



Análisis Jurídico Constitucional

de las preguntas a ser sometidas
a la Ciudadanía Ecuatoriana

Por Hernán Salgado Pesantes



¡gente unida, gente que produce!

75 años

Presentación

En mi calidad de Presidente Ejecutivo de la Cámara de Industrias y Producción, me es muy grato poner en consideración de la comunidad el Análisis Jurídico Constitucional de las preguntas a ser sometidas a la ciudadanía ecuatoriana, investigación de carácter jurídico de gran importancia, preparada por el Doctor Hernán Salgado Pesantes, prestante jurista y catedrático de Derecho Constitucional.

Consideramos que este análisis permitirá a los lectores profundizar conceptos tan importantes como la democracia, la separación de poderes, limitación del poder, entre otros, principios fundamentales que deben ser respetados de manera absoluta para que exista una adecuada convivencia social y pueda darse una verdadera protección a los derechos fundamentales y garantías de las personas, puesto que sin democracia no hay libertad.

Esta publicación refleja el alto compromiso que la Cámara de Industrias y Producción tiene para con el país, al fomentar el debate académico y técnico sobre temas de trascendencia para la vida de todos los ecuatorianos, además de representar un aporte para elevar el nivel de discusión de aquellos aspectos que preocupan profundamente a quienes tenemos la responsabilidad de ser líderes de opinión.

Dr. Pablo Dávila Jaramillo

EXTRACTO DEL CURRICULUM VITAE DEL PROF. HERNÁN SALGADO PESANTES

- Doctor en Jurisprudencia y Abogado (1967):
Universidad de Guayaquil.
- Doctor en Ciencias Políticas PhD (1973):
Universidad de Panthe n-Sorbona de Par s.
- Profesor Principal de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). Cátedra ganada por concurso de merecimientos y oposición, 1978.
- Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE
(1987 – 1989).
- Profesor invitado de la Universidad de París X Nanterre
(1990 – 2000)
- Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica: primer período 1992 – 1997 y segundo período 1998-2003. Electo Presidente de la misma (1997-1999).
- Magistrado del Tribunal Constitucional del Ecuador.
Período 1999 – 2003
- Magistrado de la Corte Suprema del Ecuador
(Nov. 2005 – Oct. 2008).
- Miembro de la Asamblea General del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y de los Institutos Iberoamericanos de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional.

1. Introducción

El presente análisis jurídico constitucional se propone examinar las diez preguntas formuladas por el señor Presidente de la República (cinco para la enmienda constitucional y cinco para la consulta), examinar en lo principal los respectivos anexos que acompañan a las preguntas de enmienda –anexos jurídicos que hacen posible el referéndum- y los argumentos que el ciudadano Presidente expone.

Este análisis se iniciará con el procedimiento previsto en el Art. 441 y siguientes de la Constitución, que para el caso debe ser observado y aplicado; además se examinará el contenido mismo de las preguntas, es decir el fondo. La finalidad es determinar si las preguntas cumplen con los mandatos constitucionales y también –en algunos casos- con los instrumentos internacionales de derechos humanos que la misma Constitución del Ecuador los invoca.



Las cinco preguntas de enmienda a La Constitución.

En el documento oficial que el Presidente de la República entregara a la Corte Constitucional de Transición habla de un *proyecto de enmienda de la Constitución* a fin de que previo dictamen del órgano de control pueda *emitir el Decreto de convocatoria a referendo*.

La Constitución de la República en su parte final (Título IX, Capítulo tercero) se refiere a la *Reforma de la Constitución* y en su Art. 441 establece la denominada **enmienda** de uno o varios artículos constitucionales. Dispone que la enmienda se realice mediante un **referéndum** que puede ser convocado por el Presidente, además de la ciudadanía y de la Asamblea Nacional. Para el caso en análisis, es importante destacar que el procedimiento llamado de enmienda (Art. 441 *ibidem*) tiene determinados condicionamientos o restricciones para su aplicación y son las siguientes:

- a) no alterar la estructura fundamental de la Constitución;
- b) ni el carácter y elementos constitutivos del Estado;
- c) ni restringir derechos y garantías;
- d) ni modificar los procedimientos de reforma constitucional.

Es en este contexto que el órgano de control constitucional debe examinar si las cinco preguntas presidenciales para la enmienda y el referéndum cumplen con lo previsto en el Art. 441 de la Constitución. Esta cuestión se la ha enfocado como el procedimiento que corresponde para esta clase de reforma de la Constitución.

También sería oportuno –en cuanto sea posible y sin romper el hilo explicativo– examinar el contenido mismo de tales preguntas, la cuestión de fondo. Analicemos pues las cinco preguntas presidenciales para la enmienda.

■ Pregunta 1:

Que elimina de la Constitución los plazos de caducidad de la prisión preventiva (de los 6 meses para delitos sancionados con prisión y de un año para los de reclusión) para que la ley establezca *plazos y condiciones*. En este punto lo que se elimina –máxime que un derecho– es propiamente una garantía constitucional que es parte del debido proceso; el momento en que el plazo de la prisión preventiva se extiende más allá de lo razonable entonces se violenta el derecho a la libertad y afecta a la presunción de inocencia.

Con esta enmienda constitucional (o reforma) lo que se quiere es que la Constitución no establezca plazos determinados, que sea la ley que lo haga, previo mandato constitucional. Si por un lado, este mandato evita caer en la violación del Art. 11 número 4 de la Constitución que prohíbe que la ley restrinja derechos y garantías, por otro estas cuestiones importantes que tienen que ver con derechos y garantías no deben quedar sometidas al legislador.¹

Pero examinemos la cuestión de fondo e interroguémonos si se elimina el plazo de seis meses y de un año significa violentar la libertad de los detenidos? Personalmente creo que no –mejor dicho, no necesariamente– siempre y cuando los jueces respeten el concepto del **plazo razonable**.

Para quienes no están informados sobre el concepto de plazo razonable debo señalar que este concepto no es subjetivo ni ambiguo. El plazo razonable ha sido construido en la doctrina internacional de los derechos humanos, la Corte Europea lo ha utilizado

¹ También es oportuno señalar que, de modo general, no es recomendable como técnica jurídico constitucional establecer plazos en el texto de la Constitución, es preferible que cualquier plazo se fije en la ley, sobretodo por dos razones: las violaciones que se den no serán a la Ley Suprema y la ley –al carecer de la rigidez constitucional– tiene una reforma menos complicada.

desde hace tres décadas y poco después lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, su jurisprudencia es rica en este punto como en otros.²

Sobre la duración de la prisión preventiva en el Ecuador se han dado muchos abusos, los jueces no han tenido la menor idea del plazo razonable. Frente a esta lacerante situación es que se introdujo en la Constitución de 1998 los plazos antedichos, y posteriormente lo reprodujo la Constitución 2008. Creo que está fuera de discusión que ningún ser humano puede permanecer hacinado en una prisión en espera de una sentencia penal que no llega. Establecer si los responsables son los jueces, fiscales, abogados, el propio indiciado o las leyes procesales es un viejo debate que lo hemos escuchado a saciedad.

Cambiar la norma constitucional para que no consten los plazos para la prisión preventiva (de seis meses para delitos de prisión y de un año para los de reclusión) no va a resolver los graves problemas de inseguridad y de crisis judicial. Hay que considerar la compleja realidad ecuatoriana. No porque la ley se ale cuales son los plazos razonables futuros estos se van a cumplir. Creo que no, y esto porque hay graves deficiencias en la administración de justicia que si no son corregidas seguiremos en el círculo vicioso.

Vale reiterar que existen abundantes diagnósticos sobre los males que aquejan a la justicia. El principal es la desinstitucionalización crónica que la Función Judicial ha padecido, cada gobierno busca mejorar la justicia a su manera. Ahora estamos frente a un nuevo modelo.

¿Hay soluciones? Sin necesidad de las “medidas radicales” se podría recoger los datos que arrojan las estadísticas judiciales de distintas fuentes, que son reiterativas en señalar que **faltan juzgados y jueces** en el país y que donde más falta hacen son en las provincias de mayor población como Guayas y Pichincha.

² La misma Convención Americana sobre Derechos Humanos utiliza bastante el concepto del plazo razonable, tanto como usa el concepto de sociedad o Estado democrático que viene a ser la garantía para la efectividad de los derechos humanos. Si la prisión preventiva se extiende por algunos años obviamente no habrá plazo razonable, más aún si al dar sentencia está seala una pena privativa de libertad menor al tiempo que la persona estuvo detenida, ese fue el caso ecuatoriano ante la Corte IDH “Suárez Rosero” (1997); igual sucede si la persona permaneció detenida algunos años para después en la sentencia declararle absuelta de culpa, lo que ocurrió en el caso Tibi contra Ecuador (2004).

Basta confrontar el número de jueces y el número de habitantes para saber por qué se amontonan los expedientes, por qué se dilata el despacho. Generalizar la idea de que todos los jueces son corruptos hace un daño irreparable a una institución básica para la democracia y el Estado de Derecho. Y se volverá un imposible institucionalizar la Justicia.

Lo que viene de señalarse exige un mayor presupuesto para la Función Judicial, antigua cuestión (que podría parangonarse con el dilema de Hamlet). Sería saludable que nos precisen cuáles es el real porcentaje del total del presupuesto del Estado que se destina a la Función Judicial, y cuáles son los porcentajes que recibe la Función Ejecutiva y la Función Legislativa, y los demás órganos del Estado ecuatoriano.

Para concluir con esta pregunta vale hacer referencia al órgano administrativo de la Función Judicial cuya inoperancia es injustificable, el Consejo de la Judicatura, que salió fortalecido en Montecristi. Este es otro punto del desacierto de los constituyentes de Montecristi que consiguieron desinstitucionalizar la administración de justicia en su conjunto. Pero tales errores no se solucionan con elegir a tres o más modos ciudadanos para que en dieciocho escasos meses reestructuren una institución destruida por décadas.

Dejando el fondo de esta primera pregunta, examinemos lo relativo al procedimiento, que es más sencillo. El Art. 441 de la Constitución –como fue señalado al comienzo– dispone que las llamadas enmiendas no puedan restringir derechos ni garantías. Y esta pregunta presidencial restringe garantías establecidas en la Constitución, en consecuencia esta pregunta sobre la caducidad del plazo de la prisión preventiva no puede ser calificada como “enmienda” que permita el “referendo”.

Si se quiere realizar la antedicha modificación al texto constitucional el único camino, por mandato del Art. 444 de la Constitución, es el de la asamblea constituyente que obviamente implica dificultades (su convocatoria, su elección, su actuación).

■ Pregunta 2:

Lo más importante, en mi criterio, es el inadecuado aumento del plazo de 24 a 48 horas para mantener a una persona sin fórmula de juicio en delitos flagrantes. El plazo de 24 horas para estos casos no es una conquista reciente, fue establecida por las reformas constitucionales de 1983 (para la Constitución de 1979) y significó un avance procesal en la búsqueda de agilizar las actuaciones. A los despus se suprimir otra fuente de arbitrariedad la incomunicación de los detenidos.

Aumentar el plazo de permanencia sin fórmula de juicio para delitos flagrantes a 48 horas evidencia la restricción de una garantía por lo tanto no puede ser materia de enmienda, según el Art. 441 de la Constitución. Además, es un retroceso procesal que no se justifica; la solución de aumentar jueces y auxiliares de la justicia serviría en este tema como en otros de la justicia.

Es oportuno recordar que en materia de derechos humanos el principio de progresividad es esencial, esto significa que una vez que los derechos avanzan no podemos volver atrás.

Otra modificación constitucional que contiene la segunda pregunta es la relativa a la idea de excepcionalidad que debe tener la prisión preventiva, tal idea se modifica por la frase de que “no será la regla general”. Asimismo, se ponen ciertos límites a las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad.

Esta pregunta, al igual que la primera, incumple con la Constitución y no puede ser presentada como enmienda por cuanto el Art. 441 dispone que éstas no pueden restringir derechos ni garantías. Para que se realicen estas reformas constitucionales hay que convocar a una asamblea constituyente, como se se al en la primera pregunta.

■ Pregunta 3:

De enmienda constitucional se refiere al actual Art. 312 de la Constitución que ya contempla la prohibición a los entes financieros de *poseer participaciones permanentes* en empresas ajenas a la actividad financiera y que expresamente prohíbe –a los entes financieros- la participación en los medios de comunicación social (en el inciso segundo, Art. 312). Ahora se pretende incluir a las empresas privadas de comunicación nacional en la prohibición de ser titulares de acciones y participaciones en empresas ajenas a la actividad financiera.

Esto significa ampliar la antedicha prohibición al tiempo de precisar ciertos aspectos: se hace referencia únicamente a entidades privadas, a las públicas se las excluye; respecto a las empresas de comunicación se refiere a las nacionales, las extranjeras sí podrán hacerlo; y, la prohibición se extiende a los *directores y principales accionistas*, (la norma actual incluye a los representantes legales, y se refiere a los accionistas en general).

No obstante la referencia a diversas normas del sistema financiero que trae la Constitución de Montecristi (Arts. 308 y siguientes) y que han sido citadas para avalar la constitucionalidad de esta medida, también la Constitución recoge y garantiza la libertad económica con ciertas limitantes, como en general se reconoce en los instrumentos internacionales.

La prohibición a las entidades financieras y de comunicación -que puedan realizar otro tipo de inversión ajena a su actividad- estaría en contradicción con el Art. 66 número 15 de la Constitución. Dicha norma consta entre los “Derechos de libertad” que reconocen y garantizan diversos derechos fundamentales, los cuales se inician con el Art. 66 y en el número 15 dice:

El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.

Como se observa este derecho se garantiza sin otras limitaciones que aquellas necesarias para respetar los tres principios que allí se enuncian: solidaridad, responsabilidad social y ambiental. En consecuencia, en lo que tiene que ver con el fondo, no se debe prohibir la inversión en actividades diferentes a las que tienen quienes forman parte del sistema financiero privado y de las empresas privadas de comunicación nacional. Y en cuanto al procedimiento, al haber una restricción de derechos no se lo puede configurar como una enmienda; por mandato de la Constitución aquí –como en las preguntas anteriores- sería necesario que la reforma lo realice una asamblea constituyente.

■ Preguntas 4 y 5:

A lo expresado anteriormente se suman las preguntas 4 y 5 incluidas –por el Presidente- para la enmienda y el referéndum. Éstas –para *superar la crisis de la Función Judicial* - quieren modificar la estructura del órgano rector de la Función Judicial que es el Consejo de la Judicatura: en franca oposición a la forma de designar a los 9 vocales de dicho órgano se quiere crear una “Comisión Técnica de Transición” (de 3 miembros) para que durante un año y medio *asuma todas y cada una de las funciones del Consejo de la Judicatura y pueda reestructurar el sistema judicial* ;

Complemento de esta pregunta es la quinta, concebida para cuando concluya la tarea reestructuradora de la Comisión. La Judicatura se integrará de modo diferente a lo que disponen los Arts. 179 y 180 de la Constitución: no serán 9 sino 5 los vocales, provenientes del Ejecutivo, del Legislativo, el Fiscal General, el Defensor Público y el Presidente de la Corte Nacional de Justicia (quien preside).

Las preguntas 4 y 5 no pueden ser objeto de enmienda ni de referendo porque incumplen el mandato constitucional del Art. 441 de no alterar la estructura fundamental de la Constitución, la cual –del mismo modo que la Constitución

de 1998- puso como base de la Función Judicial un principio rígido de separación o división de poderes, que se concretó en la no intervención ni del Ejecutivo ni del Legislativo para designar a los jueces, a fin de alcanzar la independencia de la administración de Justicia y superar experiencias pasadas.

Es fácil deducir que estas pretendidas enmiendas presidenciales para reestructurar la Función Judicial rompen el principio de la separación de poderes y destruye la independencia de la administración de Justicia. A esta pretensión la opinión pública ha llamado *meter las manos en la justicia* .

En todo caso, de querer cambiar la integración de la Judicatura –pregunta 5- habría que aplicar lo dispuesto por el Art. 442, el cual habla de “reforma parcial” y que debe ser tramitada por la Asamblea Nacional, pues el Art. 442 no condiciona la reforma en los términos que lo hace el Art. 441, las restricciones que impedirían la “reforma parcial” serían dos: la restricción de los derechos y garantías; y, modificar el procedimiento de reforma constitucional.

En cuanto a la pregunta 4 de la enmienda presidencial, de disponer que una “Comisión Técnica de Transición” compuesta de tres funcionarios reestructure por 18 meses la Función Judicial, es un mecanismo propio de regímenes autoritarios, no democráticos.

Primera conclusión:

En cuanto al procedimiento las cinco preguntas no cumplen con lo dispuesto en el Art. 441 para la enmienda constitucional lo que impide al Presidente de la República convocar un referéndum con el fin de introducir reformas al texto constitucional. Los caminos son otros. En lo concerniente al contenido mismo de estas preguntas, al fondo, hay serios obstáculos pues se violentan principios y normas constitucionales junto con mandatos contenidos en instrumentos internacionales de derechos humanos y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.



Ánalysis de las preguntas para “Consulta Popular”.

De las cinco preguntas para cuyo procedimiento el Presidente de la República se alía la consulta popular, algunas están en contradicción con los mandatos constitucionales vigentes e instrumentos internacionales sobre derechos humanos; otras son carentes de importancia y no deben ser materia de una consulta popular porque devalúan un mecanismo de democracia directa. Iniciemos el análisis tomando las preguntas en el orden de importancia para la vida del país.

La consulta N° 4

Propone que la ley cree un Consejo de Regulación que norme la difusión de contenidos. Esta cuestión reviste importancia porque está en relación directa con la libertad de expresión en el Ecuador, derecho constitucional que ha sido puesto en tela de discusión debido al comportamiento presidencial en contra de los medios de información.

La pregunta es ambigua, pues la regulación de contenidos y de su difusión deben constar en la ley respectiva, con las precisiones del caso y de acuerdo a los estándares que han sido establecidos tanto por la jurisprudencia de la Corte Interamericana como por la Relatora Especial para la Libertad de Expresión para nuestro continente (de OEA). De crearse un Consejo, a éste le corresponderá únicamente velar por el cumplimiento de la Ley, desde una perspectiva administrativa.

Establecer un Consejo que norme o regule la difusión de contenidos significa crear un **órgano de censura previa** lo que está expresamente prohibido por la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 13).

Además, al actuar de esta manera hay el peligro de que los miembros de dicho Consejo pierdan la objetividad y actúen coyunturalmente según las presiones que reciban. Es decir, se cae en el abuso del control oficial. Asimismo, es la ley y no un Consejo el que establezca los criterios de responsabilidad ulterior.

El Art. 19 de la Constitución determina que la ley regulará la prevalencia de contenidos que debe haber en la programación de los medios de comunicación; y, en el inciso segundo consta la prohibición *de publicidad que induzca a la violencia, la discriminación, el racismo, la toxicomanía, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y todo aquella que atente contra los derechos*.

Esta disposición constitucional debe ser recogida por la ley respectiva sin alterarla. La pregunta que se consulta no se sujeta al Art. 19 de la Constitución. La pregunta induce a aceptar un Consejo de Regulación para normar los contenidos *que contengan mensajes de violencia, explícitamente sexuales o discriminatorios; y que establezca los criterios de responsabilidad ulterior de los comunicadores o los medios emisores*. Como se observa, al mencionarse los contenidos únicamente se indican tres, e incluso podría pensarse que la violencia se refiere a lo sexual y a lo discriminatorio. Luego, como se se alía, se quiere que el Consejo determine los criterios de responsabilidad ulterior (se entiende para cada caso).

Recuérdese que en la Asamblea Legislativa los sectores sociales y varios asambleístas habrán alcanzado un acuerdo para que no se incluyera en la ley respectiva este Consejo de Regulación como se había diseñado en el proyecto de ley elaborado por el Ejecutivo (que además estaba integrado por una mayoría oficialista). La mencionada ley se encuentra en el trámite final de aprobación en el Legislativo, el problema es que no existen los votos necesarios. Se comprende que el Presidente quiera a todo trance sacar esta ley de la manera que fue concebida.

Por otro lado, mientras se debatía la ley, la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dio recomendaciones precisas para no limitar la libertad de expresión por medio de un ente administrativo.

La consulta N° 1:

El enriquecimiento ilícito en el que pueden incurrir los funcionarios públicos quiere ser extendido a personas particulares, para impedir la corrupción. Con esta finalidad se quiere establecer el delito de *enriquecimiento privado no justificado*.

La utilización del vocablo “no justificado” para esta forma de enriquecimiento de personas particulares representa un grave riesgo porque es una expresión imprecisa que puede ser usada con mucho subjetivismo, abriendo espacios a la arbitrariedad. Más aún si se considera que en este caso (como en el enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos) se revierte la carga de la prueba, pues son los acusados quienes deben probar que aquellos bienes fueron obtenidos lícitamente. Esta situación probatoria afecta el derecho a presumir la inocencia de las personas por lo que no debe ser generalizado.

Esta penalización contra particulares puede generar inseguridad jurídica y podría atentar a la propiedad privada reconocida en el texto constitucional en el Art. 66 número 26. Y como se menciona en el documento presidencial, refiriéndose a esta forma de incrementar la riqueza, se lo hace *a través de la comisión de diverso tipo de delitos* -lo cual es cierto- entonces una solución menos complicada es aplicar la ley y sancionar esos diversos medios de obtener riqueza.

En efecto, en lo que se refiere al enriquecimiento particular mediante el narcotráfico, esta situación ha sido contemplada ya en la nueva ley para reprimir el lavado de activos.

La consulta N° 5:

Se señala que para evitar la explotación laboral se debe establecer como delito la no afiliación de los trabajadores en relación de dependencia al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Del mismo modo, que la pregunta 1, se quiere penalizar a esta ilegalidad que cometen determinados empleadores. Sería extremar la sanción recurriendo al Código Penal cuando la ley laboral y la de la Seguridad Social contemplan estas situaciones y establecen sanciones, lo que se debe es reforzar los controles y, llegado el momento, aplicar con rigor las normas legales existentes.

La consulta N° 2:

Se pretende prohibir *los negocios dedicados a juegos de azar, tales como casinos y salas de juego*, por las repercusiones negativas que esta actividad tiene en la sociedad. Establecer la total prohibición sería adoptar una medida radical que puede conllevar aspectos negativos en el contexto turístico del país, debería ser objeto de mayor estudio.

La consulta N° 3:

Se refiere a prohibir *los espectáculos públicos donde se mate animales*. Esta cuestión se ha concretado en los espectáculos taurinos y también en las peleas de gallos, los cuales cuentan con aficionados. Presumo que esta consulta sirve para camuflar las demás preguntas y consultas, son juegos de artificio que ocultan el verdadero sentido de estas reformas a la Constitución 2008.

Vale señalar que tanto en la consulta 2 como en la 3 se fija como ámbito de la prohibición la *respectiva jurisdicción cantonal* del ciudadano que es consultado. Como se sabe, las decisiones en el ámbito cantonal corresponden a los gobiernos autónomos descentralizados, como denomina a los órganos seccionales la Constitución vigente en el capítulo tercero del Título V. Es decir, son los concejos

cantonales (Art. 253 de la Constitución) quienes deben adoptar estas decisiones e incluso pueden llamar a consulta popular con la decisión de las tres cuartas partes de sus integrantes sobre temas de interés para su jurisdicción, conforme lo dispone el Art.104, inciso tercero, de la Constitución.

En consecuencia, el Presidente de la República estaría invadiendo potestades ajenas con posible violación de las normas constitucionales antes señaladas.

IV.

Requisitos formales de toda Consulta Popular.

La doctrina constitucional al analizar los mecanismos de democracia directa establece que pueden ser: consultas de referéndum (cuando existe un texto jurídico sobre el que se consulta); consultas de plebiscito (al no haber ese texto legal, simplemente se hacen preguntas); consultas de revocatoria del mandato (recall) y otras variedades que se han desarrollado.

Sobre la consulta de plebiscito la primera indicación que suele hacerse es que esta puede ser **manipulada**, ya que al no haber un texto jurídico de base que precise el contenido de la consulta, la pregunta puede interpretarse de la manera que más interese a la autoridad. En efecto, esto ha ocurrido en muchos países e igualmente en Latinoamérica, donde gobiernos dictatoriales camuflaron sus reales intenciones en consultas aparentemente patrióticas.

Por lo expresado, las consultas plebiscitarias –carentes de un texto jurídico que fije su contenido- han sido miradas con recelo. Un aspecto que acompaña al plebiscito y por ello se le considera como una característica es que constituye un voto de confianza o desconfianza a la autoridad que convoca la consulta.³

En todo caso, la doctrina constitucional exige que el lenguaje utilizado en las diversas clases de consultas populares debe ser claro y preciso, sin ambigüedades; que no induzca las respuestas que el ciudadano da. Cuando hay consulta de referéndum lo que el ciudadano debe tener a la vista –más que la pregunta- es el texto de la norma jurídica que se quiere que conste en la Constitución.

³ Esto ocurrió desde los tiempos de Napoleón Bonaparte que convocó al pueblo francés a más de un plebiscito para preguntar si querían que ejerciera determinadas funciones (cónsul vitalicio, monarca). Las consultas del general Pinochet en Chile también demuestran lo que no se debe hacer. Un voto de desconfianza fue en Ecuador la consulta del presidente Febres Cordero.

Con estas breves reflexiones examinemos el aspecto formal de las preguntas que el Presidente Correa ha presentado al órgano de control constitucional. En las diez preguntas se observa que **existe inducción**: en cada una de ellas se inicia con la expresión “con la finalidad” y continúa con una idea positiva que nadie podrá rechazarla.

Para la enmienda de la Constitución (o sea para reformarla) se antepone al texto de la norma jurídica -que debe reemplazar a la norma existente- una pregunta que no debería constar porque en el referéndum es suficiente presentar el texto jurídico o normativo. Dicho texto –que aquí se le llama anexo- se explica por sí solo y determina lo que se quiere hacer. Lo que sí podrán ser anexos son las modificaciones a las leyes secundarias (como en el caso de la pregunta 5 de la enmienda), que si bien son necesarias no son adecuadas para un referéndum porque los ciudadanos comunes difícilmente van a entender; son tecnicismos jurídicos que deben quedar como anexos para la Función Legislativa.

Las preguntas llamadas de la “consulta popular” (como si el referéndum no lo fuera) son aún más inductivas, porque -como se dijo- al no haber el texto o norma jurídica queda en manos de la autoridad respectiva darle forma legal, dicho de otro modo, esas 5 preguntas deberán traducirse en leyes. Y, entonces ¿qué quedará de la voluntad popular?

* * *

Prof. Hernán Salgado Pesantes
Quito, 1 de febrero de 2011





¡gente unida, gente que produce!

CÁMARA DE INDUSTRIAS Y PRODUCCIÓN
Dirección: Avdas. Amazonas y República.
PBX: (593 2) 245-2500 · Fax: (593 2) 244-8118
Quito, Ecuador

75 años

www.cip.org.ec