniciativa de la ciudadanía. Esta supresión para algunos supuso una restricción arbitraria del derecho de participación ciudadana, mientras que para otros "se trata de un cambio intrascendente e innecesario, pues este derecho de participación no es absoluto y encuentra sus propios límites en el propio texto constitucional" (Pol, 2008, p. 76), es decir el derecho siempre se encontraba limitado de esa forma, si se parte de una interpretación sistemática de la Constitución.

Lo que queda claro es que, actualmente para los ciudadanos no cuentan con una norma clara y previa que les dé certidumbre respecto de que temas podrían consultarse, teniendo que esperar el dictamen previo de la Corte Constitucional. Esto se puede

evidenciar con la gran cantidad de proyectos de consultas populares que no han sorteado el control de la Corte Constitucional, al menos en el último año <sup>14</sup>

A esto se suma el agravante de que a raíz del dictamen 001-13-DCP-CC dentro del caso 0002-10-CP, la Corte Constitucional sentó el (mal) precedente de “No emitir dictamen de constitucionalidad de la convocatoria a consulta popular en el caso N° 0002-10-CP, hasta que se cumpla de manera integral la verificación del requisito de legitimidad democrática, determinado en el inciso cuarto del artículo 104 de la Constitución, en concordancia con lo prescrito en los artículos 182 y 183 de Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia” en otras palabras: primero se deben recoger las firmas de respaldo y luego se procede con el dictamen de constitucionalidad, corriendo el riesgo de que el esfuerzo de la ciudadanía sea en vano; “la enmienda constitucional del veintiuno de diciembre de 2015 restringió derechos, en este caso, el derecho a la participación ciudadana y a la democracia directa” <sup>15</sup> (Solís, 2018, p. 167)

Como conclusión podemos decir que la materia susceptible de consulta popular en el Ecuador es incierta. Lo único seguro, leyendo la disposición contenida en el inciso 6 del artículo 104 de la CRE, es la prohibición que tienen los ciudadanos y los GADS de iniciar una consulta que contenga temas relativos a: tributos, gasto público y la organización político administrativa del país

---

<sup>14</sup> Ver por ejemplo el artículo de prensa titulado “Ala Corte Constitucional llegaron 24 solicitudes de plebiscitos”, publicado por Diario el Universo el 13 de enero de 2020: <https://www.eluniverso.com/noticias/2020/01/13/nota/7688208/consulta-popular-refor-mas-constitucion-recoleccion-firmas-cpccs>

<sup>15</sup> Durante el transcurso de esta disertación, de manera acertada, la nueva Corte Constitucional mediante dictamen No. 1-19-CP/19 revirtió esta regla jurisprudencial y en reemplazó decidió: “1.1. Ante un pedido de dictamen previo y vinculante de constitucionalidad sobre convocatorias a consultas populares, la Corte Constitucional procederá a realizar el control constitucional de los considerandos introductorios y las preguntas de la misma, sin requerir el respaldo de la recolección de firmas.

### **2.5.2.2.1.1.3 Tipos de Consulta**

Tanto la CRE como la LOPC, recogen varios escenarios en los cuáles se puede convocar a consulta popular, los cuáles se detallan a continuación:

#### **2.5.2.2.1.1.3.1 Consulta Popular derivada de la negativa de tratar un proyecto de ley con iniciativa ciudadana:**

Este tipo de consulta el legislador la ha llamado “consulta popular vinculante” -art 11 LOPC- y es aquella que puede solicitar la Comisión popular<sup>16</sup> al titular del órgano ejecutivo correspondiente, cuando su proyecto normativo ha sido rechazado o modificado sin su consentimiento.

Una vez más se resalta la confusión del legislador de llamar a este proceso “consulta popular” puesto que en definitiva lo que se estaría poniendo a consideración de la ciudadanía es que se pronuncie entre dos proyectos de ley: el que originalmente propuso la comisión popular y el proyecto de ley que propone el órgano legislativo correspondiente.

#### **2.5.2.2.1.1.3.2 Consulta popular para conformación de Regiones y Distritos autónomos**

A partir de la CRE de 2008, el Ecuador prevé la posibilidad de que existan Regiones y Distritos Metropolitanos (Art 242).

En específico el proceso de creación de Regiones Autónomas contiene un proceso de “consulta popular”, ya que los GADS provinciales que hayan tenido la iniciativa de conformar una Región, tienen que presentar un proyecto de ley de regionalización y un proyecto de estatuto. El proyecto de estatuto, a su vez, debe pasar un control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional y, si guarda conformidad con la

---

<sup>16</sup> La Comisión Popular es aquel grupo de ciudadanos que promovió un proyecto de ley y que es el encargado de participar durante la tramitación de este dentro de la Asamblea

CRE, es sometido a aprobación de la ciudadanía perteneciente a las provincias que quieren formar la región.

Sin embargo, como ya se señaló en apartados anteriores, debido a la naturaleza del texto que se pone a consideración de los ciudadanos, esto sería propiamente un referéndum y no una consulta popular entendida como plebiscito.

### **2.5.2.2.1.1.3.3 Consulta Popular para convocar a Asamblea Constituyente**

Por último, como regulación específica de consulta popular, tenemos a aquella que inicia todo un nuevo proceso constituyente, esto es, la aprobación ciudadana para que se reúnan en Asamblea representantes que tendrán como fin preparar un proyecto de Constitución. Bajo esa lógica, la consulta debe contener: la forma de elección de los representantes y los representantes, así como, las reglas del proceso electoral.

Esta Consulta popular se encuentra prevista en el artículo 444 de la CRE y su desarrollo legislativo lo encontramos en el artículo 24 de la LOPC. Por tratarse de un procedimiento “sui generis” contempla iniciativas diferentes a las ya anunciadas, estas son:

- El presidente o presidenta de la república
- 2/3 partes de la Asamblea Nacional
- Y el 12% de las personas inscritas en el registro electoral nacional y exterior

### **2.5.2.2.1.1.3.4 Consulta popular facultativa de la Asamblea en declaratoria de interés nacional**

Nuestra CRE en su artículo 407 proscribire la posibilidad de que se realicen actividades extractivas de recursos no naturales en: 1) en áreas protegidas -áreas naturales protegidas que garantizan la cobertura y conectividad de ecosistemas importantes en los niveles terrestre, marino y costero marino, de sus recursos culturales y de las principales fuentes

hídricas. ( MAE 2006); 2) en zonas declaradas como intangibles, salvo que mediante una petición expresa del presidente y que la Asamblea Nacional lo declare de “interés nacional”, -esta declaración de interés nacional si la Asamblea lo estima conveniente, es materializada a través de una consulta popular (art 9 REDD)- 3) y, recientemente a raíz de las enmiendas de 2018, también se prohíbe la minería metálica en cualquiera de sus fases en áreas protegidas, centros urbanos y zonas intangibles.

La forma en la que está redactado este artículo puede ser criticada; en primer lugar porque no existe a la fecha lineamientos ni bases para establecer cuando una actividad extractiva requiere ser declarada de interés nacional, dejando abierta la posibilidad de que quede al entero arbitrio del presidente y del órgano legislativo.

Por otra parte, si se aboga por una lectura biocéntrica de la naturaleza en la cual esta tiene “valores propios, al igual que todas las formas de vida” (Gudynas, 2011, p 245), se puede constatar una suerte de contradicción entre lo prescrito en este artículo y el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho en el artículo 71 del propio texto constitucional.

Si bien la actividad extractiva no supone necesariamente un menoscabo a estos derechos, pues podría darse el caso hipotético de que esta actividad respete los ciclos de reproducción y regeneración de la naturaleza; lo común es que

estas actividades han contribuido a la destrucción del medio ambiente, al exterminio de especies animales y vegetales, la contaminación del agua, aire, suelo y subsuelo, y sobretodo a la vulneración de derechos constitucionales orientados supuestamente a la protección de la naturaleza y las comunidades en situación de aislamiento” (Salinas Aróstegui, 2018, p 11)

Siendo la naturaleza un sujeto de derechos, el art 407 de la CRE daría paso a que se sometan sus derecho a la decisión del gobernante de turno, y también a la decisión de mayorías mediante una consulta popular.

## CAPÍTULO II.

### 1. Problemas de la Consulta Popular

En el anterior capítulo quedó claro que la Consulta popular en la doctrina es un término genérico que se lo utiliza para aquellas consultas que se realiza a los ciudadanos con el fin de que se pronuncien, de manera vinculante o no, respecto de un determinado asunto de índole política, social, o legislativa; siendo estos últimos los criterios que dividen a los tipos de consulta más aceptados: Revocatoria, Plebiscito y Referéndum

En este sentido, cuando nos referimos a la consulta popular estamos hablando de una institución de democracia participativa bastante amplia. Ante semejante amplitud resulta necesario analizar, cuáles son algunos de los problemas y dificultades que suscita este mecanismo. Algunos de estos problemas, son los mismos que se los asocia con la democracia directa en general y otros, muy propios de la consulta popular

En el presente capítulo haremos referencia a dichos problemas, utilizando como ejemplo para ilustrar mejor, algunas preguntas dentro de las consultas populares llevadas a cabo en el Ecuador a partir del año 1979.

## 1.1 Lenguaje técnico

“Cada ciudadano juzga sobre la base de lo que sabe, pero también de lo que ignora. Y esto último con mucho supera al primero” (Castañeda, 2007, p. 49)

La primera dificultad que sale a la luz con este mecanismo de participación directa, es el lenguaje técnico que se utiliza al momento de formular una consulta popular. Esta dificultad se presenta sobre todo en los referendums, pues necesariamente se requeriría de un conocimiento general, no solo del ordenamiento jurídico, sino también de su funcionalidad, lo cual evidentemente no está al alcance de todos los ciudadanos. Es por ello que algunos autores sostienen que, “sólo los políticos están capacitados para conocer cuáles son los resultados a los que ellas llevarían –qué medios son apropiados para qué fines, y de ahí derivar la decisión o acción” (LOS MECANISMOS DE LA DEMOCRACIA DIRECTA: Argumentos a Favor y en Contra desde la Teoría de la Democracia, 2007)

Como indica Merkel (2015): “Los ciudadanos o bien no disponen o bien disponen en medida muy dispar del tiempo necesario y de recursos cognitivos limitados para poder penetrar la materia sobre la cual hay que decidir con el conocimiento que requiere” (p. 45), en la misma línea cuestiona la democracia participativa Zimmerman (1992) “los ciudadanos no pueden ser competentes para juzgar adecuadamente los aspectos técnicos de los planes y programas, y los intentos de los funcionarios de explicar las sutilezas técnicas pueden producir mayores retrasos” (p. 16)

De esta forma la democracia participativa, cuyo objetivo es involucrar al ciudadano común en la toma de decisiones importantes de índole gubernamental, tiene en general, como una gran objeción, el hecho de que los votantes carecen de competencia y

posibilidades para formarse una “opinión razonada” lo cual se agrava aún más en aquellas consultas con lenguaje técnico, es decir, los referéndums. De esta manera una democracia directa sin ningún tipo de filtro “sería equivalente a un Leviatán bruto, de nefastas repercusiones sociales dado su poder y falta de luces” (Castañeda, 2007, p 49)

Este cuestionamiento fue -quizás- el principal motivo para que EEUU haya decidido finalmente acoger el modelo representativo, pregonado por los Federalistas, frente al gobierno democrático (entendido como aquel que concibe la democracia directa) impulsada por los anti federalistas, Madison (1787), al referirse a las bondades del sistema representativo, afirmaba que la opinión pública estaría en consonancia con el orden público, si aquella pasa por “el tamiz de un grupo escogido de ciudadanos, cuya prudencia puede discernir mejor el verdadero interés de su país, y cuyo patriotismo y amor a la justicia no estará dispuesto a sacrificarlo ante consideraciones parciales o de orden temporal” (p 49)

Bajo esta problemática, pueden darse escenarios en los cuales haya los políticos que, sacan provecho del escaso conocimiento de las personas para aprobar -por ejemplo- un texto normativo, que, dentro del órgano parlamentario (órgano especializado) no consigue aprobación por ser antitécnico. En otras palabras, utilizan el desconocimiento popular para aprobar un acto político concreto que, dentro del órgano técnico donde en teoría existe un conocimiento profundo del tema planteado, no lo aprobarían por resultar esta una decisión gravosa o antitécnica para el bien general.

Las consultas populares que siempre poseen lenguaje técnico, son por ejemplo, aquellas que pretenden reformar algún tipo de norma en materia penal. En ese sentido tenemos, por ejemplo, aquellas propuestas de enmiendas a través de consulta impulsadas en el año de 2011 por el presidente Rafael Correa, la pregunta número 1 establecía:

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

#### ANEXO I

El numeral nueve del artículo 77 de la Constitución dirá: “Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de los plazos y condiciones que indique la ley, en consideración a la gravedad del delito y la complejidad de la investigación. Si se exceden de estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto.”

En el presente caso se pretende cambiar, como efectivamente ocurrió, el régimen de prisión preventiva, añadiendo una excepción a la caducidad de dicha institución.

Es necesario señalar que, la caducidad de la prisión preventiva -por una parte- pretende evitar que el juzgador, de manera negligente, mantenga a personas detenidas sin sentencia abusando de esta medida cautelar; cumpliendo de esta forma la garantía que tiene todo procesado de “ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad” (art. 9.3 Pacto Internacional De Derechos Civiles y Políticos), es decir, la caducidad de la prisión preventiva termina siendo parte de las garantías dentro del derecho del debido proceso<sup>17</sup>; siendo peligroso que su regulación este al arbitrio de la opinión mayoritaria que, además, desconoce la complejidad y la razón de ser de esta institución.

En definitiva, como bien señala el constitucionalista Paul Córdova (2016), “con el supuesto afán de mejorar la seguridad ciudadana, se habría afectado los derechos de defensa de las personas procesadas para obtener la libertad y restringiría la libertad de las personas que tendrían derecho a la caducidad, con el discurso de ampliar la seguridad de la sociedad” (p. 81)

<sup>17</sup> A respecto es conveniente señalar que el Estado ecuatoriano, en el caso Suarez Rosero vs Ecuador fue sancionado por la Co-IDH por haber incumplido esta garantía del Debido Proceso

Otro caso similar, y más reciente, fue aquel consultado bajo el mandato del actual presidente, Lenin Moreno. La cuarta pregunta, correspondiente a una consulta de tipo referéndum que buscaba enmendar la CRE y el Código Orgánico Integral Penal, fue la siguiente:

**¿Está usted de acuerdo con enmendar la Constitución de la República del Ecuador para que nunca prescriban los delitos sexuales en contra de niñas, niños y adolescentes, según el Anexo 4?**

**ANEXO 4: CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR** **Añádase al numeral 4 del artículo 46 de la Constitución un segundo inciso con el siguiente texto:** "Las acciones y las penas por delitos contra la integridad sexual y reproductiva cuyas víctimas sean niñas, niños y adolescentes serán imprescriptibles".

**Sustitúyase el numeral 4 del artículo 16 del Código Orgánico Integral Penal por el siguiente texto:** "Las infracciones de agresión a un Estado, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito, las acciones legales por daños ambientales; y, los delitos contra la integridad sexual y reproductiva cuyas víctimas sean niños, niñas y adolescentes, son imprescriptibles tanto en la acción como en la pena".

**Sustitúyase el inciso final del artículo 75 del Código Orgánico Integral Penal por el siguiente texto:** "No prescriben las penas determinadas en las infracciones de agresión, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, crímenes de agresión a un estado, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito, daños ambientales y, contra la integridad sexual y reproductiva cuyas víctimas sean niños, niñas y adolescentes".

Si bien en principio, lo consultado, parece loable y a primera vista no encontraría oposición alguna, es necesario remitirse una vez más a conceptos técnicos para desentrañar la verdadera dificultad que tiene la aplicación de estas reformas.

Para esto es necesario referirnos a la institución de la prescripción. Un concepto general, aplicable a toda rama del derecho, es la que la define como una "institución jurídica en la que se manifiesta un determinado efecto jurídico por el transcurso de un período de tiempo dado" (Santillana Educación, S. L., 2017; p. 1564) en ese sentido, la prescripción sería una forma de perder o adquirir derechos por el simple transcurso del tiempo. Dentro del presente caso, se analiza un tipo de prescripción que es la extintiva,

por cuanto extingue el derecho de acción -parte de la tutela judicial efectiva-, proveniente de la “renuncia, abandono, desidia, inactividad del órgano jurisdiccional” lo que caduca de “modo definitivo el derecho que tiene el Estado para verificar procesalmente la existencia de un delito” (Vaca Andrade, 2014, p. 389); y también extingue el cumplimiento de la pena del condenado.

Ahora bien, en el ámbito penal se han establecido ciertas excepciones a la prescripción, que responde a razones de política criminal, motivo por el cual la mayor parte de legislaciones -incluyendo la nuestra- han proscrito que prescriban aquellos delitos de lesa humanidad y aquellos delitos contra la administración pública (García Falconí, 2014). En el Ecuador, a partir de la consulta señalada, se añadió la excepción de los delitos contra la integridad sexual cuyo sujeto pasivo calificado del delito son niños, niñas y adolescentes.

No obstante, varios entendidos en la materia penal han tenido sus reparos en cuanto a la forma tan simple que se trató esta institución -prescripción- en la consulta, ya que la misma dentro del Código Orgánico Integral, tiene una regulación compleja, pues se deben tomar en cuenta factores como: el tipo de delito, si se ha iniciado o no el proceso penal, y el tipo de acción (pública/privada). Paulina Araujo, por ejemplo, señaló que, la consulta generó un sinsentido como lo es, el hecho de que un delito de acción privada como el estupro<sup>18</sup>, que se entiende no provoca una gran lesión a la sociedad, actualmente se pueda perseguir ad perpetuam

---

<sup>18</sup> Artículo 167.- Estupro.- La persona mayor de dieciocho años que recurriendo al engaño tenga relaciones sexuales con otra, mayor de catorce y menor de dieciocho años, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. (COIP)

Artículo 415.- Ejercicio privado de la acción penal.- Procede el ejercicio privado de la acción en los siguientes delitos: 1. Calumnia 2. Usurpación 3. Estupro 4. Lesiones que generen incapacidad o enfermedad de hasta treinta días, con excepción de los casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar. (COIP)

Finalmente, es necesario señalar que, por no ser delitos que se cometen a la luz pública, atañen una dificultad probatoria, la cual aumenta con el transcurso del tiempo<sup>19</sup>. Esto lleva a concluir que la modificación normativa no cumpliría su objetivo –disminuir los delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes-, siendo más bien la pregunta, una “pregunta carnada” con el fin de influir en la decisión de los electores, quienes podrían terminar asociando el “sí” con una respuesta positiva,

Estos ejemplos, demuestran cómo se sometió de manera contraproducente, a consulta popular y por tanto a decisión mayoritaria, no sólo temas con un contenido técnico bastante complejo -que causa discusión incluso entre los propios abogados- sino un derecho fundamental como lo es el debido proceso. Esto viola el principio de protección a la libertad del elector” el cual “implica la doble exigencia de lealtad y claridad en la redacción del texto sometido a consideración del pueblo” (Corte Constitucional Colombiana, C-551-03, 2003)

Ahora bien, para algunos autores, este problema puede ser superado hasta cierto punto mediante “canales informativos” en los cuáles los ciudadanos depositan la confianza y que les sirven como guía respecto de cómo deberían efectuar su voto. Así, por ejemplo, la directriz de un gobernante o partido político del cuál el ciudadano es simpatizante -y por ende tienen los mismos objetivos de gobernabilidad- podría ser un canal informativo de gran importancia dentro de estos mecanismos de democracia directa<sup>20</sup>.

Lo señalado, se pudo observar de manera clara en las últimas elecciones seccionales de Ecuador de marzo 2019, en donde la ciudadanía tenía que designar a

<sup>19</sup> Una de las pruebas madres de este tipo de delitos, son las muestras tomadas del órgano de la víctima con el fin de hallar fluidos del presunto agresor. No obstante, estos fluidos se van diluyendo con el tiempo llegando a ser imposible que se compruebe la autoría del delito.

<sup>20</sup> Esto evidencia la “complementariedad” anotada supra entre democracia directa y representativa.

quiénes conformarían el CPCCS. El desconocimiento general -aún en aquellos estratos sociales altos que en teoría son “más educados”- respecto de las atribuciones y competencias de éste órgano y la falta de promoción a las candidatas que pretendían ocupar este cargo, derivado del hecho de que no podían ser promovidos por ningún partido político; hicieron que se recurran a las denominadas “pollas electorales”, las cuáles tenían como fin difundir al resto de ciudadanos la forma en que una persona “X” iba a votar, para que el resto de personas, que muestran simpatía por aquella persona “X”, lo hagan de la misma manera.

No obstante considero que, estos “canales informativos” no solo que no solucionan un tema de fondo, sino que, generan la proliferación de líderes caudillistas y de magogos, problema que se explica a continuación.

## **1.2 De magogía detrás de las consultas populares**

“si un populista del siglo diecinueve o un progresista del siglo visitase los Estados que hoy en día cuentan con el referéndum quedaría muy complacido, en términos generales, con la forma en que se usa” (Zimmerman, 1992, p. 70)

Consecuencia lógica del anterior problema señalado, el desconocimiento de los ciudadanos sobre la materia que van a decidir en consulta, es la proliferación de líderes de magogos que manipulan al electorado a través de discursos cargados de sentimentalismo “los políticos, para obtener el voto de los ciudadanos realizan políticas claramente electoralistas con el fin de atraerse a un sector concreto del electorado, como los jubilados, los parados o los jóvenes” (Pérez, 2014, p. 154). Bajo esta misma lógica, dentro de las preguntas sometidas a consulta, se encuentran las “preguntas carnada” que tiene como fin confundir al ciudadano o desviar su atención de lo que realmente es importante, trascendente -e incluso polémico- dentro la consulta popular.

Estos líderes de magogos, pueden degenerarse a su vez, en líderes autocráticos, quienes, mediante una aparente democracia, utilizan las instituciones de democracia participativa “no para fortalecer la autonomía ciudadana sino para maximizar su propio poder sobre sus contrincantes” (Cameron, Hershberg Sharpe, 2012, pág. 20). Así, en Latinoamérica a partir de los años 90, se da por incluir en los textos constitucionales los mecanismos de democracia directa, siendo en la práctica reformas que buscan “reforzar la delegación de las decisiones en el poder ejecutivo, evadiendo al legislativo [evitando así el sistema de contrapesos], y promover una relación directa del presidente con los ciudadanos, a costa de los partidos políticos y otros mecanismos de representación e intermediación” (Lissidini, 2011, p. 127), sobretodo cuando las normas que regula la iniciativa presidencial para activar los mecanismos de democracia directa, son bastante ambiguas y de interpretación amplia.<sup>2 1</sup>

Salgado, (2017) ha nombrado a este fenómeno como Hiperpresidencialismo del siglo XXI, y señala que tiene entre sus características “la democracia plebiscitaria como fuente directa de gobierno” (p.90), de esta forma las decisiones -incluso las inconstitucionales- estarían avaladas por el propio pueblo que, firma un cheque en blanco a favor del ejecutivo (normalmente impulsa él las consultas), quien, fácilmente, puede a través de este mecanismo, concentrar el poder; desconociendo de esta forma uno de los elementos del Estado de Derecho que es la separación y equilibrio de poderes. En este sentido, al igual que Ferrajoli (2011), considero que la “idea de la omnipotencia del jefe como voz y expresión orgánica de la voluntad popular es al mismo tiempo anticonstitucional y antirepresentativa” (p.48),

---

<sup>2 1</sup> En el Ecuador el presidente puede convocar a una consulta popular sobre “los asuntos que estime convenientes” (art 104 CRE)

Normalmente, en Latinoamérica, la transgresión al elemento del Estado de Derecho: “separación y equilibrio de poderes”<sup>2 2</sup>, se lo percibe bajo la acumulación de poder que se le otorga a quien ostenta la función ejecutiva, pues “los votantes ven al presidente como el depositario exclusivo de la legitimidad democrática, y en consecuencia le delegan el derecho y la obligación de resolver los problemas del país” (Lissidini, 2011, p. 91). Sin embargo, en el Ecuador también, tras la celebración de ciertas consultas populares, se ha dotado de “plenos poderes” a determinados órganos de carácter extraordinarios, que, so pretexto de “restitucionalizar el Estado”, han actuado con arbitrariedad y sin control legal alguno, trastocando el principio mismo del Estado de Derecho y el “telos” del constitucionalismo, es decir, que exista un límite y control de poder.

Dos ejemplos de estos organismos con “plenos poderes” son la Asamblea Constituyente de 2007 y el Consejo de Participación Ciudadana Transitorio del año 2018. Por tratarse de casos que requieren ser analizados con detenimiento se los tratará en sus propios apartados.

### **1.2.1 Asamblea Constituyente 2007**

En el año 2007 se dio un proceso constituyente que tuvo como resultado la expedición de la actual constitución ecuatoriana. Este proceso “sui generis” tenía varias etapas donde los ciudadanos participaron de manera directa a través tres mecanismos democráticos. En primer lugar se convocó a una consulta popular sobre la posibilidad de convocar a una Asamblea Constituyente, luego, si el resultado era favorable -como lo terminó siendo- el mismo pueblo elegiría en urnas a los representantes que formarían

---

<sup>2 2</sup> Ver primer capítulo de esta disertación

parte de esa Asamblea Constituyente, y, finalmente, habría un referéndum ratificatorio del proyecto de constitución que se creó dentro de la Asamblea Constituyente.

A través del decreto 002 del entonces presidente Rafael Correa, convocó a Consulta Popular cuya pregunta y articulado fue el siguiente:

¿Aprueba Usted que se convoque e instale una Asamblea Constituyente con plenos poderes, de conformidad con el estatuto electoral que se adjunta para que transforme el marco institucional del Estado y elabore una nueva Constitución?

Artículo dos: En la papeleta de votación deberá incorporarse el estatuto de elección, designación y funcionamiento de la Asamblea Constituyente que se adjunta a este decreto.

Artículo 3: disponer que el Tribunal Supremo Electoral organice, dirija, garantice y vigile la consulta popular. Artículo 4: remitir al Congreso Nacional una copia del siguiente decreto para su conocimiento”.

Esta consulta popular fue aprobada con un resultado favorable del 81.72% de los votos, de acuerdo a los resultados oficiales proporcionados por el entonces Tribunal Supremo Electoral (Universo, 2007).

Una vez aprobada la consulta, y celebrada la elección de los representantes, la Asamblea Constituyente se instaló el 29 de noviembre de 2007, en Montecristi. Dicha Asamblea, tenía que ceñirse al Estatuto electoral<sup>2 3</sup> que también formaba parte de la Consulta, el cual definía la naturaleza y finalidad de la Asamblea Constituyente en su artículo 1, el cual establecía:

“La Asamblea Constituyente es convocada por el pueblo ecuatoriano y está **dotada de plenos poderes para transformar el marco institucional del Estado**, y para elaborar una nueva Constitución. La Asamblea Constituyente respetará, profundizando en su contenido social y progresivo, los derechos fundamentales de los ciudadanos y ciudadanas. El texto de la Nueva Constitución será aprobado mediante Referéndum Aprobatorio” (resaltado fuera del texto original)

La vaguedad con la que fue escrita este artículo, dejaba la puerta abierta a que la Asamblea Constituyente de plenos poderes pueda, en razón de “transformar el marco

<sup>2 3</sup> Dicho estatuto contenía un total de 23 artículos. Cabría preguntarse cuántos ciudadanos se informaron de manera adecuada respecto al estatuto, y si acaso es posible que, por cuestiones de tiempo del elector en la urna, se celebre una consulta popular cuyas preguntas tengan un contenido amplio

institucional del Estado”, tomar decisiones arbitrarias y “absolutas” y fuera de la naturaleza del poder encargado por el pueblo, lo cual finalmente se terminaría dando con la expedición de los “mandatos constituyentes”.

Estos mandatos constituyentes, que fueron invento de la Asamblea Constituyente de Montecristi, se los critica por cuanto fueron dictados de manera anterior a la expedición del Reglamento Interno de Funcionamiento de la Asamblea, el cual en teoría, debía recoger la forma en que se iban a instrumentalizar los actos decisivos de la Asamblea Constituyente. Es decir, como bien anota Rafael Oyarte (2015) “ni siquiera fueron respetados los principios de fundamentación y de derivación y de creación y aplicación” (p. 30 )

Otra gran crítica es que, por disposición del mandato constituyente número 1<sup>2 4</sup>, estos mandatos tienen una jerarquía superior a todas las normas del ordenamiento jurídico y no son susceptibles de control o impugnación por parte de los poderes constituidos, teniendo como consecuencia la sanción a todos aquellos tribunales que tramiten cualquier acción contraria a lo decidido por la Asamblea Constituyente, equiparando de esta manera a los actos normativos mencionados a normas de rango constitucional.

Lamentablemente, la Corte Constitucional de Transición, posteriormente auto proclamada como primera Corte Constitucional, en vez de corregir tal asemejación y frenar lo que, considero fue un uso desproporcional y discrecional del fin para el cual la Asamblea Constituyente fue convocada, confirmó la impugnabilidad de los mandatos en Sentencia N° 023-12-SI N CC<sup>2 5</sup>

---

<sup>2 4</sup> Al ser el propio acto normativo quien establece su naturaleza y finalidad, se rompe con la lógica kelseniana del funcionamiento de las normas según la cual una norma debe fundamentarse en una norma de mayor jerarquía

<sup>2 5</sup> Publicada en el suplemento de Registro Oficial N° 781 de 4 de septiembre de 2012

De igual manera en virtud del Mandato Constituyente No 7, la Asamblea Constituyente se arrogó las funciones de un poder constituido como lo es la función legislativa, cuyos legisladores fueron previamente destituidos por el entonces Tribunal Supremo Electoral al inicio del proceso constituyente.

De acuerdo a Oyarte (2015) la Asamblea Constituyente tiene un fin “redactar o cambiar una Constitución” y por tanto su naturaleza es extraordinaria en el tiempo, pues, una vez cumplida su tarea, el órgano queda disuelto; en ese sentido, el autor señala “las asambleas constituyentes realizan su labor, de reforma o cambio de la Carta Fundamental, y concluyen su existencia al cumplir sus funciones; no son instrumentos permanentes del Estado [ .]. y, por añadidura no pueden ir más allá sin sobrepasarse hacia los poderes constituidos” (p. 116) siendo, por tanto, contra natura lo resuelto por la Asamblea Constituyente en el mandato 7. A esto se debe añadir el hecho de que en ese entonces, la fuerza política estaba en favor del gobierno de turno, lo cual se vio reflejado en la composición de la Asamblea Constituyente cuyo número de asambleístas oficialistas ascendió a un total de 79 de 130 legisladores, evidenciando una suerte de fraude constitucional al pretender usar al órgano constituyente como órgano constituido.

En conclusión, en la práctica se tuvo: 1) una Asamblea Constituyente auto proclamada de “Plenos Poderes”; 2) con atribuciones de un poder constituido; 3) servil al ejecutivo de turno. Todo ello derivado de una consulta popular que tenía objetivo otorgar a un organismo poderes para “transformar el marco institucional del Estado”, que dicho sea de paso, debía iniciar con la aprobación del referéndum.

### **1.2.2 Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio**

El consejo de participación ciudadana y control social, es un organismo creado por la Constitución del año 2008, y forma parte de la función de Transparencia y Control

Social. Como se mencionó en el primer capítulo, esta función y en especial el CPCCS es una forma de materializar el principio de participación de los ciudadanos en el control del poder público.

Este órgano resulta ser un punto estratégico, toda vez que es el encargado de dirigir y organizar el concurso de méritos y oposición de las siguientes autoridades: Procurador General del Estado, primera autoridad de las superintendencias (Bancos, Compañías, Telecomunicaciones, Información y Comunicación, Control del Poder del Mercado, Economía Popular y Solidaria y Ordenamiento Territorial, uso y gestión del Suelo), Defensor del Pueblo, Defensor Público, Fiscal General del Estado, Contralor General del Estado, miembros del CNE, miembros del Tribunal Contencioso Electoral y miembros del Consejo de la Judicatura<sup>26</sup>; para finalmente designarlas (potestad que antes estaba en manos del órgano legislativo)

Como observamos, ya la CRE le otorga grandes facultades a este órgano, no obstante dentro de las preguntas de la Consulta Popular de 2018 cuya iniciativa estuvo a cargo del actual presidente Lenin Moreno, se consultó a la ciudadanía acerca de la creación de un CPCCS transitorio, que además de las facultades ordinarias establecidas en el artículo 208 de la CRE, tendría facultades extraordinarias, una de ellas, la de evaluación y cesación de las autoridades que designa aquella entidad (mencionados en el párrafo anterior)

Para efectos del presente apartado, analizaremos la disposición 3 del Anexo 3, correspondiente al régimen de transición del órgano en cuestión, en virtud de la cual el CPCCS transitorio basó sus decisiones más relevantes a lo largo de su gestión y causó mucha polémica en el foro jurídico

---

<sup>26</sup> Artículo 208 numerales 10, 11 y 12 de la CRE

**3.- Régimen de transición del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social:** Se dan por terminados anticipadamente los periodos de las consejeras y consejeros del actual Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

Hasta la instalación del nuevo Consejo de Participación Ciudadana y Control Social conforme al sistema establecido en la Constitución enmendada, se establece un Consejo de Participación Ciudadana y Control Social que asumirá transitoriamente todas las facultades, deberes y atribuciones que la Constitución y las leyes le otorgan al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social y estará conformado por siete miembros nombrados por la Asamblea Nacional de entre ternas enviadas por el Presidente de la República. En caso de que la Asamblea Nacional no procediera al nombramiento de las consejeras y consejeros propuestos en el plazo de veinte días contados desde la fecha de presentación de las ternas, asumirán los cargos aquellos que ocupen el primer lugar en el orden de prelación de las mismas.

El Consejo en transición tendrá por misión el fortalecimiento de los mecanismos de transparencia y control, de participación ciudadana, y de prevención y combate a la corrupción para lo cual propondrá a los órganos competentes las reformas necesarias. El Consejo en transición evaluará el desempeño de las autoridades designadas por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social cesado, en el plazo máximo de seis meses desde su instalación, pudiendo, de ser el caso, declarar la terminación anticipada de sus periodos, y si lo hiciera procederá inmediatamente a la convocatoria de los respectivos procesos de selección. Para el efecto, expedirá una normativa que regule el proceso de evaluación garantizando el debido proceso, con audiencia a las autoridades evaluadas e incluyendo los mecanismos de impugnación y participación ciudadana necesarios.

[..]

El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social en transición ejercerá sus funciones de forma improrrogable hasta que se instale el nuevo Consejo tras su elección, que será coincidente con los próximos comicios para designar a las autoridades de los gobiernos autónomos descentralizados.

Quedarán sin efecto los concursos públicos de oposición y méritos que esté llevando a cabo el actual Consejo de Participación Ciudadana y Control Social para la designación de autoridades que sean de su competencia, desde la promulgación de los resultados oficiales del referéndum

[..]

Con el fin de lograr sus deberes de evaluación, el CPPCS transitorio, mediante Resolución No PLE- CPCCS- T- O-009-28-03-2018 de fecha 28 de marzo de 2018, expidió el Mandato de Evaluación a las Autoridades Designadas por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, cuyo objeto es “regular el proceso de investigación administrativa, evaluación, impugnación y resolución de las autoridades estatales designadas por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, de acuerdo con el debido proceso”. La evaluación contenida en el mandato sigue un proceso similar al de una investigación de la Contraloría, pues la investigación concluye con un Informe

Técnico -se podría decir “preeliminar”- que es puesta a consideración de la autoridad evaluada para que en el término, de entre tres y días diez de notificado, lo impugne presentando pruebas de descargo. Concluida la etapa de defensa, el Pleno del CPCCS Transitorio en audiencia pública, de composición similar al de una audiencia judicial, dictará en un plazo máximo de 5 días su resolución, pudiendo ser esta la destitución de la autoridad investigada.

### **1.2.2.1 Evaluación y terminación de la Corte Constitucional del Ecuador (a manera de ejemplo)**

A pesar de lo señalado, tanto en el Anexo 3 de la pregunta 3 de la Consulta popular 2018 y en el propio mandato de evaluación dictado por el CPCCS Transitorio, éste órgano decidió mediante Resolución PLE-CPCCS-T-026-09-05-2018, iniciar la evaluación de los jueces y juezas de la Corte Constitucional, órgano que no es designado por el CPCCS conforme el artículo 208.

De hecho, la Corte Constitucional, tiene una forma de conformación y designación muy propia y especial, en cuyo proceso interfieren los poderes: ejecutivo, legislativo y el de Transparencia y Control Social. En un primer momento, cada una de las funciones mencionadas, nombra dos personas para integrar una comisión calificadora, luego, en un segundo momento las mismas funciones mandan cada una, un listado de nueve candidatos -en total veintisiete- para que la comisión calificadora designe de entre las listas presentadas, a los nueve magistrados de la Corte Constitucional.

En ese orden de ideas la designación de la Corte Constitucional está en manos de la comisión calificadora, que, como indica Oyarte (2015) “tiene un carácter transitorio tanto en lo orgánico como en lo temporal, pues se integra con el único fin de seleccionar a los miembros de la Corte Constitucional” (p. 998); y no en manos del CPCCS, quedando

por tanto proscrita la posibilidad de que el CPCCS transitorio pueda evaluar y peor aun destituir a sus miembros.

A pesar de lo anotado, profesores como Hernán Salgado (2018), justificaron esta evaluación señalando que “el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social desempeña un papel activo en la selección y designación de los jueces constitucionales” si bien no de manera directa, no “se puede negar que es un nombramiento compartido en el cual el Consejo de Participación ejerce un papel preponderante y que sí interviene” posteriormente en otro artículo de opinión sostuvo “no se puede reclamar que el Consejo Transitorio se someta en cada caso a lo que dispone la normativa constitucional” para luego añadir “Me atrevería a decir que la Consulta y el mandato popular conllevan una particular situación, donde tienen que coexistir la Constitución y dicho mandato” (Salgado, 2018).

Así para el autor mencionado la evaluación del CPCCS a la Corte Constitucional tendría dos argumentos: (1) el CPCCS al ser, junto a la Contraloría, el órgano más importante de la función y Transparencia y Control Social quien es la que interviene en la conformación de la comisión calificadora, estaría designando de manera indirecta a la Corte Constitucional y por tanto entraría en aquellas autoridades que pueden ser evaluadas y (2) el mandato popular tiene una jerarquía “sui generis” que esta al nivel de la Constitución

Considero que esta interpretación en primer lugar resulta muy forzada, y en segundo lugar porque le da al CPCCS Transitorio potestades exorbitantes similares al del poder constituyente pasando por alto que se trata de un órgano constituido -con potestades añadidas por consulta popular- y como tal sujeto al principio de constitucionalidad y legalidad, criterio también vertido por el constitucionalista Juan Francisco Guerrero (2018). Coincidir con la opinión del Dr. Salgado sería aceptar la acumulación de poder en

un solo órgano y por ende desconocer la limitación del poder que propugna un sistema de derecho constitucional.

### 1.3 Busca resultados a corto plazo

“Los ciudadanos de hoy son míopes; tienen poco dominio de sí mismos; son lamentablemente indisciplinados y siempre tienden a sacrificar principios perdurables en aras de placeres y beneficios inmediatos” (Hobbes, 2017, p. 218)

Uno de los problemas de las consultas populares es que terminan siendo una válvula de escape político donde el mandatario traslada al pueblo la responsabilidad de tomar las decisiones importantes, blindándose de esta forma, de cualquier tipo de responsabilidad -pues quien termina decidiendo son los mandantes siendo el mandatario únicamente el instrumento que pone en ejecución lo decidido en las urnas-

Sin embargo, las personas optan por tomar una decisión -a través del voto- que, en teoría, resolvería los problemas por los cuales se encuentran actualmente afectados; sin pensar que en un futuro dicha decisión no sea la más conveniente. Esta actuación, cabe señalar, es natural, partiendo del principio según el cual el ser humano tiende a rechazar lo desfavorable y tomar decisiones en base a su propio bienestar, pero no deja de ser, como anotamos, un problema de la democracia actual que, como bien anota Ferrajoli (2010)

“conoce en suma, sólo tiempos sumamente breves: no recuerda -es más, remueve- el pasado, no va más allá de la semana o, a lo sumo, del mes y no se hace cargo del futuro, es decir, de lo que ocurrirá más allá de una semana [ .]. la óptica míope de los tiempos breves no puede más que limitarse a considerar los intereses inmediatos y, por tanto, excluir toda perspectiva capaz de hacerse cargo de los problemas del futuro. La democracia entra así en un conflicto con la racionalidad política, es decir, con los intereses generales de largo período de los mismos países democráticos, que se refieren a su seguridad y a su misma supervivencia” (p. 317)

Por otra parte, una decisión tomada “en caliente”, influenciada por los problemas que aquejan a una sociedad en la actualidad<sup>27</sup>, pueden pasar por alto otro peligro señalado por Tourraine (1994) “la mayoría de hoy puede volverse minoría mañana y verse sometido a una ley que representará intereses diferentes de los suyos” (p. 39) o en palabras sencillas, se toman decisiones que afecten a las futuras generaciones sin que estas puedan hacer algo al respecto.

A manera de ejemplo respecto de la viscosidad anotada, podemos mencionar la pregunta consulta popular de 1995, cuya pregunta número 2, ponía a consideración del pueblo la posibilidad de que el sistema de seguridad social y sus correspondientes prestaciones puedan ser cubiertas tanto por el sector público como por el sector privado.

Actualmente todos los documentos que hacen un recorrido histórico de la consultas populares en el Ecuador, coinciden que la victoria del “no” en la consulta de 1995, fue “debido a la poca aceptación del gobierno en el momento gracias a escándalos sobre el manejo irregular de fondos, vinculados al vicepresidente Alberto Dahik” (GK corporation, S.F), de acuerdo a un estudio de Polibio Córdova (1995) la popularidad del arquitecto Ballén estaba en 24% tras los escándalos del vicepresidente.

Independientemente de la postura ideológica que se tenga, es innegable que el sistema de seguridad social, por comprender una institución compleja donde está en juego la supervivencia de distintas generaciones<sup>28</sup> a través del fondo de pensiones, no conviene que sea sometida a decisión de mayorías, muchas veces sesgadas por pasiones coyunturales y más aun cuando aquellas decisiones terminan comprometiéndose el futuro

---

<sup>27</sup> De hecho conviene señalar que incluso muchos “problemas” son ampliados por los medios de comunicación, lo que genera que las personas sientan a dicho problema con una mayor magnitud de la que realmente tiene.

<sup>28</sup> Tanto así que, uno de los principios de la seguridad social es el de solidaridad intergeneracional el cual “implica que aquellos afiliados activos que son parte de la población económica activa tienen la misión de contribuir con sus aportes al financiamiento y al sostenimiento de las prestaciones para la población asegurada cuya vida activa ha cesado” (Borja Laverde, 2018, p. 45)

de las personas, que al momento de celebrarse la consulta, ni siquiera tienen la capacidad para votar, como es el caso de las personas menores de 18 años en ese entonces (art 33 de la Constitución de 1979). Si se tomamos en cuenta la lógica de la democracia deliberativa donde recordemos, participan todos quienes se ven afectados, este tipo de preguntas terminan siendo “no democráticas”, Gargarella, (2018) cuando le consulté respecto a las problemáticas que conllevan las consultas populares, justamente mencionó, que desde un punto de vista democrático deliberativo, las consultas populares fallan porque no permite que “hablen” aquellos que tienen que hablar en el proceso y que el mismo no tiene la característica básica de la transparencia y fomentar la discusión

De esta manera queda claro que una institución tan delicada, por las razones señaladas, quedó al amparo de la opinión sesgada del pueblo, quien utilizó la consulta como un mecanismo de deslegitimar el gobierno de turno (esto, sin embargo, debe ser tomado con beneficio de inventario toda vez que esta tendencia se da en la mayoría de personas, mas hay zonas intermedias, de lo contrario sería sostener que Durán Ballén tenía un 40% de aceptación lo cual tampoco es verdad). En definitiva, las consultas populares terminan siendo una ventana abierta para que se tomen decisiones peligrosas, por cuanto son decisiones basadas en emociones exacerbadas, pensadas a corto plazo y pasando por alto muchas veces la institucionalidad.<sup>29</sup>

#### **1.4 Amenazas de las minorías**

“una democracia pura, por la que entiendo una sociedad integrada por un reducido número de ciudadanos, que se reúnen y administran personalmente el gobierno, no puede evitar los peligros del espíritu sectario” (Madison, 1787, p. 49)

---

<sup>29</sup> En mi criterio esto se da y se ha dado en todas las consultas populares.

Un Estado Constitucional de derechos y justicia, descansa sobre dos principios que, mal entendidos pueden ser vistos “como realidades en fuerte tensión y hasta contradicción” (Grijalva, 2011). El primero de ellos es la protección de los derechos fundamentales - “dimensión sustantiva de legitimidad”- y, el segundo, la democracia como mecanismo para la toma de decisiones -“dimensión procedimental de legitimidad”- (López Hidalgo, 2018). La contradicción se da en la medida en que los derechos fundamentales resultan ser un coto vedado para la toma de decisiones, incluyendo aquellas que adoptadas por la mayoría de los ciudadanos. Estos derechos fundamentales son, en el plano práctico, los derechos positivizados en el texto constitucional, lo cual genera la tensión que puede sintetizarse en la siguiente pregunta ¿Por qué una decisión mayoritaria de un tiempo y contexto determinado, a saber, el proceso constituyente, atañe de manos y limita la decisión de otra mayoría futura desenvuelta en un contexto diferente? Por tal motivo, resulta indispensable que, la Corte Constitucional, en cada caso concreto donde surja esta tensión, convierta la contradicción en complementariedad, entendiendo que solo una democracia constitucional asegura la efectiva vigencia de los derechos fundamentales y el Estado de Derecho

En otras palabras, la democracia no puede ser concebida desde su ámbito eminentemente formal -mecanismo para la toma de decisiones- sino que, debe tener un contenido sustancial, más todavía en Estados plurinacionales compuestos por diferentes tipos de minorías. La democracia debe ser “un sistema basado en la limitación del poder político ejecutivo, en su obligada sujeción a la legalidad, en el equilibrio del poder ejecutivo, con el legislativo y el judicial y en el respeto y promoción de las libertades públicas.” (Medina, 2009)

Darle un contenido sustancial a la democracia evita -como vimos supra- que, los derechos sean desconocidos o incluso vulnerados por una mayoría. Para esto, una

auténtica democracia deberá prever mecanismos donde las minorías puedan incidir y tengan la oportunidad de participar y deliberar de forma genuina en la toma de decisiones, en palabras de Urquiza y Martín (2011, p. S/N):

El principio de soberanía popular siempre está mediado por instituciones que limitan el poder. Toda situación de abuso en nombre de las *mayorías*, aunque esté presentada con una máscara jurídica, es un síntoma inquietante para cualquier Estado democrático. Porque no resulta suficiente que las mayorías decidan, se hace imprescindible el reconocimiento de las minorías

De igual manera, el sistema interamericano de Derechos Humanos, del que Ecuador hace parte desde la ratificación de la CADH en 1977<sup>30</sup>, a través de la Corte IDH en el caso *Celman Vs Uruguay* (2011), ha dicho: “la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas” (pp. 70, 71), reconociendo de esta forma a los derechos como una parte fundamental en el entendimiento de la democracia en sentido sustancial, y, entendiendo además que, ni la “mayoría” puede volver constitucional una disposición viciada ab initio

Este concepto de democracia, no sólo como una forma de tomar decisiones por mayoría, sino como un límite a las posibles arbitrariedades de ella, se puede apreciar en Ecuador entre otras cosas mediante el establecimiento de órganos contra mayoritarios tales como la Corte Constitucional, magistratura que tiene como fin controlar todos los actos de poder con el fin de que en su parte formal guarden armonía con la CRE y en su parte sustancial no vulneren derechos fundamentales.

en el actual estado del desarrollo democrático todo parece apuntar a que corresponde un especial protagonismo al poder judicial entendido en sentido amplio como poder de la jurisdicción, porque tras los logros de la libertad y de la igualdad en la ley alcanzados por la legislación y tras los logros del Estado asistencial y de bienestar propios de la conjunción legislativo-ejecutivo, se ha llegado a un momento en la evolución del constitucionalismo en el que lo que está en cuestión es la salvaguarda y protección de esos logros a través del sistema de garantías que hace posible la normatividad de la constitución (Martínez, 2015, p. 593)

<sup>30</sup> <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2a.htm>

De forma específica, estas garantías frente a las consultas populares, en teoría, se ven materializadas en el control previo de constitucionalidad que debe realizar la Corte Constitucional mediante un dictamen previo<sup>31</sup>. No obstante, la Corte bien podría equivocarse y dar paso a una consulta que, de tener una respuesta positiva, estaría desconociendo derechos fundamentales.

Resulta necesario señalar que, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no prevé un procedimiento que garantice una participación activa de las minorías, un presupuesto transversal de la democracia directa/participativa; dejando que esta minoría únicamente pueda manifestar su oposición mediante el voto, el cual al dar un poder liberatorio igual a todos los ciudadanos, como se manifestó en las desventajas del sistema representativo, no resulta ser un medio idóneo para incidir de manera eficaz en la toma de decisiones.

Por otra parte, hay autores como Carballo (2015) quienes no ven un problema en celebrar una consulta popular que lleve envuelta preguntas acerca de derechos de minorías, siempre y cuando el resultado posible sea, o bien un ámbito de protección mayor al derecho consultado o bien se mantenga igual, lo cual iría acorde al principio de progresividad de derechos. Para el autor preguntar acerca de la permisibilidad del matrimonio homosexual, en un país donde no se encuentra permitido actualmente, sería válido, pues de resultar victoriosa la respuesta afirmativa se estaría permitiendo que las personas homosexuales gocen de su derecho al matrimonio y, si, por otra parte, gana la respuesta negativa se mantendría la misma situación que existía antes de la consulta.

Si hiciéramos una analogía “*mutatis mutandi*” diríamos que un límite a una consulta de derechos fundamentales sería la misma que recoge la CRE en el artículo 442

---

<sup>31</sup> Control que, como veremos posteriormente, puede resultar ineficaz al reconocerse en nuestro ordenamiento el “dictamen ficto de constitucionalidad”

para la celebración de reformas, es decir no puede restringirse derechos, sino únicamente desarrollarlos.

Esta posición, si bien es interesante, no la comparto, pues nuestra CRE, al establecer que “el pronunciamiento popular es de obligatorio cumplimiento”, genera una suerte de “camisa de fuerza” para procesos posteriores que quieran desarrollar el derecho consultado -sean estos procesos otra consultas u otra vía-, pues más de un grupo conservador podría utilizar el argumento de que cualquier cambio al régimen aplicable al derecho es irse en contra del pronunciamiento popular, incidiendo de manera negativa en el goce de un derecho. De esta manera considero que no se puede someter a consulta el goce de un derecho

#### **1.41 Caso Colombiano: Consulta sobre la paz**

Una vez dicho lo anterior, conviene hacer un análisis del proceso de paz en Colombia, en virtud del cual se puso a consideración del pueblo, mediante la Consulta Popular de 02 de octubre de 2016, la aprobación de los acuerdos alcanzados entre el gobierno de Juan Manuel Santos y el ex grupo guerrillero armado Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (las FARC) en Cuba y Noruega.

Para efectos del análisis se mencionará el artículo 1 del Proyecto de ley estatutaria no. 94/15, Senado-156/15 Cámara sometida a consulta popular, el cuál establecía:

*Artículo 1º. Plebiscito para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. El Presidente de la República con la firma de todos los Ministros, podrá someter a consideración del pueblo mediante plebiscito, el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, el cual estará sometido en su trámite y aprobación a las reglas especiales contenidas en la presente ley.*

Justamente la Corte Constitucional Colombiana, al estudiar la “exequibilidad” del entonces proyecto de consulta popular, señala que el artículo transcrito, para muchos intervinientes, es inconstitucional por cuanto “a través del plebiscito previsto en el

artículo 1º, se estaría dejando a la refrendación popular la eficacia de ese derecho [la paz], lo cual es inconstitucional en tanto desconoce el carácter contramayoritario de los derechos fundamentales” (Sentencia C-379-16, 2016)

No obstante, la Corte señaló que, la Ley estatutaria no definía el alcance y contenido del derecho “paz”, “si no que tiene un propósito mucho más limitado: fijar las condiciones específicas de finalización del conflicto armado con un grupo armado ilegal” a lo cual añade más adelante “el propósito del proyecto de legislación es someter a la validación o refrendación del Pueblo la decisión política del Presidente de la República relacionada con una salida negociada del conflicto armado, que se materializa en el Acuerdo Final” (Sentencia C-379-16, 2016)

En definitiva, para la Corte el solo hecho de que la consulta use el término “paz” no indica automáticamente que se este consultando el goce de este derecho, si no que, es necesario analizar el contenido y el contexto en se usó dicho término.

Si n embargo, en la misma sentencia la Corte señaló la definición de la Paz como el derecho:

“de vivir en una sociedad que excluya la violencia como medio de solución de conflictos, el de impedir o denunciar la ejecución de hechos violatorios de los derechos humanos y el de estar protegido contra todo acto de arbitrariedad, violencia o terrorismo” (Sentencia C-379-16, 2016)

Partiendo de la definición, cabe preguntarse si la ganancia de la opción “no” -como finalmente ocurrió con un resultado de 50.21% ¿no estaría implícitamente aceptando que el conflicto armado no termine, por tanto perdure, ergo continúen los ataques terroristas y violentos contra la población colombiana? Desde este punto de vista, considero que, si se consultó de manera indirecta, al pueblo sobre el goce de un derecho. Justamente la

aprobación de la política impulsada por Juan Manuel Santos suponía el cese de los ataques terroristas.

#### **1.4.2 Los espectáculos taurinos en la consulta popular en Ecuador 2011**

Con fecha 17 de enero de 2011, el entonces presidente Rafael Correa mediante oficio N° T5715-SNJ-11-55 el presidente remitió a la Corte Constitucional de “transición” un proyecto de “consulta popular” que contenía cinco preguntas de referéndum y cinco preguntas de carácter plebiscitario entre estas últimas había una relativa a la posibilidad de prohibir los espectáculos públicos donde se dan muerte a los animales, en cada circunscripción cantonal, si el resultado de la pregunta era positivo.

Los argumentos vertidos por el exmandatario, respecto a esta pregunta eran básicamente dos: 1) el deber del Estado de erradicar la violencia en todas sus formas, y 2) el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, el cuál a criterio del entonces presidente abarcaba a los seres que forman la “Pachamama”

La pregunta contenida en el oficio de fecha 17 de enero de 2011, fue la siguiente:

“3.- Con la finalidad de evitar la muerte de un animal por simple diversión, ¿Está usted de acuerdo en prohibir, en su respectiva jurisdicción cantonal, los espectáculos públicos donde se mate animales?” (2011)

Tras el dictamen previo y obligatorio de la Corte Constitucional, y para garantizar la libertad del elector, la Corte, “en uso de sus atribuciones constitucionales”, propuso, a manera de texto alternativo que la pregunta quedara de la siguiente forma: “¿Está usted de acuerdo que en el cantón de su domicilio se prohiban los espectáculos que tengan como finalidad dar muerte al animal?” (Dictamen No 001- DCP- CG- 2011, 2011, p 30)

Es necesario señalar que, en el presente caso, la Corte Constitucional actuó, a mi parecer, por fuera de las facultades otorgadas por la CRE y la LORGI CC, al proponer un

texto alternativo, pues únicamente debía limitarse a pronunciarse de manera motivada si las preguntas eran o no constitucionales.

Por otra parte, la Corte Constitucional, aun cuando en las audiencias públicas se plantearon argumentos de fondo por parte de las partes interesadas, profundizó únicamente en análisis de forma, lo cual termina siendo necesario, pero no suficiente. Perdiendo, de esta forma, una gran oportunidad de pronunciarse respecto de los límites materiales materializados en derechos constitucionales que pueden tener las consultas.<sup>3 2</sup>

Esta preeminente -por no decir exclusiva- atención que la Corte Constitucional le da al control preventivo formal de las consultas populares de índole plebiscitaria, tiene su explicación, creo yo, en la deficiencia técnica del legislador al regular el proceso de control preventivo de consultas populares, pues, el artículo 127 de la LOGJCC, al mandar “El control de constitucionalidad [de las consultas populares] se ejercerá en los mismos términos y condiciones que el control previsto en la Sección Tercera del Capítulo Cuarto del presente Título” asimila el control de las consultas populares con el control constitucional realizado a los proyectos de modificación de la Constitución. Los proyectos de modificación de Constitución únicamente pueden ser sometidos a un control respecto a la forma (procedimientos, requisitos, etc) y no un control material, -resultaría ilógico que un proyecto de modificación constitucional tenga que ser contrastado con las normas que, eventualmente pretende modificar- por lo tanto, la consulta popular, siguiendo esta misma suerte solo podría analizarse de manera formal.

---

<sup>3 2</sup> Otro caso reciente donde se pudieron escuchar argumentos interesantes respecto de las limitaciones materiales que deben tener las consultas y, lamentablemente, la Corte vuelve a basar su decisión exclusivamente en aspectos formales es el Dictamen No. 2-19-CP/19, donde se negó dar paso a la consulta popular que pretendía evitar la explotación minera en las parroquias de Lita, Cardina, Jijón y Cañano, y Goaltal. Este proyecto de consulta popular será analizado más adelante como parte del capítulo donde se propone tomar en cuenta las disposiciones constitucionales como un límite material necesario a tomar durante la tramitación de los mecanismos de democracia directa.

En definitiva, la Corte Constitucional, nunca hizo análisis si la pregunta número cuatro de la consulta popular significaba un posible una restricción indebida, al menos de los siguientes derechos: identidad cultural (art 21 CRE), al trabajo (art 33 CRE), al desarrollo de actividades económicas (art 66 núm 15 CRE), y libertad de contratación (art 66 núm 16 CRE). Por otra parte, si la tesis de que la prohibición de toros estaba ligado a los derechos de la naturaleza, cabría preguntarse si dentro de las jurisdicciones donde gano el “no” y se siguen celebrando espectáculos taurinos, ¿son un verdadero régimen de excepción en cuanto al cumplimiento y respeto de los derechos de la naturaleza?

Sea cual sea la postura que se tome, aquella que considera a la naturaleza como sujeto de derechos pleno, o aquella que ve en la tauromaquia un medio de subsistencia por el ingreso y fuentes de trabajo que crea, en las dos se estaría aceptando que, mediante una pregunta plebiscitaria, se someta a consideración de una mayoría el ejercicio de un derecho.

### **1.5 Lenguaje direccionado de suma cero**

Esta dificultad está relacionada con el hecho de que, en las consultas populares el elector, se enfrenta a una pregunta cuya respuesta, es o bien un “si” (si es favorable) o bien un “no” (si es desfavorable)<sup>3 3</sup>, que, por no admitir puntos medios, se lo toma como un resultado de “suma cero”. Es puede generar una falsa ilusión de legitimidad y apoyo.

Por ejemplo, si un ciudadano está a favor del resultado que puede llegar a darse votando “si” dentro una de las preguntas sometidas a consulta, pero no está de acuerdo

---

<sup>3 3</sup> También puede ser considerado dentro de esta opinión los votos nulos y en blanco

en la forma en que se llega al resultado se lo hace, existiría una incongruencia fin medios. De lo mencionado, surgen las siguientes interrogantes: ¿debería en un análisis post electoral contarse el voto positivo como un apoyo total? O más aún ¿hay acaso una manera efectiva de interpretar el “pronunciamento popular” tras un proceso electoral en el que se haya usado un mecanismo de democracia directa?

Como ejemplo reciente tenemos la consulta popular celebrada en febrero de 2018<sup>3 4</sup>, donde en una de las preguntas, se proponía cambiar el régimen de elección de las autoridades del CPCCS mediante su reestructuración, la pregunta fue la siguiente:

3.- ¿Está usted de acuerdo con enmendar la Constitución de la República del Ecuador para reestructurar al Consejo de Participación Ciudadana Control Social, así como dar por terminado el periodo constitucional de sus actuales miembros, que el Consejo que asuma transitoriamente sus funciones tenga la potestad de evaluar el desempeño de las autoridades cuya designación le corresponde, pudiendo, de ser el caso, anticipar la terminación de sus periodos, de acuerdo al Anexo 3?

Lo primero que se observa es que la pregunta es compuesta, lo cual es ilegal e inconstitucional - más allá del dictamen ficto que se analizará con posterioridad-, pues justamente lo que se trata de evitar con las preguntas compuestas es que haya una incongruencia sobre lo que el votante realmente desea. En este caso la pregunta ocultaba hasta un total de 24<sup>3 5</sup> opciones de respuesta (ejemplo: puede una persona haber estado de acuerdo con reestructurar el CPCCSC, pero no anticipar la terminación de sus periodos, etc.).

Los acontecimientos coyunturales tras la consulta popular y los análisis que se hicieron alrededor de la pregunta 3, sirven también para analizar la segunda parte de la

<sup>3 4</sup> Esta consulta popular fue por iniciativa presidencial mediante decretos ejecutivos: 229 y 230 y convocada por el CNE mediante Resolución PLE- CNE- 3- 1-12-2017

<sup>3 5</sup> Esto al hacer una fórmula de permutación 4! (4x3x2x1)

problemática expuesta durante este apartado, acerca de cómo interpretar el “pronunciamiento del pueblo” en las urnas.

Entre los anexos, que por formar parte de la pregunta también deben ser considerados a la hora de votar, se establecía lo siguiente:

Sustitúyase el inciso tercero del artículo 207 de la Constitución por el siguiente texto: "Las consejeras consejeros serán elegidos por sufragio universal, directo, libre secreto cada cuatro años coincidiendo con las elecciones las autoridades de los gobiernos autónomos descentralizados. El régimen de sus elecciones estará contemplado en ley orgánica que regule su organización funcional".

Al tener un resultado favorable, este pronunciamiento popular debe ser de obligatorio e inmediato cumplimiento (art 106 inc. 3), por tanto, deben celebrarse elecciones para elegir a los miembros del CPCCS; no obstante, una vez celebrada la consulta e incluso celebrada las elecciones de los representantes, desde diversos sectores de la política se está impulsando la eliminación del CPCCS.

Ante esto, se puede argumentar que si el pueblo votó en la consulta popular por la elección de representantes del CPCCS<sup>36</sup>, de manera implícita, también estaría aceptando la existencia del organismo; siendo su eliminación un acto que iría en contra de este pronunciamiento

Esto, sin embargo, no es más que una muestra de la problemática analizada, ya que en realidad se ha percibido como muchas personas que votaron de manera favorable a la pregunta durante la consulta popular de 2018, hoy en día estarían de acuerdo con eliminar el CPCCS; lo cual indica una vez más que frente a una respuesta de “suma cero”

---

<sup>36</sup> Otro debate interesante que se generaría, es si el CPCCS es eliminado mediante enmienda parlamentaria -hay quienes sostiene que este es el camino constitucional adecuado y suficiente-, ¿se estaría frente a una disputa entre la legitimidad de la democracia representativa frente a la democracia participativa?

no se puede interpretar el pronunciamiento popular como manda la CRE, e incluso para algunos se puede burlar dicho pronunciamiento<sup>37</sup>

## 1.6 Polarización de la Sociedad

Durante los procesos previos y posteriores a la consulta popular se puede observar cómo la sociedad se polariza, de acuerdo con su forma de votar. Esta polarización producto también de la “suma cero” de las consultas donde “sólo se conoce ganadores y perdedores” (Merkel, 2015) genera un enfrentamiento pernicioso dentro de un régimen democrático deliberativo<sup>38</sup>, que, al contrario, busca que todos los participantes afectados lleguen a un consenso en común, a puntos medios y a ciertas concesiones.

Deliberación que, a criterio de Claus (1992) si existe en las instancias parlamentarias (representativas), los cuáles permiten negociar, buscar acuerdos, dialogar, etc.; mientras que en las consultas populares no hay ni acuerdos ni inclusión, solo el simple “sí o no”, los ciudadanos, diferente a los representantes, tras su decisión no tienen el deber de justificar su decisión. Sobre esto último se plantea si realmente una consulta popular que deslinda responsabilidad a los representantes realmente cumple con uno de los presupuestos de la democracia participativa que es la rendición de cuentas y un mayor control en el accionar del gobierno.

Ortiz (2005), de cierta forma expone este problema, al señalar que en las consultas populares convocadas por Febres Cordero, Durán Ballén y Fabián Arcón, sus pliegos de preguntas “fueron caballos de batalla de los partidos de oposición, y de los votantes, para atacar sus decisiones, en vez de analizar la conveniencia para la nación”, (SN) es

---

<sup>37</sup> En la pregunta plebiscitaria de los toros ya analizada, muchos grupos antitaurinos sintieron “burlado” el “pronunciamiento popular”, cuando en Quito (por poner un ejemplo) se modificó la ordenanza 127 de tal forma que, se mantenga el espectáculo pero el torero ya no mate al animal dentro del ruedo

<sup>38</sup> Como ejemplos claros tenemos los casos de Colombia y el referéndum ratificatorio de los acuerdos de paz; la consulta popular en Cataluña respecto de la independencia

decir no hubo mayor análisis alrededor de las preguntas, sino que se votó conforme la persona que convocó la consulta popular.

Esto es comprobable al constatar resultados opuestos, derivados de dos consultas populares iniciadas por dos mandatarios diferentes, en un periodo de tiempo relativamente corto.

Así, por ejemplo, en el año de 1986 en una consulta popular, de tipo referéndum iniciada por el mandatario de ese entonces, León Febres Cordero se preguntó a la ciudadanía lo siguiente:

“Compatriota ¿Quiere usted que los ciudadanos independientes tengan pleno derecho a ser elegidos sin necesidad de estar afiliados a partido político alguno, confirmando así la igualdad de todos los ecuatorianos ante la ley?”

El proyecto fue rechazado con un voto en contra del 56,85% en relación al “sí” que obtuvo el 24% (Comercio, 2014), a pesar de esto en el año de 1994 bajo el gobierno de Sixto Durán Ballén, la misma ciudadanía aprobó las 7 preguntas propuestas a su aprobación, una de las cuáles era la siguiente:

“¿Considera usted que los ciudadanos independientes no afiliados a partido político alguno deberían tener derecho a participar como candidatos en toda elección popular?”

Esta pregunta en específico obtuvo un voto favorable de 45,18% frente al “no” cuyo resultado fue de 24,30% resultado prácticamente inverso, cuando el fondo de la pregunta era la misma: que las personas no afiliadas a partidos políticos puedan presentarse como candidatos a dignidades de elección popular. Evidenciando como “los resultados han dependido en gran medida de las condiciones políticas del momento así

como del grado de aceptación del gobierno que las ha convocado más que del contenido de las preguntas” (Pachano S , s/f, p 18)

## CAPÍTULO III.

### 1. Límites a la Consulta Popular en el Ecuador

Por los problemas anotados en el segundo capítulo, resulta necesario que los mecanismos de democracia directa, como la consulta popular, tengan unos límites cuyo objetivo sea prevenir posibles atropellos a la institucionalidad y a la propia sociedad democrática, como efecto de una decisión mayoritaria del “pueblo”.

Estos límites deberían ser tanto de índole formal/procedimental, como de índole material. Estos últimos, a diferencia de los primeros (analizados en el primer capítulo) fueron apenas desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de los últimos dos años. Por este motivo, en el último capítulo de esta disertación haremos referencia a los estándares materiales que ha establecido la Corte Constitucional dentro de los procesos de dictámenes de constitucionalidad de consultas populares que ha resuelto, y añadiré estándares que, considero no han sido tomados en cuenta por la Corte, y que deberían serlo, considerando los problemas -antes señalados- que han tenido las consultas populares celebradas en el Ecuador.

Finalmente, es necesario señalar que, tanto los estándares determinados por la Corte como los que serán propuestos, no son de orden taxativo y siempre están abiertos a una reconsideración conforme se sigue desarrollando la teoría constitucional alrededor de la democracia participativa y el derecho de participación.

### 1.1 Dictamen Previo de la Corte Constitucional

Toda vez que, entre el ejercicio de la democracia -entendida como mecanismo para tomar decisiones- y la protección de derechos fundamentales, pueden -como se mencionó- surgir fuertes tensiones, resulta importante que la Corte Constitucional, tenga entre sus facultades la posibilidad de revisar los proyectos de consultas populares, antes de que dicho proyecto sea sometido a votación popular (control a priori)<sup>39</sup> y de esta forma garantizar que, el resultado de lo consultado no sea contrario a la Constitución -incluyendo también el bloque de Constitucionalidad-<sup>40</sup>

Por otra parte, resulta necesario que, este control previo de las consultas populares, no se agote únicamente en un control formal (quién y cómo) sino que debe incluir -si acaso con mayor importancia- un control material (qué no puede y no debe ser decidido por la mayoría); ya que, mientras para el primer control resulta necesario analizar la parte orgánica de la constitución, para el segundo control resulta imprescindible realizar un análisis profundo de la parte dogmática.

En nuestro ordenamiento jurídico el control previo de constitucionalidad de consultas populares se encuentra reconocido en la Constitución (art 104, último inc.) y en la LOGJCC (art 75 num 3 lit e).

Dentro del control formal la Corte se encarga de: (1) verificar que los considerandos de las preguntas garanticen la libertad de la electora o elector; y, (2)

---

<sup>39</sup> Este dictamen constituye con control previo el cual “tiene por objeto someter a revisión un proyecto de ley o norma que se encuentra en trámite de aprobación” y tiene por finalidad “prevenir que una norma inconstitucional entre en vigencia y tenga efecto pese a su irregularidad fundamental” (Oyarce, 2015, p 953)

<sup>40</sup> Dictamen N.º 4-19-CP/19

constatar que se haya cumplido con los requisitos de legitimación para proponer el proyecto.

Por otra parte, dentro del control material, la Corte Constitucional en Dictamen No. 9-19-CP/19 ha dicho que se debe verificar que: (1) el petitorio que se formula no incurra en prohibiciones o violaciones Constitucionales, (2) no busque reformar la Constitución<sup>4 1</sup>, (3) no resulte en violación de los derechos, garantías y procedimientos que la Constitución establece.

### 1.1.1 Control formal: libertad del elector

La CADH reconoce en su artículo 23 el derecho a los ciudadanos de “votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que **garantice la libre expresión de la voluntad de los electores**” (resaltado fuera del texto original), esta garantía tiene como fin evitar que la decisión en las urnas de los votantes sea manipulada de manera directa o indirecta.

En los mecanismos de democracia directa como la consulta popular, esta manipulación, por lo general, suele provenir de quien propone el proyecto de consulta, dado que, en última instancia, es éste quien mayor interés tiene en conseguir una victoria en las urnas.

La manipulación puede constatarse en los “considerandos” o notas introductorias de cada pregunta, las cuáles como vimos supra, suelen estar redactados en un lenguaje con una gran carga emotiva. También dicha manipulación, se la puede constatar en las preguntas que, al estar redactadas en un lenguaje de difícil entendimiento para “el común de los electores”<sup>4 2</sup> suelen estar acompañadas de dos o tres “preguntas carnada” -aquellas

---

<sup>4 1</sup> Salvo que sea dentro

<sup>4 2</sup> Quiero recalcar., como lo hizo la Corte Constitucional colombiana en sentencia Sentencia C-551/03, que, esta exigencia en absoluto debe ser confundida con el predicamento de que el “pueblo” se pronuncie

que asocian el resultado positivo de la pregunta con un fin social mente deseable- para que el lector mediante “lógica asociativa” vote de una determinada manera.

Por lo mencionado es que, el principio de “libertad del elector” encajado a que este último, forme un criterio “razonablemente objetivo y exprese libremente su opinión en el proceso electoral” Dictamen No. 1-20- CP, Corte Constitucional Ecuador, 2020, se lo toma en cuenta por parte de la Corte Constitucional Ecuatoriana al analizar las preguntas y sus considerandos dentro del dictamen previo y vinculante.

De esta manera, la Corte Constitucional al analizar las preguntas y considerandos -que tienen como finalidad contextualizar y dotar de información suficiente para la adecuada comprensión de los electores<sup>4 3</sup> - deberá verificar la:

- “1. No inducción de las respuestas en la electora o elector;
2. Concordancia plena entre el considerando que introduce la pregunta y el texto normativo. Esta concordancia comprende la relación entre las finalidades que se señalan en el considerando que introduce la pregunta y el texto sometido a consideración del pueblo;
3. Empleo de lenguaje valorativamente neutro y sin carga emotiva, sencillo y comprensible para el elector;
4. Relación directa de causalidad entre el texto normativo sometido a aprobación del pueblo y la finalidad o propósito que se señala en el considerando que introduce la pregunta, de modo que una vez aprobada la disposición jurídica, la finalidad perseguida se obtenga con una alta probabilidad; y,
5. No se proporcione información superflua o ninguna otra que no guarde relación con el texto normativo a ser aprobado por el electorado.” (art 104 LOGJ CC)

Ade más de lo señalado, se debe tomar en cuenta lo manifestado por la Corte Constitucional, respecto a que “la mera transcripción o simple paráfrasis de disposiciones

---

sobre temas complejos ni sobre “materias técnicas cuyo alcance e implicaciones requieren de un proceso pedagógico”, pues sería contrario a la “a la confianza que el constituyente ha depositado en el pueblo para decidir y desconocería que una de las principales funciones del referendo es propiciar la deliberación abierta, pluralista y franca sobre asuntos que a todos interesan y afectan”, en otras palabras se iría en contra de los objetivos mismos de las consultas populares (invitar al pueblo que participe en la toma de decisiones de manera informada y responsable)

<sup>4 3</sup> Dictamen 6-19- CP/ 19, 2019

constitucionales de los considerandos, no provee al elector con información específica que permita contextualizar la problemática concreta que aborda la pregunta” (Dictamen 9-19-CP/19, 2019) y que, de haber una suerte de argumentación en procura de la realización de la consulta, acompañada a las preguntas, se lo tomará como una fundamentación y por tanto no susceptible de control constitucional (Dictamen No. 16-19-CP-20).

Otro parámetro que salvaguarda la libertad de elector y que el petionario deberá tomar en cuenta es aquel sobre la prohibición de que la consulta popular “obligue” al elector a aprobar o rechazar en bloque (105 LOGJCC), en otras palabras, la imposibilidad de que el cuestionario contenga preguntas compuestas, aquellas que “obliga a los consultados a hacer una elección absoluta en la que aceptan o rechazan en bloque varias cuestiones diferentes, pese a que podrían o no estar de acuerdo con algunas de ellas” (Dictamen No 1-20-CP/20, 2020), lo que resulta atentatorio a la claridad y lealtad exigidas por la ley.

Fuera de esto, es necesario mencionar que la Corte Constitucional no ha generado directrices unánimes respecto a qué entender por claridad y lealtad y como el proponente del proyecto debe redactarlo para cumplir con dichos parámetros, limitándose únicamente a repetir los requisitos establecidos en el artículo 104 de la LOGJCC, lo que considero atentatorio al derecho de participación y a la seguridad jurídica pues, el ciudadano o la autoridad pública que proponga un proyecto de consulta, queda a expensas del dictamen y la motivación de la Corte sin saber de antemano si está cumpliendo con estos parámetros que, se insiste deben ser dotados de contenido por parte de la Corte.

Finalmente, dentro de este apartado, haré referencia a un hecho que no ha sido tomado en cuenta por nuestra Corte Constitucional, pero si ha sido tomado en cuenta por otras Cortes como la colombiana. Este hecho hace referencia a la longitud que debe contener las preguntas que forman parte del proyecto de consulta popular. La Corte Constitucional Colombiana en su jurisprudencia, al referirse a la libertad del elector, ha dicho que comprende:

“1) redacción en un lenguaje sencillo y comprensible 2) tener una carga valorativa -entiéndase e motiva- neutra 3) **redacción breve en la medida de lo posible** 4) no ser superfluas 5) que su objeto sea comprensivo” (Resaltado fuera del texto original)

En Ecuador, por ejemplo, el texto íntegro contenido en la papeleta que el sufragante debía leer antes de votar en la consulta popular del año 2011, tenía más de 3800 palabras<sup>44</sup>. Teniendo en cuenta que “un lector promedio puede leer entre 200 a 300 palabras por minuto” (Rodríguez, 2013), los votantes que decidían informarse por su cuenta, y no lo habían hecho antes de acercarse a las urnas, se hubieran demorado en votar alrededor de 12-15 minutos. Tiempo que resulta ser muy prolongado para una jornada electoral que por ley dura 10 horas (art 115 y 118 CODEM). Más allá de las diferentes puntualizaciones y precisiones que habría que incluir en este análisis, se puede concluir ciertamente que un texto extenso como el de la consulta popular del año 2011, sobre todo la pregunta 5 relativa a la reorganización del Consejo de la Judicatura (2659 palabras), promueven el voto desinformado e irresponsable del votante.

Por tal razón este no es conveniente que, dentro del principio de “libertad del elector” la Corte Constitucional del Ecuador realice un análisis cuantitativo de la extensión del texto que se va someter a votación y establezca parámetros objetivos que generen

---

<sup>44</sup> Este resultado se obtuvo tomando en cuenta el texto de las preguntas y anexos publicados en el Suplemento del RO No 490 del 13 de julio de 2013

precedentes en este aspecto, pues la “redacción de un cuestionario sometido a la consideración del pueblo no configuran un problema puramente técnico sino que tienen obvia relevancia constitucional” (Corte Constitucional Colombiana, Caso C-551-03, 2003).

To mando en cuenta este filtro podríamos decir que, si la Corte Constitucional lo aplica de manera adecuada, se evitarían los siguientes problemas: lenguaje técnico de la consulta, de magia detrás de las consultas populares y polarización de la sociedad.

### **1.1.2 Control formal: Legitimación para proponer el proyecto de consulta popular**

Las consultas populares, como se señaló, pueden ser propuestas por: el Presidente, la máxima autoridad de los GADS y los ciudadanos.

Por cuanto comprobar la legitimación dentro de la iniciativa presidencial no reviste complejidad, no hace falta profundizar en ese tema. Por otra parte, cuando la iniciativa proviene de la máxima autoridad de los GADS o de los ciudadanos, la Corte si ha establecido líneas jurisprudenciales al respecto.

Sobre la máxima autoridad de los GADS, en Dictamen 9-19-CP/19, la Corte ha establecido las siguientes reglas:

1. “En los casos en los que el solicitante comparezca como representante de un gobierno autónomo descentralizado (GAD), deberá demostrar que la consulta se trata de un de un (sic) tema de interés para su jurisdicción
2. El (sic) caso de los GADs municipales, la Corte dispuso que se deberá acompañar la certificación del acta de Sesión del Concejo que permita a la Corte verificar que el requerimiento fue decisión de las tres cuartas partes de sus integrantes
3. Si la autoridad no acredita la representación del GAD pero comparece además por sus propios derechos, la propuesta de la autoridad se estimará presentada por un ciudadano y en tal virtud se conocerá su pedido” (Ecuador, 2019)

### 1.1.3 Control Material: no incurrir en prohibiciones constitucionales

El primer estándar material que propone la Corte Constitucional (Dictamen No 9-19-CP/19), es que el proyecto de consulta popular sería inconstitucional si este se va en contra de una norma constitucional que tenga una prohibición “clara y expresa”. A esta conclusión llega la corte tras analizar la consulta popular como una materialización del derecho de participación.

Si bien la Corte basa su argumentación en el principio de interpretación más “favorable al ejercicio de los derechos” (art 11 num 5. CRE), y señala también a la interpretación sistemática de la Constitución, al establecer que los proponentes únicamente deben cerciorarse de que sus proyectos no vayan en contra de una prohibición “clara y expresa”; en mi opinión, la corte con este estándar, estaría más bien planteando que se realice una interpretación exégetica de las normas (en este caso de las prohibitivas), lo cual considero insuficiente, pues hay derechos, tales como los DESC que no se encuentran protegidos por normas de carácter prohibitivo sino de carácter programático.

Así cabría preguntarse, si al amparo de este estándar, se puede consultar a la ciudadanía si el Estado puede dejar de prestar educación inicial, básica y bachillerato de forma gratuita, teniendo en cuenta que está garantizada de manera universal en nuestra CRE y que somos un país en vías de desarrollo.

Por otra parte, resulta necesario señalar que, justo dentro del caso en que la Corte emitió el Dictamen que estableció éste estándar, en mi opinión, se requería analizar e interpretar de manera sistemática las normas que distribuyen el régimen de competencias (Art 260 y ss CRE). Este tipo de normas, no son de carácter prohibitivo, sino que podrían ser catalogadas como normas técnicas “las que determinan lo que se debe hacer si se

quiere alcanzar un determinado fin” (Salgado, 2015, p. 45); el fin sería armonizar y delimitar entre los diferentes niveles de gobierno la forma en la que deben prestarse los servicios públicos, con el objetivo de que no se sobrepongan funciones y se genere caos e inseguridad jurídica<sup>45</sup>.

A pesar de no ser normas prohibitivas, su interpretación, en mi opinión, hacía inviable el proyecto de consulta. No obstante, la Corte señaló que, el hecho de que los GADS realicen consultas populares sobre explotación minera -y recursos en general- dentro de su territorio, recae dentro de la complementariedad que señala el artículo 260 de la CRE.

Yo sostengo que, no puede hablarse de “complementariedad” (del latín *complementum*) “cualidad o circunstancia que se añade a otra para hacerla íntegra o perfecta” (RAE, 2019) si existe sobreposición de funciones. Pues, si se analiza el caso subjudice, y se toma en cuenta el razonamiento de la Corte, el Estado Central podría, en uso de sus facultades exclusivas, concesionar un proyecto de explotación minera sobre un determinado territorio y, el GAD de dicho territorio podría mediante una consulta popular, prohibir dicha explotación previamente concesionada; neutralizando de esta manera la facultad del Estado Central y vaciando de contenido la norma que distribuye el régimen de competencias.

Por otra parte, ¿donde queda el derecho a la seguridad jurídica de las personas que previamente obtuvieron la concesión para explotar? Este sería otro ejemplo claro de como puede haber derechos en juego que no se encuentran amparados en una norma prohibitiva, sino que se los dilucida una vez que se hace una interpretación sistemática de la CRE.

---

<sup>45</sup> Pensemos el problema que se le generaría al ciudadano, si tiene la incertidumbre de a que institución dirigirse para obtener la prestación de un servicio o inculso para dirigir una queja por la mala prestación de este servicio, o la pérdida de tiempo y recursos que significaría para el ciudadano enterarse que debe hacer dos trámites diferentes con el mismo fin en dos instituciones de diferente nivel de gobierno.

Otro error que comete la Corte, a mi criterio, es aquel en el cual confunde los tipos de consulta que reconoce nuestra Constitución, cuando busca argumentar sobre la “compatibilidad” que hay entre la facultad del Estado Central de explotar los recursos naturales y la participación ciudadana en estos proyectos de explotación. La Corte (2019) señaló:

“La propia Constitución establece distintos tipos de consultas, cada una con sus propias características, pero que en todos los casos permiten participar y expresarse a las comunidades locales potencial o realmente afectadas por la explotación de recursos no renovables. Estos tipos de consultas, aunque diversos, evidencian la compatibilidad de las antes mencionadas competencias exclusivas del Estado sobre recursos no renovables con la participación” (Dictamen No. 9-19-CP/19, 2019, p. 9)

Comparto el criterio de la Corte en el sentido de que nuestra Constitución efectivamente permite que la ciudadanía se pronuncie sobre los proyectos que puedan afectar el medio ambiente, como la explotación minera. No obstante, esta participación ciudadana se da dentro de lo que se conoce como Consulta Ambiental (art. 398 CRE), mecanismo totalmente diferente al de la consulta popular (como vimos supra) y que, por lo mismo, no debe reemplazarla. Además, la consulta ambiental sigue estando dentro de la competencia exclusiva del Gobierno Central, pues el Estado tiene la obligación de realizar la consulta a la población potencialmente afectada y después de esto, decidir si otorga o no los permisos correspondientes para la explotación de recursos no renovables; es decir, se da en un momento previo a la ejecución de los proyectos de explotación y no, como sería con la consulta popular, en un momento posterior donde, como ya mencioné, se anularía la facultad del Gobierno Central.

#### **1.1.4 Control Material: No busque reformar la Constitución**

Este estándar fue señalado por la Corte dentro del dictamen No. 9-19-CP/19, pero establecido y desarrollado por primera vez en el Dictamen No. 4-19-CP/19, como se vio

supra. En efecto, la Corte Constitucional ha dicho que la consulta popular no puede ser utilizada para reemplazar los mecanismos de reforma constitucional, pues se estaría atentando contra la Garantía de Rigidez Constitucional<sup>46</sup>

A pesar de que la Corte en el Dictamen No 9-19-CP/19 no lo menciona, el proyecto de consulta popular estaría reformando de manera implícita la Constitución, toda vez que, se estaría agregando otra prohibición a la explotación de recursos no renovables, además de los ya recogidos en el artículo 407, a saber: Áreas Protegidas, Zonas Intangibles y los Centros Urbanos<sup>47</sup>; es decir se estaría prescindiendo del mecanismo previsto en los artículos 441 y 442 de la CRE para introducir un cambio a la Constitución, dejando sin utilidad el procedimiento agravado que el constituyente instituyó para estas situaciones.

Si bien considero acertado el estándar de la Corte respecto de vedar la posibilidad de que a través de consultas populares se inobserven los mecanismos de enmienda y reforma de la constitución (Arts 441 y 442 CRE), considero que pudo haber ido mucho más allá y establecer que la consulta popular no puede ser utilizado para cometer Fraude a la Constitución.

El Fraude a la Constitución consiste en la utilización de mecanismos previstos en ella con el propósito de conseguir objetivos no previstos a través de dichos mecanismos e inobservar las instituciones constitucionales previstas para alcanzar dichos objetivos; pues, como vimos dentro de este proyecto de consulta, no solo se trató de reemplazar los

---

<sup>46</sup> Para autores como Agustín Grijalva por ejemplo, la rigidez constitucional es un derecho en sí mismo. Desde este punto de vista, se estaría atentando contra un derecho constitucional

<sup>47</sup> Esta última justamente se añadió mediante enmienda constitucional publicada en el RO. Esta enmienda fue propuesta por el presidente en Decreto Ejecutivo 229 y pasó por un proceso de consulta popular nacional, en ese sentido, la pregunta propuesta por las parroquias de Lita, Cardina, Jijón y Caaño, y Galtal, atentaría contra el principio de igualdad, al modificar el mismo artículo 407 sin seguir el mismo procedimiento.

mecanismos de reforma constitucional, sino también se trató de reemplazar los mecanismos de participación ciudadana (consulta popular en vez de consulta ambiental). Por lo tanto, considero que, en general, las consultas populares no pueden ser utilizadas para concretar fines para los cuales ya existen otros mecanismos previstos en la propia CRE.

### **1.1.5 Control Material: no vulnerar los derechos, garantías y procedimientos establecidos en la CRE**

Como se mencionó en líneas anteriores, a partir de la segunda guerra mundial, el constitucionalismo sufrió un cambio de paradigma tanto en lo político como en lo jurídico. Desde una perspectiva política, todos los poderes, incluyendo el poder legislativo que hasta entonces era intocable, se vieron sometidos y limitados por la constitución; mientras que, desde el plano jurídico, los jueces pasaron de ser boca de la ley a tener un sentido crítico hacia ella, teniendo incluso la posibilidad de vetar la aplicación de una ley en un caso concreto por considerarla inconstitucional, y también, desde lo jurídico, la Constitución paso de ser considerada un código político de “buenas intenciones” a una norma jurídica de obligatorio cumplimiento que, incluso es fuente de unidad y validez para el resto de normas.

Ahora bien, las constituciones de 1948 en adelante que, en su parte dogmática, de cierta forma positivizaron todos los derechos naturales que hasta entonces había aportado el pensamiento iusnaturalista de ilustración, y que, por tanto, sirvieron de límite a los poderes políticos, tuvieron como consecuencia lógica que las decisiones de estos poderes se legitimen ya no sólo por un tema de aceptación mayoritaria, sino también por cuanto cumplan con un contenido sustancial y respeten y protejan esos derechos fundamentales.

Así, en palabras de Ferrajoli (2010) “siempre que se busca tutelar un derecho como fundamental, se los sustrae a la política, es decir, a los poderes de mayoría, y al

mercado, como derecho inviolable, indisponible e inalienable” (p. 55), por lo señalado, desde la óptica de la teoría constitucional actual, esta vedada la posibilidad de que se sometan a decisiones de mayorías el goce de los derechos, y también, claro está, sus respectivas garantías (que como señalo supra, son las encargadas de hacer efectiva la protección y el ejercicio de los derechos fundamentales)<sup>48</sup>.

Dentro del Dictamen No. 11-19-CP/19, donde el solicitante pretendía revocar una sentencia de la Corte Constitucional donde se habilitaba el matrimonio entre personas del mismo sexo, la Corte señaló que:

“en un Estado constitucional, la democracia no puede entenderse basada (sic) únicamente en la regla de mayoría, sino que, los derechos fundamentales constituyen los presupuestos del proceso político democrático. Si aquellos no se respetan, la democracia puede abarcar por devorarse a sí misma: usando un ejemplo exagerado pero ilustrativo, privar del derecho al voto a los individuos de la minoría. Para evitar paradojas como esta y para asegurar que la democracia mantenga un vínculo necesario con los derechos fundamentales, nuestra Constitución ha estructurado varios mecanismos, entre ellos, como se dijo, una Corte Constitucional con la última palabra”, entendiéndola esta no como infalibilidad sino como inalterabilidad frente a las autoridades democráticas constituidas” (2019)

Ade más, considero que, esta proscripción se fundamenta en lo mandado por el artículo 11 número 8 inciso 2 de la CRE: “*Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.*”.

Finalmente, me referiré a la última parte del estándar donde se establece que, la consulta popular, tampoco debe violar los procedimientos establecidos en la CRE. En primer lugar, se debe mencionar que la Corte no se ha pronunciado de manera específica sobre lo que quiere decir con “procedimientos”, qué abarcan, ni cuál es su contenido, motivo por el cual lo que diré a continuación, son solamente “lecturas” que se podrían

<sup>48</sup> Paradójicamente se podría decir que, el no someter un derecho fundamental a consulta popular constituye una garantía en sí misma.

dar, a partir del significado literal de la palabra dentro del contexto de las consultas populares.

Una primera lectura sería, darle el contenido amplio que se mencionó dentro del estándar de la prohibición de usar la consulta como mecanismo para reformar la CRE, así, violar procedimientos sería usar las consultas populares para sustituir cualquier mecanismo previamente establecido por la CRE para un determinado fin. Por ejemplo, usar una revocatoria de mandato para destituir funcionarios públicos que no son electos por consulta popular, saltándose de esta manera los procesos administrativos de sanción y destitución recogidos en el ordenamiento jurídico y sustentados en principios constitucionales. (Derecho a la defensa y a la prueba de descargo). Desde esta lectura, una consulta popular no puede valerse de una decisión en las urnas para saltarse normas y hacer fraude no solo a la Constitución, sino también al ordenamiento jurídico en general.

Desde otra lectura, que va en la misma línea, pero resulta más amplia, es asimilar el concepto de “procedimiento” con “institucionalidad”. En primer lugar, si se parte de esta asimilación hay que tomar en cuenta que en principio no resulta fácil conceptualizar ese término, pues, desde un punto de vista amplio, es definida como “conjunto de creencias, ideas, valores, principios, representaciones colectivas, estructuras, y relaciones que condicionan las conductas de los integrantes de una sociedad, caracterizándola y estructurándola” (Correa, 1999). Al ser hoy en día una sociedad tan diversa, este concepto puede ser una excusa para que determinados grupos, so pretexto de tener una determinada creencia o valor, utilicen una consulta para acceder a algún tipo de “privilegio”.

Por eso dentro del contexto de la consulta popular, “La institucionalidad” (“procedimientos”), a la que me refiero se debe respetar, es la del Estado de Derecho, donde existen normas y procedimientos previos que ayudan a que un Estado determinado se desarrolle con normalidad.

En el Ecuador se han usado consultas populares, para dar por terminado de manera anticipada cargos ejercidos por “opositores” -que no serían tampoco sujetos pasivos de revocatoria de mandato- y poner en su reemplazo a personas que responden al poder político de turno; sin tomar en cuenta muchas veces que existen procedimientos sancionatorios que pueden derivar en una eventual destitución o remoción. Generando que los gobernantes de turno utilicen a la consulta popular, como una válvula de escape político<sup>49</sup>.

Este escenario termina siendo algo cíclico y vuelve más inestable la situación de un país que opta por cambiar de modelo económico-político tras una elección presidencial, por ejemplo.

En este sentido, resulta ideal que el estándar propuesto por la Corte sea entendido desde un sentido más global. La Corte Constitucional debe analizar y evitar que:

- 1) Se dé una consulta popular, donde se pase por alto mecanismos institucionales instaurados por el ordenamiento jurídico que, tengan como fin evitar justamente el resultado que la consulta promueve
- 2) Se dé consulta popular, que reemplace mecanismos institucionales ya existentes que, de ser activados correctamente, logren el mismo fin que busca la consulta popular. Esto último, incluso resulta relevante por un tema de ahorro para el erario público

En general, la Corte Constitucional, debe evitar que se cometa fraude contra el ordenamiento jurídico vigente mediante una consulta popular, al pasar por alto o sustituir mecanismos institucionales

---

<sup>49</sup> El caso más reciente, que se analizó en el segundo capítulo fue la consulta de febrero de 2018 y el famoso CPCCS- T, creado a través del Régimen Transitorio contenida en el anexo 3 de la pregunta 3. El órgano en mención fue criticado ciertas actuaciones tuvieron al margen de la ley.

La importancia de tomar en cuenta las instituciones y procedimientos determinados por el ordenamiento jurídico, por parte del peticionario de la consulta ha sido recogido en un dictamen de consulta popular reciente (Dictamen No. 1-20-CP/20) donde la jueza constitucional Karla Andrade (2020), al analizar la relación derecho a la seguridad jurídica-consulta popular, ha mencionado que:

“Las personas deben contar con un ordenamiento jurídico previsible, claro, determinado, estable y coherente que les permita tener una noción razonable de las reglas del juego que le serán aplicadas. Así, este derecho debe ser estrictamente observado por los poderes públicos para **brindar certeza al individuo y a la sociedad de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares establecidos previamente** y por autoridad competente para evitar arbitrariedad” (p. 18)(resaltado fuera del texto original)

En otras palabras, ni aun mediante consulta popular se puede pasar por alto los procedimientos previamente establecidos por el ordenamiento jurídico, siendo la seguridad jurídica<sup>50</sup> un límite material a este mecanismo de democracia directa.

## 1.2 Propuesta de estándar

Una vez analizado los estándares -tanto formales como materiales- establecidos por la Corte Constitucional en la actualidad, no arriesgaré a señalar otras limitaciones que debería tomar en cuenta la Corte Constitucional. Esto a partir de lo estudiado y señalado hasta ahora: elementos mínimos del Estado de Derecho y el menoscabo que estos generalmente han tenido cuando se han celebrado consultas populares; problemas que tiene la democracia directa o participativa.

### 1.2.1 Democracia constitucional como principio rector y Democracia Deliberativa como propuesta para un posterior análisis

La Consulta popular, y en general los mecanismos plebiscitarios, pueden ser vistos como mecanismos propios de la democracia entendida en su sentido liberal, donde lo dicho por las mayorías es ley y debe ser tomado en cuenta como de obligatorio

---

<sup>50</sup> Que además, como vimos supra, es un elemento del Estado de Derecho

cumplimiento<sup>5 1</sup>. No obstante, este paradigma en la actualidad ha sido completamente superado y no tiene cabida dentro de un Estado Constitucional de Derecho, pues no existen “poderes omnipotentes”<sup>5 2</sup> y aun aquellos que tienen como base la decisión mayoritaria deben estar sujetos a ciertos límites. En aras de una democracia constitucional no solo debemos preguntarnos el “quién” decide sino “qué” se decide.

Por tal motivo, mi primera propuesta -no tanto un estándar- es que la Corte dentro de sus dictámenes de consulta popular, deje en claro que este mecanismo de democracia directa debe guiarse al amparo de la “democracia constitucional” donde los derechos fungan de límites a las decisiones del poder. Si bien, el solo hecho de que exista un órgano (Corte Constitucional) que haga las veces de filtro para declarar viable un proyecto de consulta popular, es una muestra clara de que el paradigma de la democracia constitucional ha sido recogido en nuestro texto constitucional, en el imaginario de las personas, quienes han sido actores protagónicos y mayores proponentes de proyectos de consulta popular, creen que el derecho a convocarla y los eventuales resultados de esta son, respectivamente, absolutos e incuestionables.

El tener que constantemente desechar proyectos de consulta popular porque estos se van en contra de presupuestos lógicos mínimos, como el respeto a los derechos fundamentales, debería ser considerado un fracaso para la Corte Constitucional, pues este órgano, guardián de la CRE y encargado de velar por el respeto de los derechos fundamentales, no ha sabido transmitir una cultura de respeto a la Carta Fundamental por parte de las personas.

---

<sup>5 1</sup> Una lectura aislada del artículo 106 inc 3 de la CRE nos pueda dar esta perspectiva

<sup>5 2</sup> Bajo este supuesto también se evitaría que, mediante una consulta popular se concentre el poder en un solo órgano o autoridad

Desde mi óptica, lo ideal es que las personas, tomen en cuenta que, la consulta popular, sin dejar de ser un derecho de participación, es un mecanismo de democracia directa cuyos filtros constitucionales –bien aplicados– lo hacen de “última ratio”, siendo muy puntuales los temas que pueden ser materia de consulta popular.

En conclusión, debe haber un cambio de 180 grados respecto a la lógica de celebrar consultas populares pues: 1) no deben ser entendidas como una materialización de la democracia en su sentido “liberal-formal”; y, 2) deben ser vistos como mecanismos excepcionales.

Por otra parte, teniendo en cuenta que nos encontramos dentro de una sociedad diversa, democráticamente inestable y con grupos marginados con poca o nula incidencia en la toma de decisiones, sería interesante que se plantee la democracia deliberativa como principio rector. En este sentido, se debería determinar una manera donde sólo aquellos que tengan una real afectación por la decisión que va a ser tomada, participen en el proceso consultivo, con el fin de que sus derechos no sean desconocidos por una mayoría que, además no tiene conocimiento o no se ve afectada por el resultado de la consulta, sea esta la opción favorable (sí) o desfavorable (no).

A manera de ejemplo, podemos poner el caso colombiano sobre la “Consulta Popular por la Paz”, dejando de lado que se estaba consultando el ejercicio de un derecho, análisis posteriores a los resultados determinaron que, en los departamentos limítrofes cuyo nivel de población es menor pero evidentemente presencia el problema de la guerrilla en primera persona, la consulta tuvo una respuesta favorable (sí); mientras que, los departamentos más céntricos, cuya población es mayor pero no viven el problema de la guerrilla de manera directa, tuvo una respuesta desfavorable (no) a la consulta. Si se partía de un concepto de democracia deliberativa y se hacía la consulta únicamente con los grupos afectados o bien se daba una suerte de mayor valor a sus pronunciamientos el

resultado de la consulta hubiera sido otro, y desde mi punto de vista sería más democrática.

Es decir, que “el sistema de justicia este organizado de tal modo que permita la expresión de voces que no se han podido escuchar durante la deliberación parlamentaria”

(Ferres Comela, 2012 p.164) Al respecto, es necesario resaltar de manera positiva, como la última Corte Constitucional posesionada en febrero de 2019, ha procurado publicitar las audiencias de control constitucional y dar un espacio para que -a través de amicus curiae- se pronuncien todos los que tengan interés en la causa que se ventila, fomentando de esta manera un debate dialógico sobre los principios de argumentación y razonamiento.

Finalmente, hay que tener en claro que esta deliberación debe ser auténtica y no una simple “reducción abstracta y vacía que muchas de las veces reproduce estructuras y relaciones de subordinación y dominación, inhibiendo una verdadera participación” (López Hidalgo, 2018 p.55).

### **1.2.2 Interpretación sistémica del ordenamiento jurídico**

Durante este trabajo de disertación, se ha podido constatar que, muchas consultas populares han sido utilizadas para imponer un nuevo orden institucional acorde al gobierno de turno, saltándose normas y procedimientos preestablecidos.

Por tal motivo, y en concordancia con una de las lecturas que se le ha dado a uno de los estándares establecidos por la Corte Constitucional Ecuatoriana -violación de procedimientos- resulta necesario que, dentro del control previo de los proyectos de consultas populares, se dé preeminencia a la interpretación sistémica para lograr una correcta coexistencia y armonía de todo el ordenamiento jurídico y de esta manera verificar cuando una consulta popular está siendo utilizada para cometer fraude al orden

instituido, en palabras de Hernán Salgado (2015) “unir las instituciones con las Reglas del Derecho”(p.150).

Bajo esta interpretación, no solo se tendría en cuenta los límites internos positivos de las consultas populares, “reducciones o restricciones al ejercicio de un derecho fundamental [derecho de participación] que vienen expuestas explícitamente por el texto constitucional” como es el estándar actual propuesto por la Corte Constitucional, sino aquellos límites internos “inmanentes o lógicas” que “derivan de la coexistencia de un derecho fundamental con otras normas de igual rango constitucional” (Quintana, 2017 p.130).

### **1.2.3 Tiempo que debe transcurrir dentro de un proceso de consulta**

Una de las grandes dificultades, alrededor de la democracia directa, como ya se mencionó, es el bajo nivel de información que poseen los votantes, o su aparente “falta de capacidad” para entender los problemas complejos que se podrían solventar mediante una consulta popular. En general, se podría decir que la mayoría de las personas no pueden prever todos los posibles escenarios que se pueden presentar, después de tomar una decisión de suma importancia, como las que generalmente se ven envueltas en las consultas populares, sobre todo de índole plebiscitaria.

Con el fin de minimizar el problema señalado, y cumplir con uno de los objetivos de la democracia participativa, que es: ser informativa y educar en democracia a los ciudadanos; un tipo de filtro de índole formal sería instituir una suerte de “candado temporal” -tomando la doctrina de las cláusulas de enfriamiento-, donde se establezca un intervalo de tiempo entre el acto que da inicio al proceso de consulta -iniciativa- y el momento mismo de la decisión -sufragio-. Durante este tiempo lo ideal es que los ciudadanos se informen a fondo sobre la problemática que sería abordada por la consulta

popular y que su criterio no se vea influenciado por la campaña de los grupos de interés detrás de una de las dos opciones, campaña que con el paso del tiempo debería irse aminorando.

Por otra parte, lo mencionado también solucionaría el problema de que las consultas populares sean utilizadas como válvula de escape político o como un acto para buscar legitimarse en el poder. Los gobernantes, -quienes más hacen uso de la iniciativa para convocar a consulta popular- tendrían que considerar que la consulta popular no es un mecanismo adecuado para tomar decisiones urgentes y tendrían que hacer uso del resto de posibilidades que el ordenamiento jurídico les otorga.

Finalmente, un mayor tiempo para que los ciudadanos puedan discutir e interiorizar el tema que se está planteando en la consulta popular, fomentaría una discusión más profunda y la localización de más grupos afectados, lo cual pregona la democracia deliberativa. Ahora bien, ¿cuánto debería ser este tiempo? Considero que buscar establecer un parámetro objetivo -si acaso lo hay- sobrepasa las finalidades del presente trabajo, no obstante, se deja ya sentado que, dentro de una democracia madura, los grandes cambios en una sociedad son aquellos que se van adoptando paulatinamente, y no mediante cambios bruscos o imposiciones.<sup>53</sup>

#### **1.2.4 Consultas consecutivas sobre el mismo tema**

Basados en el argumento anterior, cabe preguntarse si resulta ideal que, tras una consulta popular efectivamente realizada, se vuelva a consultar en el corto plazo sobre la

---

<sup>53</sup> El caso que me llevó a esta reflexión, fue el Proceso de Paz en Colombia. Si bien la consulta popular para aprobar los acuerdos alcanzados entre el gobierno colombiano y Las FARC, fue solo una parte de todo este proceso, se puede decir sin dudar que, la temática y la discusión sobre este proceso estuvo en el debate público más de cuatro años (febrero de 2012 a octubre de 2016) tiempo que ciertamente ayudó a que los ciudadanos puedan reflexionar a profundidad sobre las implicaciones que conllevaban aprobar o no los acuerdos alcanzados hasta ese momento.

misma temática. Siendo lo óptimo que transcurra un tiempo prudencial para evitar que se anule el resultado de una consulta popular previa, aprovechando -por ejemplo- una coyuntura política de apoyo hacia un líder caudillista<sup>54</sup>, sin que tampoco se ate a las futuras generaciones a las decisiones de las fuerzas mayoritarias del pasado. En ese sentido, la Corte Constitucional deberá verificar si, las condiciones en las cuales se desarrolló la primera consulta popular han variado de manera significativa y, por tanto, resulta necesario volver a consultar un tema determinado.

Esto además contribuiría a cuidar del erario público, así como evitar que los votantes se desgasten ante el llamado frecuente de consulta popular que gire entorno a la misma temática<sup>55</sup>.

### **1.2.5 Remisión de informes técnicos por parte de organismos públicos durante la tramitación del proyecto de consulta**

De acuerdo al artículo 226 de la CRE todo funcionario público tiene el deber de hacer efectivo el goce y el ejercicio de los derechos reconocidos en la CRE. Por tal motivo considero que resultaría una medida adecuada que, durante el conocimiento de un proyecto de consulta popular, la Corte Constitucional identifique al organismo público – o los organismos- que pueda dar un criterio técnico respecto del tema que se va a consultar, para que este remita de manera obligatoria un informe que deberá ser analizado por la Corte Constitucional antes de emitir su dictamen.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> Bajo este supuesto, la consulta popular del año 1994 propuesta por Sixto Durán Ballén, sobre la posibilidad de que personas no afiliadas a un partido político se candidatiere, quizás no hubiera sido posible

<sup>55</sup> Por poner un ejemplo, solo la última Corte Constitucional ha conocido un total de cuatro casos (Nº. 1-18-CP, Nº. 12-19-CP, Nº. 13-19-CP, Nº. 2-20-CP) cuya temática giraba en torno a reinstaurar las casas de apuestas, prohibidas a raíz de la consulta popular del 2011

<sup>56</sup> Por ejemplo, en la consulta popular del año 2011 donde se impulsó cambiar el régimen de prisión preventiva, hubiera sido bueno que se pronunciara la sala de lo penal de la Corte Nacional de Justicia, órgano que además de pertenecer a otro poder, en teoría tiene mayores conocimientos sobre esta rama del derecho. También pudo haberse pronunciado el entonces Ministerio de Justicia.

Tomando en cuenta que la Corte Constitucional (2019) ha señalado que para superar el control formal de constitucionalidad, los considerandos deben tener como mínimo: “descripción objetiva de temas fácticos, espaciales, demográficos y técnicos relacionado al tema consultado; cifras oficiales y demás información que permita comprender la pregunta; el fin que persigue y la delimitación de los efectos de la consulta” (p. 7), el informe mencionado podrá dar luces a la Corte, respecto a si la finalidad que persigue la consulta es adecuada o si la consulta es efectiva para lograr su fin.

Conviene señalar que, este informe no debe ser tomado en cuenta como un pronunciamiento vinculante ni con valor absoluto, pues, muchas veces se podría dar una suerte de conflicto de intereses, si, por ejemplo, el proyecto de consulta popular es promovido por el órgano ejecutivo y quien debe remitir el informe es un Ministerio o Secretaría Pública.

Este requisito contribuiría, además, a un mayor debate -democracia deliberativa- y a una mayor difusión de información para la ciudadanía.

Ahora bien, dentro del reciente Dictamen No. 1-20-CP/20, se ha reconocido la importancia de que los ciudadanos sepan a fondo las consecuencias e implicaciones que puede acarrear el resultado de una consulta popular. Siendo importante que la ciudadanía “cuente con información suficiente y necesaria para entender adecuadamente las consecuencias jurídicas, sociales, económicas, ambientales y judiciales de su decisión, [lo cual] afecta la constitucionalidad de la [consulta] misma” (p. 20) en similar sentido en otro Dictamen (No. 2-20-CP/20), la Corte Constitucional (2020), desestimó un proyecto de consulta por cuanto “la información proporcionada, en los considerandos por el peticionario, no contiene cifras oficiales ni información objetiva o sustentada relacionada al tema que permita una adecuada contextualización de lo que se consulta y los efectos

de la misma” (p. 4) criterios con los que, conforme lo dicho en este apartado coincidimos, pero que como bien indicó el juez Ramiro Ávila en su voto salvado, este requisito-actualmente- “constituye una exigencia que va más allá de los requisitos legales y constitucionales”; siendo necesario a mi criterio que se reforme la LOGJCC.<sup>57</sup>

## 2 Mención necesaria: dictamen ficto

Una vez analizada la importancia que tiene el control preventivo y obligatorio que debe realizar la Corte Constitucional a toda propuesta de consulta popular, y habiendo mencionado que este control preventivo necesariamente debe hacer un análisis material -de fondo- de lo que va a ser consultado, resulta necesario hacer mención a la naturaleza del “dictamen ficto” que prevé el artículo 105 de la LOGJCC -que como se señaló es la normativa aplicable tanto a control previo de procedimientos de modificación constitucional como para el control previo de consulta popular-.

El último inciso del mencionado artículo señala:

“Si la Corte Constitucional no resolviera sobre la convocatoria, los considerandos y el cuestionario del referendo, dentro del término de veinte días siguientes a haber iniciado el respectivo control previo, se entenderá que ha emitido dictamen favorable. Esta omisión dará lugar a las sanciones administrativas que correspondan.”

Para ciertos expertos constitucionalistas<sup>58</sup>, esta figura del dictamen ficto equivaldría a una suerte de silencio administrativo favorable y como tal, se entiende que, transcurrido los veinte días sin pronunciamiento de la Corte Constitucional, las preguntas se entienden acorde al texto constitucional y, de obtener un resultado favorable, entrarían en vigencia y serían de obligatorio cumplimiento.

<sup>57</sup> Aquí podría surgir la interrogante respecto de si aumentar un requisito sería restringir este derecho de participación, no obstante, por ser uno de los objetos del derecho de participación el ser informado (como vimos supra) considero que la exigencia de dotar a la ciudadanía de información suficiente antes de someter al go a consulta, emana de la propia naturaleza del derecho de participación.

<sup>58</sup> Ver a manera de ejemplo: Rafael Oyarte, Ismael Quintana, Salim Zaidán

Esta interpretación, si bien tiene la ventaja de evitar que las propuestas de consultas populares se queden sin impulso, y por tanto, se menoscabe un derecho de participación, tiene como gran problema que se pueda someter a consulta, preguntas clara y abiertamente inconstitucionales. Una interpretación de este tipo, tornaría en ineficaz todo lo señalado en esta disertación -tanto lo expuesto como lo propuesto-.

Por otra parte, hay quienes sostienen que “es errado suponer que un (sic) norma, un tratado internacional o una pregunta de un proyecto de consulta popular se puedan volver constitucionales, aun cuando no lo sean materialmente, pues aquello conllevaría a instaurar un mecanismo reglado de elusión constitucional” (Palacios, 2017), postura con la que coincidimos, una vez demostrada la importancia que tiene el control material y preventivo de este tipo de mecanismo de democracia directa.

Finalmente, es necesario señalar lo dicho por la sala de Admisión de la Corte Constitucional, dentro del Caso N° 0012-18-IN donde se sometió a control constitucional la Disposición General Segunda de la Constitución de la República del Ecuador, que entró en vigencia en razón del referéndum realizado el 4 de febrero de 2018, el cual había contado con un dictamen favorable de la Corte Constitucional por haberse cumplido el término de 20 días desde que el presidente Moreno remitió el proyecto de reformas. Ante este escenario, el juez constitucional Aí Lozada sostuvo:

“en general, el examen de posibles vulneraciones a derechos fundamentales en el texto de un proyecto de modificación constitucional debe ser materia del dictamen sobre la vía correcta para su tramitación. Por lo que, cuando el dictamen es expreso, la Corte Constitucional carece de competencia para efectuar nuevamente y expost aquel examen de fondo. Sin embargo, si se aplicara esto mismo a un caso como el presente, donde el dictamen señalado es ficto, quedarían sin control posibles violaciones de los límites materiales impuestos a las distintas vías de modificación constitucional. Esto justifica que en tales casos la Corte sea competente para realizar un control constitucional expost y de fondo acerca de la observancia de los límites antes indicados. Por lo que, en este caso concreto la Corte es competente para examinar la pretensión de regresión de derechos fundamentales que implicaría la vigencia de la Disposición General Segunda de la Constitución, producto del referéndum realizado el 4 de febrero de 2018.”

Por lo dicho, si bien a los ojos de la Corte se reconoce el dictamen ficto de constitucionalidad, cuando se dan estos escenarios, la Corte se encuentra habilitada para realizar un control ex post de constitucionalidad y así evitar que sigan en vigencia disposiciones normativas inconstitucionales. Por cuanto la propia LOGJCC es la que prescribe el control previo de consultas populares observe el mismo procedimiento de control que para los mecanismos de modificación constitucional, podemos concluir que, si una consulta popular ha tenido -de manera inadecuada- un dictamen tácito favorable de constitucionalidad, puede ser objeto de control constitucional ex post.

Esto podría generar un predicamento respecto a la norma constitucional según la cual “el pronunciamiento popular será de obligatorio e inmediato cumplimiento” (art 106 CRE) sin embargo, como se ha mencionado a lo largo de este trabajo, dentro de un Estado Constitucional y una democracia constitucional, todo poder o pronunciamiento debe estar sometido a los límites que la Constitución impone, límites que se ven materializados principalmente en los derechos fundamentales en ella recogidos, pero también en los procedimientos por ella señalados; por lo mismo considero que, el órgano constitucional -que además es contramayoritario- en aras de defender la constitución, si puede dejar sin efecto dicho pronunciamiento popular.

#### IV. CONCLUSIONES

Al final de esta disertación se ha arribado a las siguientes conclusiones, que se sistematizan a continuación.

1. La consulta popular tiene límites constitucionales tanto de índole formal como material. El que no se exceda esos límites, debe ser controlado. Estos por un organismo contramayoritario, en nuestro caso ese organismo es la Corte Constitucional. El adecuado control de la corte evitaría que las consultas populares transgredan los elementos constitutivos del Estado de Derecho (1. existencia de una Constitución y el sometimiento de todos los poderes -incluso los privados- a ella; 2 la seguridad jurídica; 3 la separación de poderes; 4 el reconocimiento de los derechos fundamentales como inherentes a las personas; 5. de democracia como mecanismo en la toma de decisiones).
  
2. A raíz del constitucionalismo social de postguerra, la democracia se la conceptualiza, no sólo con la simple decisión por parte de la mayoría (quién) sino qué es lo que esta mayoría decide (qué) llegando incluso a hablarse de límites “no decidibles”, cuestiones vetadas -límites- e instituciones contramayoritarias, y desconociendo como “democrático” todo aquello que no cumpla con estos presupuestos límites. Se pasó a hablar entonces de una “democracia constitucional”. Además, a raíz de los años sesenta, también hubo una nueva teoría de la democracia como mecanismo de toma de decisiones insertándose el término de “democracia participativa”.

3. La democracia participativa a diferencia de la democracia directa a la cual podríamos catalogar como su antecesora, resulta ser una institución más completa pues, no se reduce únicamente a la constante reunión del pueblo para tratar asuntos públicos como en la Antigua Grecia, sino que, se habla de un carácter activo de las personas, de iniciativas del pueblo para incidir en la vida pública, iniciativas que pueden ser de mayor o menor grado.
  
4. Los mecanismos de democracia directa en el Ecuador, pueden ser clasificados en los siguientes: iniciativa normativa, revocatoria de mandato, referéndum y “consulta popular” (plebiscito). En la doctrina, además, se los puede encontrar clasificados según sean promovidos desde el pueblo (desde abajo) o desde las instituciones de poder estatal (desde arriba); o, según sean de carácter obligatorio o mecanismos meramente consultivos.
  
5. Las consultas populares tienen los siguientes problemas: 1) lenguaje técnico; 2) magia detrás de este mecanismo de democracia directa y manipulación del electorado; 3) concentración de poder derivado de la celebración de consultas populares; 4) resultados cortoplacistas, 5) menoscabo del derecho de minorías; 6) Respuestas de “suma cero” que no permite posturas intermedias y; 7) polarización/ fragmentación de la sociedad.
  
6. Los límites formales simples que tiene la consulta popular, son aquellos que tratan sobre los requisitos de legitimación. De mayor complejidad, es aquel límite formal donde se analizan las preguntas y sus considerandos con el fin de que no menoscaben el derecho de libertad del elector. Al respecto hay que tener

en cuenta los cinco requisitos contenidos en el artículo 104 de la LOGJCC y los pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional, que hasta el momento han sido poco “ilustrativos” sobre todo en lo que respecta al contenido de los parámetros de “lealtad” y “claridad”.

7. Sobre los límites materiales, la Corte recientemente los ha ido estableciendo en sus dictámenes, siendo uno de los más importantes el Dictamen No 9-19-CP/19 donde se ha mencionado que se deberá verificar que el petitorio no incurra en prohibiciones o violaciones a la Constitución, no busque reformar la Constitución y, no implique la violación a derechos, garantías y procedimientos que la Constitución establece.
8. Respecto al último límite material “violación de procedimientos”, la CRE no ha desarrollado el contenido de lo que significaría “procedimientos” por lo cual, se han hechos dos interpretaciones. Una donde estos procedimientos hagan referencia a todos los mecanismos previamente establecidos en la CRE para lograr un determinado fin. En ese sentido sería inviable toda consulta popular que pretenda reemplazar dichos mecanismos/procedimientos. La segunda interpretación, más amplia, supone que los procedimientos constitucionales son asimilados a “instituciones de importancia constitucional” que no serían otras que aquellas que viabilizan el Estado de derecho, así, toda consulta popular que tenga como eventual resultado el menoscabo de uno de los elementos mínimos que tiene el Estado de Derecho no sería viable.
9. Se propone el establecimiento de una serie de obstáculos constitucionales respecto de las consultas populares. El primero de ellos, hace referencia al

tiempo que debe mediar entre la aprobación de la petición de consulta popular y la efectiva celebración de esta. Tampoco resulta conveniente que se vuelva a consultar de manera seguida un tema que ya ha sido resuelto previamente mediante el mismo mecanismo de democracia directa.

10. Otra propuesta es que, durante el trámite que se lleva a cabo para ejercer el control previo de constitucionalidad, la Corte Constitucional, requiera a cualquier institución pública y cuente con los sustentos técnicos que le brinden mayores elementos de juicio sobre las posibles consecuencias que acarrearía la consulta popular objeto del control.
11. En cuanto al dictamen ficto que la ley prevé, en caso de que la Corte Constitucional no emita su pronunciamiento en el término de 20 días, se ha señalado que este dictamen ficto podría generar un gran problema al dejar sin control y pasar por alto consultas populares que no se adecuen ni formal ni materialmente a la CRE, pues estaría avalando una suerte de “presunción de constitucionalidad” del cuestionario de la petición de la consulta popular. Al respecto, la sala de admisión de la Corte Constitucional ha señalado que, en casos de dictámenes ficto, por no haber un pronunciamiento de fondo por parte de la CRE, esta estaría habilitada para realizar un control ex post. Lo señalado en parte soluciona el problema de garantizar la supremacía constitucional, pero genera otros predicamentos tales como condicionar la obligatoriedad del pronunciamiento popular que manda el art 106 de la CRE

## V. RECOMENDACIÓN

Esta disertación, ha sido un trabajo expositivo del régimen constitucional actual aplicable a la consulta popular. Si bien se han generado unas propuestas, las mismas no dejan de estar dentro del haz de posibilidades que brinda nuestro texto constitucional que, a diferencia de lo que yo mismo creía, opta por una concepción de democracia “elitista”, es decir, una democracia desconfiada del poder popular.

Tal es así que, podría decirse que, lo que se puede someter a consulta popular en el Ecuador es “limitado” a diferencia de la ilusión amplia que nos puede dar el artículo 104 de la CRE. Esto se demuestra claramente, en los dictámenes previos de consulta popular dictados por la Corte Constitucional.

Esto, no quiere decir que nuestro régimen constitucional respecto a la consulta popular sea malo, pues como todo concepto, viene dado por una teoría específica de la democracia. Una teoría que desconfía del poder popular, al otorgar un gran poder de control a un órgano técnico que, a fin de cuentas, tiene como objetivo salvaguardar la supremacía de la Norma Fundamental que, con todo lo bueno y malo, nosotros hemos decidido sea la que nos rijan como sociedad.

Ahora bien, la consulta popular y, en general, los mecanismos de democracia participativa, pueden tener una lectura totalmente diferente a la presentada en esta disertación, si se deja de lado la limitación de exponer “desde” nuestra Constitución y se parte más bien desde una teoría constitucional.

Por eso me gustaría recomendar, a quienes deseen seguir profundizando el estudio de la consulta popular, que esta sea estudiada desde la óptica del constitucionalismo popular, corriente que justamente critica la “supremacía judicial” al momento de

interpretar el “sentido” constitucional de una determinada comunidad organizada y, en vez de ello, vuelve su mirada y confianza hacia las personas. Por lo mencionado, me atrevería a decir que un trabajo con ese enfoque llegaría a conclusiones diferentes a las llegadas en esta disertación y, por lo mismo, generaría un debate enriquecedor.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- Sentencia C-379/16, s.l., Corte Constitucional Colombiana, 18 Julio 2016.
- ¿Consulta popular para el TLC? (Tema Central)*. **Ortiz García Pablo** 2005, Centro Andino de Estudios Internacionales. 6 (II Semestre, 2005-I semestre, 2006), págs. 213-216.
- Ávila Ramiro** *El neoconstitucionalismo transformador*. Quito, Abya-Yala, 2011.
- Bondaux Loïc** *El Nuevo Espíritu de la Democracia: Actitud de la democracia participativa*. Buenos Aires, Prometeo, 2013.
- Bobbio Norberto** *Estado, Gobierno y Sociedad*. Barcelona, Plaza & Ganes Editores S. A., 1987.
- Bobbio Norberto** *El Futuro de la Democracia*. México, Fondo de Cultura Económica, 2018.
- Borja Laverde Patricia** *La Descapitalización del Fondo de Pensiones del IESS vs. El Derecho de los Afiliados*. Quito, CEP, 2018.
- Brewer-Carías Alan** *La Democracia Representativa y la Falacia de la Ilamada "democracia participativa"*. Fernández Ruiz José aut. libro. *Estudios de Derecho Electoral*. México DF, UNAM, 2011, págs. 23-51.
- Bustamante Gonzalo, Sazo Diego** *Democracia y Poder Constituyente*. Santiago, Chile, 2016.
- C-551-03. C-551-03, s.l., Corte Constitucional Colombiana, 09 julio 2003.
- Cabanellas Guillermo** *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires, Heliasta, 2008.
- Cameron Maxwell A, Hershberg Eric, Sharpe Kenneth** *Voces y consecuencias: participación directa y democracia en América Latina. Nuevas Instituciones de democracia participativa en América Latina: la voz y sus consecuencias*. México, FLACSO, 2012, págs. 9-38.

**Cameron Maxwell A, Hershberg Eric, Sharpe Kenneth E** Voces y consecuencias: participación directa y democracia en América Latina . *Nuevas Instituciones de democracia participativa en América Latina: la voz y sus consecuencias* . México DF , Flacso , 2012 , págs. 13-38 .

*Caso Gelman VS Uruguay* . s.l. , CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS , 24 Febrero 2011 .

**Castañeda Felipe** "Pueblo Intonso, Pueblo Asnal" La Democracia Directa desde Marsilio de Padúa . Arango Rodolfo aut. libro . *Filosofía de la Democracia* . Bogotá , CESO , 2007 , págs. 47-64 .

**Castellanos García Daniel** Democracia Representativa y Democracia Participativa . Andino Regional Curso aut. libro . *Compromiso Democrático Formación de Jóvenes Líderes en Instituciones, Valores y Prácticas Democráticas* . Bogotá , UPD OEA , 2000 , págs. 541-550 .

**Claus Offe** Wider Scheinradikale Gesten. Die Verfassungspolitik auf der Suche nach dem "Volkswillen". Hoffmann Gunter, Perger A Werner aut. libro . *De Kontroverse. Weizsäckers Parteienkritik in der Diskussion* . Frankfurt , Eichborn Verlag , 1992 , págs. 126-142 .

**Comercio Grupo El** Ecuador tuvo cinco consultas entre 1978 y 1997 . *El Comercio* . 11 noviembre 2014 .

**Córdova Paul** *Derecho Procesal Constitucional* . Quito , CEP , 2016 .

**Córdova Polilio** Los resultados de la consulta electoral. Una comparación con eventos similares . Carrion Mena Fernando aut. libro . *Los Resultados de la Consulta Popular en el Ecuador* . Noviembre , Flacso-Ecuador , 1995 .

*Dictamen 001-15-DPC-CC. 0002-15-CP* , s.l. , Corte Constitucional del Ecuador , 24 junio 2015 .

*Dictamen N° 001-11-DRC-CC . CASO N° 0001-11-RC* , s.l. , Corte Constitucional del Ecuador , 15 Febrero 2011 .

*Dictamen No 001-14-DRC-CC . CASO No 0001-14-RC* , s.l. , Corte Constitucional Ecuatoriana , 31 Octubre 2014 .

*Dictamen No 001-DPC-CC-2011 . No 0001-11-CP* , s.l. , Corte Constitucional Ecuador , 15 Febrero 2011 .

*Dictamen No. 12-19-CP/19 y acumulado* . Caso No. 12-19-CP y 13-19-CP , s.l. , Corte Constitucional del Ecuador , 25 Septiembre 2019 .

**Dworkin Ronald** *La Democracia Posible. Principios para un nuevo debate político* . Barcelona , Paidós , 2008 .

**Ecuador Corte Constitucional del** *Dictamen No 4-19-CP/19* . Caso No 4-19-CP/19 , s.l. , Corte Constitucional del Ecuador , 15 Agosto 2019 .

—. *Dictamen No 11-19-CP/19* . Caso No. 11-19-CP/19 , Quito , Corte Constitucional del Ecuador , 2019 .

**Ecuatoriana Corte Constitucional** *Dictamen No 1-20-CP/20* . Caso No. 1-20-CP/20 , Quito , Corte Constitucional del Ecuador , 2020 .

*El Ámbito del Control Constitucional sobre la Convocatoria a Consulta Popular en el Ecuador* . **Polo Pazmiño Esteban** 2008 , Revista Ecuatoriana de Derecho Constitucional , págs. 73-90 .

*El lugar de las minorías en la democracia: el caso Misiones* . **Urquiza Yolanda, Martín María Elena** 2011 , Mriada .

**Elster Jon** Introducción . *La Democracia Deliberativa* . Barcelona , Gedisa , 2001 , págs. 13-35 .

*EXPLORACION Y EXPLOTACION DE RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES DEL SUBSUELO DEBEN SER ADOPTADAS POR AUTORIDADES NACIONALES EN COORDINACION Y CONCURRENCIA DE LAS AUTORIDADES TERRITORIALES* . Sentencia SU095/18 , s.l. , Corte Constitucional Colombiana , 11 octubre 2018 .

**Ferrajoli Luigi** *Democracia y Garantismo* . Madrid , Trotta , 2010 .

—. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional* . Madrid , Trotta , 2011 .

**Fuller Lon L** *La Moral del Derecho* . Mexico DF , Editorial F Trillas , 1967 .

**García Falconí Ramiro J.** *Código Orgánico Integral Penal Comentado* . Quito , Latitud Cero Editores , Segunda , 2014 , Vol. I .

**García Martha Yessenia** *El Control Fiscal Participativo: una estrategia para la eficaz administración* . Bogotá , Universidad de Nueva Granada , 2015 .

**García-Pelayo Manuel** *Derecho constitucional comparado* . Salamanca , Alianza Editorial , 1999 .

**Gargarella Roberto** *El Problema de la Disonancia Democrática* . Cárdenas Juan Francisco *entrev.* . 19 Octubre 2018 .

**GK corporación** ¿Qué otras consultas populares han habido en periodos anteriores? *GK* . ( S / F ) .

**González Rissotto Rodolfo** *Mecanismos de Democracia Directa en Uruguay* . Fernández Ruiz José *aut. libro* . *Estudios de Derecho Electoral* . México D.F , UNAM , 2011 , págs. 407-423 .

**Grijalva Agustín** Derechos Humanos y Democracia: Complementariedades y Tensiones. Derecho Escuela de Asociación aut. libro. *Nuevos Retos del Constitucionalismo Ecuatoriano: Democracia, Garantías y Derechos*. Quito, AED, 2011, pág. 21.37.

**Habermas Jürgen** *Facticidad y Validez*. Madrid, Trotta, 2005.

**Haddad Yebrail** *La democracia deliberativa*. Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales, 2006.

**Hévia de la Jara Felipe** [En línea] 2010. [Citado el: 04 abril 2019]. [http://www.sciel.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-14352010000100007&lng=es&lng=es](http://www.sciel.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-14352010000100007&lng=es&lng=es).

**Holmes Stephen H** El compromiso y la paradoja de la democracia. Elster Jon, Slagstad Rune aut. libro. *Constitucionalismo y Democracia*. México, Fondo de Cultura Económica, 2017.

**Isunza Ernesto** Para analizar los procesos de democratización: interfaces socioestatales, proyectos políticos y rendición de cuentas. Isunza Ernesto, Cervera J. Alberto aut. libro. *Democratización, rendición de cuentas y sociedad civil*. México DF, CIESAS, 2010, págs. 265-291.

**Jurídica Enciclopedia** 2014 Enciclopedia jurídica. *2014 Enciclopedia jurídica*. [En línea] 03 Marzo 2014. <http://www.enciopedi-a-juridica.biz14.com/d/democracia-directa/democracia-directa.htm>.

**Lissidni Alicia** Democracia directa en Latinoamérica: Entre la delegación y la participación. Pachano Si món aut. libro. *Temas actuales y tendencias en la ciencia política*. Quito, FLACSO Ecuador, 2011, págs. 89-147.

**López Hidalgo Sebastián** *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional*. Quito, CEP, 2018.

*Los derechos de la naturaleza enseria Respuestas y aportes desde la ecología política*. **Gudynas Eduardo** 2011, *La Naturaleza con Derechos. De la filosofía a la política*.

*LOS MECANISMOS DE LA DEMOCRACIA DIRECTA: Argumentos a Favor y en Contra desde la Teoría de la Democracia*. **Mirengui Patricia, Alcántara Sáez Manuel** 2007, *Revista de Derecho Electoral*, págs. 1-26.

**Madison James** El Federalista. *Li bro dot. com*. [En línea] 23 noviembre 1787. <http://libertad.org/medi a/El-Federalista.pdf>.

**Mari que Ricardo García** *El Valor de la Seguridad Jurídica*. México, Distribuciones Fontamara, S A, 2007.

**Martínez Rafael** *Garantías Constitucionales* . México DF, IURE Editores , 2007

**Medina Precioso Juan Ramón** La democracia y el respeto a las minorías . *La Verdad* . 10 Diciembre 2009 .

**Merkel Wolfgang** Democracia directa. Los referendos desde la perspectiva de la teoría de la democracia y la social de democracia . Minnaert Anja, Endara Gustavo aut. libro . *De democracia Participativa e Izquierdas* . Quito, FES-ILDIS , 2015 , págs. 35-92 .

**Mill John Stuart** *El Gobierno Representativo* . S/N, Universidad de Sevilla Biblioteca de la , 1878.

**Montesquiéu** *El Espíritu de las Leyes* . Madrid , Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales , 1906 .

**Nino Carlos Santiago** *La constitución de la democracia deliberativa* . Barcelona , Gedisa , 1997 .

**Oyarce Rafael** *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado* . Quito, CEP , 2015 .

**Pachano Simón** Ecuador: la provincialización de la representación . Minwaring Scott, Bejarano María Ana, Hizarro Eduardo aut. libro . *La Crisis de la Representación Democrática en los Países Andino* . Santiago de Chile , Norma , 2008 , págs. 163-208 .

**Pachano Simón** *El Proceso Electoral de Ecuador* . Quito , FLACSO , S/F .

**Pate man Carole** Participation and Democratic Theory . *Masaryk University* . [ En línea] [https://is.muni.cz/el/1423/podzim2016/POLA01/umPateman\\_Dahl.pdf](https://is.muni.cz/el/1423/podzim2016/POLA01/umPateman_Dahl.pdf) .

**Pérez Pedro Jesús** Génesis y estructura de la democracia deliberativa . Haznar Hugo, Pérez Jordá aut. libro . *De la democracia de las masas a la democracia deliberativa* . Madrid , Ariel , 2014 , págs. 139-160 .

**Proudhon Jean-Francois** *Consulta popular y Democracia Directa* . s.l. , Instituto Federal Electoral , S/F .

**Quiñana Ismael** *Las Acciones por Incumplimientos y de Inconstitucionalidad por Omisión* . Quito , CEP , 2016 .

**Ramírez Alfredo** *Guía Práctica de la Democracia Participativa* . Madrid , DYKINSON , 2012 .

**Rendón Armando** [redalyc.org](http://redalyc.org) . [ En línea] 19 noviembre 2003 . [ Consultado: 02 abril 2019. ] <https://www.redalyc.org/html/3050/305026633007/> .

**Rosa Hernández Gonzalo Julián** *Formas de Participación Ciudadana y Elecciones*. Hernández Ruiz Jorge aut. libro. *Estudios de Derecho Electoral*. México DF, UNAM, 2011, págs. 177-192.

**Rousseau Jean Jacques** *El Contrato Social*. México, Ediciones Coyoacán, 2014.

**Salgado Hernán** *El Sistema Presidencial en América Latina Del Caudillismo Autocrático al Hiper-presidencialismo Constitucional*. Quito, CEP, 2017.

**Salgado Hernán** *Democracia y Participación Política en un Estado Social de Derecho*. Derecho Escuela de Asociación aut. libro. *Nuevos Retos del Constitucionalismo Ecuatoriano: Democracia, Garantías y Derecho*. Quito, AED, 2011, pág. 15.

—. La designación de los jueces constitucionales y el CPCCS. *El Universo*. 26 mayo 2018.

—. La evaluación y destitución de los jueces constitucionales. *El Universo*. 27 mayo 2018.

—. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Quito, Asociación Escuela de Derecho PUCE 1996, 1996.

**Salinas Arostegui Juan Francisco** *La declaratoria de interés nacional de la explotación de los bloques 31 y 43 del Parque Nacional Yasuní supone una posible vulneración de los Derechos de la Naturaleza y de los Pueblos en Aislamiento*. Quito, Tesis Ulla, 2018.

**Santillana Educación, S.L** *Diccionario Panhispánico Del Español Jurídico*. Madrid, Real Academia Española, 2017.

**Sartori Giovanni** *Teoría de la democracia*. Madrid, Alianza Editorial, 1988.

**Sayagues Lasso Enrique** *Tratado de Derecho Administrativo*. s.l., Fundación de Cultura Universitaria, 2002.

**Solis Ana Belén** *La Democracia Directa y el Gobierno de los Jueces Constitucionales*. USFQ aut. libro. *USFQ LAW REVIEW V4*. Quito, Colegio de Jurisprudencia USFQ, 2018, págs. 158-176.

**Squella Agustín** *Introducción al Derecho*. Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2014.

**Storini Claudia** *PODER, POLÍTICA Y DERECHO DESDE LA CARTA MAGNA AL CONSTITUCIONALISMO DEL SIGLO XXI*. Storini Claudia aut. libro. *CARTA MAGNA Y NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO ¿Ruptura o continuidad?* Quito, Coporación Editora Nacional, 2017, págs. 23-35.

**Touraine Alain** *¿Qué es la democracia?* Madrid, Ediciones Temas de Hoy, 1994.

**Trujillo Julio César** *Constitucionalismo Contemporáneo* . Quito , Corporación Editora Nacional , 2013.

**Universo** El TSE comunicó resultados de consulta popular . *El universo* . 20 abril 2007 .

**Vaca Andrade Ricardo** *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano* . Quito , Ediciones Legales , 2014 , Vol. I.

**Zambrano Álvarez Diego** *Derecho Electoral: Hurdidad y Democracia* . Quito , Dirección de Investigación Contencioso Electoral, 2012 .

**Zimmerman Joseph E.** *Democracia Participativa: El resurgimiento del populismo* . México DF , LIMUSA , 1992 .

**Zovatto Daniel** Las Instituciones de Democracia Directa . Nohl en Detery otros aut. libro . *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina* . México , Fondo de Economía y Cultura, 2007 , págs. 134-161.