

ANEXO 1.13

Quito, febrero 26, 2010.

Señor doctor
Santiago Andrade Ubidia
Presente

De mi consideración:

Mediante comunicación de 09 de febrero del 2010 usted me ha solicitado que yo responda en vía de consulta a un cuestionario jurídico que formula siete interrogantes, y que, en suma, teniendo antecedentes en las leyes penales, son más propiamente atinentes al Derecho constitucional. No es menester que los reitere en este documento, y meramente los contesto de la siguiente manera:

El principio de la legalidad en asuntos penales exige: "la reserva absoluta de Ley para la definición constitutiva de los delitos y de las correspondientes penas, la proscripción de las costumbres como fuente de Derecho, la prohibición de la analogía in malam partem y de la interpretación extensiva, la irretroactividad de las normas penales desfavorables para el reo, la determinación, certeza o taxatividad de las normas penales, la prohibición del bis in idem, la garantía jurisdiccional y la garantía de la ejecución penal." Puede añadirse: "prohíbe que la punibilidad de una acción u omisión está basada en normas distintas o de rango inferior a las legislativas (y establece) que la acción u omisión han de estar tipificadas como delito o falta en la legislación penal que contenga la tipificación de delito o falta y su correspondiente pena ha de estar vigente en el momento de producirse la acción u omisión."

1. Toda doctrina y toda jurisprudencia cede paso a la normatividad positiva, más si ésta tiene jerarquía constitucional. La norma del artículo 427 de la Constitución dice: "Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad." Por consiguiente, son las disposiciones contenidas en los números 3 del artículo 76 de la actual Constitución y 1 del artículo 24 de la anterior (iguales en su esencia) las que dan la pauta para la respuesta: nadie puede ser juzgado sino por las leyes vigentes al tiempo que en que supuestamente se cometió un delito o una infracción administrativa, en el caso planteado por las que existían antes de las reformas introducidas en el artículo 257 del Código Penal por la Ley Reformatoria a la Ley General, de Instituciones del Sistema Financiero, a la Ley de Reordenamiento en Materia Económica, en el Área Tributario-Financiera; y, al Código Penal, el 13 de mayo de 1999. Esas normas constitucionales expresan: "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley..." (el texto es de la Constitución que entró en vigor en octubre del 2008), suficientemente

GA

claro como para que no quepan dudas sobre la irretroactividad que exige el principio de legalidad en materia penales.

2. Ese principio de legalidad prohíbe la analogía en asuntos penales, y particularmente **"in malam partem"**, esto es, expresa que no puede sancionarse a un encausado si hay duda sobre la aplicabilidad de una norma en su contra ya para determinar los hechos que constituirían la infracción, ya en la identificación de las personas que la habrían cometido, ya para aplicar la pena que habría devenido como consecuencia de reformas legales posteriores a los hechos y ciertamente distinta a la que existía antes, etc. Esta prohibición acarrea paralelamente la aplicación del principio pro-reo, es decir, aquel que manda aplicar la norma más favorable al acusado si hubiese duda entre las disposiciones legales aparentemente aplicables. La presunción de inocencia solo puede ser extinguida si hay elementos jurídicos y factuales suficientemente claros que así lo determinen. Las sanciones no pueden derivar sino de la certeza y no de la duda. Por tal razón, el número 5 del artículo 76 de la Constitución expresa con rigor normativo el principio pro-reo **"En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En causa de duda sobre una norma que contengan sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora,"** regla que tiene efecto retroactivo aún, es ahí una excepcionalidad, a favor de quien tuviere sentencia firme en su contra y estuviese cumpliendo con la condena. También el número 2 del artículo 24 de la Constitución anterior mantenía un texto igual al actual, y, consecuentemente, protegía el principio pro-reo en causa de duda de manera tan tajante como la actual Carta Suprema.

3. El artículo 150 del Código Orgánico de la Función Judicial define lo que debe entenderse por jurisdicción: **"...consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado,..."**; también se la podría definir, como lo dice el artículo 167 de la Constitución, en: **"La potestad de administrar justicia..."**, que la ejerce la Función Judicial y **"los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución."**, principio constitucional que se reitera en el artículo 170 del Código Orgánico de la Función Judicial: los órganos jurisdiccionales encargados de administrar justicia son los jueces de paz, los tribunales y juzgados, las cortes provinciales de justicia y la Corte Nacional de Justicia, sin perjuicio de otros reconocidos por la Constitución.

GA.
La ley no restringe la observancia de los **"Principios rectores y disposiciones fundamentales"** contenidos en los artículos 4-31 del Código Orgánico de la Función Judicial únicamente a la actividad jurisdiccional de la Función Judicial y de sus miembros; son aplicables a toda la actividad humana que se desarrolla en el

Ecuador, en lo que fueren atinentes, tanto en el sector público cuanto en los otros sectores de la producción en la economía -véanse los artículos 225, 319 y 321 de la Constitución-, pero bien puede aseverarse que esos principios son más exigibles y deben observarse irrestricta y meticulosamente en las tareas asignadas a los jueces en las labores jurisdiccionales que la Constitución y las leyes les imponen en el ejercicio de la jurisdicción -véase el inciso primero del artículo 172 de la Constitución-, si se paragonan de cara a las labores que desempeñan otros servidores públicos -véase artículo 229 de la Constitución-. Los jueces penales pues en el ejercicio de sus competencias están obligados acatar la Constitución y las leyes, y más celosamente todavía respecto de las personas encausadas porque éstas podrían perder el goce de varios derechos constitucionales, de aquellos que, si se cotejan con otros, son de mayor relevancia, como los derechos a la vida, a la libertad, a la presunción de inocencia, al honor y al buen nombre.

4. La actual Constitución es reiterativa sobre el deber fundamental del Estado; el artículo 3 dice: **"1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales,..."** como también lo reconocen las reglas contenidas en el número 3 del artículo 11 y en el artículo 426 de la Carta Magna. Por tal razón, y porque el ser humano está por sobre cualquier otro elemento del Estado, el constituyente introdujo en el artículo 1 de la Constitución un valor inédito: **"El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia,..."** todo lo cual no sería sino un texto retórico si no tuviese, insisto, un objetivo primordial: proteger a los seres humanos, sus derechos, sus bienes, sus ancestros, su cultura, su entorno físico, etc., para todo lo cual es también aplicable el ordenamiento jurídico internacional.
5. Es conocido el principio jurídico de que el constituyente, el legislador, y, al final, el Estado, no crean los derechos humanos; los reconocen, como producto de una evolución social que se ha ido decantando a través de milenios. Uno de los fundamentales es aquel de presunción de inocencia que el número 2 del artículo 76 de la Constitución protege de la siguiente manera: **"2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme y sentencia ejecutoriada"**, presunción que puede ser desvanecida únicamente a través de juicios o procedimientos administrativos que se procesen con férrea obediencia a las normas del debido proceso y a otros derechos humanos. La presunción de inocencia acompaña a la persona como la sombra al cuerpo, como un acervo personal, como un derecho subjetivo, del cual no puede privárselo sino al final de un proceso sancionador.

BA

La inocencia se protegía de la misma manera en la regla que constaba en el número 7 del artículo 24 de la anterior Constitución y, claro está, en todas las constituciones anteriores. Esa presunción está indisolublemente ligada con el principio de la legalidad y con el derecho a un debido proceso, ya que solo al final de una investigación y de un juicio, materializado en una sentencia, una persona puede ser considerada culpable y ser objeto de las penas que las leyes imponen y del extrañamiento social que la comunidad en donde vive somete a un culpable.

6. El principio de la seguridad jurídica expresa el convencimiento que deben tener las personas que recibirán los beneficios que las leyes confieren a aquellos que se sometan a ellas, en tanto que también pueden confiar en que esas mismas leyes castiguen a aquellos que las desacaten. Por otra parte hay un viejo principio que dice que "El rey nunca se equivoca", no tanto por ser infalible sino en cuanto es rey, lo que quiere decir es que una decisión del rey, o del más alto órgano de justicia o del más alto juez o de la más alta autoridad es imperativa, ejecutable e irrevisable. Si se parte del valor jurídico de que todos deben cumplir con la Constitución y las leyes, hay que presumir que todos los actos del poder público están revestidos de legalidad y de constitucionalidad, y, consecuentemente, de ejecutoriedad. Sin embargo, los actos públicos como humanos no son perfectos y siempre serán optimizables. Por tal razón hay posibilidad de revisarlos a través de órganos y medios externos e internos, horizontales y verticales, siempre sometidos a un principio fundamental que la Constitución contiene en el artículo 169, que manifiesta: **"El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal..."**, lo cual está en consonancia con la norma del artículo 75 que dice que la tutela judicial debe conferirse con inmediación y celeridad. Es pues menester ponderar los principios y aplicarlos de tal manera que los actos públicos busquen la perfección sin sacrificar la necesidad de abreviar los procedimientos y los procesos. Por tales razones, las sentencias pueden ser aclaradas o ampliadas, pero el derecho de petición en su ejercicio está regulado por la ley y no puede solicitarse varias veces lo mismo que ya fue negado, so pena de sanción y so pena de que una petición igual por segunda ocasión no produzca efectos y, por lo tanto, que un auto o una sentencia queden ejecutoriados tan pronto como se atendió la primera solicitud y que ésta fue respondida en forma oportuna y legal. En Derecho administrativo se considera que los actos son ejecutables inmediatamente después de emitidos; en cambio, el Derecho procesal estima o considera que los actos son solo ejecutables después de que hubiere transcurrido un plazo o un término fijados por la ley. Ese lapso en que hay una suspensión en la ejecución, hasta que se ejecutorie el acto jurisdiccional, no puede alargarse ad infinitum, y, claro está, cesará tan pronto como, como se dijo

J. A.

antes, ya hubiere habido una primera respuesta, suficiente y motivada. Una petición ilícita no sustentada en la ley, no puede producir efectos.

Si usted requiriese aclaraciones y ampliaciones adicionales agradeceré que se sirva pedírmelas para atenderlas inmediatamente.

Con los debidos agradecimientos,

Atentamente.-



Dr. Ernesto López F.

Mat. No. 957 C.A.P.

Nota.- La transcripción inicial se ha obtenido de la obra "Derecho Administrativo Sancionador" de Alejandro Nieto (Tecnos, Segunda Edición Ampliada, Madrid).