

ENSAYO JURÍDICO

El control de constitucionalidad de las convocatorias a consultas populares en la Corte Constitucional ecuatoriana

Por: Sebastián López Hidalgo¹

1. Introducción.

En un modelo robusto de revisión judicial como el ecuatoriano², la tarea del órgano de control resulta relevante en la concreción de los derechos fundamentales y las instituciones previstas en la Constitución. En ese contexto, el presente trabajo, luego de exponer a breves rasgos lo que supone el ejercicio del control de constitucionalidad en una Constitución que se estima normativa a luz del paradigma Constitucional; discute sobre el papel que debe guiar el ejercicio del control de constitucionalidad en temas de consultas populares, capaz de rearticular la relación existente entre de democracia directa, soberanía popular, participación ciudadana y

órganos de justicia constitucional. La idea, luego de una revisión atenta de los dictámenes emitidos por la Corte Constitucional ecuatoriana en el caso de las consultas populares, es evidenciar cuáles son los estándares jurisprudenciales o líneas jurisprudenciales que ha trazado la Corte y que deben guiar dichos procesos, así como, conocer cuáles son los límites y alcances del control en esta materia. Finalmente, lo que se intenta es reposicionar al órgano de control como un actor trascendental dentro del debate democrático y la deliberación pública, fortaleciendo de esta manera a una democracia directa más informada.

¹ Doctor, Ph.D. en Derecho-Universidad Andina Simón Bolívar-Quito; Doctor Ph.D. en Derecho-Universidad de Sevilla-España; Docente investigador de la Universidad del Azuay y profesor titular de la cátedra de Derecho Constitucional; Profesor contratado en la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Correo electrónico: sebaslopezhidalgo@yahoo.com

² Se entenderá como modelo robusto de revisión judicial o de supremacía judicial un sistema que, con una Constitución rígida como la ecuatoriana, faculta a unos jueces constitucionales vetar con el carácter de definitivo normas aprobadas por una asamblea parlamentaria, sin posibilidad de reenvío o diálogo orgánico institucionalizado.

En relación a la *última palabra*, en el dictamen 11-19-CP/19 de consulta popular, la Corte Constitucional literalmente indicó: "...Uno de los elementos esenciales del Estado constitucional es la existencia del control judicial de constitucionalidad de los actos del poder público. Como lo expresa el artículo 1 de nuestra Constitución, Ecuador es un Estado Constitucional y, por eso, en la misma Constitución se instituye la Corte Constitucional. Nuestro diseño constitucional le otorga a esta la *última palabra* en las materias de su competencia, entre ellas, en la tutela de los derechos fundamentales...una Corte Constitucional con la "última palabra", entendida esta no como infalibilidad sino como inalterabilidad frente a las autoridades democráticas constituidas".

2. El control de constitucionalidad en una Constitución normativa.

Si el sistema norteamericano de revisión judicial se encontraba diseñado en favor de una supremacía judicial, el modelo europeo de soberanía parlamentaria supuso, en su momento, un acto de desconfianza frente a los jueces devotos del antiguo régimen y de afirmación de la supremacía del parlamento³, dando lugar a dos modelos diversos de control de constitucionalidad.

No obstante de que cada modelo de control de constitucionalidad encuentra una fundamentación propia, debido a la constante influencia que ha existido entre uno y otro sistema, resulta cada vez más complicado, más allá de lo teórico, hablar de modelos “puros” de revisión judicial⁴. La obsolescencia de la clásica polaridad “*sistema americano*” versus “*sistema europeo*” es patente⁵.

Si se quiere, desde una perspectiva histórica, los dos sistemas de revisión judicial se presentan, no como soluciones antagónicas, sino, *teleológicamente convergentes* a fin de garantizar la supremacía constitucional⁶. Ciertamente, como García de Enterría lo expone: “el sistema estructural de jurisdicción concentrada, implica alguna consecuencia procesal importante, pero ya no ligada a las concepciones kelsenianas de base”⁷

Así, el modelo concentrado está permanentemente influenciado por la lógica que impregna el *judicial review*, y es muy probable que esto responda, a la fuerte rematerialización de los textos constitucionales contemporáneos en materia de derechos, en los cuales, el juicio de constitucionalidad ha dejado de ser una simple actividad lógica de comparación abstracta entre la legislación ordinaria y la norma constitucional⁸.

³ Luis Prieto Sanchís, “Tribunal constitucional y positivismo jurídico”, en Miguel Carbonell, comp. *Teoría de la Constitución* (CDMX: Porrúa, 2005), 317.

⁴ Véase Lucio Pegoraro, *La justicia constitucional: Una perspectiva comparada* (Madrid: Dykinson, 2004); Francisco Fernández Segado, *La justicia constitucional ante el siglo XXI-La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano* (Bologna: CLUEB, 2010); Francisco Rubio Llorente, “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, en Francisco Rubio Llorente y Javier Jiménez Campo, *Estudios sobre jurisdicción constitucional* (Madrid: McGraw-Hill, 1998), 159-60 indica que resulta cada vez más difícil e infructuoso hablar de modelos puros, dada la constante aproximación entre ambos, por lo que se trata más bien de modelos teóricos y no de una verdadera categoría de sistemas reales, al punto de que casi todos los sistemas en Europa incorporan estructuras procedentes tanto del uno como del otro.

⁵ Fernández Segado, *La justicia constitucional*, 35 y s.

⁶ Francisco Tomás y Valiente, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional* (Madrid: CEC, 1993), 53.

⁷ Eduardo García de Enterría, “La posición jurídica del tribunal constitucional en el sistema español: Posibilidades y perspectivas”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 1, No. 1 (1981), 46.

⁸ De ahí la expresión de Francisco Rubio Llorente, “Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 4 (enero-abril de 1982): 40, en relación con la repugnancia de Kelsen al admitir la vinculación del legislador a los preceptos no puramente organizativos de la Constitución.

La apuesta del constituyente europeo con los primeros códigos constitucionales posteriores a la Segunda Posguerra “a favor de un modelo de Constitución que sigue de cerca los pasos de la Constitución americana, con las consecuencias que de ello se derivaron en relación con el control de constitucionalidad [...] propiciará una hibridación del modelo kelseniano”⁹ que, en lo sustancial, continuará mostrando su estructura centralizada y el monopolio del rechazo de la ley.

El “litigio jurídico-constitucional ya no es exclusivamente el –conflicto constitucional– en sentido estricto [...] que determinó la aparición de la justicia constitucional como jurisdicción constitucional de conflictos. Actualmente, a pesar de que se sigue pensando en el fundamento objetivo de los instrumentos de defensa constitucional, la realidad ha superado ese planteamiento clásico”¹⁰, esto en gran medida se debe, por un lado, a una superación o ampliación del contenido material de la norma fundamental a partir de la incorporación extensa de normas abstractas al catálogo de derechos; y,

por otro, a la superación del concepto mismo de Constitución como una simple norma procedimental de organización política. En efecto, la consecuencia de un esquema *principalista* de derechos en los textos constitucionales contemporáneos y de un sometimiento de todos los jueces a la Constitución, no puede ser otra que la aproximación e influencia recíproca de los modelos de justicia constitucional o revisión judicial.

De ello se deduce que el Estado constitucional consistiría hoy en día en una forma mixta de democracia en la que la democracia de la ley estaría templada (corregida) por una fuerte intervención judicial¹¹, en la cual, una concepción objetivista de la interpretación y la convicción de que los textos constitucionales no representan sino una agenda procedimental, resulta insostenible¹². Y es que en el Estado constitucional democrático se ha amplificado la función del juez encargado de hacer efectivas de forma directa las normas de rango constitucional, como una consecuencia lógica de la mayor extensión propia de la Constituciones modernas.

⁹ Fernández Segado, *La justicia constitucional*, 63.

¹⁰ Pablo Pérez Tremps, *Tribunal constitucional y poder judicial* (Madrid: CEC, 1985), 9.

¹¹ Manuel Aragón Reyes, *Estudios de derecho constitucional*, 2da. ed (Madrid: CEPC, 2009), 255.

¹² Una referencia interesante respecto a la crítica contra los dogmas de coherencia del derecho y de la neutralidad de los jueces puede verse en Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial: El debate con la teoría crítica del derecho* (Bogotá: Siglo del Hombre, 1999).

Así, la tendencia a hacer efectivos los mandatos constitucionales en los casos concretos se confunde con el interés público de garantizar la regularidad del ordenamiento jurídico, superando un marco objetivo de control para transformarse en una exigencia diaria que impregna las relaciones subjetivas.

Dicha hibridación¹³ no solamente se evidencia en una aproximación entre el modelo difuso y concentrado, sino que, además, las fronteras entre Cortes constitucionales o tribunales constitucionales en cuanto “legisladores negativos” para con el poder legislativo y, en cuanto jurisdicción, con el propio poder Judicial, del cual muchas veces no son parte desde una perspectiva orgánica, son aún más difusas¹⁴. Ello hace que no pueda hablarse ya de un simple “legislador negativo”, como *idea-fuerza* de la concepción kelseniana que ha impregnado durante mucho tiempo a los tribunales constitucionales, sino, además, de un nuevo agente “productor del derecho”, encargado de hacer efectivo el programa constitucional trazado por el constituyente.

Precisamente, si se admite la supremacía de la Constitución y su fuerza normativa, la relación juez-Constitución adquiere un nuevo matiz en el Estado constitucional. Al incorporar el examen de constitucionalidad de la ley al ámbito propio de la jurisdicción, se consolida la posición institucional del órgano jurisdiccional como un órgano que ejerce poder¹⁵, al cual le compete la responsabilidad de actualizar el compromiso constitucional a costa de neutralizar las decisiones de otros poderes que violen el pacto fundamental del Estado¹⁶.

Consecuentemente, tal como ha sucedido en el caso ecuatoriano la recepción de un concepto de Constitución distinto al del siglo XIX, implica necesariamente una transformación del ordenamiento jurídico. De un juez acrítico de los contenidos legales, devoto del principio de soberanía parlamentaria, al cual le estaba vedado cuestionar las normas que aplicaba, a la asunción de un juez encargado de recrear el derecho en el momento de su aplicación a los casos concretos en el marco de las posibilidades permitidas

¹³ Lucio Pegoraro con notable precisión indica que “Las diferencias estructurales de cada ordenamiento –imputables a la familia jurídica a la que pertenecen, a las tradiciones históricas y culturales, a la forma de gobierno, al nivel de desarrollo- han aconsejado, después de una fase de recepciones acrílicas, adaptar los modelos originarios a las exigencias específicas de funcionamiento”. Véase Pegoraro, *La justicia*, 169.

¹⁴ Francisco Tomás y Valiente, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional* (Madrid: CEC, 1993), 97.

¹⁵ Karl Lowenstein, *Teoría de la Constitución* (Barcelona: Ariel, 1979), 304.

¹⁶ Gloria Lopera Mesa, “La problemática legitimidad de la justicia constitucional”, en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, No. 5 (2001), 247.

por la Constitución, existe un cambio importante en favor de una opción que puede estimarse judicialista.

A mayor vitalidad social, tanto mayor puede ser el ámbito de intervención judicial. Y esto justamente es lo que ha sucedido con la amplificación de las atribuciones de las cortes o tribunales contemporáneas, patente en su actividad de control como por ejemplo, en el caso de iniciativas de consultas populares, dando paso a la idea del control como un elemento inseparable del concepto de Constitución¹⁷.

3. El control de constitucionalidad de consultas populares.

3.1. La consulta popular como un mecanismo de democracia directa y complemento de la democracia representativa.

Con la afirmación del principio democrático y su máxima expresión de soberanía popular se harían evidentes algunos problemas prácticos para el Estado democrático¹⁸. En primer

lugar, en lo que tiene que ver con la expansión natural del número de participantes dentro del proceso democrático en la toma de decisiones; y, en segundo lugar, con una sociedad que dejaba de ser una entidad homogénea y empezaba a expresar su diversidad¹⁹.

En ese contexto, la consolidación del cuerpo electoral como poder constituyente y “punto de intersección de la Sociedad y el Estado” dentro del Estado democrático adquiere un matiz trascendental a través del ejercicio de los denominados derechos políticos o derechos de participación²⁰ así como de lagunas instituciones que ponen en marcha el ejercicio de la voluntad popular.

A pesar de natural coincidencia entre una ideal general de democracia, por un lado; y, democracia directa, por otro, -debido a las mismas complejidades advertidas-, no obstante, una democracia directa completa, perfecta o absoluta es imposible²¹. De hecho, como advierte

¹⁷ Véase, al respecto, Manuel Aragón Reyes, “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7, No. 19 (enero-abril de 1987).

¹⁸ Un análisis importante sobre el concepto de representación política y su adaptación a las constantes transformaciones de la democracia representativa puede verse en: Marcos Criado de Diego, “Sobre el concepto de representación política: lineamientos para un estudio de las transformaciones de la democracia representativa”, *Revista Derecho del Estado*, nro. 28, 2012.

¹⁹ Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Duodécima ed. (Madrid: Marcial Pons, 2010), 496.

²⁰ Autores como Ismael Quintana han indicado que: “...si bien todo derecho político forma parte del derecho de participación, no se puede cometer el error de asegurar que el derecho de participación se reduce, estrictamente, al ejercicio de los derechos políticos”, Véase Ismael Quintana, “Limitaciones inconstitucionales a la consulta popular como derecho político”, *Revista ecuatoriana de derecho constitucional*, año 1, No. 1, (Enero 2017).

²¹ Hernán Salgado, *Lecciones de Derecho Constitucional*, 4ta ed. (Quito: Ediciones Legales, 2012), 32. Se refiere como democracia directa, un sistema en el que el pueblo, sin necesidad de sus representantes, se reúne periódicamente para decidir los asuntos trascendentales para el

Pérez Royo “es dudoso que la democracia directa haya existido de forma cuantitativamente importante y de manera cualitativamente indiscutible en algún momento de la historia de la humanidad”²².

Sin embargo, y a pesar de que la evolución posterior en el constitucionalismo clásico se decantaría a favor del régimen representativo debido a las debilidades e imposibilidades de las democracias directas perfectas²³, así como a las numerosas críticas a las que ha estado sometido el modelo de gobierno representativo debido a la creciente desafección política que sufren los ciudadanos para con el poder público, del distanciamiento entre los representantes y los representados; o, de limitar la participación ciudadana únicamente al voto; han emergido nuevos matices de democracia directa como un complemento a las democracias representativas, con el fin de satisfacer una mayor participación ciudadana en los asuntos públicos²⁴. Y es que, como lo ha

anotado Alcántara, los fundadores del gobierno representativo introdujeron una característica no igualitaria en este sistema: que los representantes fueran socialmente superiores a quienes les eligieran²⁵, en una especie de elite representativa o aristocracia virtuosa superior.

Así, “se creía firmemente que los representantes electos debían sobresalir respecto de la mayoría de sus electores en cuanto a sus talentos y virtudes. En este sentido, el gobierno representativo fue instituido con plena conciencia de que los representantes electos serían y debían ser ciudadanos distinguidos, socialmente diferentes de quienes les eligieran. Esto es lo que Manin (1998) denominó el principio de distinción”²⁶.

Como se ve, por una parte, una concepción elitista de la democracia que consideraba que las masas son intrínsecamente incompetentes para resolver los problemas trascendentales de la sociedad en donde se requería su desplazamiento a efectos de que la pasión popular no

Estado.

²² Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, 500.

²³ Cabe recordar como lo refiere el profesor Hernán Salgado que: “...El fundamento de la representación política fue tomado del Derecho Privado, de la figura del mandato civil, que al ser trasladado al Derecho Público y transformarse en mandato político pecó de imprecisión al no tener un contenido concreto como base del mandato, lo que a su vez impedía establecer claramente la responsabilidad política derivada del incumplimiento de dicho mandato...”, Hernán Salgado, *Lecciones de Derecho Constitucional*, 33.

²⁴ Patricia Marenghi y Manuel Alcántara Sáez, “Los mecanismos de democracia directa: argumentos a favor y en contra desde la teoría de la democracia”, *Revista de Derecho Electoral-Tribunal Supremo de elecciones-San José Costa Rica*, Nro. 4 (2017).

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

prime sobre un criterio de razón. Por otra parte, una posición que se opone a una idea elitista que defiende, más bien, una idea deliberativa de la democracia, impugnando el criterio según el cual algunas personas o grupo de personas se encuentran ubicadas en una cúspide intelectual, capacitadas superiormente para decidir imparcialmente en nombre de todos los demás. Es decir, aquellos que no consideran que exista una clase superior, única y depositaria de la verdad; al contrario, confían en el autogobierno popular y afirman que la ciudadanía debe y puede comprometerse, informarse, actuar de manera responsable mediante la participación²⁷ y el debate abierto entre todos los potencialmente afectados, apostando por una utilización de mecanismos de participación directa como la *consulta popular*, entre otras.

Es decir, confiar en la voluntad popular informada que resiste a un elitismo repetitivo, capaz de llegar a un compromiso popular real mediante decisiones sensatas, libres de coacción con el fin de que los mecanismos de democracia directa como la consulta popular, cumplan su función determinada. Ciertamente, la consulta popular no puede ser considerada como el único o más fiable mecanismo

de una participación general directa e informada, no obstante, constituye un diseño institucional importante que, debidamente articulado y entendido, cumple con una función esencial a fin de canalizar la expresión de la voluntad general.

Bajo esas coordenadas, para el caso ecuatoriano con la Constitución del 2008 el constituyente se habría inclinado expresamente por una forma de democracia mixta (representativa, directa y comunitaria), en donde, si bien se reconoce el principio de soberanía popular, —la soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad—, la misma se la ejerce a través de los órganos del poder público y demás formas de participación democracia directa previstas en el texto fundamental. (art. 1 de la Constitución de la República, —en adelante CR—).

De ahí que, frente al reconocido derecho de participación como un derecho fundamental de las ecuatorianas y ecuatorianos (art. 61 numeral, 2 CR); el derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades a participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley respecto de la definición de las políticas públicas que les conciernan (art. 56, numeral 16 CR); o, el derecho de la ciudadanas

²⁷ Ibid.

y ciudadanos a participar en forma individual o colectiva de manera protagónica en la toma de decisiones que conciernen a los asuntos públicos (art. 95 CR); se reconocen en la misma Constitución, como mecanismos de democracia directa, insertos en un sistema representativo: 1) la consulta popular; 2) la iniciativa popular normativa; y, 3) la revocatoria del mandato. (arts. 103; 104 y 105 de la CR)²⁸.

De esta manera, lo que se intenta es permitir la participación del cuerpo electoral en la toma de las decisiones, así como, acortar la brecha que separa a los gobernantes de los gobernados en una especie de democracia semidirecta²⁹, tal como algunos autores lo han considerado. De hecho, es ahí donde se inscribe la denominada *consulta popular* como un mecanismo extraordinario de ejercicio de la democracia directa y complemento de la democracia representativa.

Dicho en palabras de la Corte, "... una garantía más..."³⁰ que involucra

"... una participación activa de la población en los asuntos políticos de interés común, lo que a su vez implica la existencia de normas jurídicas que posibiliten tal participación y de un alto nivel de conciencia política en la ciudadanía..."³¹ más allá del proceso electivo regular de las autoridades.

En efecto, aun cuando la consulta popular como institución ha sido descrita como un cauce extraordinario de protección o garantía, por oposición al cauce normal de la representación política, conviene mencionar que en el Ecuador desde la denominada vuelta a la democracia se ha realizado varias consultas populares que tenían como constante, la búsqueda de legitimidad política y consolidación del poder para el gobierno en turno³². No obstante, otro actor es fundamental en esa relación de manifestación de poder público y ejercicio de derechos, que se cierne en torno a las consultas populares: el órgano de control como guardián de la Constitución y outsider del proceso democrático, encargado de guiar los causes de la deliberación como lo expresaría John Ely³³, que

²⁸ A diferencia de la Constitución vigente, la Constitución de 1998 preveía dos instituciones de democracia directa: la consulta popular y la revocatoria del mandato con alguna regulación diferente a la actual.

²⁹ Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador*, 2da ed. (Quito: Corporación editora nacional, 2006), 344. También puede verse Rafael Oyarte, citando a Hernán Salgado respecto de la democracia semidirecta. Véase Rafael Oyarte, *Derecho Constitucional*, 3era ed. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019), 394.

³⁰ Véase voto salvado Dr. Ramiro Ávila en el dictamen 1-20-CP/20.

³¹ Véase el dictamen 001-13-DGP-CC.

³² Patricio Trujillo Montalvo, "Consultas y referéndums populares ¿Búsqueda de legitimidad política en Ecuador?", en *Apuntes Electorales*, núm. 60 (2019), 96.

³³ Ely, John. *Democracia y desconfianza: Una teoría del control constitucional (Democracy and Distrust)* (Bogotá: Universidad de los Andes-

viene a fortalecer estos mecanismos extraordinarios de conformación de la voluntad general, en un sistema que ha apostado por los jueces como garantes del pacto fundamental³⁴ capaz de articular la relación existente entre soberanía popular, participación ciudadana y órganos de justicia.

3.2. Consulta popular y control de constitucionalidad en la Corte Constitucional ecuatoriana: oportunidad y alcance del control; deliberación en el ámbito del control y límites del control

3.2.1. Oportunidad y alcance del control

En relación al momento u oportunidad del control, la Corte Constitucional luego de reconocer que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano existe un control posterior, previo y automático³⁵ de constitucionalidad, en el dictamen de consulta popular 001-DCP-CC-2011, así como en una serie de dictámenes constitucionales posteriores ha indicado en lo relativo al control previo que, este tipo de control “... es un examen realizado antes de la

existencia jurídica de la norma...”, aclarando que se trata de un control excepcional, ya que en el control posterior “...lo que existe es un control del acto ya formado...”³⁶; es decir, una vez que el mismo hace parte del ordenamiento jurídico vigente.

En ese camino, a efectos de diferenciar la oportunidad del control de constitucionalidad en temas de consulta, el órgano de control luego de ratificar que se trata, además, de un control previo, de un control automático (art. 127 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional —en adelante LOGJCC—), también ha indicado que, una de sus tareas en el marco del control consiste en diferenciar la solicitud de revisión constitucional de la convocatoria a consulta popular, respecto de la petición de control de un proyecto de enmienda (para los casos de referendo). Así, la Corte ha expuesto que no es técnicamente deseable mezclar en un mismo documento jurídico la solicitud de revisión constitucional de la convocatoria a consulta popular con una solicitud de control constitucional de un proyecto de enmienda, ratificando

Siglo del Hombre, 1997).

³⁴ Sobre el tema en el caso ecuatoriano puede consultarse, Sebastián López Hidalgo, “El control de constitucionalidad: la apuesta por una opción judicialista en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en *Revista Iuris*, Vol. 1. Num. 17 (2018).

³⁵ Clasificación que atiende al momento del control, puesto que, existen varias clasificaciones del control. Por ejemplo, en relación al órgano (concentrado-difuso); en relación al caso (concreto-abstracto), entre otros.

³⁶ Véase dictamen 001-DCP-CC-2011, p. 14.

la posibilidad de un control material, abstracto y posterior respecto de las disposiciones jurídicas que se generen como resultado del mismo.

Por otro lado, en materia de consulta popular, el órgano de control ha tratado de asegurar un control tanto en su dimensión formal como un control en su dimensión material, atento a que la disposición del art. 127 ya referido de la LOGJCC, impone que el control debe estar orientado a garantizar la libertad de la electora o el lector, sea en la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas sometidas a consulta (casos de referendo) o, de las medidas a adoptar (casos de plebiscito).

Dicho control formal en palabras de la Corte hace relación a los motivos, considerandos y cuestionario verificando que se cumplan con los requisitos orientados a garantizar la libertad del elector y, en particular las cargas de claridad y lealtad; en tanto que, el control material supone que el petitorio de consulta no incurra en prohibiciones o violaciones

constitucionales, ni reformen la Constitución en tanto existen procedimientos específicos para tal efecto³⁷.

También el órgano de control constitucional, desde un inicio parece diferenciar en su jurisprudencia sobre consulta popular, el control de los considerandos que introducen a la pregunta, así como, el control sobre el cuestionario, acorde a lo que determinan los arts. 104 y 105 de la LOGJCC³⁸, haciéndolo extensivo a los considerandos generales como a las frases introductorias³⁹.

De hecho, aprovechando la oportunidad para diferenciar lo que constituye una consulta popular tipo referendo y plebiscito⁴⁰, ha manifestado la Corte Constitucional que la inexistencia de considerandos sería una razón suficiente para dictaminar la inconstitucionalidad de la pregunta⁴¹, toda vez que los mismos tienden a formar un criterio razonablemente objetivo de la voluntad popular a través de elementos y evidencias que sustenten la necesidad de llevar a

³⁷ Véase dictamen 9-19-CP/19.

³⁸ Véase dictamen 001-DGP-CC-2011.

³⁹ Véase dictamen 001-DGP-CC- 2011, p. 24. En la página 18 de este mismo dictamen, nota al pie número 6, la Corte ha indicado que los considerandos que introducen a las preguntas están compuestos por: los considerandos generales y las frases introductorias.

⁴⁰ En el dictamen 2-19-CP/19, la Corte ha indicado que: "...la diferencia entre un referendo y un plebiscito radica esencialmente en que en el primero se somete a consulta popular la aprobación de un texto normativo –o propuesta normativa- concreto, mientras que el segundo consulta una decisión sobre un tema de relevancia pública, sin someter a aprobación un texto normativo definido". Este pronunciamiento ha sido reiterado por la Corte en varios dictámenes, como por ejemplo, en el dictamen 9-19-CP/19, 1-20-CP/20, entre otros.

⁴¹ Véase dictamen 2-19-CP/19.

cabo la consulta⁴². No obstante, los denominados “exposiciones de motivos”, “antecedentes y justificación de motivos”, al no ser parte constitutiva del texto que acompañaría a la pregunta en una eventual consulta, no estarían sujetos al control de constitucionalidad⁴³.

Sobre el control de las frases introductorias, el énfasis inicial de la Corte fue que toda nota introductoria al cuestionario sometido a decisión del elector tiene como efecto negativo el de inducirlo y persuadirlo por la opción de aprobar el contenido de determinada pregunta, lo cual, comprometería las nociones de libertad y autonomía que debe existir en el proceso⁴⁴. Consecuentemente, el lenguaje utilizado, ha insistido la Corte, –diferenciado lo que supone *inducción y paráfrasis* tal como sucedió en el dictamen 5-20-CP/20–, debe ser sencillo, comprensible y neutro sin inducir a respuesta alguna.

En relación al tema que atañe a las reglas de claridad, lealtad, el

uso del lenguaje valorativamente neutro, sencillo, son cuestiones que inexcusablemente han sido abordadas por la Corte desde sus inicios⁴⁵. Con mayor o menor énfasis en los casos concretos, la Corte ha resaltado el hecho de que las consultas deben poseer estándares de claridad y lealtad con los que deben ser elaborados los contenidos de la convocatoria a consulta popular a fin de garantizar la neutralidad del proceso sin condicionamientos para el elector.

Efectivamente, en lo que tiene que ver con las reglas de claridad, como una exigencia de la garantía de libertad del elector⁴⁶, el pronunciamiento de la Corte se acentuó en relación al uso de un lenguaje universal y comprensible, “...que por sí mismo sea explícito y no requiera de mayores esfuerzos para su cabal entendimiento”⁴⁷. No cabe, en consecuencia, formulaciones ambiguas u “oscuras” tanto en lo semántico como en lo sintáctico⁴⁸, que se encuentren formuladas de manera genérica⁴⁹, polisémica⁵⁰, o que

⁴² Véase dictamen 1-20-CP/20, p. 9.

⁴³ Véase dictamen 12-19-CP/19; 13-19-CP; 1-20-CP/20.

⁴⁴ Véase dictamen 001-DGP-CC-2011, p. 24.

⁴⁵ Véase dictamen 001-DGP-CC-2011.

⁴⁶ Véase dictamen 9-19-CP/19, p. 13.

⁴⁷ Véase dictamen 001-DGP-CC-2011, p. 19.

⁴⁸ Véase dictamen 5-19-CP/19, p. 5.

⁴⁹ Véase entre otros, dictamen 9-19-CP/19.

⁵⁰ Véase dictamen 2-19-CP/19, p. 7.

se refieran a más de una cuestión por cada pregunta⁵¹. Tampoco es posible que se utilice un lenguaje con carga emotiva⁵², valorativa, información superflua, “aseveraciones absolutas” que no suministren evidencia sustentada⁵³; o, expresiones genéricas como por ejemplo, “época de crisis”⁵⁴, peor aún, evocaciones a pasajes bíblicos, tal como ha sido evidenciado por la Corte en el dictamen 2-19-CP/19⁵⁵.

Aun así, algunas cuestiones sobre el tema de los considerandos que introducen a las preguntas han puesto de manifiesto al interior de la Corte que los mismos pueden suponer en ciertos casos, costes innecesarios o cargas excesivas que desnaturalizan el ejercicio de control, con lo cual, dichas exigencias sólo parecen admisibles en situaciones en donde se habla de limitaciones al ejercicio de derechos, pero, no, en aquellos casos en donde tiene que ver con su expansión⁵⁶.

Respecto de la lealtad el órgano de control ha indicado que “...no es más que lo sometido a consulta popular guarde conformidad con la Constitución”⁵⁷; es decir, evitar que por cualquier medio se engañe al elector a fin de que el resultado final no contenga distorsiones⁵⁸; y, en lo que tiene que ver con la comprensibilidad, que no deben mediar mayores esfuerzos para el mejor entendimiento de la consulta puesta a conocimiento popular⁵⁹.

De su parte, el tema de preguntas compuestas y la posibilidad de aceptar o negar temas individualmente y la consecuente prohibición de aprobación o rechazo en bloque también ha sido observada por la Corte al amparo de lo dispuesto en el 105 numeral 2 de la LOGJCC. En los dictámenes 1-20-CP-/20 y 5-20-CP/20 se ha hecho especial énfasis a que las preguntas no pueden suponer o

⁵¹ En el caso del dictamen 9-19-CP/19 (Voto concurrente, p. 11), las juezas constitucionales estimaron que la pregunta propuesta -relativa al tema minero y las más de 812 concesiones-, violaba la prohibición de una sólo cuestión por pregunta tal como lo establece el art. 105 numeral 1. Sin embargo, el argumento que evidencia ésta problemática (prohibición de más de una cuestión por pregunta en el voto concurrente), parece más claro en el voto de mayoría; puesto que, en éste último, los jueces parecen tratar al tema como un problema de generalidad y no de la prohibición de más de una cuestión.

⁵² Véase dictamen 6-19-CP/19, p. 8.

⁵³ Véase dictamen 6-20-CP/20, pp. 6-7.

⁵⁴ Véase dictamen 15-19-CP/19, p. 5.

⁵⁵ Véase dictamen 2-19-CP/19, p. 6.

⁵⁶ Véase voto salvado en el dictamen 1-20-CP/20.

⁵⁷ Véase dictamen 001-DGP-CC-2011, p. 19.

⁵⁸ Véase dictamen 9-19-CP-/19.

⁵⁹ Véase dictamen 001-DGP-CC-2011.

implicar decisiones sobre diversos asuntos contenidos en una misma pregunta.

Por otro lado, algo que llama la atención es la “modulación” en la que ha incurrido la Corte respecto de los textos de consulta que han sido puestos a su conocimiento. Salvo algún caso en donde el denominado recurso a la modulación de decisiones ha servido para excluir ciertas secciones de la consulta que pueden afectar a la libertad de los electores, y siempre que no alteren el objeto y finalidad misma de la consulta⁶⁰; el mencionado recurso de la modulación puede resultar cuestionable. Por ejemplo, en el dictamen 001-DGP-CC-2011, a efectos de “declarar la constitucionalidad formal condicionada del proyecto de convocatoria a plebiscito...” – expresión utilizada por el órgano de control—, la Corte reemplazó las frases introductorias del contenido de consulta con un texto alternativo, —y lo que es más grave—, las propias preguntas⁶¹, en fundamento de la supremacía constitucional y los derechos de participación.

Es más, en el dictamen referido, la Corte advirtió lo que en efecto

sucedería con su pronunciamiento: “modificar de ser el caso”, las consideraciones generales, frases introducidos y el propio cuestionario planteado⁶². Así, la Corte textualmente se pronunció: “...la Corte Constitucional considera necesario modificar el contenido de la pregunta presentada por el Ejecutivo, por lo cual, la pregunta que deberá contener la convocatoria será...”. Finalmente, un dictamen que merece mención en su voto salvado es el 1-20-CP/20 en el cual, el juez proponente indico que “...una vez que considera que la pregunta es admisible, los considerandos deben ser reconstruidos en sus partes deficitarias”.

De cualquier manera, la pregunta que queda latente es: ¿hasta qué punto la Corte puede modificar el texto de las preguntas que le son sometidas a su conocimiento en el marco del control de constitucionalidad? Ciertamente, en aplicación del principio de supremacía constitucional y fuerza normativa de la Constitución, un control formal o procedimental, solamente, parece imposible dentro de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, con una constitución fuertemente materializada. Entonces, ¿Cuáles

⁶⁰ Véase dictamen 6-20-CP/20, p. 8.

⁶¹ También en el voto salvado del dictamen 1-20-CP/20 se consiente en la posibilidad de que la Corte pueda modular de forma responsable los considerandos de las preguntas propuestas, no así de las preguntas en sí mismas.

⁶² Véase dictamen 001-DGP-CC-2011, p. 17.

son los límites del control? ¿Hasta dónde debe alcanzar el ejercicio de un control de constitucionalidad? o, inclusive: ¿puede el órgano de control superponerse a los órganos democráticos a efectos de modificar las cuestiones sometidas al control?

3.2.2. Deliberación en el ámbito del control de constitucionalidad.

El tema de la deliberación como un componente sustancial de los procesos democráticos es un hecho que ha tomado fuerza en la tarea del control de constitucionalidad desplegado por las cortes y tribunales⁶³. No es un dato menor la importancia del proceso deliberativo al interior del órgano de control como un ejercicio necesario de discusión que acompaña a los mecanismos de democracia directa, amplificando la discusiones futuras; y, a su vez, como un complemento efectivo de las democracias representativas actuales, capaz de recuperar la articulación necesaria entre soberanía popular, participación ciudadana y órgano de control.

Ahora bien, como lo han señalado otros autores, la idea del control constitucional sobre los mecanismos de participación popular directa ha constituido un punto crítico de discusión tanto en la teoría como en la práctica constitucional⁶⁴. Constantemente, los defensores del principio democrático mayoritario han sostenido que el ejercicio del control de constitucionalidad constituye una afrenta y una limitación injustificada a la voluntad popular, que socava las bases mismas de una sociedad democrática.

Por otro lado, hay quienes sostienen con destacados argumentos que “la razón de ser de la justicia constitucional es su función anti mayoría, la cual limita –por así decirlo– la cantidad de democracia para preservar su calidad, para evitar que se transforme en un régimen ciego, rendido al mero número que puede todo lo que quiere, que cambia derechos”⁶⁵. Es decir, se acepta que la justicia constitucional no forma parte “natural” de la democracia, pero sirve a la democracia de forma sustancial⁶⁶.

⁶³ De hecho, la Corte ha insistido, incluso, con una referencia al Consejo Constitucional Francés que: “...el Consejo Constitucional Francés ha establecido que toda consulta popular debe apuntar a garantizar que el proceso de deliberación que se da previo a un proceso electoral se lo realice sobre una base neutral sin inducir a equívocos...”. Véase dictamen 001-DCP-CC-2011, p. 18-19.

⁶⁴ Claudia Escobar García, “Del Tribunal a la Corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?”, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, 1era ed. (Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos, 2008), 331.

⁶⁵ Gustavo Zagrebelsky, *Principios y votos: El Tribunal Constitucional y la política* (Madrid: Trotta, 2008), 102.

⁶⁶ Juan José Moreso, “Derechos y justicia procesal imperfecta”. En Francisco Laporta, edit., *Constitución: Problemas filosóficos*, (Madrid: CEPC, 2003), 397, sostiene que el control judicial de constitucionalidad es un instrumento que puede ser adecuado para proteger los derechos constitucionales, aunque no sea un mecanismo estrictamente necesario para la existencia de una democracia constitucional.

La verdadera dimensión del problema se advierte al considerar que democracia y mayoritarismo, constitucionalismo y democracia, por una parte, se contraponen⁶⁷, pero, por otra, se complementan como dos caras de una misma moneda, dado que la democracia no puede concebirse en términos puramente formales para identificarse, sin más, como un simple procedimiento de toma de decisiones mayoritarias⁶⁸. En efecto, no es posible predicar un concepto de democracia basado en el dominio absoluto e irrestricto de la mayoría, puesto que la democracia implica no solo un gobierno de la mayoría, sino, además, el respeto de unas minorías, y constituye uno de los medios para asegurar el cometido de la propia normatividad constitucional con unos límites a la actuación mayoritaria⁶⁹.

Así lo ha reconocido la propia Corte Constitucional en su dictamen

11-19-CP/19 cuando indicó: "...la democracia no puede entenderse basada únicamente en la regla de la mayoría, sino que, más bien, los derechos fundamentales constituyen los presupuestos del proceso político democrático. Si aquellos no se respetan, la democracia puede acabar por devorarse a sí misma..."⁷⁰.

Esa constante tensión entre constitucionalismo y democracia ha llevado a que se pueda hablar incluso de modelos intermedios de constitucionalismo, de un *constitucionalismo débil* como una variable del constitucionalismo democrático o de una respuesta democrático-constitucional a medio camino entre la posición constitucionalista pura —*del todo*— y la posición radical democrática pura —*del nada*—⁷¹.

⁶⁷ Rodrigo Uprimny, "Estado de derecho", *Economía Revista en Cultura de legalidad*, No. 5, (2013): 173, indica que, en su versión radical, las categorías democracia y Estado de Derecho entran en tensión y pueden ser consideradas opuestas, pues la democracia, en la medida en la que se funda en la soberanía popular, aspira al gobierno ilimitado del pueblo, mientras que el Estado de Derecho está asociado a la idea de gobierno dividido, limitado y reglado.

⁶⁸ Véase, Luigi Ferrajoli, "La democracia constitucional", en Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada* (Buenos Aires: Eudeba, 2009), 431-48; Manuel Antonio Peña Freire, *La garantía en el Estado Constitucional de derecho* (Madrid: Trotta, 1997), 64-75; Manuel Aragón Reyes, *Constitución y control de poder* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995), 56; Robert Alexy, "Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático", en Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid: Trotta, 2003), 37-40 refiere que podrían existir tres formas de contemplar la relación entre derechos humanos y democracia: una ingenua, una idealista y una realista. Indica el autor que un Tribunal que intente responder seriamente a las objeciones democráticas lo debe hacer desde una representación argumentativa, en la cual triunfa la reconciliación entre derechos y democracia.

⁶⁹ Francisco Balaguer Callejón, "Constitución y ordenamiento jurídico" en Carbonell, comp., *Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos* (CDMX: Porrúa, 2005), 199. Sin embargo, en este punto habrá que tener presente la advertencia de Roberto Gargarella sobre la revisión judicial, y es que "...del hecho de que los jueces no representen a las mayorías, numéricamente hablando, no significa que los mismos representen (o, más bien, tengan una motivación especial para defender) a la infinita diversidad de minorías que existen en la sociedad...". Véase Roberto Gargarella, "Del reino de los jueces al reino de los políticos", *Jueces para la democracia* No. 28 (1997), 26.

⁷⁰ Véase el dictamen 11-19-CP/19, p. 7.

⁷¹ Véase Annette Schmitt, "¿Necesita la democracia una Constitución protegida?", en Pablo Navarro y Cristina Redondo, comp., *La relevancia del derecho* (Barcelona: Gedisa, 2002), 254-262, quien ha utilizado tres tipos de respuesta frente a la tensión entre constitucionalismo y democracia: La respuesta constitucionalista pura —*del todo*—; la respuesta del demócrata pura —*del nada*—; la respuesta del demócrata constitucional —*del algo*—. Sobre un *constitucionalismo débil* ver Bayón, "Derechos, democracia y Constitución", en Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid:

De hecho, la fórmula contemporánea de la democracia constitucional parece estar contenida en la aspiración a un justo equilibrio entre el principio democrático dotado de valor constitucional y la idea de unos límites –derechos–, fijados mediante la fuerza normativa de la Constitución⁷². Un equilibrio que, por ser de reciente adaptación, afecta a los sujetos protagonistas de este conflicto⁷³.

En ese contexto, y a pesar de que las Cortes o Tribunales Constitucionales no son el mejor ejemplo de lo que representa un órgano con legitimación democrática directa, dadas las credenciales democráticas que ostentan otros órganos dentro del Estado, significativamente, el legislador o el pueblo a través de su voluntad general, sus decisiones pueden estimarse legítimas si aparecen como “aplicación” del derecho en el marco de una teoría deliberativa de la democracia⁷⁴ y de una teoría de la interpretación plausible que involucre

prácticas dialógicas y no, actitudes discrecionales o arbitrarias carentes de sustento⁷⁵.

De una posición contraria a la tarea del control, fundada en la idea de que la supremacía de la voluntad popular no poder ser limitada, negada o suprimida bajo ningún concepto puesto que la voluntad popular constituye el sustento de todo el sistema político y jurídico, a un modelo que prevé un rígido sistema de control constitucional de los mecanismos de democracia directa, bajo el supuesto de que el control de constitucionalidad no debe ser entendido como una barrera a la expresión de la voluntad popular, sino, al contrario, como su más fiel garantía en contextos en donde los poderes públicos puede cooptar las dinámicas electorales, la idea pasa por estructurar un control que extienda el debate y la deliberación capaz de superar las críticas que aquejan al órgano de control.

Trotta, 2003), 234-235.

⁷² Habermas apelaría en esta relación a la idea de la “cooriginalidad” o “copertenencia” de ambos ideales, ya que constituyen la manifestación de una misma concepción de las personas como sujetos morales que hace posible un ejercicio de autonomía política y autonomía privada. Véase Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (Madrid: Trotta, 2008), 193.

⁷³ Maurizio Fioravanti, *Constitución: De la antigüedad a nuestros días* (Madrid: Trotta, 2001), 164.

⁷⁴ A pesar de que se puede hablar de un primer período de gestación de la democracia deliberativa y uno de consolidación posterior, una consulta sobre el origen y evolución del modelo deliberativo, así como un concepto de democracia deliberativa, puede consultarse en José Luis Martí, *La república deliberativa: Una teoría de la democracia* (Madrid: Marcial Pons, 2006). Igualmente, puede verse Carlos Santiago Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997).

⁷⁵ Sebastián López Hidalgo, *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones-Universidad Andina Simón Bolívar, 2018), 29.

En efecto, el constitucionalismo ecuatoriano ha experimentado un tránsito sobre las dimensiones y alcances del control en cuanto a consultas populares se refiere. De la vigencia de la Constitución de 1998 en donde la norma fundamental guardaba silencio sobre el control de constitucionalidad de los mecanismos de democracia directa, al reconocimiento Constitucional de 2008 (art. 438, numeral 2 CR) en donde se prevé un control automático de las consultas populares, la tesis central apunta a generar una especie de diálogo que se extienda a la arenas judiciales; y, luego, -bajo los criterios fijados por el órgano jurisdiccional-, un regreso al debate popular con elementos de aporte y discusión sobre el alcance de la consulta popular, capaz de volver verdaderamente efectivos los mecanismos de democracia directa.

Así, dado que los procesos de consulta se orientan a discutir cuestiones de trascendental importancia, es de esperarse que el órgano de control genere un espacio de diálogo abierto cuando despliega su actividad jurisdiccional sobre estos asuntos. Ahora, ¿ha sido posible esta tarea deliberativa al interior de la Corte Constitucional ecuatoriana en

el marco de los procesos de control de constitucionalidad de consultas populares?

Del número de consultas que han sido tramitadas ante el órgano de control, o han sido negadas en su mayoría (dictámenes de control de consulta popular desde la vigencia de la actual Corte Constitucional, 5 de febrero 2019. Salvo cuando la Corte actual se pronunció sobre la existencia de un dictamen ficto, o, el ultimo dictamen 6-20CP/20, todos los dictámenes han sido negados y archivados)⁷⁶; sea porque han sido mal formuladas por los proponentes del proceso de consulta; sea porque son poco claras o ambiguas; sea porque se refieren a cuestiones que atienden asuntos de reforma constitucional que distorsionan el proceso de consulta y vuelven inviable su procedencia; sea porque contienen una carga valorativa, contrario al espíritu que impone la LOGJCC como una garantía de neutralidad; contrarían los requisitos legales; o, -como en el caso del ejercicio de las Cortes Constitucionales que precedieron a la actual-, porque a pesar de haber tenido la posibilidad de llevar adelante ejercicios de prácticas deliberativas claras que incentiven la participación y discusión efectiva en atención a los argumentos

⁷⁶ Las actuales juezas y jueces de la Corte Constitucional ecuatoriana, iniciaron el período de su gestión el 5 de febrero de 2019.

de los proponentes o interesados⁷⁷ a través de los denominados *amicus curiae*, no existe una evidencia clara que el proceso de deliberación haya desplegado todo su valor epistémico al interior del órgano de control cuando de consultas populares se trata.

Al contrario, evidencias de un ejercicio de control de constitucionalidad como es el dictamen 001-DCP-CC-2011 en donde existió una amplia participación ciudadana al interior de la Corte, no mereció una especial atención deliberativa en el órgano jurisdiccional, postergando una necesidad de debate que impulse la discusión ciudadana en relación a los temas de consulta.

Es más, en algún otro caso, como por ejemplo en el dictamen 001-13-DCP-CC, no sólo que no se permitió la posibilidad de abrir un foro de discusión y deliberación sobre la cuestión planteada sino que, en una aplicación distorsionada de la norma, manifestó que no es posible emitir dictamen alguno de la constitucionalidad de la convocatoria a consulta popular propuesta hasta que no se cumpla con el requisito de legitimidad democrática determinado en el art. 104 de la Constitución de la República. Es decir, cuando la iniciativa provenía de la iniciativa

ciudadana, la Corte interpretó de manera restrictiva que si bien el control de constitucionalidad de la convocatoria a consulta popular de iniciativa precede a la misma, no lo es antes de la recolección de firmas.

Afortunadamente, dictámenes posteriores emitidos por la actual Corte Constitucional, con inicio en el dictamen 1-19-CP/19, -a pesar que reconoció que de una lectura del texto constitucional no se ha establecido de forma clara y expresa el momento en que debe exigirse el respaldo ciudadano-; en virtud del principio de aplicación e interpretación más favorable previsto en la propia Constitución, corrigió este argumento restrictivo y cambió el precedente al considerar que la inicial “confusión” que pretendía esclarecer la Corte anterior, provocaba efectos lesivos al derecho de participación ciudadana.

En su lugar indico lo siguiente: “... Ante un pedido de dictamen previo y vinculante de constitucionalidad sobre convocatorias a consultas populares, la Corte Constitucional procederá a realizar el control de constitucionalidad de los considerandos introductorios y las preguntas de la misma, sin requerir el respaldo de la recolección de firmas...”. De ahí en adelante, como era de esperarse, todos los dictámenes

⁷⁷ Por ejemplo, en el dictamen 10-19-CP/19 la Corte manifestó que algunas personas habrían presentado alegatos. Es decir, verdaderos informes en derecho que hacen parte de la discusión constitucional.

posteriores han reconocido éste último precedente jurisprudencial permitiendo la activación del control.

A pesar de lo dicho, resaltan algunos dictámenes como el caso 2-19-CP/19 en donde, de forma positiva, la Corte, de oficio dispuso la realización de audiencias públicas a fin de que intervengan los ciudadanos solicitantes, organismos del Estado, organizaciones sociales, empresas privadas, instituciones de educación superior, especialistas en la materia o terceros interesados, capaz de generar una dinámica deliberativa al interior del órgano de control⁷⁸.

De igual forma, pronunciamientos de la Corte (voto salvado) en el dictamen 1-20-CP/20, resultan interesantes en torno a permitir que el órgano de control incluya en el debate constitucional aspectos no considerados por proponentes de la consulta sin desnaturalizar el proceso de consulta, y que pueden ser derivados de la misma Constitución, los *amicus curiae*; o, la participación de personas o grupos de interés que aporten a la discusión, precautelando siempre la libertad del elector y el objeto de la consulta.

Dado que existe un especial interés en la interpretación de la Constitución como una cuestión central, las Cortes constitucionales representan sólo una parte de un proceso político-jurídico más amplio en el que las preferencias personales se transforman, orientando el interés común mediante el diálogo y la discusión⁷⁹.

Es decir, habría que pensar a la Corte Constitucional ecuatoriana como un garante de la discusión, el debate y la deliberación: antes, durante, e incluso, después, auspiciando un debate constitucional igualitario e inclusivo, permitiendo acercar la Constitución y sus institucionales al pueblo, en una suerte de pedagogía constitucional, sin que ello suponga un rostro elitista de dicha actividad.

En la práctica, casos concretos como por ejemplo en el dictamen 9-19-CP/19, aun cuando se resolvió negar el pedido de dictamen, la Corte se internó en el debate sobre el control de constitucionalidad de consultas populares en temas mineros; la participación y el régimen de desarrollo; los distintos tipos de consulta⁸⁰; la democracia directa y su relación con la consulta, sentando

⁷⁸ Véase dictamen 2-19- CP/19.

⁷⁹ Roberto Niembro Ortega, *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017.

⁸⁰ En dicho dictamen tanto en el voto concurrente como el voto de mayoría, la Corte diferenció la consulta ambiental; la consulta previa a los pueblos indígenas y, la consulta pre legislativa, cada una con sus propios requisitos, procedimientos y efectos.

las bases para una discusión popular posterior más amplia y reposada acerca de cómo deberían proponerse los pedidos de consulta a efectos de tener el éxito necesario, así como, conocer cuáles son los alcances del derecho de participación, o, cuáles son los límites y condiciones de ejercicio del derecho de consulta.

Como consecuencia de lo dicho, un caso que destaca constituye el reciente dictamen 6-20-CP/20 en donde, en aplicación de la sentada jurisprudencia y la deliberación provocada en relación a los procesos de dictamen previo, los proponentes superaron el filtro del control obteniendo un dictamen favorable sobre el pedido de consulta popular, permitiendo de esta manera que, cuestiones centrales sobre el alcance de los derechos, sean resueltos de manera colectiva en la vía democrática⁸¹.

Entender así el ejercicio de control podría ayudar no sólo a justificar la actividad del órgano de control en una democracia contribuyendo a su fuente de legitimidad, sino, además, puede aportar favorablemente a un ejercicio real de democracia deliberativa, de discusión y debate público, obligando a justificar posiciones con arreglo

a razones, permitiendo acceder a información relevante, ayudando a obtener decisiones contrastadas y deliberadas, evitando la manipulación de la información; y, finalmente, contribuyendo a la formación ciudadana en el marco de una convivencia cívico-democrática⁸².

Seguramente, muy pronto la Corte conocerá de nuevas peticiones de dictamen relacionados a temas centrales de derechos; pero, sin duda, con un bagaje acumulado de casos anteriores, fortalecido en el debate y la discusión popular, y con una perspectiva diferente de la técnica constitucional en la proposición de la solicitud de dictamen gracias al potencial deliberativo que puede desplegar el órgano de control.

3.2.3. Los límites de la consulta en el marco del control de constitucionalidad.

Una de las cuestiones más recurrentes en la jurisprudencia de la Corte a nivel de control de consultas populares ha sido la insistencia de los límites que supone la consulta como mecanismo de democracia directa. Tales límites, ha indicado la Corte en el dictamen 4-19-CP/19, “pueden estar contenidos en el propio texto

⁸¹ El dictamen en mención, en su voto concurrente ha reconocido la necesidad de que la consulta es una forma de participación a través de la cual se hace manifiesta una voz colectiva.

⁸² Sebastián López, 78.

constitucional o en otras fuentes que se integran a la Constitución a través del bloque de constitucionalidad”⁸³.

Con referencias a dictámenes de reforma constitucional⁸⁴ en donde la Corte resolvió sobre la forma en la que se deben implementar los cambios constitucionales,⁸⁵ el órgano de control ha sido reiterativo en afirmar que la propuesta de consulta popular y de los mecanismos de reforma constitucional no puede considerarse equiparables⁸⁶.

De hecho, ha indicado la Corte que: “...La consulta popular ordinaria planteada por el solicitante, regulada por el artículo 104 de la Constitución, no es uno de los mecanismo previstos para la reforma constitucional. A través del procedimiento de consulta popular no es posible efectuar cambio constitucional alguno”,⁸⁷ *so pena* de incurrir en un fraude a la propia Constitución⁸⁸.

Estos pronunciamientos no han sido aislados al interior de la Corte tal como se indica en los dictámenes 7-19-CP/19, 8-19-CP/19. En estos dictámenes

se ha vuelto a manifestar que en la consulta popular ordinaria, 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”⁸⁹. En tanto que, ante un pedido de modificación constitucional, la intervención de la Corte se efectúa de manera distinta en tres momentos concretos: 1) la determinación de la vía para proceder; 2) el control de la convocatoria a referéndum popular para que se apruebe la modificación constitucional, cuando éste forme parte del procedimiento; y, 3) el control de constitucionalidad de la modificación ya aprobada.

Otro de los límites que tampoco ha pasado inadvertido por la Corte es que el control de constitucionalidad de convocatorias a consulta popular que soliciten los gobiernos autónomos descentralizados o la ciudadanía, no puede referirse a asuntos relativos a tributos o a la organización político administrativa del país, acorde a lo

⁸³ Véase dictamen 4-19-CP/19.

⁸⁴ Los dictámenes de reforma es otra de las facultades que tiene el órgano de control de constitucionalidad para pronunciarse sobre el camino que debe adelantar a dicha reforma. El dictamen de reforma al que se ha referido la Corte en su jurisprudencia es el 1-19-RC/19.

⁸⁵ Véase, dictamen de reforma 4-18-RC/19.

⁸⁶ Véase los dictámenes 3-19-CP/19; 5-19-CP/19.

⁸⁷ Véase dictamen 4-19-CP/19.

⁸⁸ Véase dictamen 6-19-CP/19, p. 10.

⁸⁹ Véase dictamen 8-19-CP/19.

previsto en el art. 104 penúltimo inciso de la Constitución de la República⁹⁰, no así en lo que temas relacionados con la actividad minera se refiere, en donde la Corte dejó abierta la posibilidad al proceso de consulta⁹¹, lo cual fue corroborado con un dictamen favorable en el caso 6-20-CP/20.

También constituye uno de los límites aquellas consultas que se orientan a dejar sin efecto una sentencia o decisión judicial. Un caso que ejemplifica lo dicho fue el dictamen 11-19-CP/19 en donde de manera clara, cuando se solicitó a la Corte revocar la sentencia 11-18-CN/19 relacionada con el matrimonio igualitario, el órgano de control resolvió a través de lo que denomina problemas jurídicos que, “un caso paradigmático”⁹² de imposibilidad de consulta popular, se refiere a la revocatoria de una sentencia.

Ciertamente, no es posible la revisión de una sentencia constitucional vía consulta bajo el argumento jurídico esgrimido por la Corte en su dictamen —art. 440 de la Constitución de la República—, que se refiere al carácter definitivo e inapelable de las decisiones de la Corte, pero, además,

porque en caso de ser posible que vía consulta se revea una decisión jurídica, se afectaría gravemente el principio de seguridad jurídica, tutela judicial efectiva e independencia de la Función Judicial.

Por otro lado, nuevamente en lo que se refiere al tema de los límites frente a las decisiones puramente mayoritarias, la Corte Constitucional ecuatoriana ha manifestado en el dictamen de consulta 4-19-CP/19 (nota al pie núm. 2 con referencia al caso *Gelman vs. Uruguay* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) que, a pesar de que el objeto de la consulta es amplio, en la medida en la que la Constitución permite que la ciudadanía consulte respecto a “cualquier asunto”, sin embargo, la protección de los derechos aparece como un límite infranqueable a la regla de las mayorías⁹³.

Adicionalmente, no como un límite al ejercicio del derecho a la consulta sino como un límite temporal dentro del cual el órgano de control puede ejercer legítimamente su actividad, constituyen los casos acumulados 0001-12-CP y 0008-15-CP. En dicho dictamen, la Corte,

⁹⁰ Este criterio ha sido replicado, por ejemplo, en el dictamen 9-19-CP/19, p. 10.

⁹¹ *Ibíd.*

⁹² Esta fue la expresión utilizada por la propia Corte Constitucional en el dictamen 11-19-CP/19.

⁹³ Entre ellos, naturalmente, prohibiciones sobre la pena de muerte, la tortura, la discriminación y, los derechos de la naturaleza, según criterio de algunos jueces en sus opiniones de voto salvado. (Véase voto salvado en el dictamen 1-20CP/20).

en aplicación de la disposición contenida en el art. 105 de la LOGJCC manifestó que al haberse verificado los dos supuestos contenidos en tal disposición legal referida; esto es: el transcurso del término de 20 días; y, la no resolución de la Corte dentro de ese lapso, se entenderá que existe un dictamen ficto favorable que permite llevar a cabo el proceso de consulta.

A pesar de que el dictamen ficto como una consecuencia legal no supone un control sobre el fondo de las cuestiones desatendidas, es claro que esta previsión normativa sanciona la inactividad del órgano de control y tutela el derecho a la participación mediante el ejercicio y puesta en práctica de la consulta popular, toda vez que, sería inadmisibles que un

ejercicio de manifestación popular quedase truncado por la inactividad del órgano jurisdiccional.

Naturalmente, cabe insistir que otro de los límites tiene que ver con que el proceso de consulta no viole derechos o garantías constitucionales. De cualquier manera, los límites que ha sido anotados, así como los efectos que podrían suscitar determinado pronunciamiento en tutela de otros derechos fundamentales, tal como lo reconoce el propio órgano de control en virtud del principio *pro homine*, han de ser interpretados de forma restrictiva y argumentada adecuadamente⁹⁴, a efectos de no violentar o limitar el derecho de participación de los ciudadanos.

4. Conclusión

Aun cuando un problema central para el Estado democrático sea *quién* tiene la última palabra en la discusión constitucional, resulta tanto o más importante, definir el *cómo* se ejecuta o lleva a cabo esa función de pronunciar la última palabra en el marco de una Constitución normativa. Por

ello, es necesario que, la Corte, como guardián de la Constitución y espacio institucionalizado de la discusión constitucional, incorpore verdaderas prácticas deliberativas, involucrando a la mayor cantidad de sujetos interesados en el debate constitucional. Ello contribuirá no solo a afirmar

⁹⁴ Véase el dictamen 9-19-CP/19, p. 11.

su fuente de legitimidad; sino, además, aportará a una discusión democrática informada de los derechos fundamentales y sus instituciones expidiendo los canales de discusión. En esa tarea, los estándares que rodean al ejercicio de la consulta popular son cada vez más precisos a través de los dictámenes de consulta que emite la Corte. Sin embargo, no es del todo claro que dichos criterios hayan logrado impregnar la conciencia ciudadana que, en un ejercicio recurrente de activación del derecho a la consulta, acuden al órgano de control sin conocer los parámetros que guían el proceso de consulta, salvo casos puntuales que han obtenido dictamen favorable y que son fruto de la experiencia acumulada de decisiones anteriores.

De una revisión atenta de los dictámenes emitidos por la Corte Constitucional ecuatoriana en relación al control de constitucionalidad en los procesos de consulta popular, una línea jurisprudencial en torno a los límites y alcances de la consulta popular —con algunas diferencias en los fallos—, se ha ido consolidando al interior de la Corte. No obstante,

no parece suceder lo mismo en las solicitudes de dictámenes de control en donde problemas de técnica constitucional en la proposición de la solicitud, son patentes.

Si los mecanismos de democracia directa son complementos a las democracias representativas, el control de constitucionalidad de las consultas populares a cargo de la Corte no debe ser visto como un obstáculo a la voluntad popular, sino, como una garantía de su ejercicio en el marco del respeto a la Constitución y los derechos, capaz de constituirse en un nuevo foro de deliberación que permita mejorar y amplificar el debate, contribuyendo a una democracia real, cada vez más compleja y diversa.

Una función constitucional definida aporta a la consolidación de las instituciones constitucionales, pero, al mismo tiempo, fortalece una sociedad democrática comprometida e informada de sus derechos, ratificando que la discusión, el debate y la deliberación pública es un compromiso permanente con el principio democrático y el autogobierno.

Bibliografía

- Alexy, Robert, "Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático", en Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- Aragón Reyes, Manuel "El control como elemento inseparable del concepto de Constitución". *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7, n.º. 19, enero-abril de 1987.
- . *Estudios de derecho constitucional*, 2da. Ed. Madrid: CEPC, 2009.
- Balaguer Callejón, Francisco. "Constitución y ordenamiento jurídico". En Carbonell, comp. *Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos*. CDMX: Porrúa, 2005.
- Bayón, Juan Carlos. "Derechos, democracia y Constitución". En Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- Criado de Diego, Marcos. "Sobre el concepto de representación política: lineamientos para un estudio de las transformaciones de la democracia representativa". *Revista Derecho del Estado*, n.º. 28, enero-junio 2012.
- Duncan Kennedy. *Libertad y restricción en la decisión judicial: El debate con la teoría crítica del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre, 1999.
- Ely, John. *Democracia y desconfianza: Una teoría del control constitucional (Democracy and Distrust)*. Bogotá: Universidad de los Andes-Siglo del Hombre, 1997.
- Escobar García, Claudia. "Del Tribunal a la Corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?". *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. 1era ed. Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Fernández Segado, Francisco. *La justicia constitucional ante el siglo XXI-La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. Bologna: CLUEB, 2010.
- Ferrajoli, Luigi. "La democracia constitucional". En Christian Courtis, comp. *Desde otra mirada*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.
- Fioravanti, Maurizio. *Constitución: De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001.
- García de Enterría, Eduardo. "La posición jurídica del tribunal constitucional en el sistema español: Posibilidades y perspectivas". *Revista Española de Derecho Constitucional* 1, n.º. 1, 1981.
- Gargarella, Roberto. "Del reino de los jueces al reino de los políticos". *Jueces para la democracia*, n.º. 28, 1997.
- Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 2008.
- Lopera Mesa, Gloria. "La problemática legitimidad de la justicia constitucional". En *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n.º. 5, 2001.

- López Hidalgo, Sebastián. *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones–Universidad Andina Simón Bolívar, 2018.
- . “El control de constitucionalidad: la apuesta por una opción judicialista en la Constitución ecuatoriana de 2008”. En *Revista Iuris*, vol. 1, n°. 17, 2018.
- Lowenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1979.
- Marenghi, Patricia y Manuel Alcántara Sáez . “Los mecanismos de democracia directa: argumentos a favor y en contra desde la teoría de la democracia”, *Revista de Derecho Electoral-Tribunal Supremo de elecciones-San José Costa Rica*, n°.4 , 2017.
- Martí, José Luis. *La república deliberativa: Una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- Moreso, Juan José. “Derechos y justicia procesal imperfecta”. En Francisco Laporta, edit., *Constitución: Problemas filosóficos*. Madrid: CEPC, 2003.
- Niembro Ortega, Roberto. *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, 2017.
- Nino, Carlos Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.
- Oyarte, Rafael. *Derecho Constitucional*, 3era ed. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019.
- Pegoraro, Lucio. *La justicia constitucional: Una perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson, 2004.
- Peña Freire, Manuel. *La garantía en el Estado Constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997.
- Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 12ma ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Pérez Tremps, Pablo. *Tribunal constitucional y poder judicial*. Madrid: CEC, 1985.
- Prieto Sanchís, Luis. “Tribunal constitucional y positivismo jurídico”. En Miguel Carbonell, comp. *Teoría de la Constitución*. CDMX: Porrúa, 2005.
- Quintana, Ismael. “Limitaciones inconstitucionales a la consulta popular como derecho político”. *Revista ecuatoriana de derecho constitucional*, Año 1, n°. 1, Enero 2017.
- Rubio Llorente, Francisco. “Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 4, enero–abril de 1982.
- . “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, En Francisco Rubio Llorente y Javier Jiménez Campo. *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: McGraww-Hill, 1998.
- Salgado, Hernán. *Lecciones de Derecho Constitucional*, 4ta ed. Quito: Ediciones Legales, 2012.

Schmitt, Annette, “¿Necesita la democracia una Constitución protegida?”, en Pablo Navarro y Cristina Redondo, comp., *La relevancia del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2002.

Tomás y Valiente, Francisco. *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. Madrid: CEC, 1993.

Trujillo Montalvo, Patricio. “Consultas y referéndums populares ¿Búsqueda de legitimidad política en Ecuador?”. En *Apuntes Electorales*, n° 60, 2019.

Trujillo Vásquez, Julio César. *Teoría del Estado en el Ecuador*, 2da ed. Quito: Corporación Editora Nacional, 2006.

Uprimny, Rodrigo. “Estado de derecho”. *Eunomía Revista en Cultura de legalidad*, n° 5, 2013.

Zagrebelsky, Gustavo. *Principios y votos: El Tribunal Constitucional y la política*. Madrid: Trotta, 2008.

Dictámenes de la Corte Constitucional (Consulta popular)

Dictamen 001-13-DCP-CC.

Dictamen 001-DCP-CC-2011.

Dictamen 1-19-CP/19.

Dictamen 2-19-CP/19.

Dictamen 3-19-CP/19.

Dictamen 4-19-CP/19.

Dictamen 5-19-CP/19.

Dictamen 6-19-CP/19.

Dictamen 7-19-CP/19.

Dictamen 8-19-CP/19.

Dictamen 9-19-CP/19.

Dictamen 11-19-CP/19.

Dictamen 12-19-CP/19; 13-19-CP/19 (Acumulados).

Dictamen 0001-12-CP y 0008-15-CP.

Dictamen 14-19-CP/19.

Dictamen 15-19-CP/19.

Dictamen 1-20-CP/20.

Dictamen 5-20-CP/20.

Dictamen 6-20-CP/20.

Dictámenes de la Corte Constitucional (Reforma constitucional)

Dictamen de reforma 4-18-RC/19.

Dictamen de reforma 1-19-RC/19.