



LW
LP

U^QFQ

LAW WORKING PAPERS





LAW WORKING PAPERS

La Tipificación de Delitos Penales mediante Consulta Popular en el Ecuador

Tomás Bonilla Sevilla

2024 / 10

USFQ Law Working Papers

Colegio de Jurisprudencia
Universidad San Francisco de Quito USFQ
Quito, Ecuador

En contestación a: n/a

Recibido: 2024 / 07 / 03

Difundido: 2024 / 10 / 01

Materias: derecho constitucional, derecho penal.

DOI: https://doi.org/10.18272/usfq_lwp.186

Citación sugerida: Bonilla Sevilla, Tomás “La Tipificación de Delitos Penales Mediante Consulta Popular en el Ecuador”. *USFQ Law Working Papers*, 2024/10, https://doi.org/10.18272/usfq_lwp.186

©Tomas Bonilla Sevilla

El presente constituye un documento de trabajo (working paper). Puede ser descargado bajo acceso abierto en: <http://lwp.usfq.edu.ec>. Sus contenidos son de exclusiva responsabilidad de los autores, quienes conservan la titularidad de todos los derechos sobre su trabajo. USFQ Law Working Papers no ostenta derecho o responsabilidad alguna sobre este documento o sus contenidos.

Acerca de

USFQ Law Working Papers

USFQ Law Working Papers es una serie académico-jurídica de difusión continua, con apertura autoral para profesionales y de acceso abierto. Introduce en Ecuador un novedoso tipo de interacción académica que, por sus características particulares, tiene el potencial de ser pionero en rediseñar el discurso público del Derecho. Su objetivo es difundir documentos de trabajo (*working papers*) con impacto jurídico, que pueden abarcar cualquier asunto de las ramas de esta ciencia y sus relaciones con otras áreas del conocimiento, por lo que está dirigida a la comunidad jurídica y a otras disciplinas afines, con alcance nacional e internacional.

USFQ Law Working Papers difunde artículos académicos y científicos originales, entrevistas, revisiones o traducciones de otras publicaciones, entre otros, en español o inglés. Los contenidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores, quienes conservan la titularidad de todos los derechos sobre sus trabajos. La difusión de los documentos es determinada, caso a caso, por el Comité Editorial. Se prescinde de la revisión por pares con el fin de dar a toda la comunidad académica la oportunidad de participar, mediante la presentación de nuevos trabajos, en la discusión de todos los contenidos difundidos.

USFQ Law Working Papers nace, se administra y se difunde como una iniciativa de la profesora Johanna Fröhlich (PhD) y un grupo de *alumni* del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito USFQ (Ecuador). Su difusión se realiza gracias al apoyo del Instituto de Investigaciones Jurídicas USFQ (Ecuador).

Más información: <http://lwp.usfq.edu.ec>

**LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS PENALES MEDIANTE CONSULTA POPULAR EN EL
ECUADOR¹**

**THE CLASSIFICATION OF CRIMINAL OFFENSES THROUGH POPULAR CONSULTATION IN
ECUADOR**

Tomás Bonilla Sevilla²

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación, se enfoca en estudiar la posibilidad y la idoneidad de emplear mecanismos de participación directa como la consulta popular para tipificar delitos penales en el Ecuador. En la presente se discuten las dos posturas que existen al respecto; por un lado, hay quienes sostienen que, si es factible tipificar delitos penales mediante consulta popular, ya que esto refleja la verdadera voluntad del pueblo. Por otro lado, existe la postura que aboga por respetar los mecanismos de participación representativa, donde la Asamblea Nacional es la encargada de debatir y decidir sobre la tipificación de delitos, respetando los principios de estricta legalidad y el principio de reserva de ley, en concordancia al artículo 120 de la Constitución, que confiere esta potestad al órgano legislativo. Para llegar a la conclusión de que no es posible tipificar delitos penales mediante esta forma de participación directa.

PALABRAS CLAVE

Consulta Popular, presidente, Asamblea Nacional, Democracia Directa, Democracia Representativa.

ABSTRACT

In this research work, the focus is on studying the possibility and suitability of using direct participation mechanisms such as popular consultation to classify criminal offenses in Ecuador. Based on the study, the two positions that exist in this regard are discussed; On the one hand, there are those who maintain that, if it is feasible to classify criminal offenses through popular consultation, since this reflects the true will of the people. On the other hand, there is the position that advocates respecting the mechanisms of representative participation, where the National Assembly is in charge of debating and deciding on the classification of crimes, respecting the principles of strict legality and the principle of reservation of law, in accordance with the Article 120 of the constitution, which confers this power on the legislative body. To reach the conclusion that it is not possible to classify criminal offenses through this form of direct participation.

KEY WORDS

Popular Consultation, President, National Assembly, Direct Democracy, Representative Democracy.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Karla Andrade Quevedo

² Investigador independiente; correo electrónico: tomasbonilla8888@gmail.com.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN – 2. ESTADO DEL ARTE – 3. MARCO TEÓRICO – 4. MARCO NORMATIVO – 5. DISCUSIÓN – 5.1. PRIMERA POSTURA: SI ES POSIBLE TIPIFICAR DELITOS PENALES MEDIANTE CONSULTA POPULAR – 5.2. SEGUNDA POSTURA: NO ES POSIBLE TIPIFICAR DELITOS PENALES MEDIANTE CONSULTA POPULAR – 5.3. ¿EXISTE UNA TERCERA POSTURA? - 6. CONCLUSIÓN

1. Introducción

En el Ecuador, la Constitución de 2008, consagra tanto la participación directa del pueblo a través de consultas populares respecto a cualquier tema cuando es propuesta por el presidente o la ciudadanía, como la atribución de la Asamblea Nacional de tipificación de delitos a través de ley.

La constante desaprobación por parte de la ciudadanía a las decisiones de la Asamblea Nacional y los constantes impases y conflictos políticos existentes entre el poder ejecutivo y el legislativo, han conllevado a una crisis de representación en la que, tanto los mandatarios como la ciudadanía, prefieren que las decisiones se tomen mediante formas de participación directa. Esto ha provocado que la consulta popular sea vista como una posible herramienta para obtener cambios normativos sobre los que no existen consensos políticos en la Función Legislativa. Por ello, en los últimos años, tanto la ciudadanía como el presidente de la República han presentado propuestas de consulta popular para legislar temas penales.

Esto se evidencia en las propuestas de Consulta Popular que han sido presentadas como la referente al dictamen 7-20-CP/21, que impulsó Jaime Nebot en julio del 2020³ y fue luego presentada por la ciudadanía el 17 de septiembre de 2020, en donde surgió el primer debate sobre la posibilidad de tipificar estas conductas por esta vía. Posteriormente, se encuentra la propuesta por el expresidente Guillermo Lasso el 31 de octubre del 2022⁴ y también en la más reciente propuesta de consulta popular planteada el 2 de enero de 2024 por el presidente Daniel Noboa.⁵

Ante estas propuestas, la Corte constitucional, en varios dictámenes efectuados dentro de su facultad de control constitucional previo, ha debatido sin postura firme aun, respecto de la posibilidad de tipificar delitos penales mediante consulta popular. Dentro de su jurisprudencia se evidencian dos posturas marcadas; por un lado, la que defiende que sí es posible hacerlo, pues no se va en contra de lo establecido en la Constitución y

³ Dictamen Nro. 7-20-CP/21, Corte Constitucional, 27 de enero de 2021.

⁴ Dictamen Nro. 7-22-CP/22, Corte Constitucional, 28 de noviembre de 2022.

⁵ Dictamen Nro. 1-24-CP/24, Corte Constitucional, 2 de enero de 2024.

es una facultad que esta misma da a los ciudadanos, siendo la voluntad de los mismos la que debería prevalecer sobre cualquier otra.⁶ En cambio, la otra postura menciona que es una facultad exclusiva del poder legislativo, pues al tratarse de materia penal se debe respetar el principio de estricta legalidad, para esto debe existir un “adecuado debate parlamentario” para así garantizar, entre otros, que se respete el debido proceso y el principio de proporcionalidad establecido también en la Constitución, cosa que no sucede si acudimos a mecanismos de participación directa en donde la ciudadanía solo tiene la posibilidad de elegir entre aceptar o negar lo propuesto.⁷

Hasta el momento la Corte no ha dado paso a ninguna de estas propuestas planteadas, aunque no lo hizo basada en la posibilidad de tipificar delitos penales mediante esta vía, sino debido a que las preguntas propuestas no se adecuaban a la Constitución o no cumplían con los parámetros de control previstos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Por lo que, la cuestión no está zanjada y requiere ser tratada, pues es de suma importancia que tanto nuestros jueces, como los ciudadanos y el presidente tengan claro cuál es la vía para tipificar delitos penales, y, de existir la posibilidad de tipificarlos mediante consulta popular, qué garantías se deben cumplir en el proceso de tipificación de los mismos.

En el presente trabajo de investigación se plantearán las diferentes posturas respecto a la posibilidad de tipificar delitos penales mediante mecanismos de participación directa, como lo es la consulta popular y, a partir de ello, se analizará si es posible y adecuado utilizar esta herramienta constitucional para tipificar delitos.

Para resolver esta problemática, se realizará un análisis de la normativa ecuatoriana, la jurisprudencia y de la doctrina relevante. El objetivo es llegar a una conclusión sobre la hipótesis planteada, decantándonos por una de las dos posturas, con la finalidad de responder la siguiente interrogante: ¿Es posible tipificar delitos penales mediante Consulta Popular?

2. Marco Teórico:

Para cumplir el objetivo principal de este trabajo de investigación es imperativo explicar algunos conceptos fundamentales que son clave al momento de tomar una postura respecto a la posibilidad de tipificar delitos penales mediante consulta popular.

⁶ Dictamen Nro. 7-20-CP/21, Corte Constitucional, 27 de enero de 2021, pág. 65 párr. 9.

⁷ Dictamen Nro. 7-20-CP/21, pág. 15 párr. 42.

Es por esto que, en esta sección se explicarán conceptos como la democracia y sus diferentes tipos.

Para Bobbio, la democracia puede ser caracterizada “por un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo que procedimientos [sic]”.⁸ En este sentido, se podría considerar que es una forma de gobierno en la que la sociedad toma sus propias decisiones, ya sea mediante una participación directa, en la que los ciudadanos participan por sí mismos en la toma de decisiones, o mediante representantes elegidos por los ciudadanos para que sean estos quienes tomen las decisiones por ellos.

Para Jean-Francois Prud'homme, la democracia directa es cuando “el conjunto de los ciudadanos participa directa y continuamente en la toma de decisiones acerca de los asuntos de la comunidad”⁹, este tipo de democracia nace con la intención de que sean los propios ciudadanos los que deciden sobre los asuntos de su comunidad. En un principio, este tipo de participación permitía que la ciudadanía debata directamente sobre los temas más importantes de su comunidad y en base a esto votaban por la que más les convenga.

Para Loris Zanatta este tipo de democracia es

una convocatoria directa al pueblo como fuente de la soberanía política por encima de toda representación. Hasta tal punto que es inconcebible hablar de él fuera de un contexto ideal democrático; es decir, fuera de un contexto donde se haya afirmado que la fuente del poder reside en el pueblo.¹⁰

En este sentido, la democracia directa contemporánea se podría definir como la participación ciudadana en la toma de decisiones sobre aspectos importantes de la sociedad, a través del ejercicio del voto. Según la perspectiva de Francisco Lizcano-Fernández la democracia directa se define como:

un conjunto de individuos (a quienes usualmente se conoce como ciudadanos y cuyo número excede al de las autoridades) que se expresan libremente, que participan en la

⁸ Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*. (México: Fondo de Cultura Económica, 2022), 14.

⁹ Jean-Francois Prud'homme, *Consulta Popular y Democracia Directa. Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática*, (México: Instituto Nacional Electoral, 2016), 17.

¹⁰ Loris Zanatta, Federico Villegas. *El populismo*. (Katz Editores, 2014), 23. Recuperado de <https://www-digitalpublishing-com.ezbiblio.usfq.edu.ec/a/60591> (ultimo acceso 26 de febrero de 2024).

conducción política de la colectividad a la cual pertenecen (directamente o a través de la selección de los representantes que dirigen la sociedad) y que son iguales ante la ley.¹¹

Este tipo de democracia enfrenta una serie de problemas. Dado que en la actualidad las sociedades son más grandes y complejas, resulta casi imposible que la ciudadanía pueda participar de manera directa y constante en todos los asuntos públicos. Por esta razón, son pocos los espacios que mantienen los ordenamientos jurídicos para brindar la participación directa de la ciudadanía en la toma de decisiones.

Por otro lado, está la democracia representativa. Para Bobbio se la denomina como “la forma de gobierno en que se ejerce la soberanía popular a través de la elección de representantes, en oposición a todas las formas autocráticas, sean mocrocráticas o aristocráticas [sic]”¹². En este tipo de democracia, existe un debido debate legislativo en donde mediante un procedimiento abierto y plural se discuten las leyes para proteger los derechos de los ciudadanos y las minorías. En este sentido, este tipo de democracia está ligada a diferentes principios como el de reserva de ley, el cual según Juan Fernando López Aguilar es “cuando un precepto constitucional exige, expresamente, que sea la ley, y no ninguna otra forma de normación infraordenada, la que entre a regular (regule, efectivamente) determinada materia.”¹³

Gargarella, en varias de sus obras, comparte la idea de que actualmente existe una crisis de representación, debido a factores como que, cuando se diseñó el sistema de la democracia representativa, se pensaba que mientras más discusión colectiva existía, más posibilidades habían de que se tomen decisiones parciales. Por esto mismo considera que: “Se produjo un modelo constitucional tendiente a desalentar la discusión colectiva y a reforzar la independencia de los representantes electos”¹⁴. Esta es una de las razones por las que hoy en día podemos observar que en nuestras sociedades se alienta cada vez

¹¹ Francisco Lizcano-Fernandez. “*Democracia Directa y Democracia Representativa*”, *Convergencia: Revista de Ciencias Sociales Vol 19, No 60* (2012), párr. 15.

¹² Mauricio Maldonado Muñoz. “Democracia, derechos y regla de mayoría: una mirada a partir de la teoría de Norberto Bobbio.” México, *Isonomía [online] n.44.* (2016), pp.127-162. Par 5. Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182016000100127&lng=es&nrm=iso ISSN 1405-0218 (último acceso 27 de febrero de 2024).

¹³ Aguilar, Juan Fernando López. *LA RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEY EN MATERIA PENAL (Ley, Reserva de Ley y Legalidad Penal, Desde La Perspectiva Del Constitucionalista Español)*, (España: Revista Española de Derecho Constitucional, Nro. 33,1991) 117. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/24880956>. (último acceso 28 de febrero de 2024).

¹⁴ Roberto Gargarella, “Crisis de representación y constituciones contra mayoritarias”, *Isonomía; Revista de teoría y filosofía del derecho, ISSN 1405-0218, N2* (1995) 90.

más a que la ciudadanía participe directamente de los asuntos que los beneficien o perjudiquen.

En el Ecuador, tanto la democracia directa como la representativa se encuentran reconocidas en la Constitución y conviven en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, dado que su ámbito de aplicación es amplio, resulta necesario y relevante determinar cuándo cada una de estas formas de participación constituye un mecanismo viable y resulta apropiado utilizarlo para responder a necesidades de la sociedad, como lo es la tipificación de delitos penales.

3. Marco Normativo:

Esta sección tiene como finalidad exhibir el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia relativa a la consulta popular como mecanismo de participación directa; así como también, la relacionada a la tipificación de delitos, pues esta deberá ser contrastada y conjugada para resolver la problemática presentada en este trabajo de investigación.

Es preciso empezar por mencionar que el artículo 1 de la Constitución consagra al Ecuador como un Estado constitucional, soberano y de derechos, cuya soberanía radica en el pueblo. Así mismo, establece que la voluntad del pueblo fundamenta a la autoridad, misma que es establecida a través de los órganos del estado y mediante las formas de participación directa establecidas en nuestra Constitución.¹⁵ Como se desprende de este, el constituyente desde la concepción del Estado ecuatoriano reflejó que la participación y la democracia directa constituyen un eje fundamental de nuestro país.

Por su parte, dentro del capítulo de los derechos de participación, se afianzó su importancia y, posteriormente, en el artículo 61 de la Constitución, en sus incisos 2 y 4, establece que los ciudadanos gozan de los derechos a “participar en los asuntos de interés público” y a “ser consultados”.¹⁶

En este sentido, el artículo 95 de la Constitución consagra que los ciudadanos “participarán de manera protagónica en la toma de decisiones” y deja en claro que “la participación ciudadana en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria”.¹⁷

¹⁵ Artículo 1, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 181 de 15 de febrero de 2018.

¹⁶ Artículo 61, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁷ Artículo 95, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

A partir del artículo 104 de la Constitución, se establecen los mecanismos y requisitos para el ejercicio de la democracia directa. Así, en este artículo se dispone que tanto el presidente, los gobiernos autónomos descentralizados y la ciudadanía podrán solicitar la convocatoria a consulta popular. El presidente sobre asuntos que considere convenientes, los gobiernos autónomos descentralizados sobre temas de interés para su jurisdicción, y la ciudadanía sobre cualquier asunto.¹⁸

El Código de la Democracia, en concordancia con lo consagrado en el artículo 1 de la Constitución, también establece en su artículo 1 que: “La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución y en la ley.”¹⁹

Y en su artículo 2 detalla que los ecuatorianos gozan del derecho de “participar en los asuntos de interés público” y a “ser consultados”²⁰, por lo que en su capítulo tercero²¹ decreta las reglas generales de las “instituciones de democracia directa” y en su capítulo cuarto las de la “iniciativa popular”.²²

La democracia representativa también está reconocida dentro de la Constitución ecuatoriana a partir del artículo 118, que establece la forma de elección de la Asamblea Nacional y su integración.²³ El artículo 120 de la Constitución, establece como una de las atribuciones y deberes de la Asamblea Nacional, en su inciso 6, “expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio”.²⁴ Y, en su artículo 132, en concordancia con el artículo anterior, establece que se requerirá de ley para “tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes”.²⁵

Además, es preciso evidenciar también que, en materia penal, el artículo 76 numeral 3 del texto constitucional establece como una garantía del debido proceso que

Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra

¹⁸ Artículo 104, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁹ Artículo 1, Código de la Democracia, R.O 578 de 27 de abril de 2009, reformado por última vez el 03 de febrero de 2020.

²⁰ Artículo 2, Código de la Democracia.

²¹ Capítulo Tercero, Código de la Democracia.

²² Capítulo Cuarto, Código de la Democracia.

²³ Artículo 118, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

²⁴ Artículo 120, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

²⁵ Artículo 132, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.²⁶

Este mismo artículo, en su inciso 6, establece que la ley siempre debe establecer una “debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”.²⁷ Este principio también se encuentra establecido en el artículo 12 numeral 16 del Código Orgánico Integral Penal.²⁸

Por su parte, es preciso mencionar que el Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 5, también señala ciertos principios del debido proceso penal. En este artículo podemos observar el principio de estricta legalidad mediante el cual se establece que “no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla”.²⁹

En la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, por su parte, también se detalla tanto las reglas generales para la convocatoria a consulta popular y se regula el proceso de control constitucional que efectuará la Corte Constitucional para verificar el cumplimiento de las reglas procesales, la protección de derechos y la constitucionalidad de las preguntas planteadas dentro de las mismas.³⁰

Por último, la Corte Constitucional, ha emitido diferentes dictámenes como los (i) 7-20-CP/21, (ii) 7-22-CP/22, (iii) 1-24-CP/24, en los que se analizaron diferentes propuestas de consulta popular que pretendían tipificar o modificar conductas penales, En ellas, la Corte Constitucional estableció ciertos límites y estándares relevantes a ser considerados al tratar este tema.

4. Estado del Arte

Dado que la Constitución prevé la posibilidad de que la ciudadanía y el presidente pueden plantear consultas sobre cualquier asunto, en los últimos años, se han presentado varias propuestas de consulta popular para modificar o incorporar tipos penales. Para el efecto, de acuerdo con lo que establece la LOGJCC, la Corte Constitucional debe efectuar el control previo de constitucionalidad de las propuestas y

²⁶ Artículo 76, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

²⁷ Artículo 76, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

²⁸ Artículo 12, Código Orgánico Integral Penal (COIP), R.O Suplemento 180 de 2 de octubre de 2014.

²⁹ Artículo 5, COIP.

³⁰ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), R.O Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009, reformada por última vez R.O Suplemento de 07 de febrero de 2023.

en ellos se evidencia la existencia de una tensión entre principios constitucionales relacionados a la democracia directa y democracia representativa cuando se trata de tipificar delitos. Consecuentemente, se evidencia una división en las posturas de sus magistrados que dejan ver que existe una disyuntiva respecto de si se puede o no tipificar tipos penales a través de consulta popular.

A partir del dictamen Nro. 7-20-CP/21, correspondiente a una propuesta de Consulta Popular de iniciativa ciudadana planteada el 17 de septiembre de 2020, en la que dos preguntas pretendían que se modifique la pena en los casos de violación agravada por la muerte de la víctima menor de 14 años a una pena de 50 años; y que se sancione penalmente a quien, “de manera habitual, mediante practicas dolosas perjudique a los pequeños productores de productos perecibles de los sectores agrícolas, ganadero, pesquero y acuicultor”³¹, la Corte determinó que cuando se realiza el control material de una pregunta en materia penal, se debe tomar en cuenta que esta materia goza del principio de estricta legalidad. Así, el dictamen hace énfasis en lo siguiente:

Al realizar el control material, la Corte tendría que observar que, en materia penal, es indispensable que la determinación de los tipos penales y la gradación de las penas respete el principio de estricta legalidad. Para garantizar este principio es fundamental que exista un adecuado debate parlamentario que determine la gradación de cada pena, la cual debe ser proporcional a la gravedad de la afectación del bien jurídico protegido y a las propiedades subjetivas de la conducta. Por su naturaleza, la consulta popular no permite el debate en sede parlamentaria y esto puede incidir en la constitucionalidad de utilizar este mecanismo para la adopción de nuevos tipos penales o el aumento de las penas previstas para los tipos ya existentes.³²

Además, el dictamen deja en claro que la determinación de los tipos penales y la gradación de las penas en el caso de que una pregunta de este tipo supere el control formal debe ser tratada con mucho cuidado por las siguientes razones:

(...) la estrecha relación entre los derechos constitucionales de las personas y la obligación de redactar las conductas punibles con el mayor nivel posible de precisión y claridad implica que los tipos penales redactados de forma excesivamente incierta o indeterminada riñen con la Constitución y, por lo tanto, esta cuestión deberá ser

³¹ Dictamen Nro. 7-20-CP/21, Corte Constitucional, 27 de enero de 2021, pág. 2.

³² Dictamen Nro. 7-20-CP/21, pág. 15 párr. 42.

analizada por la Corte Constitucional con el debido cuidado, en caso de que una pregunta que contenga un tipo penal supere el control formal.³³

En este dictamen, la Corte decidió “declarar que la propuesta de consulta popular, en la forma en la que fue presentada, no se adecúa a la Constitución ni cumple con los parámetros de control previstos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional”.³⁴ Por consiguiente, negó la propuesta de consulta popular por no cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 127 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales.³⁵ No obstante, este dictamen tuvo 3 votos salvados entre los que destaca el voto presentado por los jueces constitucionales Carmen Corral y Hernán Salgado Pesantes. En su voto, los jueces hacen referencia al artículo 1 inciso segundo de la Carta Constitucional que determina que “la soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad”³⁶, y al artículo 95 de la Constitución el cual menciona que “las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual participarán de manera protagónica en la toma de decisiones”³⁷, con el fin de enfatizar que en nuestro país;

la soberanía popular es la expresión del poder de mando originario del pueblo y encuentra en los mecanismos participativos los instrumentos para ejercerla, debiendo los medios adecuarse a este fin, ya que la democracia permite: “la formación de las decisiones colectivas...la más amplia participación posible de los interesados”.³⁸

Mediante este voto salvado, los jueces nos dan a entender que consideran que la modificación o tipificación de delitos penales no es contrario a lo establecido en la Constitución. Para ellos, solamente debían hacerse algunas modificaciones a las preguntas con la finalidad de que se pueda preguntar a la ciudadanía sobre estos temas, tomando en cuenta, además, que no existe riesgo de abusos puesto que “de los textos normativos que llegaren a aprobarse se encuentra habilitado el ejercicio del control posterior de constitucionalidad”.³⁹

³³ Dictamen Nro. 7-20-CP/21, Corte Constitucional, 27 de enero de 2021, pág. 34 párr. 104.

³⁴ Dictamen Nro. 7-20-CP/21, pág. 59 párr. 201.

³⁵ Artículo 127, LOGJCC.

³⁶ Artículo 1, Constitución del Ecuador, 2008.

³⁷ Artículo 95, Constitución del Ecuador, 2008.

³⁸ Dictamen Nro. 7-20-CP/21, Corte Constitucional, 27 de enero de 2021, pág. 65 párr. 9.

³⁹ Dictamen Nro. 7-20-CP/21, Corte Constitucional, 27 de enero de 2021, pág. 66 párr. 10.

Posteriormente, este asunto se discutió en el dictamen Nro. 7-22-CP/22, de la Consulta Popular propuesta por el presidente Guillermo Lasso, el 31 de octubre del 2022, en la cual una de sus preguntas buscaba “añadir un artículo tipificando el delito de “extorsión organizada” en el Código Orgánico Integral Penal con una pena privativa de libertad de 7 a 10 años”.⁴⁰ El mencionado dictamen de mayoría sostiene que es posible esta tipificación mediante consulta popular, pues “no incurre en prohibiciones o violaciones constitucionales, sino que responde a la potestad otorgada al presidente de la República contenida en el inciso segundo del artículo 104 de la Constitución de la República”⁴¹, y propone que según el numeral 3 del artículo 8 y el artículo 393 de la Constitución “el tipificar un nuevo delito podría ser un asunto que el presidente considere conveniente consultar, respondiendo a la necesidad de garantizar la seguridad humana, a través de acciones integradas para prevenir la comisión de delitos.”^{42 43}

Esta decisión tuvo 2 votos concurrentes y 2 votos salvados. El voto concurrente emitido por las juezas y jueces Karla Andrade Quevedo, Alejandra Cárdenas Reyes, Daniela Salazar Marín y Alí Lozada Prado, defiende la postura de que la tipificación de delitos penales debe llevarse a cabo mediante un correcto debate parlamentario. Además, señala que:

La Corte no realiza un juicio de conveniencia respecto de las propuestas; su papel es el de garantizar el derecho a la participación ciudadana y, al mismo tiempo, asegurar que dicho ejercicio no afecte los demás derechos y garantías reconocidos en el mismo texto constitucional. Esta tensión puede expresarse en todos los asuntos de interés público, pero, si existe un área donde resulta particularmente evidente, es en la materia penal.⁴⁴

En este sentido, en el voto concurrente del dictamen 7-22-CP/22, los jueces destacan lo indicado en el anterior dictamen 7-20-CP/21 y mencionan que el análisis constitucional de las preguntas que pretendan tipificar delitos penales debe ser realizado con sumo cuidado, debido a que la utilización de mecanismos de democracia directa para estos aspectos “puede potencialmente afectar el principio de estricta legalidad en materia

⁴⁰ Dictamen Nro. 7-22-CP/22, Corte Constitucional, 28 de noviembre de 2022, pág. 12 párr. 43.

⁴¹ Dictamen Nro. 7-22-CP/22, Corte Constitucional, pág. 18 párr. 71.

⁴² Dictamen Nro. 7-22-CP/22, Corte Constitucional, pág. 18 párr. 72.

⁴³ En este dictamen, nuevamente la Corte decidió negar la solicitud de consulta popular planteada por el presidente, sin embargo, no fue por la constitucionalidad de tipificar delitos penales mediante consulta popular, sino debido a que no cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 127 de la Constitución.

⁴⁴ Dictamen Nro. 7-22-CP/22, Corte Constitucional, 28 de noviembre de 2022, pág. 27 párr. 7.

penal, la proporcionalidad de las infracciones, o los principios que rigen el sistema de rehabilitación social”⁴⁵. Recalcan, que, sin menospreciar la importancia de este tipo de mecanismo de participación directa, al impedir un debate legislativo

la opción de los votantes es binaria: aceptar o no la modificación legal planteada por el proponente, sin que se pueda discutir su texto, enmendarlo o mejorarlo con miras a gradar adecuadamente su pena y establecer de forma clara los elementos que conformarán el tipo penal.⁴⁶

Con lo expuesto, los jueces que emitieron este voto concurrente consideran que cuando se trata de materia penal, entre “garantizar la participación directa y proteger los demás derechos reconocidos en la Constitución”⁴⁷, se debe preferir que cuando se trate al derecho penal se aseguren las garantías y este se “realice bajo condiciones de validez democrática”.⁴⁸ Los jueces dejan claro que, aunque esta legitimidad del poder punitivo requiere de una mayor participación ciudadana al momento de establecer o aplicar los tipos penales, la participación del pueblo debe traducirse en “procedimientos democráticos deliberativos robustos que permitan discutir su contenido y plantear modificaciones, sin que la voz del pueblo sea reducida a un todo o nada”⁴⁹. Además, con la finalidad de defender su postura, los jueces consideran necesario diferenciar entre las figuras de participación ciudadana como el referéndum normativo, que es el que es comúnmente utilizado cuando se proponen este tipo de tipificaciones penales, y el plebiscito, en el cual se permite que la ciudadanía participe directamente de las decisiones y expresa cuál es su voluntad, sin excluir el debido debate legislativo, que en su opinión es un rol esencial que debe “jugar para que la tipificación de delitos y gradación de penas respete el debido proceso y el principio de estricta legalidad en materia penal”⁵⁰.

En el dictamen 7-22-CP/22, también existió otro voto concurrente emitido por los jueces constitucionales Jhoel Escudero y Richard Ortiz. Estos jueces comparten la postura del voto concurrente antes descrito, pero van más allá, y añaden que en su criterio, “el presidente de la República no puede obligar al pueblo a pronunciarse sobre cuestiones que rebasan límites constitucionales como la reserva de ley o el principio de legalidad,

⁴⁵ Dictamen Nro. 7-22-CP/22, Corte Constitucional, 28 de noviembre de 2022, pág. 27 párr. 8.

⁴⁶ Dictamen Nro. 7-22-CP/22, pág. 28 párr. 11.

⁴⁷ Dictamen Nro. 7-22-CP/22, pág. 28 párr. 12.

⁴⁸ Dictamen Nro. 7-22-CP/22, pág. 28 párr. 12.

⁴⁹ Dictamen Nro. 7-22-CP/22, pág. 28 párr. 12.

⁵⁰ Dictamen Nro. 7-22-CP/22, pág. 28 párr. 12.

reemplazando al órgano legislativo”⁵¹. Para estos jueces, la Asamblea es la responsable, según sus competencias, de regular aquellos problemas en los cuales la seguridad de la sociedad y de los ecuatorianos se vea afectada, y que

El correcto funcionamiento de las instituciones impide que se incurran en prácticas que puedan ser contrarias a la institucionalidad estatal e incluso devenir en ofertas populistas, a través de las cuales se ponga a consideración de la ciudadanía aspectos que merezcan ser conducidos a través de los causes procedimentales establecidos por la Constitución.⁵²

Como podemos observar, entonces, la problemática tratada en este trabajo de investigación ha sido y continúa siendo cuestión de análisis dentro de nuestra Corte Constitucional. Nuestros jueces, al igual que muchos juristas, tienen y defienden posturas distintas: por lo que, no está definido aún si constitucionalmente es posible o no tipificar delitos penales mediante consulta popular.

Por estas razones, a continuación, se discutirán ambas posturas para determinar si a la luz de la doctrina, jurisprudencia y lo que dispone el ordenamiento jurídico resulta posible, y de ser así, si esta posibilidad es adecuada para incluir o modificar tipos penales a través de la democracia participativa.

5. Discusión

5.1. Primera Postura: Sí se pueden tipificar delitos penales mediante consulta popular

Como ha quedado establecido, la primera postura sostiene que, es posible y deseable tipificar delitos penales mediante consulta popular, pues según el artículo 1 de la Constitución del Ecuador la soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Según esta postura, el principio de soberanía popular implica que el pueblo es soberano para adoptar decisiones propias sobre sus derechos e intereses y garantiza de este modo el autogobierno colectivo. La soberanía del Estado emana de la voluntad del pueblo y esta, como lo establece el artículo constitucional mencionado anteriormente, se ejerce mediante los órganos del poder público y mediante mecanismos de democracia

⁵¹ Dictamen Nro. 7-22-CP/22, Corte Constitucional, 28 de noviembre de 2022, pág. 32 párr. 12.

⁵² Dictamen Nro. 7-22-CP/22, pág. 32 párr. 12.

directa, donde el pueblo mismo toma las decisiones que más les benefician. Rafael Oyarte destaca que "quien decide finalmente la cuestión planteada, como soberano es el pueblo"⁵³. En este sentido, si la voluntad del pueblo es que se modifiquen o tipifiquen nuevos delitos penales, están en pleno ejercicio de su derecho constitucional de hacerlo, pues no hacen más que cumplir con lo que está establecido en nuestra Constitución.

Entre las formas de participación directa previstas en la Constitución para garantizar la soberanía popular, se encuentra la figura de la consulta popular. Esto implica que mediante el voto directo de la población permite que esta exprese su opinión a través del pronunciamiento popular respecto a una pregunta que puede ser de diferentes tipos: consulta popular, plebiscito o referéndum. Según Peña Carpio esta forma de participación directa

constituye un derecho constitucional y político por el cual el pueblo hace deliberaciones públicas y toma decisiones como cuerpo electoral y cuerpo de legislación, siendo creciente el número de oportunidades en que la ciudadanía en general decide en forma directa los asuntos sometidos a su consulta.⁵⁴

La figura de la consulta popular está establecida en nuestra Constitución en el artículo 104, sin embargo, es abierta y no establece límites expresos en cuanto a la materia. Como quedó establecido el artículo 104 dispone que el presidente puede llamar a consulta popular sobre "los asuntos que estime convenientes"⁵⁵ y que la ciudadanía podrá solicitar esta convocatoria sobre "cualquier asunto"⁵⁶.

Esto indica que, tanto el presidente como la ciudadanía pueden, si lo consideran conveniente, convocar a una consulta popular, incluso, para tipificar un delito penal. Bajo esta concepción, lo único que están haciendo es garantizar que se cumpla lo establecido en el artículo 1 de la Constitución. Además, mediante esta figura de participación directa, al ser el pueblo quien elige directamente y se autoimpone una limitación a sus derechos, su decisión goza de legitimación suficiente para justificar que no lo haga el legislador y no existiría ninguna afectación a los valores protegidos por el principio de reserva legal. En este sentido, es importante recalcar los argumentos de los jueces Carmen Corral y

⁵³ Rafael Oyarte, *Derecho Constitucional* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019), 395.

⁵⁴ Peña Carpio, *Mecanismos de participación ciudadana: La consulta popular en la constitución de la república del Ecuador 2008* (2011) <http://dspace.uazuay.edu.ec/handle/datos/4113>.

⁵⁵ Artículo 104, Constitución del Ecuador, 2008.

⁵⁶ Artículo 104, Constitución del Ecuador, 2008.

Hernán Salgado, en el cual reconocen que la soberanía popular y la voluntad del pueblo es “la expresión del poder de mando originario del pueblo y encuentra en los mecanismos participativos los instrumentos para ejercerla”;⁵⁷ es decir que la voluntad del pueblo es la forma de democracia más pura y su voluntad no puede ser disminuida. Por lo que, no se debería ni siquiera discutir la posibilidad de poder tipificar delitos penales mediante esta figura, pues es la propia Constitución la que le da a la ciudadanía y al presidente la facultad de hacerlo.

Esta postura defiende que las leyes deberían ser el claro reflejo de la voluntad del pueblo, es esta pureza y fundamentación a la autoridad, lo que incluso hace que los delitos penales puedan ser discutidos y aprobados directamente por la ciudadanía. Clara Souto Galván, nos presenta mediante su artículo “de la democracia representativa a la democracia directa”, cómo el teórico clásico de la democracia directa Rousseau, defiende que este tipo de democracia es

la única forma de democracia posible, basándose en tres postulados: El pueblo no se representa más que a sí mismo, las leyes han de ser directa emanación de la voluntad popular, por lo que cualquier órgano o cuerpo intermedio constituye una distorsión de dicha voluntad, y la libertad sólo se alcanza como resultado de la identificación con la voluntad general y, por lo tanto, es necesario que las leyes, como manifestación de la soberanía y plasmación de dicha voluntad general, sea adoptada directamente por los propios ciudadanos. En este sentido Rousseau afirma que, en los sistemas como Inglaterra, en la que existía un Parlamento cuyos miembros eran elegidos por sufragio, el ciudadano es sólo libre en el momento en que elige a su representante. Una vez elegido este, el ciudadano vuelve a ser esclavo (Rousseau, 1969).⁵⁸

Así, aun cuando bajo estos criterios en que el pueblo debe y puede representarse a sí mismo, la tipificación de delitos penales -como un asunto de enorme interés de la ciudadanía- resultaría posible y deseable. Sin embargo, aunque esta postura podría parecer que no contraviene lo estipulado en nuestra Constitución y plantea una serie de ventajas respecto al autogobierno y al involucramiento de la ciudadanía en la toma de decisiones que les conciernan, presenta también una serie de problemas como la posible

⁵⁷ Dictamen Nro. 7-20-CP/21, Corte Constitucional, pág. 65 párr. 9

⁵⁸ Clara Souto Galván. "De La Democracia Representativa a La Democracia Directa." *Revista Jurídica Piélagus* 12, (2013): 127. Recuperado de: doi:<https://doi.org/10.25054/16576799.655>. <https://www.proquest.com/scholarly-journals/de-la-democracia-representativa-directa/docview/2402231617/se-2>. (Último acceso : 02 de marzo de 2024).

restricción a los derechos reconocidos en nuestra Constitución, o que aparezcan supuestos “salvadores” que pretendan saltarse al Legislativo y legitimar sus acciones con falsas promesas a la ciudadanía.

En este sentido, en el caso de la tipificación de delitos penales nos podríamos encontrar frente a un fenómeno conocido como populismo penal, que Mouzo lo define “como la promesa de que, a partir de un endurecimiento del sistema penal se puede acabar con el delito. De allí su efectividad”.⁵⁹ Es por esto, que hoy en día los líderes prefieren saltarse el diálogo y la búsqueda de consensos al interior de los órganos legislativos para que a través del voto popular se cumpla su voluntad. De esta forma “se deja de consultar a los expertos en esta materia, cuestión que, se supone implica un retroceso en los derechos y garantías adquiridos en favor de una justicia de tono emocional claramente retributiva.”⁶⁰

Es importante mencionar, que el populismo es un fenómeno que se ha hecho un espacio importante en las sociedades contemporáneas. El populista se aprovecha de la crisis del sistema representativo y se presenta como el reivindicador de la voluntad del pueblo, y es utilizado como una herramienta política por el Ejecutivo para alcanzar sus objetivos. Gargarella al hablar del populismo destaca que: “el populista habla y actúa en nombre del pueblo al que, en los hechos, solo consulta discrecionalmente, cuando quiere, como quiere y hasta donde quiere”.⁶¹ Al momento de tipificar delitos penales, los ciudadanos esperan que los legisladores promulguen leyes que los protejan, sin embargo, si no se utiliza la forma de la democracia representativa, lo que ocasiona es que los mandatarios pretendan saltarse a la Asamblea y salvar al pueblo, mediante falsas promesas según las cuales tipificando diferentes conductas penales ellos estarán más seguros, y con la crisis que vivimos hoy en día, las personas prefieren su seguridad⁶² a la protección de los derechos mediante la democracia representativa.

Esto a mi entender, podría comprometer la expresión auténtica de la voluntad popular. Si la voluntad del pueblo se basa en falsas promesas, podría ser aprovechada por el mandatario para legitimar sus acciones a través de métodos de participación directa, beneficiándose de que los ciudadanos se sienten insatisfechos con sus representantes y

⁵⁹Karina Mouzo. Inseguridad y "populismo penal" *URVIO. Revista Latinoamericana De Estudios De Seguridad*, n.º 11 (enero, 2014.),44. <https://doi.org/10.17141/urvio.11.2012.1155>.

⁶⁰*Ibid.*

⁶¹ Roberto Gargarella, *La derrota del derecho en América Latina* (1st ed. Siglo XXI Editores), 20.

⁶² Daniel Montalvo, Ecuador registra los niveles más altos de crimen, inseguridad y delincuencia del continente. Corporación participación Ciudadana. <https://www.participacionciudadana.org/web/wp-content/uploads/2024/02/A1-Ecuador-registra-los-niveles-mas-altos-de-crimen.pdf>.

que ven en él a un “salvador”. En mi opinión, esto perjudica esta postura, ya que no reflejaría la verdadera voluntad del pueblo, sino más bien lo único que refleja es una forma de rechazo hacia sus representantes.

5.2. Segunda Postura: No se pueden tipificar delitos penales mediante Consulta Popular.

Por otro lado, la segunda postura defiende que no es posible tipificar delitos penales mediante consulta popular. Al respecto, existen varios argumentos que se deben considerar:

En primer lugar, podemos observar cómo los jueces de la Corte Constitucional que la defienden consideran que cuando se utiliza la democracia directa en este sentido se podría afectar el principio de estricta legalidad, el principio de proporcionalidad que existen en materia penal.⁶³ Además, dejan en claro que sin quitarle la importancia que merece este tipo de mecanismo de participación directa, si se impide el debido debate legislativo los votantes solo pueden elegir entre “aceptar o no la modificación legal planteada por el proponente, sin que se pueda discutir su texto, enmendarlo o mejorarlo con miras a gradar adecuadamente su pena”⁶⁴.

En este sentido, dan a entender que es necesario que se discuta exhaustivamente sobre lo que se va a tipificar mediante el uso de la democracia representativa, asegurando así la protección de los derechos de los ciudadanos, la proporcionalidad de las penas y la igualdad de las minorías en la toma de decisiones, estableciendo lo siguiente:

el Poder Legislativo tiene la potestad exclusiva para configurar los bienes jurídicos penalmente protegidos, los comportamientos penalmente relevantes, el tipo y el modo de las sanciones penales, es decir, lo que se denomina principio de configuración legislativa⁶⁵

Por esto, considero conveniente volver a abordar la democracia representativa. Cuando hablamos de este tipo de democracia nos encontramos ante un mecanismo en donde los ciudadanos eligen a otros (la asamblea) para que con su autorización actúen en su nombre. Es decir, cedemos a nuestros representantes la obligación de discutir, debatir

⁶³ Dictamen Nro. 7-22-CP/22, Corte Constitucional, 28 de noviembre de 2022 pág. 27 párr. 8.

⁶⁴ Dictamen Nro. 7-22-CP/22, pág. 28 párr. 11.

⁶⁵ Dictamen Nro. 1-24/CP/24, Corte Constitucional, 2 de enero de 2024, pág. 52 párr. 203.

y decidir por nosotros en temas tan relevantes e importantes como la tipificación de delitos, que tiene vinculación directa con los derechos constitucionales.

La tipificación de infracciones penales según Bósquez Remache “es privativa del Estado Ecuatoriano, que ejerce el Ius Puniendi, cuya función se transfiere al órgano legislativo; dándole el carácter de exclusiva y excluyente”⁶⁶. Esta tipificación, como se puede observar se encuentra sujeta a la reserva de ley y es responsabilidad de la Asamblea Nacional, la cual se encuentra regulada en los artículos 120 y 132 de nuestra Constitución y que tiene como una de sus funciones, "tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes".⁶⁷

La relevancia de este principio no solo reside en su aplicación directa, sino también en la salvaguardia de otros derechos y principios a través de un riguroso debate legislativo. De acuerdo con la perspectiva de Arroyo Zapatero, este principio concede al Poder Legislativo la autoridad para tomar decisiones en torno a la restricción de la libertad individual. Asimismo, funciona como un elemento limitante para el Poder Ejecutivo, constituyendo una clara manifestación del principio de división de poderes.⁶⁸

En segundo lugar, bajo esta postura también es necesario considerar que resulta prudente limitar a estas figuras de participación directa. Al respecto, Juan Francisco Guerrero y María Victoria Yépez Idrovo en su artículo titulado "Los límites materiales de la consulta popular en el Ecuador", proponen que la consulta popular debe ser limitada por: los derechos fundamentales, el régimen de competencias previsto en la Constitución y, por último, que la consulta popular no puede reemplazar otros procedimientos establecidos en la Constitución.⁶⁹

Los autores sostienen la necesidad de llevar a cabo un análisis e interpretación sistemática del artículo 104 de la Constitución. Así, destacan como primera limitante de la consulta popular los derechos fundamentales establecidos en nuestra Constitución, asegurando que estos son “inalienables, irrenunciables y están fuera del alcance de

⁶⁶ Javier Darío Bósquez Ramache, Leny Cecilia Campaña Muñoz & Lady Nathaly Chica López, “LAS INFRACCIONES PENALES DE ÍNDOLE LABORAL EN ECUADOR; ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS” *Dilemas contemporáneos: educación, política y valores*, 8(spe3), 00020. Epub 30 de agosto de 2021. <https://doi.org/10.46377/dilemas.v8i.2699>.

⁶⁷ Artículo 132, Constitución del Ecuador, 2008.

⁶⁸ Luis Arroyo Zapatero. “PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y RESERVA DE LEY EN MATERIA PENAL”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nro. 8 (1983), 12 recuperado de: <https://www.jstor.org/stable/44202799>, (último acceso: 27/02/2024).

⁶⁹ Juan Francisco Guerrero del Pozo, María Victoria Yépez Idrovo, “Los límites materiales de la consulta popular en el Ecuador”. *USFQ Law Review*, Vol 8, no (2021), 188-208, doi: 10.18272/ulr.v8i2.2324. (último acceso: 29 de febrero de 2024).

cualquier autoridad y de cualquier persona en general,”⁷⁰ tal como lo ha establecido nuestra Corte Constitucional y jurisprudencia interamericana.

En este sentido, el artículo 104 se refiere a “cualquier asunto” para diferenciar las potestades que tiene la ciudadanía y el presidente de las que tienen los GADs al momento de consultar. Los GADs, solo pueden preguntar sobre asuntos de interés en su jurisdicción, mientras que el presidente y la ciudadanía no tienen esta limitación, esto no quiere decir que le están habilitando a preguntar sobre cualquier cosa, sino solo para recalcar que no existe la limitación que tienen los GADs a consultar los temas relevantes solo a nivel municipal.

Así también, los autores mencionan que “la participación democrática en ningún caso puede entenderse como absoluta, pues siempre encontrará sus límites en los derechos fundamentales de las personas”⁷¹, y hacen énfasis en la importancia del control previo de constitucionalidad que realiza la Corte Constitucional. El cual es una herramienta para velar por el cumplimiento de este limitante de la consulta popular, pues es deber de la Corte Constitucional proteger los derechos fundamentales de las personas, encontrando un equilibrio al momento de “proteger los derechos de las minorías frente a la decisión de la mayoría”⁷². Caso contrario, estaríamos frente a una “democracia plebiscitaria, en la que “el consenso de la mayoría legitima cualquier abuso”, incluyendo las vulneraciones a los derechos de las personas”.

Esta limitante es vital al analizar la posibilidad de tipificar delitos penales mediante consulta popular, pues, en materia penal, podemos observar la potencial restricción de derechos fundamentales, como el de la libertad, integridad o el debido proceso, que incluye entre sus garantías a la proporcionalidad de las penas o la tipificación de la conducta y la sanción de manera previa, derechos que se encuentran protegidos, además, por el principio de reserva de ley.

Es por esto que es importante mencionar algunos aspectos adicionales sobre la reserva de ley. En materia penal, al estar directamente involucrados derechos fundamentales que están establecidos en nuestra Constitución, la reserva de ley sirve como una especie de barrera para asegurarnos de salvaguardar estos derechos. En este sentido, Díaz-Picazo menciona que la reserva de ley, en su estado más puro, “consiste en

⁷⁰ Juan Francisco Guerrero del Pozo, María Victoria Yépez Idrovo, “Los límites materiales de la consulta popular en el Ecuador”. *USFQ Law Review*, Vol 8, no (2021), 192, doi: 10.18272/ulr.v8i2.2324. (ultimo acceso: 29 de febrero de 2024).

⁷¹ *Id.*, 193.

⁷² *Id.*,193.

excluir que una materia dada pueda ser regulada, al menos primariamente, por normas de naturaleza reglamentaria, que por definición emanan de órganos administrativos”.⁷³ La única forma de proteger todos estos derechos es que la tipificación de estos delitos se realice bajo un correcto y técnico debate legislativo en donde se pueda discutir cómo se van a limitar estos derechos y se escuche diferentes voces y posturas de la sociedad. Además, mediante esta vía se garantiza que las normas se aprueben a través de un procedimiento plural y transparente y que se escuche y proteja a las minorías que forman parte del grupo de representantes encargados de discutir y aprobar las leyes.

Siguiendo esta línea, además de la reserva de ley, esta postura también protege al principio de proporcionalidad de las penas establecido en nuestra Constitución en el artículo 76.6⁷⁴ y en el Código Orgánico Integral Penal, en el artículo 12.16.⁷⁵ Este principio implica que las sanciones que se les impongan a los imputados deben ser proporcionales a las infracciones que cometieron. Mediante un correcto debate legislativo, nuestros legisladores tienen el deber de procurar que esto ocurra, cosa que no pasa cuando se le pregunta al pueblo de manera directa. Hernán Fuentes Cubillos menciona que

el principio de proporcionalidad se erige en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, y por el otro, el interés del individuo en la eficacia de una garantía consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del ius puniendi. Así, la justa medida de la pena se configura como un principio rector de todo el sistema penal.⁷⁶

En esta misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva 6-86 establece que:

⁷³ Luis Diez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales* (Thomson Reuters, 2013), 4.

⁷⁴ Artículo 76, Constitución del Ecuador, 2008.

⁷⁵ Artículo 12, COIP.

⁷⁶ Hernán Fuentes Cubillos, "EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHO PENAL: ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE SU CONCRETIZACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA" *Ius et Praxis*, v14, n.2, p 13-42, 2008
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000200002&lng=es&nrm=iso.
accedido el 08 abr. 2024. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000200002>.

la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder⁷⁷

En este sentido, podemos observar una relación clara entre la tipificación de delitos penales y una posible vulneración de derechos y principios, como el de proporcionalidad o la reserva de ley si se ponen a disposición de la decisión de la mayoría. Como se mencionó anteriormente, los principios como la reserva de ley y el principio de proporcionalidad sirven como una barrera para proteger los derechos fundamentales. En esta línea de pensamiento Gargarella expone la postura de Ferrajoli, quien sostiene que en ningún sentido la “[...] voluntad de la mayoría, ni interés general, ni bien común o público”⁷⁸ puede sacrificar los derechos fundamentales. Así también, Ronald Dworkin menciona que los derechos son “cartas de triunfo”, el solo hecho de tener un derecho es como tener la carta ganadora de la mesa, estos derechos no tienen que discutirse cada vez que se está en la arena política, y en este sentido ni la decisión de la mayoría ni el bien común pueden justificar la vulneración de los mismos, ya que por definición los derechos individuales son protecciones contra las decisiones mayoritarias.⁷⁹ Bajo esta lógica, los derechos fundamentales no pueden ser otorgados ni quitados mediante consulta popular. Sin embargo, el hecho de que los derechos fundamentales no puedan ser quitados u otorgados no quiere decir que estos no puedan ser regulados. No obstante, cualquier regulación debe realizarse con la máxima cautela para garantizarlos y respetando los procedimientos establecidos por el constituyente. En este punto, resulta interesante

⁷⁷ Opinión Consultiva 6/86, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 9 de mayo 1986, párr. 22.

⁷⁸ Roberto Gargarella, *el derecho como una conversación entre iguales* (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2021) 174.

⁷⁹ Ronald Dworkin, *Taking rights seriously* (Harvard University Press, 2018), 16-18.

resaltar lo mencionado por Ortiz y Escudero en su voto concurrente del dictamen 7-22-CP/22

El presidente de la República no puede obligar al pueblo a pronunciarse sobre cuestiones que rebasan límites constitucionales como la reserva de ley o el principio de legalidad, reemplazando al órgano legislativo. La Asamblea Nacional, por su parte, no puede caer en inacción frente a la necesidad de regulación que responda a los graves problemas que afectan a la sociedad ecuatoriana. El correcto funcionamiento de las instituciones impide que se incurran en prácticas que puedan ser contrarias a la institucionalidad estatal e incluso devenir en ofertas populistas, a través de las cuales se ponga a consideración de la ciudadanía aspectos que merezcan ser conducidos a través de los causes procedimentales establecidos por la Constitución.

La última limitante que Guerrero y Yepes nos presentan, es que la consulta popular no puede reemplazar otros procedimientos establecidos en la Constitución. Dentro de esta limitante, se destacan dos aspectos: primero, que la consulta popular no puede reemplazar a los otros tipos de consulta previstos en la Constitución, y segundo, que la consulta no puede tener un contenido contrario a la Constitución.⁸⁰ Nos centraremos en el segundo aspecto, ya que resulta relevante en la presente investigación.

En mi opinión, esta limitante demarca la importancia de un adecuado control constitucional por parte de la Corte, pues en ningún sentido una propuesta puede irse en contra de lo establecido en la Constitución y en los derechos que esta protege. Siguiendo esta línea, los autores mencionados consideran que:

resulta necesario que la Corte realice un análisis profundo de las normas constitucionales que podrían verse alteradas o modificadas de alguna forma por la consulta popular y emita un pronunciamiento contundente al respecto en sus dictámenes previos de constitucionalidad. Solo cuando exista dicho análisis pormenorizado, será aceptable un argumento que sostenga que “no existe prohibición constitucional” para realizar consultas populares sobre determinada materia.⁸¹

⁸⁰ Juan Francisco Guerrero del Pozo, María Victoria Yépez Idrovo, “Los límites materiales de la consulta popular en el Ecuador”. *USFQ Law Review*, Vol 8, no (2021), 203, doi: 10.18272/ulr.v8i2.2324. (último acceso: 29 de febrero de 2024).

⁸¹ Juan Francisco Guerrero del Pozo, María Victoria Yépez Idrovo, “Los límites materiales de la consulta popular en el Ecuador”. *USFQ Law Review*, Vol 8, no (2021), 208, doi: 10.18272/ulr.v8i2.2324. (último acceso: 29 de febrero de 2024).

Esta limitante se encuentra dentro de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la cual en su sección tercera y su artículo 127 enmarca los parámetros y atribuciones que se le da a la Corte Constitucional al momento de realizar el control constitucional a las consultas populares, entre las que se encuentran: El cumplimiento de las reglas procesales, la libertad del elector al momento de elegir tanto en su claridad como lealtad, y la garantía de que se respeten los principios y derechos establecidos en la Constitución.⁸² Una vez realizado el debido control constitucional en el que se verifica que ninguna de las preguntas va en contra de la Constitución, la Corte emite un dictamen en el cual se da paso o no a determinada consulta.

Por otro lado, esta postura evita o disminuye la presencia de fenómenos que si aparecen en la postura anterior, como el Populismo, pues evita que los ciudadanos tomen decisiones en base a falsas promesas. En este sentido André Luiz Silva, señala la idea de Mouzo que menciona que este fenómeno nace:

a partir de la frustración, insatisfacción y remordimiento populares generados por las democracias liberales, que no parecen ser capaces de organizar a las mayorías descontentas y ofrecer alternativas a la reducción de la política en un marco tecnocrático y consensualista para lidiar con problemas de orden colectivo⁸³⁸⁴

Ahora bien, esta postura no está libre de problemas, como los constantes impases y conflictos políticos que surgen entre la Asamblea y el presidente. Esto se da debido a la división política que existe dentro de nuestro país, y se ve reflejada al momento de aprobar diferentes proyectos de ley. Muchas veces esta incesable negativa por parte de la Asamblea hacia proyectos de ley presentados por el presidente se da por tener un diferente pensamiento político y es lo que causa que los mandatarios prefieran dirigirse directamente a la ciudadanía para legitimar sus acciones. Por otro lado, está la crisis de representación que menciona Gargarella, mediante la cual los ciudadanos no se sienten

⁸² Sección Tercera, LOGJCC.

⁸³ André Luiz da Silva, Raquel Kritsch & Raniery Parra Teixeira, Raniery (2023). "El populismo y la crisis de la democracia: la soberanía popular en disputa". *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 32(2), (2023) párr 18. <https://doi.org/10.26851/rucp.32.2.6>.

⁸⁴ Para Loriz Zanatta, el núcleo de este fenómeno populista tiene 5 aristas principales: (i) viene de una ideología comunitaria pues busca el "bien común" más que el individual, (ii) es apolítico ya que para sus partidarios "un orden social justo se parecería a la mejor democracia, aun cuando el orden político deba ser abiertamente arbitrario", (iii) busca devolverle al pueblo su soberanía que la falta de representación le ha quitado, (iv) idealiza un mundo de "armonía e igualitario" en donde este fenómeno se presenta como la forma para reinventar y regenerar las sociedades actuales, (v) está "persuadido de dirigirse a la mayoría del pueblo", (vi) y por ultimo emerge en sociedades que se encuentra en procesos de cambio o en crisis.

representados por las decisiones o actuaciones de sus representantes en el Legislativo, por esto como se mencionó en la postura anterior, prefieren que en lugar de que se discutan temas tan importantes como la tipificación de delitos penales en la Asamblea, ser ellos mismos los que tomen esas decisiones.

Otro punto en contra de esta postura es lo largo que es el proceso para aprobar los diferentes cuerpos normativos por parte de la Asamblea. Este proceso está establecido en la Ley Orgánica de la Función Legislativa el cual, en su capítulo V, establece el procedimiento legislativo para la aprobación de leyes. Dentro de este procedimiento se establece que existirán dos debates legislativos previos a la aprobación de un proyecto de ley, antes del primer debate se realizará un informe de las comisiones especializadas dentro del plazo de cuarenta y cinco días. Este informe es el que servirá para el primer debate legislativo en el cual en una sola sesión los asambleístas presentan sus observaciones, y luego se decida resolver sobre el proyecto de ley.⁸⁵

En el caso que existan varias observaciones, las comisiones especializadas las analizarán y dentro del plazo de cuarenta y cinco días contados desde que se cerró la sesión del último debate, deberá preparar otro informe para el segundo debate, aunque en este caso pueden pedir la prórroga justificada que consideren conveniente para preparar este informe. Después de preparado el informe, la Asamblea se reunirá nuevamente para debatir sobre el informe presentado por las comisiones especializadas y votarán con la finalidad de aprobar o archivar el proyecto de ley.⁸⁶

Sin embargo, considero que, aunque tome más tiempo al momento de tipificar delitos penales, se debe garantizar los procesos previstos por la Constitución para la tipificación de delitos, pues estos garantizan la protección de derechos y garantías constitucionales que podrían verse vulneradas si se utiliza la consulta popular en este tipo de situaciones.

5.3. ¿Existe una tercera posible postura?

La consulta popular 1-24-CP/24, propuesta por el presidente Daniel Noboa, podría presentarnos una tercera postura sobre este tema, en la cual podríamos ver una clase de mezcla entre las dos posturas anteriores. Mediante esta propuesta de consulta popular nuestro mandatario plantea preguntar 11 preguntas a la ciudadanía, 5 de estas serán de referéndum y 6 serán de consulta popular. Dentro de la misma, se plantean

⁸⁵ Artículos 58-61, Ley Orgánica de la Función Legislativa, Registro Oficial 642 de 27 de julio de 2009 reformado por última vez el 27 de marzo de 2012.

⁸⁶ Artículos 58-61, Ley Orgánica de la Función Legislativa.

preguntas que modifican o tipifican delitos penales o que tienen que ver con materia penal.

Entre estas encontramos preguntas como: Si estamos de acuerdo con que se envíe un proyecto de ley donde se regule, entre otras cosas que: no se prive de su libertad a miembros de las fuerzas armadas, policía nacional, etc., mientras dure el proceso penal en su contra por actos ejecutados con el uso de fuerza excesiva;⁸⁷ se incrementen las penas de delitos como el terrorismo, el tráfico de drogas, la delincuencia organizada, el tráfico de armas, el lavado de activos, entre otros;⁸⁸ las personas privadas de libertad cumplan con la totalidad de su pena dentro del centro de rehabilitación social;⁸⁹ se tipifique el delito de tenencia de armas que son de uso privativo de las fuerzas armadas o la Policía Nacional; entre otras.⁹⁰

Como podemos observar, estas preguntas pretenden tipificar o modificar conductas penalmente; sin embargo, rompiendo los esquemas de las posturas previamente analizadas, en este caso se plantea una consulta popular plebiscitaria, exclusivamente, para que la ciudadanía defina si quiere que se envíe un proyecto de ley o unos plazos y condiciones específicas. Es decir, no se consulta directamente el texto normativo que tipificaría los delitos.

En este sentido, el presidente Daniel Noboa, incluyó lo siguiente en los considerandos de las preguntas:

En caso de ser aprobada la presente pregunta, el presidente de la República en el plazo máximo de 5 días posteriores a la publicación de los resultados remitirá el proyecto de ley reformativa al Código Orgánico Integral Penal -COIP que contenga las reformas para cumplir con lo establecido en esta pregunta. La Asamblea Nacional contará con el plazo máximo de 60 días para debatir y aprobar la reforma legal, conforme el trámite previsto en la ley de la materia.⁹¹

El solo hecho de que el presidente establezca que, en el caso de ser aprobadas las preguntas, se remitirá un proyecto de ley a la Asamblea para reformar el Código Orgánico Integral Penal, pareciese solucionar el problema al que nos enfrentamos al

⁸⁷ Dictamen Nro. 1-24/CP/24, Corte Constitucional, 2 de enero de 2024, pág. 15 párr. 51.

⁸⁸ Dictamen Nro. 1-24/CP/24, Corte Constitucional, 2 de enero de 2024, pág. 19 párr. 69.

⁸⁹ Dictamen Nro. 1-24/CP/24, pág. 31 párr. 111.

⁹⁰ Dictamen Nro. 1-24/CP/24, pág. 46 párr. 174.

⁹¹ Dictamen Nro. 1-24/CP/24, pág. 16 párr. 53.

momento de elegir entre las dos posturas planteadas en este trabajo de investigación. Aunque el presidente esté consultando al pueblo si está de acuerdo con la tipificación de un delito y establece sus condiciones y características, en los considerandos de dichas preguntas deja en claro que enviará un proyecto de ley a la Asamblea Nacional con la finalidad de que sea esta la que debata y apruebe la reforma legal, respetando las competencias de la Asamblea Nacional y también la postura que venía manteniendo la Corte.

Es así como, en este caso, se estaría respetando el artículo 1 de la Constitución, el cual establece que “la soberanía radica en el pueblo”,⁹² ya que estaría tomando la decisión de tipificar un delito y al mismo tiempo la Asamblea mantiene un debido debate legislativo mediante el cual protegen derechos fundamentales de los ciudadanos cumpliendo con la voluntad de los votantes.

Aun así, puede considerarse que este llamado a consulta popular puede tener tintes populistas, que solo buscan, por un lado, legitimar sus actuaciones, pues, según el artículo 134 de la Constitución el presidente tiene la facultad de presentar proyectos de ley a la Asamblea Nacional sin necesidad de consultar a los ciudadanos.⁹³ Por el otro lado, busca acortar el tiempo de debate que la Constitución y la ley otorga a la Asamblea Nacional y conseguir con ello que los cambios normativos se den en un máximo de 60 días.

En este sentido, la Jueza Daniela Salazar Marín presentó un voto concurrente, mediante el cual señala que, “tampoco se puede desconocer que las consultas populares plebiscitarias pueden tener como objetivo otorgar mayor legitimidad a una actuación gubernamental”⁹⁴, y además que según el artículo 134 numeral 2 de la Constitución, el presidente tiene iniciativa de presentar proyectos de ley, para ser tratados por la Asamblea a través de procedimientos legislativos ordinarios.⁹⁵ En esta misma línea, señala que “Al reducirse al ejercicio de una competencia ordinaria del presidente de la República, es posible sostener que las preguntas carecerían de efectos jurídicos.”⁹⁶ Sin embargo, si coincide que las preguntas tienen efecto jurídico ya que: “existen dos sujetos obligados y dos obligaciones que deben cumplirse en plazos específicos (que son distintos de los que

⁹² Artículo 1, Constitución del Ecuador, 2008.

⁹³ Artículo 134, Constitución del Ecuador, 2008.

⁹⁴ Dictamen Nro. 1-24/CP/24, Corte Constitucional, 2 de enero de 2024, pág. 86 párr. 4.

⁹⁵ Dictamen Nro. 1-24/CP/24, pág. 86 párr. 3.

⁹⁶ Dictamen Nro. 1-24/CP/24, pág. 86 párr. 3.

regirían respecto de las iniciativas legislativas enmarcadas en el artículo 134 numeral 2 de la Constitución)”.⁹⁷

Ahora bien, la jueza también deja en claro, que en las preguntas no se establecen las consecuencias de un posible incumplimiento tanto de la Asamblea como del presidente en cuanto a los plazos establecidos, por lo que podría generar incertidumbre y podría afectar a la lealtad con los electores.⁹⁸

Desde mi perspectiva, este llamado que está haciendo el presidente Daniel Noboa, parece no ser más que un intento de demostrar que la ciudadanía lo respalda en las decisiones que está tomando, sin que por ello esté planteando una tercera postura consciente y respetuosa de la Constitución y de los mecanismos de representación. En mi opinión, es también una forma de presionar a la Asamblea y saltarse al legislativo en el caso de que la ciudadanía lo apoye. Esto se debe a que, en el caso de que la Asamblea decida no aprobar alguna de las reformas, la opinión pública podría volverse en contra de los Asambleístas; por lo que, de alguna manera el presidente está burlando el control constitucional de la Corte, y su postura referente a la tipificación de delitos penales.

Asimismo, el juez Jhoel Escudero Soliz presento un voto salvado mediante el cual critica el accionar del presidente, pues considera que el correcto debate legislativo, puede verse afectado por lo establecido en las preguntas de la consulta y menciona lo siguiente:

Por el contrario, en virtud del principio de estricta legalidad penal y de proporcionalidad, establecidos en el artículo 76 numerales 3 y 6 de la Constitución, la tipificación y regulación de penas requiere de un debate legislativo democrático y técnico, sin las limitaciones temporales e institucionales que plantea la pregunta, y un proceso de carácter plebiscitario de esta naturaleza.⁹⁹

Opinión que también comparte la Jueza Daniela Salazar, pues para ella “la Corte también debió profundizar su análisis sobre lo que implica la presentación de varias reformas legales que deberían ser tramitadas y aprobadas por la Asamblea Nacional en el corto tiempo de 60 días a pesar de su complejidad.”¹⁰⁰ Para la jueza este tiempo es

⁹⁷ Dictamen Nro. 1-24/CP/24, pág. 87 párr. 5.

⁹⁸ Dictamen Nro. 1-24/CP/24, pág. 87 párr. 7.

⁹⁹ Dictamen Nro. 1-24/CP/24, Corte Constitucional, 2 de enero de 2024, pág. 100 párr. 8.

¹⁰⁰ Dictamen Nro. 1-24/CP/24, pág. 88 párr. 8.

excesivamente corto comparado con lo previsto en la ley para los debates parlamentarios, y que esto podría llevar a que las reformas que se plantean sean aprobadas sin que exista un adecuado debate parlamentario. Considera que esto, es particularmente grave en el caso de las reformas penales, pues aquello podría incidir en el principio de estricta legalidad que rige en esta materia.¹⁰¹ Esto podría sentar un precedente, y generar que se presenten consultas parecidas que obliguen a la Asamblea a discutir sobre diferentes reformas legislativas, en un tiempo demasiado corto en relación al establecido en la ley para este efecto. Lo que podría “reforzar el régimen presidencialista y alterar el sistema de pesos y contrapesos previsto en la Constitución.”¹⁰²

En este sentido, considero que la Corte debió haber sido más cautelosa al momento de aprobar esta consulta popular. Aunque esta parezca una forma de solucionar la problemática planteada en este trabajo de investigación, lo único que sería es un intento populista del presidente de la República, de alterar la balanza de poderes en el Estado y de presionar a la Asamblea a que apruebe un proyecto de ley sin mantener un correcto debate legislativo sobre el asunto, sin presiones innecesarias por parte de la ciudadanía para que se cumpla con su voluntad, cosa que para mí no debería ser permitido por nuestra Corte.

6. Conclusión:

A lo largo del presente trabajo de investigación se ha tratado de encontrar una respuesta a la pregunta ¿Es posible tipificar delitos penales mediante consulta popular? La respuesta para algunos es muy sencilla, y es que sí, el Estado Ecuatoriano es un estado cuya soberanía radica en el pueblo, y es por esto que, si se quiere tipificar delitos penales no debería existir rechazo alguno, pues es la forma más pura de democracia.

Sin embargo, como se mencionó anteriormente, debido a diferentes problemas y crisis por las que están pasando las sociedades hoy en día, nos vemos expuestos a que existan líderes populistas que más que velar por el beneficio del pueblo lo que buscan es el suyo propio. Esto lo único que hace es que la voluntad del pueblo resulte viciada, pues sí, la soberanía del Estado radica en el pueblo, pero ¿es realmente la voluntad del pueblo la que se ejerce o simplemente la voluntad del líder populista la que se ve reflejada en estas formas de participación directa hoy en día?

¹⁰¹ Dictamen Nro. 1-24/CP/24, pág. 88 párr. 8.

¹⁰² Dictamen Nro. 1-24/CP/24, pág. 88 párr. 10.

Por lo expuesto a lo largo de esta investigación yo coincido con la postura en la que la tipificación de delitos penales no se realice mediante consulta popular. Para mí, el que exista un debate legislativo, da lugar a que se respeten y se tomen en consideración cuestiones que mediante la consulta popular es casi imposible hacerlo. Al momento de quitarle estas atribuciones al poder legislativo, siento que estamos disrumpiendo la división de poderes, esto no quiere decir que este en contra de la participación ciudadana, pero si considero que se debería optar por la democracia representativa al momento de la tipificación de delitos penales.

Asimismo, considero que la Corte debe establecer ya su postura al respecto, y con los antecedentes que ha tenido en sus últimos dictámenes, esta postura debería ser que no es posible tipificar delitos penales mediante consulta popular. Con esta postura establecida, cada vez que la ciudadanía o el presidente de la República pretendan modificar o tipificar delitos mediante esta vía, la Corte debería negar estas propuestas al momento de realizar el debido control constitucional y con ello garantizar el debate parlamentario. De esta forma se respetarán las facultades de la Asamblea Nacional, y existirá un debate parlamentario cada vez que se trate de realizar una modificación o tipificación de índole penal, protegiendo derechos fundamentales de los ciudadanos. A mi parecer, apoyando a esta postura limitamos a estos líderes populistas que solo buscan beneficio propio más que el de la sociedad.

Bibliografía:

- Dictamen Nro. 7-20-CP/21, Corte Constitucional, 27 de enero de 2021
- Dictamen Nro. 7-22-CP/22, Corte Constitucional, 28 de noviembre de 2022
- Dictamen Nro. 1-24-CP/24, Corte Constitucional, 2 de enero de 2024.
- Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*. (México: Fondo de Cultura Económica, 2022)
- Jean-Francois Prud'homme, *Consulta Popular y Democracia Directa. Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática*, (México: Instituto Nacional Electoral, 2016)
- Loris Zanatta, Federico Villegas. *El populismo*. (Katz Editores, 2014), 23. Recuperado de <https://www-digitaliapublishing-com.ezbiblio.usfq.edu.ec/a/60591> (ultimo acceso 26 de febrero de 2024)
- Francisco Lizcano-Fernandez. "Democracia Directa y Democracia Representativa", *Convergencia: Revista de Ciencias Sociales Vol 19, No 60* (2012),

- Mauricio Maldonado Muñoz. “Democracia, derechos y regla de mayoría: una mirada a partir de la teoría de Norberto Bobbio.” México, *Isonomía [online]* n.44. (2016), pp.127-162. Par 5. Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182016000100127&lng=es&nrm=iso ISSN 1405-0218 (último acceso 27 de febrero de 2024)
- Aguilar, Juan Fernando López. *LA RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEY EN MATERIA PENAL (Ley, Reserva de Ley y Legalidad Penal, Desde La Perspectiva Del Constitucionalista Español)*, (España: Revista Española de Derecho Constitucional, Nro. 33,1991) 117. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/24880956>. (último acceso 28 de febrero de 2024)
- Roberto Gargarella, “Crisis de representación y constituciones contra mayoritarias “, *Insonomía; Revista de teoría y filosofía del derecho*, ISSN 1405-0218, N2 (1995)
- Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 181 de 15 de febrero de 2018.
- Código de la Democracia, R.O 578 de 27 de abril de 2009, reformado por última vez el 03 de febrero de 2020.
- Código Orgánico Integral Penal (COIP), R.O Suplemento 180 de 2 de octubre de 2014.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), R.O Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009, reformada por última vez R.O Suplemento de 07 de febrero de 2023
- Rafael Oyarte, *Derecho Constitucional* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019)
- Peña Carpio, *Mecanismos de participación ciudadana: La consulta popular en la constitución de la república del ecuador 2008* (2011) <http://dspace.uazuay.edu.ec/handle/datos/4113>
- Clara Souto Galván. "De La Democracia Representativa a La Democracia Directa." *Revista Jurídica Piélagus* 12, (2013): 127. Recuperado de: doi:<https://doi.org/10.25054/16576799.655>. <https://www.proquest.com/scholarly-journals/de-la-democracia-representativa-directa/docview/2402231617/se-2>. (Ultimo acceso : 02 de marzo de 2024)
- Karina Mouzo. Inseguridad y "populismo penal" *URVIO. Revista Latinoamericana De Estudios De Seguridad*, n.º 11 (enero, 2014.),44. <https://doi.org/10.17141/urvio.11.2012.1155>
- Roberto Gargarella, *La derrota del derecho en América Latina* (1st ed. Siglo XXI Editores)
- Daniel Montalvo, Ecuador registra los niveles más altos de crimen, inseguridad y delincuencia del continente. Corporación participación Ciudadana. <https://www.participacionciudadana.org/web/wp-content/uploads/2024/02/A1-Ecuador-registra-los-niveles-mas-altos-de-crimen.pdf>
- Javier Darío Bósquez Ramache, Leny Cecilia Campaña Muñoz& Lady Nathaly Chica López, “LAS INFRACCIONES PENALES DE ÍNDOLE LABORAL EN ECUADOR; ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS” *Dilemas contemporáneos: educación, política y valores*, 8(spe3), 00020. Epub 30 de agosto de 2021. <https://doi.org/10.46377/dilemas.v8i.2699>.
- Luis Arroyo Zapatero . ”PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y RESERVA DE LEY EN MATERIA PENAL”. *Revista Española de Derecho Constitucional* , Nro. 8

- (1983), 12 recuperado de: <https://www.jstor.org/stable/44202799> , (último acceso: 27/02/2024)
- Juan Francisco Guerrero del Pozo, María Victoria Yépez Idrovo, “Los límites materiales de la consulta popular en el Ecuador”. *USFQ Law Review*, Vol 8, no (2021), 188-208, doi: 10.18272/ulr.v8i2.2324. (ultimo acceso: 29 de febrero de 2024)
 - Luis Diez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales* (Thomson Reuters, 2013)
 - Hernán Fuentes Cubillos, ”EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHO PENAL: ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE SU CONCRETIZACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA” *Ius et Praxis*, v14, n.2, p 13-42, 2008 http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000200002&lng=es&nrm=iso. accedido el 08 abr. 2024. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000200002>.
 - Opinión Consultiva 6/86, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 9 de mayo 1986, párr. 22.
 - Roberto Gargarella, *el derecho como una conversación entre iguales* (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2021)
 - Ronald Dworkin, *Taking rights seriously* (Harvard University Press, 2018)
 - André Luiz da Silva, Raquel Kritsch & Raniery Parra Teixeira, Raniery (2023). ” El populismo y la crisis de la democracia: la soberanía popular en disputa”. *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 32(2), (2023) par 18. <https://doi.org/10.26851/rucp.32.2.6>