

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

**La aplicación constitucional del Principio de
Proporcionalidad en las sanciones penales**

Análisis del procedimiento y aplicación del Principio de Proporcionalidad por
parte de los Tribunales de Garantías Penales en el Ecuador

Milton David Gavilanes Pino

Marco Morales Andrade, Dr., Director de Tesis

Tesis de grado presentada como requisito
para la obtención del título de Abogado

Quito, octubre de 2013

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

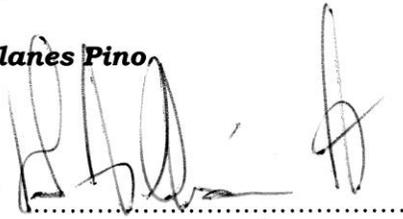
Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

“La aplicación constitucional del Principio de Proporcionalidad en las sanciones penales”

Milton Gavilanes Pino

Dr. Juan Pablo Albán
Presidente del Tribunal e Informante



.....

Dr. Marco Antonio Morales
Director de Tesis



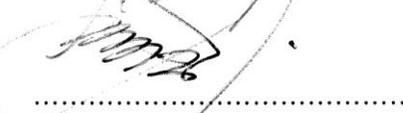
.....

Dr. Juan Pablo Aguilar
Informante



.....

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia



.....

Quito, 13 de Septiembre de 2013

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
EVALUACION TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO La aplicación constitucional del Principio de Proporcionalidad ...
ALUMNO Milton David Gavilanes Pino

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado. 15 puntos

En el 2008, el Ecuador optó por un nuevo régimen constitucional, mismo que ha planteado la discusión más actual de la lucha entre la legalidad frente a la constitucionalidad. La tesina propuesta busca analizar cómo influye este nuevo paradigma constitucional dentro de la aplicación del principio de la proporcionalidad de la pena en materia penal. Por ello, el problema presentado resulta muy importante en la discusión académica jurídica.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador. 14 puntos

La hipótesis planteada resulta clara y completa, pues se pretende afirmar el deber de los jueces de aplicar los preceptos constitucionales con respecto a la aplicación del principio de proporcionalidad y los conflictos prácticos que han existido en nuestro país con respecto a esos principios.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados. 18 puntos

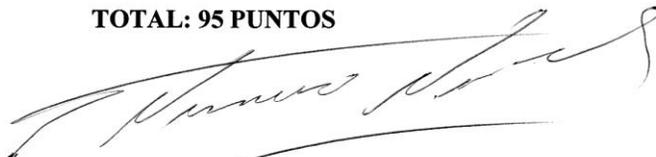
Los documentos y materiales utilizados para el análisis y desarrollo de la Tesina son pertinentes para el efecto y se observa que han sido adecuadamente utilizados por el estudiante.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada). 47 puntos

La argumentación que contiene la Tesina es buena, pues logra cubrir las ideas fundamentales necesarias para dar solución a la hipótesis planteada. Se observa un correcto análisis introductorio de la materia constitucional así como un análisis de la institución de la proporcionalidad en materia penal en nuestro país, cuestiones que permiten al estudiante llegar a un desarrollo cabal de la hipótesis planteada.

TOTAL: 95 PUNTOS

FIRMA DIRECTOR:

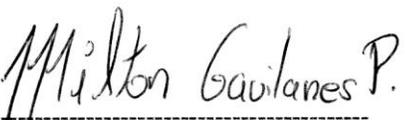


Marco Antonio Morales Andrade

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma: 

Nombre: Milton Gavilanes Pino

C. I.: 1716855117

Fecha: 14 de octubre de 2013

Agradecimientos

Dios, a tí que te debo todo,

A mis padres Milton y Celia

que me han ayudado y motivado en toda esta etapa,

a mi hermana

familia y amigos..

RESUMEN

La Constitución de 2008 cambió el paradigma jurídico del país, asumiendo una nueva forma de interpretación de los principios jurídicos. De esta manera, los jueces deben por un lado, buscar la mayor protección de los Derechos Humanos, y por otro, respetar el sistema legal evitando tomar decisiones que puedan generar inseguridad jurídica.

El presente trabajo de investigación tiene por objetivo realizar un estudio sobre la aplicación del Principio de Proporcionalidad de la Pena en el Ecuador. Para esto se analizará la normativa constitucional, instrumentos internacionales, y jurisprudencia de la Corte Constitucional. Finalmente, se compararán casos prácticos y se expondrán sus consecuencias jurídicas.

ABSTRACT

The 2008 Constitution changed the legal paradigm of the country, taking a new form of interpretation of legal principles. Thus, judges must on one hand, seek greater protection of Human Rights, and on the other, to respect the legal system in order to avoid making decisions that may create legal uncertainty.

The present research work aims to conduct a study on the application of the Principle of Proportionality of Punishment in Ecuador. This dissertation analyzes the constitutional law, International Instruments, and jurisprudence of the Constitutional Court. Finally, case studies will be compared and will expose its legal consequences.

Tabla de Contenidos

INTRODUCCIÓN.....	14
CAPÍTULO 1	17
1. Evolución del concepto de Estado en el Ecuador del Estado Legal de derecho al Estado Constitucional de Derechos y Justicia	17
1.1 Introducción.....	17
1.2 ¿Qué es la Constitución?	17
1.3 Transiciones y cambios Constitucionales en el Ecuador	19
1.3.1 Análisis del Estado adoptado en la Constitución del Ecuador de 1978.....	20
1.3.2 Análisis del Estado adoptado en la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998.....	22
1.4 Análisis del Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Constitución Política de la República de Ecuador de 2008.	24
1.4.1 Introducción.....	24
1.4.2 Estado Constitucional	25
1.4.3 Estado de Derechos	27
1.4.4 Estado de Justicia.....	29
1.5 El neoconstitucionalismo como método de Interpretación Constitucional en la Constitución del Ecuador.....	31
1.5.1 Introducción.....	31
1.5.2 Historia del neoconstitucionalismo	32
1.5.3 Definición de neoconstitucionalismo	33
1.5.4 Características del neoconstitucionalismo.....	34
1.5.5 Relevancia de los Derechos Humanos como principios rectores del Estado Ecuatoriano.....	36
1.6 Interpretación Constitucional en el marco del Estado Constitucional de Derechos y Justicia	38
1.6.1 Evolución de la interpretación jurídica.....	38
1.6.2 Interpretación Constitucional	39
1.6.3 Diferencia entre Reglas y Principios jurídicos	40
1.6.4 Características de los Principios jurídicos	41
1.6.5 Forma de aplicación de los principios	42
1.6.5.1 Ponderación	43
1.6.5.2 Aproximación al Principio de Proporcionalidad	44

1.6.5.3 Críticas y límites a la ponderación, aproximación al Principio de Legalidad	45
1.7 Conclusiones del Capítulo.....	47
CAPÍTULO 2	48
2 Principio de Proporcionalidad Penal en el Ecuador	48
2.1 Introducción.....	48
2.2 El Principio de Proporcionalidad.....	49
2.2.1 ¿Qué es el Principio de Proporcionalidad?.....	49
2.2.2 Presupuestos del Principio de Proporcionalidad	50
2.2.2.1 Test de proporcionalidad	50
2.2.2.2 Idoneidad	52
2.2.2.3 Necesidad.....	53
2.2.2.4 Proporcionalidad en sentido estricto.....	53
2.2.3 ¿Quién debe aplicar el Principio de Proporcionalidad?.....	53
2.2.4 Principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.....	54
2.3 El Principio de Proporcionalidad de la pena	56
2.3.1 ¿Qué es el Principio de Proporcionalidad de la pena?.....	56
2.3.2 El <i>Ius Puniendi</i> o capacidad sancionatoria del Estado	58
2.3.3 Concepto de delito y de sanción penal (pena).....	60
2.3.4 Fundamentación de la sanción penal, finalidad de la pena.....	62
2.3.5 Vínculo entre la finalidad de rehabilitación de la pena y el principio de proporcionalidad.....	63
2.4 Principio de Proporcionalidad Penal en Instrumentos Internacionales	64
2.4.1 Importancia de los Instrumentos Internacionales para el Ecuador	65
2.4.2 Instrumentos Internacionales que reconocen implícitamente el principio de proporcionalidad de la pena.....	66
2.4.3 Sistema Interamericano de Derechos Humanos	67
2.4.3.1 Proporcionalidad en artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos	67
2.4.3.2 Proporcionalidad en Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	69
2.4.3.3 Proporcionalidad en Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	69

2.5 Diferentes momentos de aplicación de la proporcionalidad penal	71
2.6 Problemas en el poder legislativo que ha generado como resultado la existencia de normas penales con falta de proporcionalidad	73
2.6.1 Falta de técnica jurídica de los legisladores	73
2.6.2 Anticuada legislación penal.....	74
2.6.3 Injerencias coyunturales, políticas, sociales y electorales en la producción de normas penales	75
2.7 Casos de desproporcionalidad en la legislación Penal del Ecuador	76
2.7.1 Vagos y mendigos	76
2.7.2 Bestialidad	77
2.7.3 Contravenciones	77
2.7.4 Casos en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.....	78
2.8 Desproporcionalidad de la pena genera inconstitucionalidad	79
2.9 Conclusiones del capítulo.....	81
CAPÍTULO 3	83
3. Aplicación del principio de proporcionalidad por los Tribunales Penales en penas desproporcionadas	83
3.1 Introducción.....	83
3.2 ¿Quién debe ejercer el control de constitucionalidad en el Ecuador? ¿Quién tiene la competencia de para declarar la pena como desproporcional?.....	84
3.2.1 Control de constitucionalidad en el Ecuador.....	84
3.2.1.1 Análisis de normas pertinentes	84
3.2.1.2 Análisis de Sentencias vinculantes de la Corte Constitucional	87
3.2.2 Conclusiones sobre el control de constitucionalidad en el Ecuador.....	92
3.3 Análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad en el Caso 30-S	94
3.3.1 Introducción a la sentencia	94
3.3.2 Datos generales de la sentencia	94
3.3.3 Hechos relevantes	95
3.3.4 Problemas jurídicos relevantes	95
3.3.5 Normas nacionales importantes aplicables al caso.....	96
3.3.6 Normas internacionales consideradas por el Tribunal.....	97

3.3.7 Decisión del Tribunal Penal	97
3.3.8 Análisis de los problemas generados por la aplicación del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal.....	97
3.3.8.1 Intromisión en el poder legislativo	98
3.3.8.2 Violación al proceso constitucional.....	98
3.3.9 Conclusiones.....	99
3.4 Análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad en el Caso “2 kilos de droga”	101
3.4.1 Introducción al caso.....	101
3.4.2 Datos generales del proceso	101
3.4.3 Norma elevada a consulta de constitucionalidad.....	102
3.4.4 Hechos relevantes en el cuestionamiento del Tribunal Penal.....	102
3.4.5 Pretensión concreta del Tribunal Penal a la Corte Constitucional	103
3.4.6 Problemas jurídicos relevantes	103
3.4.7 Consideraciones a las que llega la Corte Constitucional	103
3.4.8 Decisión del Tribunal	104
3.4.9 Conclusión.....	105
3.5 Análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad en el Caso “Prescripción en delitos de narcotráfico”	106
3.5.1 Introducción al caso.....	106
3.5.2 Datos generales del proceso	106
3.5.3 Norma elevada a consulta de constitucionalidad.....	106
3.5.4 Hechos relevantes en el cuestionamiento del Tribunal Penal.....	107
3.5.5 Pretensión concreta del Tribunal Penal a la Corte Constitucional	108
3.5.6 Problemas jurídicos relevantes	108
3.5.7 Consideraciones a las que llega la Corte Constitucional	108
3.5.8 Decisión del Tribunal	110
3.5.9 Conclusión.....	110
3.6 Análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad en el Caso “Contravención: Parados mucho tiempo en las esquinas”	111
3.6.1 Introducción al caso.....	111
3.6.2 Datos generales del proceso	111
3.6.3 Norma elevada a consulta de constitucionalidad.....	111
3.6.4 Hechos relevantes en el cuestionamiento del Tribunal Penal.....	112

3.6.5 Pretensión concreta del Tribunal Penal a la Corte Constitucional	112
3.6.6 Problemas jurídicos relevantes	112
3.6.7 Consideraciones a las que llega la Corte Constitucional	113
3.6. 8 Decisión del Tribunal	114
3.6.9 Conclusión	114
3.7 Conclusión general de la jurisprudencia presentada.....	116
3.8 Cuál es el procedimiento para la aplicación del principio de proporcionalidad en normas desproporcionadas	116
3.9 Presupuestos para que una consulta de constitucionalidad de norma pueda de considerarse adecuadamente motivada.....	118
4. CONCLUSIONES	120
5 RECOMENDACIONES	122
BIBLIOGRAFÍA	123
Anexo 1.....	131

INTRODUCCIÓN

La proporcionalidad penal es un principio constitucional que ha venido tomando fuerza en los últimos años en el Derecho Penal. En el legalismo estricto, bastaba que la pena esté contemplada en el ordenamiento jurídico para que el juez la aplicara sin cuestionamientos. Pero gracias al desarrollo de los Derechos Humanos, la legalidad ha evolucionado dejando como resultado que el juez se convierta en el cerebro de la Constitución y aplique los principios en defensa de los derechos.

Como se demostrará en esta disertación académica por varios motivos la proporcionalidad de la pena no se cumple en el Ecuador. La antigua legislación penal, la falta de técnica de los legisladores, sumado a presiones políticas, coyunturales y hasta electorales, da como resultado que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano existan normas con penas que adolecen de falta de proporcionalidad. En tal sentido, es necesario que los jueces ostenten un procedimiento para la aplicación del principio de proporcionalidad, que permita a los acusados recibir una pena rehabilitadora como exige la Constitución, sin atentar contra el principio de legalidad.

Este trabajo de investigación nace de la curiosidad jurídica que surge a partir de los hechos del cuestionado 30 de Septiembre de 2010. En particular de la sentencia¹ del Tribunal Segundo de Garantías Penales, en el cual, seis policías fueron declarados culpables por el delito de atentado contra la seguridad del Estado². Delito que tipifica una pena de cuatro a ocho años. Y pese a esto, tras el cuestionamiento del Tribunal Penal sobre la proporcionalidad de la pena, decide en sentencia declararla desproporcional e imponer una pena reducida de tres años de prisión. Lo que generó cuestionamientos como: ¿Dicha sentencia vulnera el principio de legalidad? ¿El Tribunal tiene la facultad para declarar la desproporcionalidad de la pena? ¿Puede el Tribunal condenar a una pena no establecida en el ordenamiento jurídico? ¿Es este el procedimiento apropiado para la aplicación del Principio de Proporcionalidad por los Jueces Penales?

¹ Tribunal Segundo de Garantías Penales de Pichincha. Sentencia. Caso 63-2011-TSGPP.

² Código Penal del Ecuador. Artículo 130. Registro Oficial No.147 de 22 de enero de 1971.

Si bien es cierto, el nuevo marco constitucional del país establece como deber de todos quienes conforman el Estado, respetar y hacer respetar por sobre todas las cosas los Derechos Humanos. La aplicación de cualquier principio debe también respetar el ordenamiento jurídico y la legalidad, que son supuestos para que un Estado exista. El artículo 428 de la Constitución del Ecuador, consagra la consulta de constitucionalidad de las normas por parte de los jueces hacia la Corte Constitucional. Una pena desproporcional, genera la inconstitucional de la norma. En principio, este parecería ser el método de aplicación del Principio de Proporcionalidad, el cual no fue utilizado por el Tribunal en la sentencia del Caso 30-S, ya que decidió dictar una pena reducida que consideró la proporcional. Por lo tanto, este trabajo investigativo tendrá como objetivo demostrar el procedimiento adecuado de aplicación del Principio de Proporcionalidad Penal.

Para una mejor orientación, esta tesina utilizará el método inductivo. El primer capítulo, tendrá como propósito entender el cambio en las nociones de derechos y principios para ver cómo estos últimos deben ser interpretados y aplicados. Esta sección partirá con un análisis del actual marco histórico del Ecuador, desde la concepción de un Estado legalista en 1978 hasta llegar al actual Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Este capítulo pone en relevancia la transición constitucional, pues si bien hay temas como la protección de Derechos Humanos que estaban presentes en anteriores Constituciones, no es hasta la Constitución de 2008 donde ha tomado fuerza y relevancia la discusión, investigación y aplicación de estos temas.

Para señalar cuál es el debido procedimiento de aplicación del Principio de Proporcionalidad, se dedicará el segundo capítulo a profundizar el análisis del mismo en forma general, como técnica y método de interpretación constitucional. Para luego, llevar al principio a su aplicación en el Derecho Penal, como límite del Estado a su capacidad sancionatoria o *ius puniendi*. Aquí se formulará la importancia de la proporcionalidad de la pena en Instrumentos Internacionales como en la legislación constitucional. El capítulo concluirá con casos de penas desproporcionadas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Así se demostrará que puede suscitarse un problema mayor cuando personas han sido acusadas por delitos que contienen penas exorbitantes.

De esta manera, la responsabilidad de aplicación del Principio de Proporcionalidad en los casos concretos, recae en los Jueces Penales. Quienes deberán optar por un procedimiento que por una parte, cuestione y resuelva la proporcionalidad de la pena en el caso concreto, y por otra, otorgue seguridad jurídica al sistema de justicia.

Finalmente, el último capítulo razonará el método apropiado para la aplicación de este principio por parte de los jueces penales. Para esto, se realizará un análisis del control de constitucionalidad que existe en el Ecuador, donde se utilizará como referencia las disposiciones de la Constitución y sentencias vinculantes del máximo organismo de control e interpretación de la *carta magna*, la Corte Constitucional. Para finalizar el capítulo, se realizará una comparación de los procesos de aplicación del Principio de Proporcionalidad, por parte de los Tribunales Penales en diferentes casos. Con esto se llega al punto neurálgico dentro de la tesina que consiste en demostrar el apropiado procedimiento para la aplicación del Principio de Proporcionalidad de la pena por parte de los Tribunales.

En cada capítulo se evidenciará la importancia de una correcta aplicación de los principios. La sentencia del Caso 30-S podría ser la puerta a vulneraciones a la legalidad. Hay jueces que podrían aplicar la proporcionalidad y salvar a la gente de injusticias, pero nadie asegura que lo contrario pueda ocurrir. Tomando en cuenta la realidad social-política del Ecuador, sumado a los serios problemas en la justicia cabe preguntarse: ¿La Constitución quiso dar la facultad a los jueces de aumentar o reducir penas?, ¿Quién tiene la facultad de declarar la desproporcionalidad de la pena? ¿Puede un juez penal desconocer o fallar en contra de la ley penal?

Lo que menos anhela el país, es un sistema que fomente la inseguridad jurídica, por lo tanto, la aplicación de principios constitucionales debe ser clara e incuestionable. Invito entonces, a leer y cuestionar esta tesina que lleva temas de gran importancia en la actualidad Constitucional y Penal.

CAPÍTULO 1

1. Evolución del concepto de Estado en el Ecuador del Estado Legal de derecho al Estado Constitucional de Derechos y Justicia

1.1 Introducción

El propósito de este capítulo es comprender la manera que el Estado se relaciona con el derecho. Asimismo entender como las nociones de principios y derechos que antes parecían claras e inmutables, actualmente, con la Constitución de 2008, adquieren una interpretación diferente.

En primer lugar, se realizará una breve reflexión sobre la noción de la Constitución. En segundo lugar, se analizará la evolución del concepto de Estado en el Ecuador desde la Constitución ecuatoriana de 1978, hasta la Constitución de 2008, en la que el Ecuador pasa a ser: un Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Este capítulo es relevante debido a que, pone en evidencia como esta transición constitucional abre la puerta a doctrinas que alteran los métodos de interpretación y aplicación de principios, reglas y derechos fundamentales. Es necesario el marco histórico actual del Ecuador, para analizar en el siguiente capítulo como este esquema afecta la aplicación del Principio de Proporcionalidad.

1.2 ¿Qué es la Constitución?

La Constitución es la norma suprema de un Estado. Esta norma elemental bajo la legislación ecuatoriana se crea bajo un órgano constituyente, su función principal es la organización y fijación de límites a los poderes del Estado, pretendiendo regular los aspectos fundamentales de la vida de los ciudadanos³.

La sociedad por años buscó métodos de sustituir la monarquía, las dictaduras y los excesos del autoritarismo. Luis Carlos SÁCHICA establece que el Constitucionalismo es:

³ Camilo Velásquez Turbay. *Derecho Constitucional*. Tercera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, pp.50.

El esfuerzo por racionalizar el ejercicio del poder político sometiéndolo a la ley. Pretensión que equivale a transformar la fuerza, la coerción, en una facultad regulada por normas jurídicas⁴.

Karl Loewenstein expresa que durante siglos el ser humano luchó por formar una sociedad en la que se otorgue y garantice los derechos individuales, en todo este tiempo, la sociedad reconoció que la mejor manera de alcanzar este objetivo era con la imposición de un sistema de reglas fijas que limite al poder. La definición de Constitución para el citado autor es: “el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder”⁵.

Con el desarrollo de la sociedad, esta definición de Constitución se ha vuelto imprecisa, ya que además del control del poder, es necesario también que se introduzca el reconocimiento de derechos a los ciudadanos; tal como lo sostiene Luis Carlos SÁCHICA:

Una Constitución, en sentido político- jurídico es una fórmula de reparto del poder en una comunidad: atribución de poderes a quienes gobiernan, y de derechos, que son también poderes, a los gobernados.⁶

Complementando esta idea, el reconocimiento de los derechos ha venido dándose de forma paulatina. Es así que en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, se puede encontrar un reconocimiento a la protección de derechos humanos tal como lo establece el artículo 16:

*Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitutio*⁷.

En aplicación de este artículo, se instituye el precepto que la única forma de asegurar la protección de derechos y de limitar el poder es mediante la Constitución. Si un Estado no cumple con estos requisitos, no posee Constitución.

Para Fabián Corral, la Constitución surge como propuesta ideológica y como herramienta de Derecho, describe que su finalidad es:

⁴ Luis Carlos SÁCHICA. *Derecho Constitucional General*. 4ta .ed. Bogotá: Temis, 1999, pp. 10.

⁵ Karl Loewenstein. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Ariel, 1983, pp. 101.

⁶ Luis Carlos SÁCHICA. *Derecho Constitucional General*. Óp. cit., pp. 31.

⁷ “En toda sociedad donde no esté asegurada la garantía de derechos, ni reconocida la separación de poderes, no existe constitución”.

Reconocer y proteger los derechos individuales, preservar las libertades, dotar de seguridad a la sociedad y -ya que el hecho del poder es inevitable, establecer con claridad y determinar las estructuras, funciones y deberes del Estado.⁸

También se debe analizar a la Constitución como norma suprema que dicta las bases del ordenamiento jurídico. En ella se establece el conjunto de lineamientos de un Estado por el cual sus relaciones políticas, económicas, sociales y culturales deben ser encaminadas.

En conclusión, la Constitución nació como respuesta al absolutismo, buscó evitar la concentración y el abuso de poder. Es la norma fundamental que se conforma de dos partes. En primer lugar, la parte orgánica, en la cual se encuentran los límites, facultades y atribuciones de quienes ejercen algún tipo de poder. Y, en segundo lugar, la parte dogmática donde se encuentran los derechos humanos y su forma de protección.

1.3 Transiciones y cambios Constitucionales en el Ecuador

La historia política de la República del Ecuador nace en 1830 con la separación de la Gran Colombia y con la primera Asamblea Constituyente celebrada en la ciudad de Riobamba. Desde entonces, el Ecuador ha atravesado por varios cambios y procesos constitucionales, lo que ha generado inestabilidad política.

Debido a esto, la mayoría de gobiernos, al llegar al poder inmediatamente realizaban una reforma o cambio constitucional. Esto lo sostiene Enrique Ayala Mora al describir la historia constitucional del país:

(Ecuador) tiene un record en la adopción de nuevas Constituciones. Pero esto no se debe fundamentalmente a la necesidad de cambios sino, más bien, a la inestabilidad política, que ha traído consigo dictaduras frecuentes. En medio del enfrentamiento político se han establecido gobiernos de hecho y se ha roto o derogado la Constitución vigente. Al cabo de un tiempo de régimen dictatorial, se ha vuelto al régimen jurídico mediante la emisión de una nueva Constitución que, por lo general, ha entrado en vigencia con un nuevo gobierno electo. A lo largo de la historia del Ecuador, nos hemos encontrado con veinte y un constituciones, resultando en promedio y como tendencia que cada 10 años en el Ecuador se dicte una nueva Constitución.⁹

⁸ Fabián Corral. *La función de la Constitución*. http://www.elcomercio.com/columnistas/funcion-Constitucion_0_449955013.html. (acceso 25/03/2013).

⁹ Enrique Ayala Mora, *Ecuador patria de todos*. 2da edición. Quito: Corporación Editora Nacional, 2004, pp. 190.

El sistema de Estado que se adopta en cada Constitución, trae consigo nuevas propuestas a las cuales deben adaptarse todos los poderes del Estado. Asimismo la Constitución aprobada en 2008, adopta cambios fundamentales en muchos temas que pueden ser considerados avances e innovaciones. Por ejemplo, esta constitución define a la naturaleza como sujeto de derechos, lo cual no es común encontrar en otras constituciones.

Así también, la actual Constitución del Ecuador genera nuevos métodos de aplicación de principios e interpretaciones constitucionales. Estos cambios pueden llegar a ser un retroceso para el sistema jurídico, en caso de no ser realizados en base a una interpretación adecuada.

Es por esta razón, que es importante analizar la evolución del concepto de Estado en el Ecuador. A lo largo de la historia del país se han creado algunos modelos y propuestas de tipos de Estado. A continuación se enunciarán los modelos históricos adoptados en las tres últimas Constituciones.

1.3.1 Análisis del Estado adoptado en la Constitución del Ecuador de 1978

A través de referéndum el 15 de enero de 1978 después de siete años de dictadura, se aprobó en el Ecuador una Constitución elaborada por una comisión designada por el Triunvirato militar. Según Enrique Ayala Mora, algunos de los cambios que incorpora esta Constitución son:

1. El voto de los analfabetos,
2. La segunda vuelta electoral, en caso que ningún candidato obtenga la victoria en primera vuelta con mayoría absoluta.
3. El congreso unicameral¹⁰.

Ahora bien, de acuerdo a la Constitución de 1978, lo más importante era reconocer la soberanía del Ecuador. Por lo que, la organización del Estado y el reconocimiento de los derechos humanos fueron relegados a un segundo plano. Según Guillermo Cabanellas el término soberanía se define como:

¹⁰ Enrique Ayala Mora. *Nueva historia del Ecuador*. Volumen 1. Quito: Corporación Editora Nacional, 2004 pp. 159.

Suprema autoridad. | Mando superior. | Manifestación que distingue y caracteriza al Poder del Estado por la cual se afirma su superioridad jurídica sobre cualquier otro poder, sin aceptar limitación ni subordinación que cercene sus facultades ni su independencia dentro de su territorio y posesiones. | Independencia nacional.¹¹.

De esta manera, el artículo 1 de la Constitución de 1978 establece:

Artículo. 1.- El Ecuador es un Estado soberano independiente, democrático y unitario. Su gobierno es republicano, electivo, responsable y alternativo¹². (subrayado me pertenece)

En esta concepción no se establece que sistema deberá utilizar el Ecuador, si este sistema deberá ser legal, constitucional, de derecho, o de derechos. Sin embargo, se podría interpretar que en esta Constitución, el Ecuador utilizaba un sistema legal, debido a la sujeción que mantiene de los funcionarios a la ley.

En aplicación del artículo 1 de la Constitución y la definición de soberanía se puede llegar a la siguiente conclusión: En el Ecuador no se aceptaría ningún tipo de subordinación tanto interna, por la continua inestabilidad política y los posibles movimientos políticos internos, ni externa frente a cualquier otro Estado. Esta concepción buscó resaltar la independencia del Ecuador en la toma de decisiones de forma independiente, y que por ningún motivo cedería su territorio. Este criterio se ve sustentado a continuación por Jorge Zavala Egas:

Nuestra Constitución determina, en consecuencia, que el Estado es la organización suprema que no debe obediencia a ninguna otra y que no admite siquiera una concurrencia jerárquica a su mismo nivel de cualquier forma de asociación humana. No tiene pues el Estado Ecuatoriano relación de subordinación con ningún otro Estado y tampoco, internamente, existe ninguna otra organización que pueda ejercer poder sobre éste y no siquiera concurrencia paritaria en tal poder¹³.

Por diversos motivos, como por ejemplo la falta de técnica jurídica del legislador y la omisión de abarcar temas importantes, la Constitución de 1978 fue reformada en varias ocasiones:

¹¹ Guillermo Cabanellas. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Heliasta. 1981, pp. 396.

¹² Constitución de 1978. Artículo 1. Registro Oficial No. 800 de 27 de marzo de 1979.

¹³ Jorge Zavala Egas. *Curso Analítico de la Constitución Política de la República del Ecuador*. Guayaquil: EDINO, 1996, pp. 12.

La Constitución de 1978 fue objeto de una reforma profunda tras cuatro años de vigencia y desde 1978 a 1997 fue reformada doce veces¹⁴.

En conclusión, esta Constitución no diferenciaba de forma clara el sistema de Estado que incorporó el Ecuador. En razón de este motivo, con la Constitución de 1998 se implementó un sistema denominado Estado Social de Derecho.

1.3.2 Análisis del Estado adoptado en la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998

El Estado de Derecho nace a partir del Estado Legal. Estado en el cual dominaba el imperio de la ley, el sometimiento a la ley y el positivismo. Estos postulados tuvieron complicaciones con los problemas suscitados por el *Tercer Reich*, donde el sometimiento y cumplimiento de la ley, abrió la puerta a violaciones de los Derechos Humanos, matanzas y genocidios que estuvieron permitidas por un régimen legal. De este modo, resultó necesario darle una nueva concepción al Estado, y en conjunto con el desarrollo de los derechos, se plantea la fórmula Estado de Derecho. Zagrebelsky define este tipo de Estado como:

La concepción del derecho propia del Estado de Derecho, del principio de legalidad y del concepto de ley del que hemos hablado era el positivismo jurídico como ciencia de la legislación positiva. La idea expresada por esta fórmula presupone una situación histórica concreta: la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho –esto es, los derechos y la justicia- a lo dispuesto por la ley¹⁵

La legalidad y algunos conceptos del Estado Legal forman parte del Estado de Derecho. Rodrigo Borja en su definición de Estado de Derecho establece como característica principal la sujeción a la ley, como se podrá ver a continuación:

El Estado de Derecho, es en su más simple acepción, el Estado sometido al derecho, ósea el Estado sujeto a la acción omnicomprensiva de la ley.¹⁶

El Artículo 1 de la Constitución de 1998 establecía:

¹⁴ Simón Espinosa. *La Constitución de 1978 fue reformada doce veces*. <http://www.eluniverso.com/2007/04/11/0001/8/01D451DFAFE340509D320B704.html>. (acceso 26/03/2013).

¹⁵ Gustavo Zagrebelsky. *El Derecho Dúctil*. 3ra. ed. Madrid: Trotta, 1999, pp. 33.

¹⁶ Rodrigo Borja. *Sociedad, Cultura y Derecho*. Quito: Planeta, 2007, p. 146.

Artículo. 1.- El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico...¹⁷.

Este artículo reformuló la concepción del Estado para el Ecuador, se introdujo la palabra social y el concepto de Ecuador como Estado sometido al Derecho. Sin embargo, el hecho que un Estado posea un ordenamiento jurídico, no significa ser un Estado de Derecho. La concepción es mucho más profunda y abarca tanto el sometimiento de las autoridades a la ley, cuanto la introducción del Derecho como parte fundamental del Estado.

Con estos antecedentes, la Constitución de 1998 pretendió asegurar la protección de los derechos y garantías Constitucionales. La nueva concepción de Estado, fue más allá del positivismo clásico. El doctrinario colombiano Iván Vila Casado lo aclara de la siguiente manera:

El concepto Estado material de Derecho se caracteriza por vincular el poder del Estado a determinados principios y valores superiores del derecho y porque el centro de gravedad de la actividad estatal no se entiende orientada sólo a asegurar las garantías formales de la libertad, sino también a establecer una situación jurídica justa en sentido material.¹⁸

El Estado Social de Derecho según la Constitución de 1998 enunció principios constitucionales, para la protección de los Derechos Humanos. A esta protección se sumó los sistemas de control de constitucionalidad. De la misma forma, se introdujo cambios como los generados por el artículo 192 mediante el cual, se dan innovaciones para brindar mayor protección a las garantías y al debido proceso. Asimismo se deja la formalidad estricta para proteger a la justicia, como lo establece el artículo citado:

Art. 192.- El sistema procesal será un medio para la realización de la justicia. Hará efectivas las garantías del debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.¹⁹ (subrayado me pertenece)

El Estado Social abarca el desarrollo de los derechos sociales y está comprometido a temas económicos. El paso de un Estado Liberal a un Estado social buscó la distribución de recursos de forma equitativa. Para esto, el medio utilizado es el Estado de Derecho.

¹⁷ Constitución de 1998. Artículo 1. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

¹⁸ Iván Vila Casado. *Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo*. Bogotá: Legis, 2007, pp.392.

¹⁹ Constitución de 1998. Artículo 192. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998

En conclusión, se puede establecer que el Estado legal fue la fórmula de estructura inicial del Estado para el Ecuador. Esta concepción decayó por su positivismo excesivo y su falta de custodia de los derechos. Dando paso al Estado de Derecho, el cual introdujo el tema de protección de derechos como parte sustancial en la Constitución. La reforma constitucional de 1998 convierte al Ecuador en un Estado Social de Derecho. A partir de esta Constitución se dan avances en temas constitucionales, se comienza a evidenciar la preocupación por parte del Estado en proteger los Derechos Humanos y en evitar el formalismo estricto cuando su fin no es brindar justicia.

1.4 Análisis del Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Constitución Política de la República de Ecuador de 2008.

1.4.1 Introducción

El Ecuador ha adoptado un modelo constitucional garantista y estrictamente constitucionalista. Este modelo constitucional nace en oposición al genocidio perpetrado por los Estados Legalistas en la Segunda Guerra Mundial, fundamentalmente en Europa. A este modelo constitucional se lo ha denominado con varios nombres, como lo expresa Luis Barroso a continuación:

La reconstitucionalización de Europa, inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial y a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, redefinió el lugar ocupado por la Constitución y también la influencia del Derecho Constitucional sobre las instituciones contemporáneas. La creciente aproximación de las ideas del constitucionalismo con los ideales democráticos producirán una nueva forma de organización política, que podrá ser denominada por diversos nombres: Estado democrático de derecho, Estado Constitucional de derecho, Estado Constitucional democrático²⁰.

Pese a que esta nueva reconceptualización de Estado nace en oposición al legalismo estricto, para que un Estado pueda existir es necesario de lineamientos y de un sistema que permita dar seguridad a los ciudadanos. Por lo tanto, el Estado Constitucional de Derechos y Justicia no implica un divorcio del positivismo o legalismo, sino un nuevo enfoque, en el cual, lo que se busca es la protección de Derechos Humanos y no la simple sujeción a la ley.

²⁰ Luis Roberto Barroso. *Las transformaciones del Derecho Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 7.

La Carta Magna de 2008 fue realizada en base a principios del neoconstitucionalismo o garantismo, teoría por la cual se busca la protección de los derechos fundamentales y bajo la cual se realizan nuevas interpretaciones a los principios del derecho. Asimismo esta concepción de Estado trae consigo cambios en todas las instituciones del Estado y en su forma de interpretación.

Esta es la importancia de analizar el nuevo concepto de Estado que adoptó el Ecuador. Para un mejor análisis de esta nueva concepción, a continuación se dividirán los conceptos del Artículo 1 en: Estado Constitucional, Estado de Derechos y Estado de Justicia.

1.4.2 Estado Constitucional

En una antigua concepción, el Estado de Derecho basaba su finalidad en el sometimiento a la ley. Esta ley determinaba la estructura del Estado y limitaba la actuación de la administración pública. Sin embargo, este concepto decayó por muchos motivos, entre ellos porque el legalismo y el positivismo afectaban a los derechos fundamentales. Es por esta razón que, en la actualidad la gran mayoría de países utilizan la acepción de Estado Constitucional.

Estado Constitucional es aquel que tiene como eje fundamental la Constitución. Como lo establece Ramiro Ávila:

La constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. En suma, en el constitucionalismo se conjugan estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio.²¹

En esta misma línea de pensamiento, la Constitución es la norma principal, directamente aplicable en el sector público y sector privado tal como lo establecen los artículos que se citan a continuación:

Artículo. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte...

²¹ Ramiro Ávila, *La Constitución del 2008 en el contexto andino, análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Vol. 1. Quito: Ministerio de Justicia y derechos humanos, pp. 22.

Artículo. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Artículo. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.²² (subrayado me pertenece)

Como lo establece el artículo 424 antes citado, la concepción de Constitucionalismo también abarca el nuevo pluralismo jurídico que dan los Tratados y Convenios Internacionales, firmados y ratificados por el Ecuador, los cuales en el caso de Derechos Humanos poseen la misma jerarquía que la Constitución.

Otro de los requisitos para que un Estado sea Constitucional es que exista una autoridad capaz de asegurar el cumplimiento por todas las instituciones y personas de la Constitución. Esta autoridad en nuestro país es la Corte Constitucional, quien es el máximo órgano de control e interpretación constitucional, el cual busca sancionar su incumplimiento y por lo tanto asegurar el cumplimiento. Esto se encuentra sustentado en los siguientes artículos:

Artículo. 429.- La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito...

Artículo. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias.

Sus decisiones tendrán carácter vinculante.

2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del

²² Constitución de 2008. Artículos: 424 y 426. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.

3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución...²³ (subrayado me pertenece)

Para que un Estado sea Constitucional debe cumplir con ciertas características, Riccardo Guastini establece que las más importantes son:

1. La existencia de una constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales.
2. La garantía jurisdiccional de la Constitución.
3. La fuerza vinculante de la Constitución, que no es un conjunto de normas programáticas sino más bien preceptivas
4. La sobreinterpretación de la Constitución, es decir, se la interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos.
5. La aplicación directa de las normas constitucionales, no solo frente al poder público sino también en las relaciones entre particulares.
6. La interpretación adecuada de las leyes hacia la Constitución.
7. La influencia de la Constitución sobre el debate político²⁴.

En el Ecuador estas características están garantizadas con los principios de supremacía y control constitucional (citados en los artículos anteriores). Por estos requisitos el Ecuador actualmente es un Estado Constitucional.

1.4.3 Estado de Derechos

La concepción de Estado de Derechos con Estado Constitucional es muy similar. Esto es justificable porque ambas concepciones están compuestas por los derechos fundamentales de las personas. De esta manera, se podría hablar de un posible pleonismo jurídico en el concepto Estado Constitucional de Derechos²⁵. Sin embargo, en la actualidad se formula al

²³ Constitución de 2008. Artículos: 429 y 436. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁴ Riccardo Guastini. *La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano*. IJ-UNAM. Fontamara, México: 2001, pp.52-57.

²⁵ Eduardo Betancourt. *El estado de derecho, un pleonismo*. <http://www.lajornadaguerrero.com.mx/2010/05/11/index.php?section=opinion&article=002a1pol>. (acceso 27/03/2013).

Estado de Derechos como un concepto evolutivo del Estado Constitucional. En el cual, por una parte se pondera los derechos sobre la ley, y por otro lado, se fortalece el postulado de aceptar como parte del ordenamiento jurídico interno a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

Es preciso recalcar que el Estado de Derechos nace a partir del Estado de Derecho. Siendo este último la expresión del sometimiento del poder a la ley. Por lo tanto, para que pueda existir un Estado de Derechos, es necesario que los diferentes órganos y miembros que conforman la administración estén sujetos a un sistema jurídico que brinde seguridad a los administrados.

Otra acepción del Estado de Derechos es el reconocimiento de una pluralidad jurídica de derechos como parte integrante del ordenamiento legal. La pluralidad jurídica puede ser de dos tipos: local y extranjera.

La pluralidad jurídica extranjera se ve reflejada en los Tratados y Convenios Internacionales suscritos por un Estado. Este criterio es sostenido por Ramiro Ávila que en su tenor literal establece:

Uno de los postulados del Estado de Derechos es el pluralismo jurídico, el cual abarca reconocer y hacer propio de nuestro sistema jurídico, Tratados, Convenciones, normativas y leyes que no son creaciones del Ecuador; pero que son vinculantes y de directa aplicación²⁶.

Asimismo esta acepción la encontramos en el artículo 11 de la Constitución:

Artículo. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte...²⁷

Por otro lado, la pluralidad jurídica local se ve reflejada en la existencia del derecho indígena. Este derecho forma parte del ordenamiento jurídico y existen múltiples derechos cuantos pueblos y nacionalidades existan. Esto lo dispone el artículo 57 de la Constitución:

²⁶ Ramiro Ávila. "El principio de legalidad vs el principio de proporcionalidad". El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Miguel Carbonell (ed.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 312.

²⁷ Constitución de 2008. Artículo 11, numeral 3. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Artículo. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.²⁸

Finalmente, otro postulado es la concepción avanzada de los derechos fundamentales dentro del Estado de Derechos. Esta concepción establece como límite de los órganos de poder a los derechos humanos, los cuales están establecidos en la Constitución. De esta forma el estado legalista ya quedó en el pasado, los límites ahora son los derechos de las personas, y la ley pasa a un segundo plano. Podemos llegar a la conclusión que los derechos marcan la base del Estado e incluso establecen su propósito, como a continuación lo establece Ramiro Ávila:

Los derechos de las personas, los pueblos y la naturaleza, la justicia como resultado de las decisiones de los órganos públicos y de los particulares, la Constitución como parámetro de referencia y fuente de obligaciones, determinan la naturaleza del Estado y de las relaciones sociales y políticas.²⁹

Estado de Derechos no significa dejar de lado al Estado Constitucional, incluso se podría afirmar que para formar un Estado de Derechos es necesario forjar un Estado Constitucional. Debido a que, el Estado Constitucional otorga la estructura al Estado, y adopta las formas de protección eficiente y directa de los derechos, las cuales son las garantías.

1.4.4 Estado de Justicia

La concepción del termino justicia es amplia y diferente, esta noción cambia de país a país, de cultura a cultura, e incluso es tan difícil definirla que cada persona posee su propia concepción de justicia. El termino justicia relaciona temas jurídicos, políticos, económicos e incluso religiosos. La justicia es según Tomás de Aquino, "la virtud moral y constante que consiste en la firme voluntad de dar a dios y al prójimo lo que le es debido"³⁰.

²⁸ Constitución de 2008. Artículo 57, numeral 10. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁹ Ramiro Ávila. *Caracterización de la Constitución de 2008*. *Óp. cit.*, pp. 37.

³⁰ Jorge Martínez Barrera. *Santo Tomas de Aquino y la Teoría de la justicia*. <http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewFile/16200/16741>. (acceso 19/05/2013).

El propio Kelsen, dedica todo un libro para definir la justicia, y en su obra analiza opiniones de varios autores, los critica y llega a concluir que “resulta tan subjetivo definir la justicia, que su análisis no puede ser parte de la ciencia jurídica”³¹. Por lo tanto, lo importante en esta tesina será analizar al Estado de justicia en conjunto y como parte del propósito de la creación del Estado Constitucional de Derechos. Para Ramiro Ávila el Estado de Justicia es:

En suma, la invocación del Estado a la justicia no significa otra cosa que el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede sino ser una organización social y política justa.³²

Para analizar los elementos organización social y política justa, se debe tomar en cuenta el marco teórico en el que se encuentra el Ecuador. Por las ideologías de la Asamblea Constituyente que redactó la Constitución, se puede afirmar que este tipo de organización persigue la justicia social.

La Corte Constitucional del Ecuador en sentencia también ha llegado a definir el propósito del término justicia, y la detalla como:

Es deber de la justicia constitucional materializar esas asignaciones de cargas y ventajas sociales para que se distribuyan equitativamente entre ellas. Esto sugiere la combinación de estos valores bajo la idea de justicia, que consiste en una distribución de libertad e igualdad, libertad igualitaria (...) en virtud de la denominada igualdad material de los derechos en la Constitución y la Ley³³

La justicia social se fundamenta en una ideología de igualdad de las personas, no solo una igualdad ante la ley, este término eleva la justicia a niveles económicos, sociales y culturales que llevan consigo el propósito de la sociedad. Según, Teognis de Megara, “en la justicia se encuentran inmersas todas las demás virtudes”³⁴; y lo que busca el termino justicia es una participación de todos los actores de la sociedad, en función del buen vivir.

³¹ Hans Kelsen. *¿Qué es la justicia?*. Buenos Aires: Editorial Leviatán, 1981, pp. 120.

³² Ramiro Ávila. *Caracterización de la Constitución de 2008*. *Óp. cit.*, pp. 28.

³³ Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 0001-09-SCN-CC. Quito D. M., 14 de Mayo del 2009. Registro Oficial Suplemento 602 de 1 de Junio del 2009.

³⁴ Jorge Pérez López. *Los valores jurídicos*.

http://www.derechocambiosocial.com/revista020/valores%20juridicos.htm#_ftn20. (acceso 19/05/2013).

Otro aspecto importante del Estado de Justicia es la validez de la norma. Es importante reconocer que la concepción se basa en el pensamiento iusnaturalista de la norma, que establece: la norma es válida si es justa. Al respecto el profesor Blanco-Uribe señala:

En conclusión, el Estado de justicia En la exposición de motivos se asocia la institución con el bienestar, el desarrollo libre de la personalidad, la igualdad, el goce irrestricto de los derechos humanos y el logro de una calidad de vida digna (...)

Así, cada vez que un órgano estatal emita un acto normativo, judicial o administrativo, por más conforme a derecho que el mismo se encuentre, si su aplicación conduce a situaciones injustas, donde el afectado no reciba lo que le corresponde en el plano ético, éste debe poder encontrar la solución en la tutela judicial.³⁵

En conclusión, la concepción de Estado de justicia abarca un análisis de un juicio de valor, tanto en las normas como en el momento de aplicación por parte de los jueces. Lo que se busca es una sociedad que utilice la justicia como valor moral. Así también, fortalecer principios como: igualdad ante la ley, libre acceso a la justicia y tutela judicial efectiva en todos los procesos.

1.5 El neoconstitucionalismo como método de Interpretación Constitucional en la Constitución del Ecuador

1.5.1 Introducción

La Constitución de 2008 transformó la realidad jurídica del Ecuador, hay temas que difícilmente en otra Constitución del mundo se podría encontrar, asimismo, existen cambios que pueden ser innovadores, y cambios que si no son aplicados correctamente pueden desencadenar un retroceso jurídico.

La interpretación constitucional es un tema fundamental en los cambios que se han diseñado en base al garantismo. La constitución está presente en todas las actuaciones de las potestades públicas, así como, en las relaciones privadas. Por lo tanto, los encargados de esta nueva interpretación constitucional deben tener en cuenta la lógica con la que se desarrollaron estos cambios. Lo actualmente complicado es el proceso de adaptar las codificaciones antiguas a este nuevo marco de protección de los derechos que viene dada por la nueva Constitución.

³⁵ Alberto Blanco-Uribe. *Definición de Estado de Justicia*. <http://albertoblancouribe./2012/01/10/definicion-de-estado-de-justicia/>. (acceso 27/03/2013).

En los 444 artículos que posee la Constitución, se advierte que el cambio está diseñado y estructurado para que su interpretación se la realice en base a los principios y reglas de la teoría del derecho denominada como Neoconstitucionalismo, como lo sostiene el jurista Jaime Vintimilla:

Desde el inicio del último proceso constituyente, donde se advirtió la generación forzada de un poder constituyente originario fundacional. La presencia de reglas y principios ha insertado a la realidad jurídica ecuatoriana dentro de la órbita del neoconstitucionalismo y otras doctrinas post positivistas o contra positivistas.³⁶

El Neoconstitucionalismo busca que los Derechos Humanos sean los rectores del Estado. Que la función de la Constitución sea la eficiente protección de derechos por todos los órganos e individuos que conforman el Estado. La aplicación de los principios también generan cambios, en la actualidad todos los principios poseen la misma jerarquía, en caso de conflicto deben ser ponderados al caso concreto, dejando de lado la técnica de la subsunción.

Para el presente trabajo de investigación es importante entender el marco histórico actual, pues en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, los jueces ordinarios llevan un rol vital al convertirse en los principales intérpretes y custodios de la Constitución. A continuación un análisis del neoconstitucionalismo y su forma de aplicación en el Ecuador.

1.5.2 Historia del neoconstitucionalismo

La crisis del positivismo jurídico marcó la pauta para que diferentes modelos de Estado surjan, en respuesta al positivismo excesivo. Este nuevo sistema, teoría, ideología y metodología del derecho constitucional se denomina Neoconstitucionalismo. La realidad de la Constitución actual es un cambio significativo en el concepto y sentido de Estado.

Esta nueva teoría del derecho constitucional surge en la posguerra en los países de Alemania e Italia en conjunto con la reconstitucionalización de Europa en el siglo XX. La doctrina sostiene que la Ley Fundamental de Bonn (Constitución alemana) de 1949 y el surgimiento del Tribunal Constitucional en 1951 fue el inicio de una producción teórica

³⁶ Jaime Vintimilla Saldaña, “Principios y Reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del Ius Novus ecuatoriano”. *Iuris Dictio*, X N 13 (2010), pp. 47.

jurisprudencial en materia constitucional. Italia, Portugal y España también aportaron a este nuevo derecho constitucional.

En América Latina el militarismo estatal de los años 60 hasta los 80, fue una época de continuos abusos y violaciones a los derechos humanos, las constituciones que existían en esa época como lo establece el jurista Hernán Salgado “fueron nominales y una mera fachada”³⁷. Estos hechos dieron fuerza a teorías de protección de derechos, que en conjunto con las Declaraciones e Instrumentos Internacionales de Protección de Derechos, fortaleció y abrió el camino a la teoría neoconstitucionalista. Dejando como resultado que, en ciertas constituciones de América Latina el fin primordial sea la protección de derechos.

1.5.3 Definición de neoconstitucionalismo

Esta nueva corriente de pensamiento denominado Neoconstitucionalismo o garantismo, es una teoría general del derecho. Su finalidad es la protección de los derechos fundamentales del ser humano. Miguel Carbonell define al neoconstitucionalismo como:

Movimiento que surge desde la mitad del siglo pasado, con la aparición de las constituciones posguerra en Europa, que establecieron como finalidad del Estado la promoción y protección de los derechos humanos, y la adecuación de las prácticas de todos los órganos del Estado a los principios constitucionales a través del control de tribunales o cortes constitucionales. El neoconstitucionalismo, que sin duda es una teoría en construcción, constituye un paradigma nuevo frente al positivismo jurídico e incluso frente al iusnaturalismo³⁸

Esta nueva teoría proviene de dos pensamientos y se los denomina de dos formas: neoconstitucionalismo o garantismo. El neoconstitucionalismo proviene de la protección de los derechos humanos a través de controles constitucionales, siendo un contrapeso al positivismo jurídico. El garantismo surge como sustento de Luigi Ferrajoli quien utiliza la expresión garantismo bajo tres acepciones:

En la primera designa un modelo normativo de Derecho (el modelo del Estado de Derecho); en la segunda, el garantismo es una teoría jurídica (la del iuspositivismo crítico

³⁷ Hernán Salgado Pesantes, *Dogmática constitucional en el Ecuador*. Vol. 1. Quito: Corporación Editora Nacional, 2004, pp. 989.

³⁸ Miguel Carbonell. *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, pp. 9-13.

como opuesta al iuspositivismo dogmático); y en la tercera, el garantismo es una filosofía política (la que funda el Estado en el reconocimiento y protección de los derechos)³⁹.

En esta misma línea de pensamiento, el neoconstitucionalismo pretende ser una teoría general del derecho y una alternativa al Estado de Derecho, estableciendo la primacía de la constitución frente a la estricta legalidad, formulando una legitimación sustancial. De este modo, las leyes dejan el test de Kelsen de simple legalidad, ahora además de ser legales, deben estar envueltas de legitimidad.

El Neoconstitucionalismo otorga una nueva interpretación constitucional en la que toda persona, autoridad o juez deba aplicar directamente la Constitución, buscando proteger los derechos de las personas. Por lo tanto, los principios buscan resolver cualquier conflicto que se suscite en la sociedad, asimismo que los jueces con atribuciones constitucionales puedan crear derecho a través de la argumentación y la ponderación.

1.5.4 Características del neoconstitucionalismo

El neoconstitucionalismo se caracteriza por una forma diferente y peculiar de aplicar el Derecho. Juan Esteban Ponce Villacis sobre este tema expresa:

En el neoconstitucionalismo es más importante es la argumentación que da el juez, que la aplicación de la norma de acuerdo al sistema de aplicación tradicional, subsunción. Así pues, la jerarquía de los principios como valores morales están en la cúspide de la argumentación, justificados por una razón práctica, de tal forma que el contenido de la constitución desde una perspectiva axiológica prima sobre la norma⁴⁰.

La importancia del análisis del neoconstitucionalismo en el Ecuador, es reconocer que en la actualidad todas las leyes, principios y reglas están limitadas por los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución, Tratados y Convenios Internacionales. Y recalcar que, los Derechos Humanos son los principios rectores del Estado.

El actual sistema jurídico del Ecuador tiene como garante y como último intérprete a la Corte Constitucional, quien se sobrepone a todos los poderes del Estado. Toda controversia

³⁹ Luigi Ferrajoli. Derecho y razón. *Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995, pp. 851.

⁴⁰ Juan Esteban Ponce Villacis. *El neoconstitucionalismo en el Ecuador*. Quito: Corporaciones de Estudios y publicaciones, 2010, pp. 15.

tiene solución en la Constitución, inclusive se llega a niveles de regular toda relación humana, como a continuación lo establece Ramiro Ávila:

A diferencia de lo que sucedía en el constitucionalismo clásico, no solo regula los poderes del Estado y sus atribuciones (parte orgánica) sino, a través de los derechos humanos, todo tipo de relación humana entre las personas y el Estado (parte dogmática). A tal punto llega la relación entre las dos partes de la Constitución, que las instituciones determinadas en la parte orgánica tendrá legitimidad de actuación solo si cumplen con la parte dogmática.

El sistema jurídico tiene como garante y como último interprete a un juzgador constitucional, que controla todos los poderes, incluso el judicial⁴¹

En este nuevo Garantismo, la interpretación de la norma se basa en la comprensión, contenido y alcance de los Derechos Humanos, se deja de lado las técnicas como la exégesis y subsunción. En la actualidad, las colisiones entre principios se resuelven con el método de la ponderación, debido a que, en el caso concreto se busca “la norma que satisfaga de mejor manera, la no adecuación de otra”⁴².

La ponderación transforma la interpretación, generando que la aplicación de la Constitución y la ley por los jueces sea diferente. Incluso el concepto de prevaricato cambia, obligando la prevalencia de la Constitución sobre la ley, como lo expresa Ramiro Ávila a continuación:

El juez con atribuciones de control constitucional crea derecho. En cambio, en el sistema tradicional el juez simplemente aplica reglas. El juez prevarica en este último caso si no aplica la ley; en el régimen constitucional prevarica si no aplica la Constitución cuando prevalece sobre la ley.⁴³

Las implicaciones del Neoconstitucionalismo en el Derecho Penal, se fundamentan en los Derechos Humanos como limitantes de la intervención penal. Dicha intervención penal es legítima cuando busca precautelar derechos y principios protegidos en la Constitución.

Para concluir, se puede resumir que las características más relevantes del neoconstitucionalismo son:

⁴¹ Ramiro Ávila Santamaría. “¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal?”, *Revista Foro*, Revista de derecho No.8, UASB- Ecuador, Quito 2007, pp. 50-51.

⁴² Robert Alexy. “La fórmula del peso”. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Miguel Carbonell (ed.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 15.

⁴³ Ramiro Ávila Santamaría. “¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal?” *Óp. cit.*, pp. 51.

1. La Constitución como norma rígida que incluye los derechos fundamentales.
2. El sistema jurídico como garante
3. La garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional.
4. Como último y máximo interprete a un juzgador constitucional.
5. Las reglas y principios que constan en la Constitución son normas jurídicas que vinculan y limitan los poderes y las demás normas.
6. Los principios pueden resolver cualquier tipo de conflicto y controversia de la sociedad.
7. El juez con atribuciones de control constitucional crea derecho.
8. El método adecuado de razonamiento jurídico es la argumentación jurídica y no la subsunción.⁴⁴

1.5.5 Relevancia de los Derechos Humanos como principios rectores del Estado Ecuatoriano

Es importante reconocer que existe una diferencia en los conceptos derechos constitucionales, derechos humanos y derechos fundamentales. Claudia Guerra en este tema establece:

La relación entre estos conceptos ha sido estudiada por numerosos autores y es problemática. De entre los que reconocen la virtualidad del concepto de derechos humanos, las teorías iusnaturalistas consideran que la existencia de los derechos humanos es independiente de su reconocimiento como derechos constitucionales o caracterizarlos como fundamentales.⁴⁵

El concepto derechos humanos abarca “libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios por su simple condición humana”⁴⁶. Por otro lado, para determinar qué derechos son constitucionales, “basta con recurrir al catálogo de derechos reconocidos por las constituciones políticas de los Estados”⁴⁷. Y por último, los derechos fundamentales son “aquellas cualidades o valores esenciales y permanentes del ser humano que son objeto de protección jurídica”⁴⁸.

Francisco Laporta sobre este tema considera: “aunque generalmente los derechos humanos se suelen recoger dentro de los derechos constitucionales, no siempre coinciden pero

⁴⁴ Guillermo Bustamante. *El Neoconstitucionalismo*.

<http://cadhu.com.ec/Cadhu%20Public%20Ultima%201%20Julio%202011/Ultimo/6%20DR.GUILLERMO%20BUSTAMANTE%20HIDALGO.pdf>. (acceso 20/05/2013).

⁴⁵ Claudia Guerra. *Los derechos humanos*. <http://mexicolegal.com.mx/vp-nd.php?id=601&categoria=derecho>. (acceso 21/05/2013).

⁴⁶ Ángel Papacchini. *Filosofía y derechos humanos*. Tercera Edición. Cali: 2003, Editorial Universidad del Valle. pp. 44.

⁴⁷ Hernán Salgado Pesantes, *Dogmática constitucional en el Ecuador*. Óp. cit., 55.

⁴⁸ *Ibíd.* pp. 55.

pueden asumirse como equivalentes”⁴⁹. En este mismo sentido, la teoría dualista por la cual se otorgan importancia tanto al fundamento moral de los derechos como a su positivación, fundamenta su posición en base al pluralismo jurídico del derecho. Y concluye estableciendo: “los conceptos de derechos humanos, derechos fundamentales y derechos constitucionales poseen un contenido equivalente”⁵⁰.

Este trabajo de investigación utilizara estos conceptos como equivalentes. En un concepto más elaborado sobre Derechos Humanos se puede acudir a la definición que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual establece:

Los derechos constitucionales (denominados también derechos fundamentales y garantías individuales) son aquellos derechos humanos garantizados con rango constitucional que se consideran como esenciales en el sistema político que la Constitución funda y que están especialmente vinculados a la dignidad de la persona humana. Es decir, son aquellos derechos que dentro del ordenamiento jurídico disfrutan de un estatus especial en cuanto a garantías.⁵¹

Como se ha explicado anteriormente la finalidad del Estado es la protección de los derechos fundamentales. Norberto Bobbio expresa la importancia histórica de los Derechos Humanos en las siguientes líneas:

Cuando se pregunta si existe algún proceso ético en la humanidad, ante tanto desastre, dolor y muerte, que podrían hacer pensar lo contrario, se responde que la gran conquista del ser humano del ser humano son los derechos humanos.⁵²

La centralidad en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia es la persona y sus derechos fundamentales. Esta concepción es una variante del Estado de legalidad, en el cual, la centralidad era la ley.

Las constituciones en la actualidad están formadas en dos segmentos. En primer lugar, la parte orgánica o formal, en la cual se establece la estructura del Estado y la organización del poder. Y en segundo lugar, la constitución material o dogmática donde se desarrolla los límites de este poder, y los cuales son los derechos constitucionales que son la finalidad del Estado.

⁴⁹ Francisco Laporta. *A propósito del concepto de los Derechos Humanos*. <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141712.pdf>. (acceso 21/05/2013)

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. <http://www.corteidh.or.cr/tesauro/tr5.cfm>. (Acceso 28/03/13).

⁵² Norberto Bobbio. *El tiempo de los derechos*. Madrid: Ediciones Cátedra, 1997, pp. 154-160.

Otro punto a considerar, es que el Estado legal utilizaba al principio de legalidad y a la validez de la norma como su base fundamental. Para que una ley sea considerada como justa, bastaba pasar el test de legalidad, el cual consistía en comprobar que la norma fue producto del sistema legislativo. En el garantismo actual, estas nociones han cambiado y para que una norma sea válida jurídicamente es necesario que se encuentre conforme a los principios constitucionales, que en definitiva son los Derechos Humanos. El tratadista Alberto Binder sobre el tema establece: “La forma es una garantía para que la sustancia se produzca, pero si la forma no produce la sustancia a la forma viola la sustancia, la forma pierde la cualidad de validez”⁵³.

Cabe recalcar que la ley al ser “una declaración de la voluntad soberana”⁵⁴ es producto de un proceso para su creación y publicación. Por lo tanto, para asegurar la seguridad jurídica del sistema debe existir un procedimiento claro y preciso para expulsar del ordenamiento jurídico a normas contrarias a la Constitución.

En conclusión, en la actualidad las normas son válidas siempre que se encuentren conforme a la Constitución. Los Derechos Humanos son los principios rectores del Estado ecuatoriano, es decir que, toda la organización estatal debe procurar en sus actuaciones velar por las protección de los derechos, si cualquier norma o actuación viole principios constitucionales tal norma es inválida. Y para que una norma inválida sea expulsada del ordenamiento jurídico debe someterse a un procedimiento claro y preciso el cual asegure la seguridad jurídica.

1.6 Interpretación Constitucional en el marco del Estado Constitucional de Derechos y Justicia

1.6.1 Evolución de la interpretación jurídica

La interpretación jurídica es darle sentido, alcance y finalidad a las normas, principios y derechos. Es decir, buscar la finalidad de las normas conforme a los objetivos del Estado. La

⁵³ Alberto Binder. *El incumplimiento de las formas procesales, elementos para una crítica a la teoría de las nulidades en el proceso penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, pp. 84.

⁵⁴ Código Civil del Ecuador. Artículo 1. Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun-2005.

interpretación jurídica nace junto al origen del Estado y a lo largo del tiempo se han desarrollado diferentes tipos de reglas de interpretación.

En una primera fase la interpretación se realizaba mediante la exégesis (de manera literal), hablamos de la época de los glosadores y del *Corpus Iuris Civilis*. En una segunda fase, Savigny sostuvo la hermenéutica, “donde se resaltó la interpretación gramatical, lógica y sistemática de la norma”⁵⁵. Kelsen por otro lado, introdujo un criterio de interpretación denominado la subsunción de la norma, “el cual enmarcaba el positivismo y la protección a la pirámide del ordenamiento jurídico creada por él”⁵⁶, los jueces solo eran considerados como “boca de ley”, y su función era la de acoplar los hechos a la norma.

Hoy por hoy, con la Carta Magna de 2008 la interpretación jurídica se la puede denominar: interpretación constitucional. Por la cual, se debe utilizar la Constitución en todos los niveles jurídicos, en búsqueda de adaptar los fines jurídicos a los fines constitucionales. De este modo, el derecho se crea mediante el activismo de los jueces, quienes al resolver un caso, deben en sus decisiones utilizar diferentes reglas y principios como por ejemplo: la ponderación y la proporcionalidad.

1.6.2 Interpretación Constitucional

Como se ha manifestado de manera reiterada, el Ecuador como Estado Constitucional de Derechos y Justicia es un sistema que se caracteriza por la protección de los derechos fundamentales. En tal sentido, la interpretación jurídica debe ser utilizada como herramienta adecuada para la protección de los derechos y como mecanismo encaminado a que los mismos, sean proclamados valores superiores y límites a las atribuciones del Estado.

La interpretación o hermenéutica constitucional busca que las actuaciones de todos los órganos que conforman el Estado interpreten la Constitución y todas las normas, en el sentido más favorable al principio *pro homine*. Para esto, es necesario reglas y métodos de aplicación de principios que permitan a los jueces buscar la solución más correcta al caso concreto. Luis

⁵⁵ Teresa Aguado Correa. *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/constitucion-derecho-penal-298550>. (acceso 23/05/2013).

⁵⁶ *Ibíd.*

Fernando Torres sobre esta interpretación establece: “Se ha desarrollado una teoría de los principios con una nueva teoría de la argumentación elaborada no por los legisladores sino por los jueces”.⁵⁷

Por lo tanto, en el Ecuador el método de interpretación que deben utilizar los jueces para resolver los casos se basan en los principios jurídicos contenidos en la Constitución. En caso de existir conflicto entre normas se debe utilizar métodos y reglas de interpretación las cuales se analizarán a continuación.

1.6.3 Diferencia entre Reglas y Principios jurídicos

Existen diferentes modos de clasificar las normas, se puede enunciar la clasificación de Kelsen en base a su pirámide de jerarquía normativa, o a Hart quien dividió a las normas en: “Primarias que imponen una obligación o normas secundarias, que especifican la manera que las normas primarias pueden ser creadas, eliminarlas o modificadas”⁵⁸.

En la actualidad, la mayoría de sistemas jurídicos modernos están compuestos por dos tipos de normas que son: reglas y principios. La diferencia entre estos dos tipos de normas se centra en su forma de aplicación y el modo de resolución de posibles situaciones de conflicto entre ellas. Al respecto Jaime Vintimilla establece:

Las reglas son normas que ordenan algo definitivamente. Son mandatos definitivos. En su mayoría ordenan algo para el caso de que satisfagan determinadas condiciones. Por ello, no son condicionadas. Sin embargo, las reglas son normas que pueden cumplirse o no⁵⁹.

De esta manera, la naturaleza jurídica de las reglas es de estricto cumplimiento o no, es decir que, las reglas fijan la conducta de las personas por lo cual no existen términos medios, ni de conciliación, se puede hablar entonces de una aplicación del todo o nada. En cambio, los principios al ser reconocidos como “mandatos de optimización” llevan consigo una carga de valores que protegen el interés en cada caso y su interpretación viene por la mayor realización de un principio u otro.

⁵⁷ Luis Fernando Torres. *Presidencialismo Constituyente*, Primera Edición, Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2009, pp.54.

⁵⁸ Herbert Hart: *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, pp. 116 - 120.

⁵⁹ Jaime Vintimilla Saldaña, “Principios y Reglas como nuevas fuentes de justicia... *Óp. cit.*, pp. 47.

Asimismo las reglas tienen en su aplicación una carga positivista y su entorno es legalista, por lo que, en su aplicación no se procura realizar un juicio moral de la norma. Para el Ecuador la aplicación de las normas ya no obedece a la simple subsunción.

Actualmente se busca que el juez al aplicar la norma haga un juicio de valor sobre la misma. De modo que, en la interpretación se utilice la mayor carga argumentativa, debido a que las decisiones judiciales restringen principios y por tanto derechos constitucionales. Esta aplicación debe darse entonces en base a principios jurídicos. Zagrebelsky en esta línea de pensamiento expresa:

Los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, “constitutivo” del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan. Por lo general, las normas legislativas son reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son predominantemente, principios.⁶⁰

En conclusión, las reglas y los principios jurídicos son diferentes. Mientras las reglas buscan el cumplimiento o no del hecho, los principios son normas que buscan que algo sea realizado en la mayor medida posible. Como consecuencia de esto, la forma de aplicación tanto de las reglas y principios también es diferente. En el Ecuador se procura que la interpretación jurídica se la haga en base a principios, pues presupone una mayor protección de los derechos al momento de su aplicación.

1.6.4 Características de los Principios jurídicos

Existen varias concepciones del termino principio jurídico, por ejemplo como: norma muy general, como valoración a un concepto jurídico indeterminado, como programática o directriz, como norma que expresa valores superiores, como norma dirigida a la aplicación de derechos, o como regula *iuris*⁶¹. Los principios jurídicos en nuestra Constitución, están dispuestos en todas las concepciones anteriormente mencionadas. Como por ejemplo:

- Principio de Exigibilidad de derechos (Artículo 11, numeral 1)
- Principio de Igualdad (Artículo 11, numeral 2)
- Principio de aplicación directa de la Constitución. (Artículo 11, numeral 3)

⁶⁰ Gustavo Zagrebelsky. *El Derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1995, pp. 109.

⁶¹ Jaime Vintimilla Saldaña, “Principios y Reglas como nuevas fuentes ... *Óp. cit.*, pp. 47.

Principio Pro Homine (Artículo 11, numeral 4)
 Principio de cláusula abierta (Artículo 11, numeral 7)
 Principio de Progresividad (Artículo 11, numeral 8)
 Principio de Proporcionalidad (Artículo 76, numeral 6)⁶²

Ramiro Ávila señala que los principios son normas ambiguas, generales y abstractas, como lo establece a continuación:

Ambigua porque las soluciones que pueden desprenderse de un caso son múltiples y solo pueden ser determinadas en el caso concreto, por esto Alexy afirma que los principios proporcionan un “haz de posibilidades” para la persona que interpreta o aplica el derecho.

El principio es general porque rige para todas las personas o colectivos, públicos o privados.

Finalmente, es norma abstracta porque puede iluminar o servir como parámetro de interpretación para cualquier norma jurídica y para cualquier situación fáctica, carece de concreción.⁶³

Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible. En la actualidad son una herramienta para resolver conflictos cuando los derechos en conflicto tienen fuerte carga entre sí, por lo cual, para resolver un choque de principios es necesaria la fórmula de ponderación.

En conclusión, los principios buscan la protección de los derechos fundamentales. Están promulgados de manera abstracta en la cual no existe un supuesto condicional, y por lo tanto, su estructura es un mandato de optimización en la cual ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible. De suscitarse colisión de principios la solución debe darse en base a la ponderación.

1.6.5 Forma de aplicación de los principios

Robert Alexy sostiene que existen dos operaciones fundamentales de aplicación jurídica: la subsunción y la ponderación.⁶⁴ En el mismo sentido, Carlos Bernal Púlido establece que “las reglas se aplican mediante la subsunción, en cambio los principios mediante

⁶² Constitución de 2008. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁶³ Ramiro Ávila. *La constitución del 2008 en el contexto andino*. *Óp. cit.*, pp. 40.

⁶⁴ Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 71.

la ponderación a veces conocida como razonabilidad o proporcionalidad”⁶⁵. Por lo tanto, mientras la subsunción busca la adaptación de los hechos a la norma, la ponderación requiere una interpretación más elaborada en base a los principios jurídicos. Como quedo evidenciado el marco actual del Ecuador se basa en la doctrina neoconstitucionalista, según Juan Esteban Ponce Villacis “La ponderación es lo que caracteriza al neoconstitucionalismo”⁶⁶, por lo tanto, es relevante en esta parte del trabajo analizar la ponderación como método de interpretación de principios generales.

1.6.5.1 Ponderación

Los principios exigen la máxima realización posible, en tal sentido, es necesaria una fórmula para la aplicación de los mismos. La palabra ponderación proviene de la locución latina *pondeus* que significa peso o pesar; en este sentido, Carlos Bernal Púlido establece: “los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso”⁶⁷.

Esta fórmula es la ponderación y se la realiza en base al siguiente postulado: “Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”⁶⁸.

De la misma manera está dispuesta la fórmula en la legislación ecuatoriana y la encontramos en el artículo 3, numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que dispone:

Artículo. 3.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.

Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:

⁶⁵ Carlos Bernal Pulido. *Los principios de aplicación de los derechos*. Quito: Inred, 2009, pp. 60.

⁶⁶ Juan Esteban Ponce Villacis. *El neoconstitucionalismo en el Ecuador*. *Óp. cit.*, pp. 27.

⁶⁷ Carlos Bernal Pulido. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Estudios constitucionales Carlos Restrepo, 2005, pp. 96.

⁶⁸ Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. *Óp. cit.*, pp. 149.

3. Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro⁶⁹.

Robert Alexy divide a la ponderación en tres pasos:

En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro⁷⁰.

Para una mejor comprensión, el grado de afectación de los principios en el caso concreto se determina por una escala denominada trídica, en la cual se otorga diferentes niveles y a las mismas se les asigna un valor.

El peso abstracto, se da en base al nivel de jerarquía de los principios, que por disposición constitucional están al mismo nivel y con el mismo peso. La variable *S*, es el nivel de certidumbre al cual la afectación o no de los principios se les atribuye un porcentaje de certeza⁷¹.

Para finalizar, es el método para resolver los conflictos entre principios. Los jueces deben para esto tener claro los principios que están contrapuestos, asimismo como tener que valorar los principios y dependiendo el caso otorgarles variables numéricas, que al final permitan resolver un caso.

1.6.5.2 Aproximación al Principio de Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es una herramienta de interpretación y un principio jurídico que limita al sector público. Su función es restringir las vulneraciones a los derechos fundamentales que puedan darse por la capacidad sancionadora que posee el Estado. Carlos Bernal Púlido señala que la proporcionalidad es:

⁶⁹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 3, numeral 3. Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

⁷⁰ Robert Alexy. *“La fórmula del peso”*. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 16.

⁷¹ *Ibíd.* pp.23-25.

Un concepto jurídico conformado por tres reglas en el cual toda intervención estatal en los derechos fundamentales debe observar para poder ser considerada como una intervención constitucionalmente⁷².

Estas tres reglas son: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En el siguiente capítulo se profundizará el concepto de proporcionalidad y se analizará su aplicación en el Ecuador. En definitiva, la proporcionalidad en esta breve introducción es, un método de interpretación y aplicación de principios que busca la mejor manera de proteger los derechos y evitar sus vulneraciones. También es conocido como el “límite de los límites de los derechos”⁷³.

1.6.5.3 Críticas y límites a la ponderación, aproximación al Principio de Legalidad

Uno de los problemas que posee la ponderación es la falta de un proceso pragmático que permita predecir sus resultados. Las críticas que posee la ponderación se formulan en cuanto a su aplicación. Habermas sobre este tema sostiene:

La ponderación no es nada más que un juicio arbitrario y salomónico y por lo tanto, ni los jueces ni el Tribunal Constitucional están revestidos de suficiente legitimidad constitucional para aplicar los principios mediante este procedimiento. Si ellos lo hacen, sin lugar a dudas restringen, e incluso usurpan las competencias atribuidas por la Constitución a otros poderes el Estado.⁷⁴

La falta de un procedimiento racional para la aplicación de principios jurídicos es sin duda, una insuficiencia de la ponderación. De esta forma, si la ponderación no es aplicada de manera correcta, es decir sin la debida argumentación en las decisiones judiciales, podría convertirse en una apreciación subjetiva, arbitraria, informal, vacía y por la cual los jueces podrían extralimitarse en sus funciones.

Otra crítica sostiene que la ponderación es irracional, porque implica la comparación de dos magnitudes que, debido a sus radicales diferencias no serían comparables⁷⁵. Además que implica un sacrificio a la certeza, coherencia y generalidad del derecho y las normas.

⁷² Carlos Bernal Pulido. *Los principios de aplicación de los derechos*. Óp. cit., pp. 66.

⁷³ Gustavo Zagrebelsky. *El Derecho Dúctil*. 3ra. ed. Madrid: Trotta, 1999, pp. 93.

⁷⁴ Jurgen Habermas. *La racionalidad de la ponderación*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp.46.

⁷⁵ Senker Arévalo. *El papel de los jueces a la luz de la Constitución del 2008*. Curso constitucional, PUCE Ambato. 2012.

Los principios jurídicos son subjetivos, lo cual deja como consecuencia que, la indeterminación normativa abra la puerta a interpretaciones subjetivas del juez, por lo cual los jueces llevan una gran responsabilidad al momento de aplicar los principios, pues deben buscar la mejor manera de satisfacer un principio sin el debido perjuicio de otro. El propósito de este cambio es otorgar al juez nuevas herramientas y facultades para resolver los conflictos, dándole mayores libertades al momento de dictar sentencia. El problema que se podría generar es, la posible inestabilidad e inseguridad jurídica a los administrados.

Es por esta razón que, la ponderación tiene límites y tanto los jueces como todos los funcionarios públicos, deben respetar dos puntos importantes. En primer lugar, la Constitución y los derechos fundamentales. En segundo punto, la organización del Estado y la ley. Ramiro Ávila sobre este tema sostiene: “Si el juez no pondera ni argumenta, el fallo inevitablemente violará el debido proceso, por falta de motivación, y la seguridad jurídica”.⁷⁶

En esta misma línea de pensamiento, el Ecuador como Estado Constitucional de Derechos y Justicia, se forma en base a una estructura constitucional y organizacional. En la cual, se envuelven principios que pese a tener una concepción diferente, no se los puede ni debe desconocer, como es el principio de legalidad. Principio por el cual, toda la Administración Pública es decir todos sus funcionarios, deben estar sujetos a la ley. Este principio base del Estado es consagrado en el artículo 226 de la Constitución que dispone:

Artículo. 226.- Las Instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras y servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad Estatal, ejercerán solamente las competencias y las facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la constitución

Cabe recalcar que, la legalidad es un principio elemental de la Constitución, considerado como el principal limitante de las actuaciones de los funcionarios públicos, entre ellos los jueces. Tomando en cuenta que la ponderación es una herramienta de los jueces que permite inaplicar la ley, cuando por ejemplo, existan normas contrarias a la Constitución y a los

⁷⁶ Ramiro Ávila Santamaría. “¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal?”. *Revista Foro*, Revista de derecho No.8, UASB- Ecuador, Quito 2007, pp. 70.

Derechos Humanos, tal inaplicabilidad debe darse a través de un procedimiento que otorgue seguridad jurídica al Estado.

1.7 Conclusiones del Capítulo

El Ecuador ha pasado por varios procesos constitucionales en los cuales se han realizado cambios en la concepción de Estado. Estas concepciones cambian el paradigma del rumbo jurídico del país. El Estado Constitucional de Derechos y Justicia tiene como más alto deber respetar y hacer respetar los derechos fundamentales consagrados tanto en la Constitución como en Tratados e Instrumentos Internacionales, que forman parte del pluralismo jurídico del Ecuador.

El neoconstitucionalismo es la teoría del Derecho en la cual la Constitución del Ecuador basa su estructura y organización. Si bien es cierto, el neoconstitucionalismo es una teoría garantista que nació en oposición al positivismo extremo, esta teoría no implica un divorcio del legalismo, sino un nuevo enfoque y una reformulación del concepto ley. Por el cual, en las decisiones no se busca la simple sujeción a la ley, sino asegurar el fin del Estado, que es la protección de los Derechos Humanos.

La Constitución es la norma jurídica que posee los derechos y la forma de protección de los mismos. La aplicación de la Constitución debe darse en todos los ámbitos tanto en lo público como en lo privado, de manera directa e inmediata.

El Ecuador ha incorporado nuevas herramientas de interpretación constitucional, como la ponderación y la proporcionalidad. Métodos que dotan a los jueces de técnicas para optar por el resultado más razonable y aceptable, el cual busca de manera lógica la elección de un principio que satisfaga de mejor manera su aplicación al caso concreto. Esta argumentación posee límites, que son la Constitución y el sistema jurídico legal, por lo tanto, las decisiones de los casos deben darse con la mayor responsabilidad y argumentación posible, buscando la mejor protección de los derechos fundamentales y evitar extralimitarse en sus funciones.

CAPÍTULO 2

2 Principio de Proporcionalidad Penal en el Ecuador

2.1 Introducción

En la actualidad, con los derechos constitucionalizados el simple hecho que las penas se sometan al principio de legalidad ya no es suficiente. Es así como, en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia la aplicación de principios avanza a otro nivel y busca que las decisiones judiciales realicen operaciones como la ponderación, proporcionalidad y razonabilidad. Técnicas que dan a los jueces un campo de aplicación más amplio, con la finalidad de que las decisiones busquen en todo tiempo la protección de los derechos fundamentales.

En este sentido, el principio de proporcionalidad para los jueces es una herramienta de solución de conflictos para el caso concreto. Para el Derecho Penal la proporcionalidad busca evitar arbitrariedades por parte del Estado limitando su *ius puniendi* en las sanciones e infracciones.

Este capítulo tendrá como objetivo analizar el principio de proporcionalidad. Iniciará con un análisis de este principio en forma general, para luego llevar al principio a su aplicación en el derecho penal. Aquí se formulará la importancia de la proporcionalidad de la pena en Instrumentos Internacionales como en la legislación nacional. El capítulo analizará la importancia de la proporcionalidad de la pena, concluirá con casos de penas desproporcionadas en el código penal del Ecuador, tomando en cuenta los motivos por los cuales se advierten casos de desproporcionalidad de la pena en el ordenamiento jurídico. De esta manera, se demuestra la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad por parte de los jueces penales al momento de resolver los casos.

2.2 El Principio de Proporcionalidad

2.2.1 ¿Qué es el Principio de Proporcionalidad?

El principio de proporcionalidad es una técnica de interpretación constitucional que tiene como objetivo proteger los derechos fundamentales al momento de su aplicación.⁷⁷ Al principio de proporcionalidad también se lo concibe como, un principio general de rango constitucional que tiene por función controlar todo acto de los poderes públicos en los que puedan verse violentados derechos fundamentales⁷⁸. Este principio se vuelve extremadamente relevante al aceptar que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado⁷⁹.

Ignacio Villaverde establece a la proporcionalidad como forma de interpretación constitucional para la protección de derechos, y lo hace de la siguiente manera:

En aquellos casos en los que sea posible emplear medios distintos para imponer un límite o éste admita distintas intensidades en el grado de su aplicación, es donde debe acudir al principio de proporcionalidad porque es la técnica a través de la cual se realiza el mandato de optimización que contiene todo derecho fundamental y el principio de efecto recíproco⁸⁰.

Juan Vergara Gotelli al hablar de la proporcionalidad como método de limitar las facultades de quienes ejercen el poder señala:

La proporcionalidad es el principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios, de interpretación constitucional, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del Estado de Derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones, su fundamento es el carácter inalienable de los derechos de la persona⁸¹.

La importancia del principio de proporcionalidad nace a partir de los preceptos: “no existen derechos absolutos” y “todos los principios jurídicos constitucionales poseen igual jerarquía” por lo tanto, es necesario buscar la manera adecuada que mejor satisfaga la prevalencia de un principio, frente a la no satisfacción de otro.

⁷⁷ Carlos Bernal Púlido. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 576-579.

⁷⁸ Miguel Carbonell. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Óp. cit., pp. 12.

⁷⁹ *Ibid.* pp. 10.

⁸⁰ Ignacio Villaverde Menéndez. *La resolución de conflictos entre derechos fundamentales*. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp.182.

⁸¹ Juan Vergara Gotelli. *Constitución y Proceso*. Lima: Jurista Editores, 2009, pp.692.

El Estado al ser el ente regulador de la sociedad tiene bajo sus potestades sancionar y limitar derechos cuando la Constitución y la ley lo exijan. Por lo tanto, los principios jurídicos son métodos de protección para los administrados frente a posibles arbitrariedades, desigualdades o violaciones de derechos fundamentales, que puedan generarse por parte del Estado. De esta manera, para poder restringir algún principio o derecho, se lo debe hacer de manera proporcional, lo cual genera que su aplicación sea dada por todos quienes conforman el aparato estatal, es decir la proporcionalidad debe estar presente en todas las actuaciones públicas.

En conclusión, el principio de proporcionalidad es una técnica y un principio constitucional, que busca limitar las potestades públicas y garantizar la protección de los derechos fundamentales. Este principio debe ser utilizado por todos los poderes públicos y tiene como finalidad buscar un equilibrio en caso de conflicto entre principios, donde se debe ponderar y buscar la prevalencia o satisfacción de un principio frente a otro.

2.2.2 Presupuestos del Principio de Proporcionalidad

Los Tribunales Europeos, la Corte Suprema de Estados Unidos al igual que la Corte Constitucional Colombiana han establecido que el principio de proporcionalidad está integrado por un conjunto de criterios que permiten aplicar el principio. Estos criterios, herramientas o sub principios son tres: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Esta forma de aplicación se denomina test de proporcionalidad. Estos criterios se utilizan en la actualidad como método de aplicación de la proporcionalidad. En el Ecuador tanto la Corte Constitucional como tribunales de justicia ordinaria también toman en cuenta estos criterios.

2.2.2.1 Test de proporcionalidad

El test de proporcionalidad forma parte de la ponderación. Es decir, “se trata de una pauta metodológica que aplica el juez para resolver el conflicto de principios”⁸². Lo que

⁸² Gabriel Recalde. “Principios de proporcionalidad”. *Revista Actualidad Jurídica*. N°51 Enero –Febrero (2013).pp.10.

refiere que debe existir proporcionalidad entre dos principios que van a ser ponderados, por un lado, aquel que limita y vulnera un derecho fundamental y por otro el principio afectado.

El objeto del test de proporcionalidad es establecer una relación de preferencia que nace a partir de las circunstancias que brinda cada caso. Además como lo expresa Laura Clericó, el test de proporcionalidad es “el límite a la discrecionalidad de los derechos fundamentales estableciendo una prevalencia entre principios en caso de conflicto”⁸³.

Rainer Arnold sostiene que el nacimiento del test de proporcionalidad, se dio en el Tribunal Constitucional Federal Alemán, el cual ha utilizado en forma frecuente el principio proporcionalidad dejando como resultado que sea el concepto más importante de la dogmática de los derechos fundamentales y del Estado de derecho en Alemania. El mismo autor, en un análisis histórico establece ciertos requisitos del test de proporcionalidad, a continuación el análisis y los requisitos:

A partir de la sentencia *Apothekenurteil*, el principio de proporcionalidad se ha mostrado como un instrumento eficaz, flexible y pragmático para moderar la tensión entre el individuo y el poder público. La jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán a partir de aquella sentencia, permite identificar cuatro requisitos que emanan del principio de proporcionalidad:

- a) Debe perseguir una finalidad legítima.
- b) Debe ser adecuada o idónea para la promoción (no necesariamente la realización) de dicho objetivo legítimo (*geeignetheit* o adecuación).
- c) Debe ser necesaria, y entre varias alternativas de intervención debe preferirse la que afecte menos a los derechos involucrados (mínimo de intervención).
- d) Debe ser proporcional en sentido estricto, es decir, la gravedad de la intervención ha de ser la adecuada al objetivo de la intervención.⁸⁴

La Corte Suprema de Estados Unidos en varias ocasiones ha utilizado el test de proporcionalidad. En el caso *Harmelin vs. Michinchan*, se nombra el principio en el cual la Corte se cuestiona la constitucionalidad de una pena impuesta al señor Harmelin. A continuación el test de proporcionalidad en el caso:

⁸³ Laura Clérico. “El examen de proporcionalidad entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Miguel Carbonell (ed.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 126.

⁸⁴ Rainer Arnold. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002012000100003&script=sci_arttext#33. (acceso 15/04/2013).

No obstante, el test de proporcionalidad propuesto en *Solem* se consideró inaplicable al supuesto concreto, dado que, a juicio de los tres magistrados, la inherente gravedad del delito cometido por el recurrente permitía sostener por sí sola que el castigo impuesto no resultaba desproporcionado. En este sentido se sostuvo que la comparación de la pena impuesta con las penas previstas en el mismo estado para otros delitos o en otros estados para la misma infracción sólo procedía en aquellos “casos poco frecuentes” en que la comparación entre delito y pena permitiera afirmar la existencia de una gran desproporción entre ambos.⁸⁵

De igual manera la Corte Constitucional del Ecuador ha utilizado el test de proporcionalidad. Un ejemplo es la Sentencia N° 006-12-SCN-CC, en el cual aplica el test de la siguiente manera:

(...) luego de aplicar el test de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad), llega a la conclusión de que la tenencia de sustancias estupefacientes en cantidades menores no coloca en situación de peligro al bien jurídico tutelado, sino más bien a la posibilidad de repetición de estas conductas, lo que puede conducir a la situación de riesgo⁸⁶.

En este sentido, es necesario hacer un breve análisis de los subprincipios que establecen el test de proporcionalidad.

2.2.2.2 Idoneidad

La idoneidad también ha sido denominada como adecuación, consiste en la relación de causalidad, del medio y el fin, es decir, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador.

Este análisis debe vincular que el objetivo sea legítimo y que la medida examinada tenga relación con el objetivo, es decir que, de algún modo contribuya a la protección de otro derecho o bien jurídico que para el caso es más relevante. Para Rubén Sánchez Gil la idoneidad es:

Un juicio de doble exigencia, por una parte, que la medida restrictiva tenga un fin, y en segundo lugar que la misma sea adecuada para que pueda alcanzarse una situación que satisfaga el fin a que supuestamente sirve, por ser ella su consecuencia natural.⁸⁷

⁸⁵ Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. No. 463 U.S. 277. *Harmelin vs. Michigan* 1991. pp. 30.

⁸⁶ Corte Constitucional. *Sentencia Interpretativa 006-12-SCN-CC*, 19 de enero de 2012. Registro Oficial Suplemento 641 de 15 de Febrero del 2012.

⁸⁷ Rubén Sánchez Gil. *El Principio de proporcionalidad*. Primera Edición. México: UNAM, 2007, pp.40.

En resumen, la idoneidad es la identificación que se hace de ante mano, a un fin de relevancia constitucional y la verificación sobre si la medida examinada es la adecuada para que el fin sea y tenga relevancia constitucional.

2.2.2.3 Necesidad

Este subprincipio implica que no debe existir otro medio alternativo mejor, que pueda alcanzar el mismo objetivo. En caso de existir otro método menos lesivo al utilizado, todo se vuelve ilegítimo debido a que, interviene en un derecho fundamental de una manera innecesaria, ya que existe una medida menos perjudicial que genera los mismos resultados.

Para evitar estos conflictos o una violación a este principio se debe en primer lugar, buscar otros métodos hipotéticos de resolución, y en segundo lugar, ver si tales medios son idóneos o de alguna manera su intervención es menos restrictiva.

2.2.2.4 Proporcionalidad en sentido estricto

Este subprincipio establece que, debe existir proporcionalidad entre las dos intensidades, de tal modo que, siempre debe existir un equilibrio entre la realización de la afectación, como en la afectación en sí. Juan Vergara Gotelli establece como característica fundamental de este subprincipio lo siguiente:

Este juicio exige que la medida cuestionada guarde una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, generalmente se admite que se está frente a una relación razonable cuando existe un equilibrio entre las ventajas o beneficios y entre las desventajas o los costos de adoptar la medida enjuiciada⁸⁸.

De esta forma, podemos concluir que este último subprincipio establece un equilibrio entre la satisfacción y la privación de los principios en conflicto.

2.2.3 ¿Quién debe aplicar el Principio de Proporcionalidad?

Como se ha manifestado anteriormente el principio de proporcionalidad es una garantía interpretativa de los Derechos Humanos. Un principio constitucional que debe ser aplicado por

⁸⁸ Juan Vergara Gotelli. *Constitución y Proceso*. Óp. cit., pp.693.

todos los poderes públicos. A continuación, Ramiro Ávila señala ejemplos de aplicación del principio de proporcionalidad en los poderes públicos:

- El legislativo debe, por ejemplo, crear tipos penales que sean proporcionales entre el bien jurídico que protege y el derecho que restringe.
- El ejecutivo, al tomar medidas administrativas, debe analizar la proporcionalidad del uso de la fuerza, por ejemplo, frente a las manifestaciones.
- El judicial, por su lado y en términos constitucionales, en los casos concretos, debe verificar que las leyes y las medidas administrativas sean proporcionales.⁸⁹

En lo que concierne a este trabajo de investigación, se analizará al principio de proporcionalidad desde el ámbito del poder judicial, es de vital importancia la aplicación del principio de proporcionalidad por parte de los Tribunales, pues deben mantener un razonamiento jurídico con estándares muy elevados de argumentación. Tomando en cuenta que, la proporcionalidad enfrenta y limita derechos fundamentales, dejando que toda la responsabilidad de resolver los casos recaiga a los Tribunales.

Hay que considerar que, para que se llegue a una aplicación del principio de proporcionalidad en el poder judicial, debió haber sido por la falta de aplicación y la existencia de varios problemas en el legislativo, que a través del tiempo han permitido en el ordenamiento jurídico penas desproporcionadas. Estos problemas de falta de proporcionalidad en normas del sistema jurídico ecuatoriano se analizarán más adelante.

2.2.4 Principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Al principio de proporcionalidad como método y garantía de interpretación está dispuesto de manera literal en el artículo 3 numeral 2, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que dispone:

Artículo. 3.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.

Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:

⁸⁹ Ramiro Ávila. "El principio de Legalidad vs. El Principio de Proporcionalidad". *Óp. Cit.*, pp. 333.

2. Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional. (subrayado me pertenece)⁹⁰

En cuanto al principio de proporcionalidad penal en las sanciones e infracciones se encuentra en el artículo 76 numeral 6 de la Constitución que dispone:

Artículo. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza⁹¹. (subrayado me pertenece)

Después de analizar estos dos artículos se puede observar que el principio de proporcionalidad en el Ecuador está dispuesto en la normativa de dos maneras:

1. Estableciendo la proporcionalidad cuando existan contradicciones entre normas, viendo que la medida que se proteja sea válida idónea y necesaria.

2. Estableciendo la debida proporcionalidad de las sanciones e infracciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

El siguiente análisis tendrá como perspectiva la aplicación del principio de proporcionalidad en las sanciones e infracciones penales. Lo que se buscará será analizar la manera en que los Tribunales penales deben aplicar la proporcionalidad de la pena cuando frente a ellos tengan casos donde las penas aparentan concebirse como desproporcionales.

⁹⁰ Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 3. Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

⁹¹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

2.3 El Principio de Proporcionalidad de la pena

2.3.1 ¿Qué es el Principio de Proporcionalidad de la pena?

La proporcionalidad penal⁹² surge ante los arbitrios e irracionalidad de las penas. Durante mucho tiempo se impuso penas crueles, aberrantes e infamantes a los seres humanos. Por tanto, el principio de proporcionalidad penal es “una garantía constitucional que tiene por finalidad evitar la imposición de penas inútiles, arbitrarias y desproporcionadas”⁹³. Estos excesos en la dimensión de la pena son considerados como un detrimento de la dignidad humana, de esta manera la proporcionalidad permite humanizar las penas y otorgarles un fin de rehabilitación de los individuos condenados.

La proporcionalidad penal ha tomado diferentes nombres como se expresa a continuación:

Este principio ha sido denominado también como prohibición de exceso, razonabilidad o racionalidad, proporcionalidad de medios, proporcionalidad del sacrificio o proporcionalidad de la injerencia⁹⁴.

El Estado ostenta la capacidad sancionadora o *Ius puniendi* por el cual se encarga de reglar las sanciones e infracciones penales. La proporcionalidad pretende ser el límite de ésta capacidad del Estado. Procura evitar cualquier tipo de excesos al momento de coaccionar derechos fundamentales. Este principio entonces, busca ser el mayor limitante a la intromisión de derechos, como Miguel Carbonell expresa a continuación:

De hecho, el principio de proporcionalidad constituye hoy en día quizá el más conocido y el más recurrente “límite de los límites” a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos⁹⁵.

⁹² La sanción es un término jurídico, que se otorga a la consecuencia de alguna conducta, que constituye una infracción de la norma jurídica. Habitualmente en el campo del Derecho Penal, la sanción es conocida como pena.

⁹³ Farid Manosalvas. *La proporcionalidad de la pena en el Ecuador*. Quito: UASB.2006, pp. 23-30.

⁹⁴ Ivonne Yenissey Rojas. *La proporcionalidad en la penas*.

http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Iter%20Criminis%20Documentos/Iter%20Criminis%20Numero_3/la%20proporcionalidad%20en%20las%20penas.pdf. (acceso 15/04/2013).

⁹⁵ Miguel Carbonell. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 10.

Esta característica de la proporcionalidad de limitar la capacidad sancionatoria del Estado exige una debida proporción entre el acto cometido y la sanción a recibir. En este sentido, “a daños graves hay que imponer penas graves y a daños leves penas leves”⁹⁶. Evitando de esta manera, tanto la impunidad como el exceso y abuso al momento de determinar las penas.

Un exceso de criminalización en la pena sería un perjuicio para la sociedad, porque fomentaría la impunidad. Esto debido a que, los jueces al encontrarse con penas desproporcionadas o crueles se resistirían a condenar a las personas. Este criterio lo expresa Jorge Zavala a continuación:

Quando no se guarde un Equilibrio entre delito y pena puede provocarse de inmediato un proceso de despenalización de hecho, porque los titulares de los órganos encargados de cumplir la ley penal desproporcionada se resisten a someter al infractor a una pena que, en conciencia; la saben “injusta” o “cruel” y, entonces, buscan diversos caminos para evitar la imposición de una sanción que no está en relación con el mal causado por el infractor. Sólo las penas proporcionadas llevan el poder de imponer su respeto ante los ciudadanos⁹⁷.

Una característica importante del principio de proporcionalidad es la posibilidad que la pena sea impuesta en función al daño, es decir que, el juez para condenar a un individuo debe analizar las circunstancias y elementos tanto de culpabilidad y responsabilidad; pues como expresa Claus Roxin: “un delito cometido por dos personas, una vez conocida las particularidades que rodean a sus autores, tal vez no merezcan la misma pena”⁹⁸.

Otra característica relevante del principio es que no encuentra una concepción absoluta, es decir que es necesario analizar las circunstancias del caso concreto para lograr aplicar el principio y poder ponderar el medio como el fin. Para la aplicación de la proporcionalidad penal es necesario también ejecutar el test de proporcionalidad, antes analizado, con sus diferentes criterios tanto: el criterio de idoneidad, el criterio de necesidad y el criterio de proporcionalidad en sentido estricto.

⁹⁶ La clasificación de “graves”, “menos graves” y “leves” proviene de una tripartición procedente del Derecho Francés, *vid* Claus Roxin. “Derecho Penal Parte General”. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tomo I. Edigraf. Madrid: 1997, pp. 267-270

⁹⁷ Jorge Zabala Baquerizo. *La Pena*. Tomo I. Guayaquil: EQ. Editorial, 1986, pp.117.

⁹⁸ Claus Roxin. *Determinación judicial de la pena*. Tomo I. Buenos Aires: Edigraf S.A, 1993, pp. 123.

Existen ciertos problemas que trae la aplicación del principio de proporcionalidad de la pena, algunos lo enuncia Ivonne Rojas a continuación:

Hay que tener en cuenta que el cumplimiento del principio de proporcionalidad por el legislador, los jueces y la Administración no está exento de problemas. La seguridad jurídica y la sumisión al sistema constitucional de fuentes por parte de los poderes públicos se encuentran en juego⁹⁹.

Al momento de aplicar el principio de proporcionalidad penal, en muchas ocasiones podría enfrentarse al principio de legalidad, el cual es el principio rector del derecho penal¹⁰⁰. Sin embargo, pueden presentarse casos donde en la ley estén dispuestas normas y sanciones con falta de proporcionalidad. Con lo cual, los jueces deben en sus sentencias adecuar las leyes penales a la Constitución, por lo tanto deben mantener la mayor precaución, objetividad y argumentación para resolver los casos. Tomando en cuenta que, una mala aplicación del principio traería como consecuencia inseguridad jurídica en el derecho penal.

2.3.2 El *Ius Puniendi* o capacidad sancionatoria del Estado

Para una mejor orientación sobre el principio de proporcionalidad en la pena es necesario analizar la capacidad sancionadora que tiene el Estado, tomando en cuenta que, la proporcionalidad busca limitar esta capacidad del estado como lo expresa Ivonne Rojas en el siguiente apartado:

El concepto de proporcionalidad de las penas es producto de una evolución histórica, introducido para limitar al *ius puniendi*.¹⁰¹

El *Ius puniendi* o poder punitivo, es la capacidad del Estado para incriminar conductas y aplicar las penas correspondientes¹⁰². Ramiro Ávila sobre este concepto expresa:

⁹⁹ Ivonne Yenissey Rojas. *La proporcionalidad en la penas*.

http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Iter%20Criminis%20Documentos/Iter%20Criminis%20Numero_3/la%20proporcionalidad%20en%20las%20penas.pdf. (acceso 15/04/2013).

¹⁰⁰ Al principio de legalidad en derecho penal se lo reconoce por el silogismo: *Nullum crimen nulla poena sine lege*.

¹⁰¹ Teresa Aguado Correa. *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/constitucion-derecho-penal-298550>. (acceso 23/05/2013).

¹⁰² Ernesto Albán Gómez. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano* Parte General. 6ta edición. Quito, Ediciones Legales, 2008, pp. 16.

El poder punitivo es una de las formas de intervención en el ejercicio de los derechos humanos, que se justifica solo cuando es estrictamente necesario y cuando atenta contra bienes jurídicos que están constitucionalmente protegidos¹⁰³.

Primitivamente la capacidad sancionatoria del Estado era cuestionada por ciertos autores anárquicos como León Tolstoi, “quienes pensaban que ninguna persona tenía la capacidad de castigar a otra”¹⁰⁴. En la actualidad, casi es nula la discusión sobre la existencia o no es esta atribución. Debido a que, el Estado al ser el ente regulador de la sociedad es quien debe imponer delitos y sancionar con penas a quienes quebranten los bienes jurídicos protegidos. Farid Manosalvas hace un análisis histórico sobre este tema y establece:

Hasta el siglo XVIII era el monarca quien con su voluntad imponía las penas más severas que por lo general terminaba con la muerte del ofensor e incluso con vidas inocentes, expresión de desproporcionalidad entre la pena y el daño causado. Consecuencia de estas arbitrariedades el estado como máxima expresión de organización social toma para si la potestad de sancionar, dando lugar al apareamiento del derecho penal y de la pena como hoy la conocemos y desterrando así el arbitrio y la irracionalidad¹⁰⁵.

Junto con la cultura de respeto a los Derechos Humanos actualmente se pretende que la capacidad sancionatoria del Estado en el derecho penal sea mínima, siendo considerada como ultima *ratio* es decir, que pueda restringir los derechos de las personas cuando sea estrictamente necesario, como último recurso y respetando los derechos constitucionales de las personas. Así lo establece Jorge Zabala Baquerizo:

No toda conducta debe ser criminalizada al capricho del legislador, sino solo aquellas mínimas que afectan de manera grave al bien jurídico protegido que se pretende proteger¹⁰⁶.

Asimismo existen diferentes niveles de penas, con diferentes grados de culpabilidad y responsabilidad, el mismo autor sobre este tema establece:

Las penas más graves en cantidad y calidad, deben quedar reservadas para las lesiones más graves de importantes bienes jurídicos. Y como dentro de esas lesiones existen diversas formas de actuar, la pena de ir considerando esas variantes de la conducta para ir equilibrando la pena en relación con las diversas variantes que se pueda ejecutar¹⁰⁷.

¹⁰³ Ramiro Ávila. “El principio de Legalidad vs. El Principio de Proporcionalidad”. *Óp. cit.*, pp. 318.

¹⁰⁴ Sobre el concepto de omitir castigar al prójimo y anarquía, *vid.* Tomas Mann. Goethe y Tolstoi acerca del problema de la humanidad. Buenos Aires: Tor S.A.1958. pp.65-70.

¹⁰⁵ Farid Manosalvas. *La proporcionalidad de la pena en el Ecuador. Óp. cit.*, pp. 23-30.

¹⁰⁶ Jorge Zabala Baquerizo. *La Pena*. Tomo I. Guayaquil: EQ. Editorial, 1986, pp.48.

¹⁰⁷ Jorge Zabala Baquerizo. *El debido proceso penal*. Guayaquil: Edino, 2002. Pp.122.

La graduación de la pena que habla el autor, dispone que aunque dos delitos sean parecidos en su proceder y consecuencia, no deben ser valorados de la misma manera, como resultado no pueden ser condenados a la misma pena. Por lo tanto, estos diferentes grados de la pena dan origen a la aplicación del principio de proporcionalidad que pretende una proporción entre la sanción e infracción penal.

En un sistema garantista como el Ecuador la Constitución obliga a los legisladores cuando deben establecer tipos penales por una parte a “promover los derechos humanos” y por otra “restringir los derechos cuando las personas infrinjan la norma”. En esta paradoja jurídica, la capacidad sancionatoria del estado se ve limitada por los diferentes principios constitucionales, entre ellos el principio de proporcionalidad.

2.3.3 Concepto de delito y de sanción penal (pena)

El artículo 1 del Código Penal ecuatoriano dispone que la ley penal es:

Artículo 1. Las leyes penales son todas las que contienen algún precepto sancionado con la amenaza de una pena.

El análisis de la norma nos deja visible dos conceptos: el precepto y la pena. El precepto es la conducta tipificada por el ordenamiento jurídico la cual ha sido considerada como prohibida, también se lo denomina delito. Guillermo Cabanellas define al delito como:

Delito es el proceder sancionado con una pena o la descripción penal a que va añeja una sanción punitiva. Es un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena¹⁰⁸.

Complementando esta definición, Luis Jiménez de Asúa establece que el delito es:

El acto típico, antijurídico, culpable sancionado por una pena (medida de seguridad) conforme a las condiciones de punibilidad¹⁰⁹.

En cuanto al segundo precepto de la definición de ley penal, la pena es la sanción jurídica en la cual se restringen derechos a quien comete la acción determinada. El término Pena proviene del latín *poena* y sus acepciones son: dolor o molestia, escarmiento castigo¹¹⁰.

¹⁰⁸ Guillermo Cabanellas. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Óp. cit.*, pp. 96.

¹⁰⁹ Luis Jiménez de Asúa. *La sentencia indeterminada*. Madrid: Edición Reus, 1993, pp.128.

¹¹⁰ Guillermo Cabanellas. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Óp. cit.*, pp. 346.

Una forma de concebir a la pena es como un mal impuesto a la que persona que causo un daño, así lo considera Enrique Echeverría en la siguiente definición:

La pena es el sufrimiento impuesto por el poder social en ejecución de una sentencia condenatoria, al responsable de una infracción penal¹¹¹.

En el mismo sentido, Eugenio Cuello Calón concibe a la pena como una restricción de derechos y la complementa sugiriendo que debe ser impuesta por órganos jurisdiccionales:

La pena es la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales competente, al culpable de una infracción penal¹¹².

Jorge Zavala Egas, afirma el concepto de pena antes mencionado y vincula su definición con fines que debe ostentar la pena, el jurista lo formula de la siguiente manera:

La pena es un mal jurídico que, con fines de resocialización, de readaptación y de rehabilitación individual impone el Estado a quien ha ejecutado un mal antijurídico por el cual fue declarado legalmente responsable penal¹¹³.

Si se analiza a la pena con más detenimiento, es una intromisión a los Derechos Humanos, derechos que poseen cierta inmunidad. El derecho penal que permite la privación de libertad de un individuo cuando ha infringido la norma, es el método de mayor coacción de derechos y por lo tanto, debe ser utilizado con cautela respetando en todo momento los derechos fundamentales.

Para concluir, el precepto o delito es la acción típica, antijurídica y culpable, la cual viene acompañada de una sanción o pena. En tal sentido, la pena es una supresión de un derecho personal que el Estado impone a través de un órgano jurisdiccional, a un sujeto que ha sido declarado como responsable de una infracción penal. Lo cual constituye, la mayor forma de coaccionar derechos por parte del Estado y por lo tanto, se vuelve imprescindible aplicar los principios constitucionales para evitar arbitrariedades en las sanciones e infracciones penales.

¹¹¹ Enrique Echeverría. *Derecho Penal Ecuatoriano*. Vol. II. Quito: Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1958, pp. 19.

¹¹² Eugenio Cuello Calón. *La moderna penología*. Salamanca: Editorial Bosch, 1974, pp. 16.

¹¹³ Jorge Zavala Egas. *Curso Analítico de la Constitución Política de la República del Ecuador*. Guayaquil: EDINO, 1996, pp. 124.

2.3.4 Fundamentación de la sanción penal, finalidad de la pena

Para concebir lo que es actualmente la finalidad de la pena, debió pasar por un proceso largo. Antiguamente se pensaba que el propósito de la pena, era un castigo para quien comete un mal a la sociedad. Después paso a ser una especie de venganza, un claro ejemplo es la ley del tali3n. Luis Jim3nez de As3a establece que el nexa que da origen a la pena es la venganza, como lo se3ala a continuaci3n:

La venganza consiste en la manera como la naturaleza humana reacci3n contra el da3o, el cual exaspera al individuo con una fuerza diab3lica. La pena es tambi3n la reacci3n provocada por el mal, reacci3n que, empero no proviene de la pasi3n, sino que se apoya en la necesidad de mantener una organizaci3n dada de relaci3n entre los hombres, existiendo y cooperando en un cierto grupo¹¹⁴.

Si la pena en la historia ten3a como fin el castigo o venganza, ven3a a ser una retribuci3n del da3o causado, lo cual hace comprensible que en esas 3pocas no hayan existido l3mites Dejando como resultado penas crueles e inhumanas, un claro ejemplo de esto es el *malleus maleficarum*¹¹⁵ que conten3a penas sanguinarias.

En estas diferentes teor3as sobre la finalidad de la pena, se debe recalcar que, desde la consagraci3n de los Derechos Humanos, la pena ha dejado de ser utilizada como un instrumento de venganza o castigo, en la actualidad ha pasado a ser un instrumento de disuas3n y de rehabilitaci3n del individuo, consiguiendo que las penas tengan como l3mites el respeto a los derechos fundamentales.

En el dise3o garantista que posee el Ecuador se ha tomado en cuenta estos criterios. Ernesto Alb3n sostiene que para nuestra naci3n, la finalidad de la pena es la prevenci3n especial o pena rehabilitadora, sobre esta teor3a establece:

¹¹⁴ Luis Jim3nez de As3a. *Introducci3n al Derecho Penal*. Volumen 1. M3xico: Editorial Universitaria, 2002, pp. 126.

¹¹⁵ Tambi3n conocido como el martillo de las brujas. Es una codificaci3n de 1486 donde se establecen penas sanguinarias que se basa en un concepto inquisidor, en el cual se buscaba con castigos corporales y la pena de muerte, sancionar a quienes practiquen brujer3a.

Hay que aprovechar el tiempo de permanencia de los condenados en las cárceles para producir una transformación de su personalidad tanto en el orden moral y psicológico, como en el educativo y laboral.¹¹⁶

La Constitución del Ecuador acoge esta concepción de la pena y la expone en el sistema de rehabilitación social, el cual es, una medida para reinsertar a las personas condenadas por alguna pena a la sociedad, esto lo dispone los siguientes artículos:

Artículo. 201.- El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos.

El sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad.

Artículo. 203.- El sistema se regirá por las siguientes directrices:

2. En los centros de rehabilitación social y en los de detención provisional se promoverán y ejecutarán planes educativos, de capacitación laboral, de producción agrícola, artesanal, industrial o cualquier otra forma ocupacional, de salud mental y física, y de cultura y recreación¹¹⁷. (subrayado me pertenece)

Finalmente, es importante reconocer que el fin de la rehabilitación social del individuo y el principio de proporcionalidad conllevan a erradicar las penas consideradas como formas de castigo, intimidación o venganza, dejando en claro que, toda falta de desproporcionalidad en la pena es contraria al principio constitucional de rehabilitación del individuo, que es para el Ecuador la finalidad de la pena.

2.3.5 Vínculo entre la finalidad de rehabilitación de la pena y el principio de proporcionalidad

Una vez conocida la finalidad de la pena en el Ecuador se analizará el nexo que tiene con el principio de proporcionalidad de la pena. Como se mencionó anteriormente, el Estado ecuatoriano en su capacidad sancionatoria no pretende solamente establecer las infracciones y

¹¹⁶ Ernesto Albán Gómez. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Óp. cit., pp. 23.

¹¹⁷ Constitución de la República del Ecuador. Artículos 201, 203. Registro Oficial No.449 de 20 de octubre de 2008

sanciones penales, sino, buscar que las penas en el país pretendan y aseguren un fin de rehabilitación, readaptación y reincorporación del infractor a la sociedad¹¹⁸.

Por otro lado, la proporcionalidad penal tiene como objetivo evitar penas desproporcionadas o inhumanas que atenten la honra y dignidad del condenado. Es decir, mirar de forma más humana al autor de una infracción, para que en el tiempo de condena, se pueda conseguir su readaptación al medio social. Farid Manosalvas toma en cuenta este criterio y lo manifiesta en las siguientes palabras:

En definitiva, el principal logro del principio de proporcionalidad con relación al Derecho penal es que al infractor no se lo trate como un ser u objeto aislado del entorno social y no se minimice su dignidad y honra cuando es sometido a un proceso penal¹¹⁹.

En conclusión, el principio de proporcionalidad penal es la garantía que ayuda a proteger el fin de rehabilitación de la pena en el Ecuador. De esta manera, la proporcionalidad es un principio que evita en el ordenamiento jurídico la existencia de penas crueles, inhumanas o desproporcionadas, las cuales de hallarse, serian sanciones contrarias al fin de readaptación del individuo que ha otorgado la Constitución.

2.4 Principio de Proporcionalidad Penal en Instrumentos Internacionales

En esta parte del trabajo investigativo se establecerá la importancia internacional del principio de proporcionalidad de la pena. Para un mejor análisis se dividirá en dos secciones. En la primera, se expondrá la importancia de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos para el Ecuador, que implícitamente han establecido al principio. En la segunda sección, debido a la importancia que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos tiene para el Ecuador, y por el gran desarrollo del principio de proporcionalidad en el mencionado Sistema, se realizará un análisis profundo del principio de proporcionalidad basado en jurisprudencias de la Corte como en informes hechos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

¹¹⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 201,202, 203. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008

¹¹⁹ Farid Manosalvas. *La proporcionalidad de la pena en el Ecuador. Óp. cit.*, pp. 33.

2.4.1 Importancia de los Instrumentos Internacionales para el Ecuador

El pluralismo jurídico establecido en la Constitución ecuatoriana abarca los tratados y convenios internacionales de derechos humanos. Los cuales son de directa e inmediata aplicación, formando parte del sistema jurídico al poseer igual jerarquía que la Constitución, así lo disponen los siguientes artículos constitucionales:

Artículo. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Artículo. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.(...)

Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos¹²⁰. (subrayado me pertenece)

Tomando en cuenta las conclusiones del primer capítulo, los Derechos Humanos en la actualidad son los principios rectores del Estado ecuatoriano, en este sentido Ramiro Ávila sostiene “Los derechos humanos constituyen la base del sistema político y jurídico contemporáneo”¹²¹. En este sentido, analizando los artículos constitucionales citados se puede concluir que, tanto las Declaraciones de Derechos Humanos como Tratados y Convenciones, delinear un rumbo de principios que están en el derecho consuetudinario y en ciertos casos

¹²⁰ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 424, 425, 426. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008

¹²¹ proporcionalidad y la interpretación constitucional. Miguel Carbonell (ed.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp.316.

sobre o en la misma línea jerárquica de la Constitución. Los Derechos Humanos por tal motivo deben ser tomados en cuenta por tribunales y jueces en sentencias, buscando la mejor forma de protección de derechos.

2.4.2 Instrumentos Internacionales que reconocen implícitamente el principio de proporcionalidad de la pena

En cuanto al tema investigativo, pese a que internacionalmente no existe un Instrumento Internacional que de forma explícita incorpore al principio de proporcionalidad de la pena, para muchos tratadistas el principio está incorporado implícitamente en los artículos que prohíben penas crueles, inhumanas o degradantes. Así lo considera Jorge Zabala Baquerizo y sobre este argumento manifiesta:

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), en el artículo 5 consta la Proclama por la cual “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”¹²². Lleva implícita la proclama anterior la prohibición para los Estados que señalen penas desproporcionadas a la gravedad del delito y, además, la prohibición expresa que se hagan constar en las leyes penales sanciones “crueles, inhumanas o degradantes” cualquiera fuere el delito cometido¹²³. (subrayado me pertenece)

A la norma referida y al principio contenido, también se lo encuentra dispuesto en la Declaración Americana de los Derechos Humanos y deberes del hombre:

Artículo 26. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y publica... y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas.¹²⁴

Asimismo en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que establece:

Artículo 7. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.¹²⁵

En la misma línea de pensamiento, se puede plantear que una pena desproporcionada es una pena discriminatoria, cruel, inhumana y degradante. Lo cual, además de ir en contra del principio de proporcionalidad es contraria al principio constitucional de rehabilitación de la pena, nombrado anteriormente.

¹²² Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Artículo 5.

¹²³ Jorge Zabala Baquerizo. *La Pena*. Tomo I. Guayaquil: EQ. Editorial, 1986, pp.126

¹²⁴ Declaración Americana de los Derechos Humanos y deberes del hombre (1948). Artículo 26.

¹²⁵ Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966). Artículo 7.

2.4.3 Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El Ecuador firma la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 22 de noviembre de 1969 y la ratifica el 28 de diciembre del mismo año. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha sido parte fundamental y una garantía para la protección de los derechos en el Ecuador. No es un sistema subsidiario como se creía antes, si se toma en cuenta las normas constitucionales citadas anteriormente, sumadas al diseño garantista de la Constitución, el Sistema junto con sus principios forma parte de la normativa del Ecuador.

2.4.3.1 Proporcionalidad en artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

De esta manera, el Estado al haber aceptado los estatutos de la Convención debe respetar y cumplir con el principio de proporcionalidad, el mismo, que se encuentra implícito en el siguiente artículo:

Artículo 5 numeral 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.¹²⁶

El artículo 7 recoge el Derecho a la libertad personal, los numerales 1,2,3 disponen garantías que deben otorgar los Estados miembros de la Convención a los ciudadanos, las mismas son:

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios¹²⁷.

¹²⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 5.

¹²⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 7.

En tal sentido, la proporcionalidad también se encuentra implícitamente en estos artículos, pues este principio asegura el derecho a la libertad, al consagrar que nadie puede ser privado de su libertad o sometido de materia arbitraria a encarcelamiento.

Asimismo la proporcionalidad se encuentra implícita en el artículo 24 de la Convención que proclama la igualdad ante la ley (no discriminación) y dispone:

Artículo 24. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley¹²⁸.

En este artículo se prohíbe una discriminación de derecho o de hecho. Es decir, “no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación”¹²⁹. En tal sentido, se consagra un derecho que genera obligaciones al Estado, el cual es garantizar el principio de igualdad en toda la legislación interna que apruebe. La Corte Interamericana sostiene este criterio y por ejemplo en la siguiente sentencia ha señalado:

Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable¹³⁰

En el Ecuador la proporcionalidad penal es la regla establecida en el artículo 76 numeral 6 de la Constitución. El hecho que se haya promulgado una ley con una sanción desproporcional, o en un caso hipotético, que se condene a una persona a una pena desproporcional, tal sería una actuación discriminatoria del Estado y por tanto, una violación de la igualdad ante la ley que promueve la Convención.

¹²⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 2.

¹²⁹ Jaime Marchant. *La discriminación y el derecho a la igualdad*.

http://www.carlosparma.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=167:la-discrimi. (acceso 15/04/2013)

¹³⁰ Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Fondo. Sentencia de 23 de junio de 2005. párr. 184.

2.4.3.2 Proporcionalidad en Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El principio de proporcionalidad penal ha sido concebido en varios informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Por ejemplo, en el Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos del año 2002 que establece:

Más frecuentemente, los problemas que enfrentan las leyes que imponen sanciones posteriores por expresiones en el contexto de la lucha contra el terrorismo se vinculan a la cuestión de la proporcionalidad de las sanciones. Con demasiada frecuencia, las penas son excesivas en relación con el tipo de perjuicio que se proponen evitar¹³¹.

En el mismo informe también la Comisión dispone del test de proporcionalidad en las sanciones e infracciones penales de manera literal:

(...) los Estados deben aplicar un test de balance para determinar la proporcionalidad de la sanción en comparación con el daño que se procura evitar¹³².

En el informe del caso Ramón Martínez, Estado Unidos, la Comisión considera que la proporcionalidad de la pena es la forma de limitar al Estado en su capacidad sancionadora, la cual debe ser utilizada con criterios de razonabilidad y equidad en relación a las sanciones e infracciones:

El derecho y obligación a sancionar que pertenece al Estado se expresa por sí mismo con diversas cifras y medidas, conforme a soluciones progresivas, medibles en dinero o en periodos de tiempo. Este orden progresivo es esencial para la justicia penal, ya que no se lograría sin un criterio superior de equidad y proporcionalidad en la distribución de la pena, ya que los transgresores recibirían entonces algo más que justamente lo que merecen¹³³.

2.4.3.3 Proporcionalidad en Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El principio de proporcionalidad de la pena también ha sido utilizado en varias ocasiones por la Corte Interamericana en sus sentencias. Esto debido a que en los diferentes

¹³¹ Comisión IDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr, 22 octubre 2002. Párr 317.

¹³² Comisión IDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr, 22 octubre 2002. Párr 325.

¹³³ Comisión IDH. Informe No. 52/02 (fondo), Caso No. 11.753, Ramón Martínez Villareal, Estados Unidos, 10 de octubre de 2002. Voto concurrente del Comisionado Helio Bicudo, Presidente de la CIDH, párr. 35.

Estados miembros de la Convención, durante décadas han luchado en contra de dictaduras y gobiernos autoritarios que cometieron vulneraciones a los Derechos Humanos. Dejando como resultado continuos casos de vulneración de derechos, normas desproporcionadas dentro de los ordenamientos jurídicos, las cuales son criticadas en las sentencias. Un ejemplo es el caso Vargas Areco vs. Paraguay donde la Corte sostiene:

Aun cuando la Corte Interamericana no puede, ni lo pretende, sustituir a la autoridad nacional en la individualización de las sanciones correspondientes a delitos previstos en el derecho interno, ni en la determinación de los procedimientos aplicables a determinadas situaciones en el ámbito militar, la propia Corte observa con preocupación la falta de proporcionalidad que se advierte: a) entre el método utilizado frente a la fuga de un recluta de las fuerzas armadas y la falta disciplinaria en la que dicho recluta habría incurrido; y b) entre la respuesta del Estado a la conducta ilícita del agente y el bien jurídico supuestamente afectado.

Por todo lo anterior, este Tribunal estima que los procedimientos internos abiertos en el presente caso no han constituido recursos efectivos para garantizar un verdadero acceso a la justicia (...) ¹³⁴. (subrayado me pertenece)

De la misma manera, en el caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador la Corte considera innecesario crear nuevas normas penales y establece la proporcionalidad como un método de aplicación que se debe tomar en cuenta en las normas. Esto lo vemos a continuación:

La sentencia del presente caso ha resuelto, a mi juicio acertadamente, que no es indispensable incorporar a la normativa penal un tipo específico de mala práctica, que sería una figura generalmente culposa. Pudiera resultar suficiente con las normas generales (sin perjuicio de incluir calificativas: tipos calificados) acerca del homicidio o las lesiones --y acaso otros resultados que configuren conductas punibles--, a condición de que basten para atender con oportunidad, suficiencia y proporcionalidad todas las conductas ilícitas que pudieran presentarse, excluyendo espacios de completa impunidad o benevolencia inadmisibles, que acaba por ser impunidad ¹³⁵. (subrayado me pertenece)

Asimismo en la sentencia Villagrán Morales y otros vs. Guatemala la Corte considera que, una falta al principio de proporcionalidad deja como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales:

Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que - aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos

¹³⁴ Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Fondo. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155. Párr. 108, 110.

¹³⁵ Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Fondo Reparaciones y Costas (voto razonado). Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171. Párr. 14.

fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad¹³⁶.

En forma más explícita, la Corte en el Caso Masacre de Rochela vs. Colombia define el principio de proporcionalidad de la pena como:

En cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos¹³⁷.

A pesar que la Corte no posee la capacidad de imponer penas dentro de un país, toma en cuenta y enaltece al principio de proporcionalidad como el principal limitante al *ius puniendi*:

Por último, tal y como lo ha señalado anteriormente, aun cuando la Corte Interamericana no puede, ni lo pretende, sustituir a la autoridad nacional en la individualización de las sanciones correspondientes a delitos previstos en el derecho interno, el Tribunal observa la falta de proporcionalidad que se advierte entre la respuesta del Estado a las expresiones vertidas por el señor Usón Ramírez y el bien jurídico supuestamente afectado – el honor o reputación de las Fuerzas Armadas. Al respecto, el Tribunal reitera que la racionalidad y proporcionalidad deben conducir la conducta del Estado en el desempeño de su poder punitivo, evitando así tanto la lenidad característica de la impunidad como el exceso y abuso en la determinación de penas.¹³⁸ (subrayado me pertenece)

Como se ha evidenciado, tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos utiliza de forma reiterada el principio de proporcionalidad. Dejando como resultado que además de ser protegido por el Sistema Interamericano, sea un principio importante que protege el derecho internacional. El cual por la pluralidad jurídica del Ecuador puede y en muchos casos debe ser aplicado en los casos concretos por parte de los jueces.

2.5 Diferentes momentos de aplicación de la proporcionalidad penal

Para que exista la anhelada proporcionalidad entre el delito y la pena, es necesario considerar que se debe aplicar este en tres momentos. Así lo considera Miguel Valarezo:

¹³⁶ Corte I.D.H., *Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63. Párr. 131.

¹³⁷ Corte I.D.H. *Caso de la Masacre de la Rochela v. Colombia*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163. Párr. 196.

¹³⁸ Corte I.D.H. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207. Párr. 87.

La debida proporcionalidad tiene tres momentos, el primero es cuando el legislador establece las penas adecuadas al acto; el segundo, cuando el juez en un caso concreto establece la pena individualizada y justa; y el tercer momento tiene que ver con la parte ejecutiva de la pena, es decir su cumplimiento efectivo en los centros carcelarios llamados de “rehabilitación”.¹³⁹

Este criterio también lo sostiene Ivonne Rojas quien establece:

En el ámbito penal rige tanto a las diversas categorías de la construcción dogmática del delito como a las personas; es decir, se aplica en el momento en el que se crea la norma por los legisladores, cuando es aplicada por los jueces y opera también en la fase de ejecución de las penas¹⁴⁰.

Se puede resumir que, la aplicación del principio de proporcionalidad por el legislador es un *ex ante* a la promulgación de la ley o norma que contiene el delito y su sanción. Mientras tanto, el juez hace una aplicación del principio de proporcionalidad *ex post*, cuando la norma está en el ordenamiento jurídico y la proporcionalidad de la pena es cuestionada en un caso concreto. Una tercera aplicación del principio es al momento de verificar la finalidad de la pena, en la rehabilitación de las personas sentenciadas.

El trabajo investigativo se enfocará en el segundo momento de proporcionalidad, cuando los jueces en casos concretos deben aplicar el principio de proporcionalidad en las sanciones penales. Esta aplicación del principio de proporcionalidad por los jueces debe ser bajo un procedimiento que no ponga en juego la seguridad jurídica del país. Esto se analizará profundamente en el siguiente capítulo.

Lo que en este momento toma vital importancia es, reconocer que para que el segundo momento de proporcionalidad surja y sean los jueces quienes controlen la proporcionalidad de las penas, debe ser por una falta u omisión de quienes ejercen el control de proporcionalidad en el primer momento, es decir los legisladores. Quienes al expedir normas y crear delitos con sus respectivas penas formulan sanciones carecientes de proporcionalidad. Dejando que el

¹³⁹ Miguel Valarezo Tenorio. *Proporcionalidad entre penas y delitos*. http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9596. (acceso 08/04/2013).

¹⁴⁰ Ivonne Yenissey Rojas. *La proporcionalidad en la penas*. http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Iter%20Criminis%20Documentos/Iter%20Criminis%20Numero_3/la%20proporcionalidad%20en%20las%20penas.pdf. (acceso 15/04/2013).

problema pase a los jueces ordinarios, quienes deben controlar en un segundo momento la proporcionalidad en las penas.

A continuación se enunciarán algunos problemas legislativos que han permitido la existencia de penas desproporcionales en nuestro ordenamiento jurídico.

2.6 Problemas en el poder legislativo que ha generado como resultado la existencia de normas penales con falta de proporcionalidad

2.6.1 Falta de técnica jurídica de los legisladores

La Asamblea Nacional se ha visto limitada por la falta de formación profesional de los legisladores en derecho y en materia penal. Estos problemas dan como resultado que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano existan desproporcionalidad en las sanciones e infracciones penales.

Las limitaciones de los asambleístas llevan a desarrollar procesos apresurados de criminalización de conductas y agravamiento de penas, siendo cuestionados y reformulados constantemente. En el Ecuador existe el problema de representación en el legislativo, dando como resultado que quienes representan a los ciudadanos sean personajes públicos reconocidos por estar en televisión, ser jugadores de futbol o reinas de belleza. Por lo cual, cuando se deben hacer cambios en las leyes penales, el debate jurídico es básico y mínimo, dejando errores conceptuales y mostrando una falta de preparación en temas penales.

A esto se suma la falta de interés de la Asamblea en controlar y regular las codificaciones, podemos encontrar delitos como los de terrorismo y sabotaje que fueron expedidos en épocas de dictaduras militares, y pese a que en varias ocasiones organismos internacionales han pedido en sus informes se revisen estos artículos. La realidad es que hasta la actualidad no han sido modificados. Ernesto Albán hace un análisis sobre este tema y establece:

El capítulo correspondiente, denominado "delitos de sabotaje y terrorismo", fue introducido en el Código por la dictadura militar de 1963-1966, cuando estaba en boga en la región la doctrina de la seguridad nacional. Luego, la dictadura militar de 1972-1976 introdujo varias reformas a ese capítulo.

Lamentablemente, las reformas introducidas por las dictaduras militares, al parecer hechas al apuro, adolecen de una lamentable técnica jurídica. Los problemas empiezan porque no se acaba de distinguir si el legislador quiso distinguir los delitos de sabotaje de los de terrorismo, o si las palabras se utilizaron en el Capítulo simplemente como sinónimos, creando de esta manera una confusión inicial.(...) En definitiva, tales normas rondan la inconstitucionalidad, por burdas violaciones del principio de legalidad.¹⁴¹(Subrayado me pertenece)

Pese a ser evidente que en nuestra legislación existen artículos con falta de técnica jurídica y que rondan la inconstitucionalidad, la Asamblea Nacional no ha tomado en cuenta estos serios problemas y sumada a la falta de formación de los legisladores con la falta de preocupación, dan como resultado penas desproporcionadas en la legislación.

2.6.2 Anticuada legislación penal

La legislación penal del Ecuador es anticuada, Miguel Valarezo sobre el sistema penal en el Ecuador establece:

La realidad de nuestro sistema penal es que a más de ser anquilosado de hace dos siglos, copiado de sistemas retributivos e influenciado por la ley penal del fascismo italiano del siglo XX, vulnera flagrantemente los derechos fundamentales de los ciudadanos, esencialmente el derecho a la libertad, al establecer penas exorbitantes.¹⁴²

Siendo este análisis muy enérgico, lo cierto es que el Código Penal ecuatoriano fue publicado en el año de 1971 y pese a ser reformado en algunas ocasiones, en la actualidad podemos encontrar que todavía existen delitos absurdos, contravenciones irrisorias y penas desproporcionadas. Frente a esto, tenemos una Constitución actual y en cierto sentido hasta futurista, en la cual incluso la naturaleza posee derechos y el Estado es el garante de la protección de los derechos fundamentales. Existe por lo tanto, un grave problema al pretender encajar normas de hace 40 años con una Constitución Garantista actual. En tal sentido, en nuestro ordenamiento jurídico como en el Código penal, no podemos negar que existen normas desproporcionadas, que son normas inconstitucionales. En palabras de Miguel Carbonell:

¹⁴¹ Ernesto Albán. *A propósito de terrorismo*. <http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/a-propa-sito-de-terrorismo-442958.html>. (acceso 11/04/2013).

¹⁴² Miguel Valarezo Tenorio. *Proporcionalidad entre penas y delitos*. http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9596. (acceso 08/04/2013).

Si el derecho penal es anterior al constitucionalismo moderno, lo menos que debemos hacer es sospechar la legitimidad de su contenido¹⁴³.

Una vez que se ha analizado algunas de las razones por las cuales se puede encontrar en nuestro sistema jurídico normas desproporcionadas, a continuación se enunciará varios ejemplos de delitos y contravenciones que existen en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y las cuales en un análisis básico adolecen de falta de proporcionalidad.

2.6.3 Injerencias coyunturales, políticas, sociales y electorales en la producción de normas penales

En el Ecuador, la injerencia política en la elaboración de normas genera que se legisle apresuradamente ante hechos coyunturales, políticos y sociales. Lo cual significa una inflación en la pena que deja como resultado penas desproporcionales en el ordenamiento jurídico. Reinaldo Calvachi sobre este tema establece: “aunque sea justificado y loable por los objetivos buscados, la legislación apresurada atropellada y carente de adecuada técnica legislativa, provoca un caos jurídico que afecta a la normal administración de la justicia penal”¹⁴⁴.

En este mismo sentido Farid Manosalvas establece que las reformas legales muchas veces se ven afectadas por hechos coyunturales que afectan la producción de normas, como lo instituye a continuación:

La tarea de la asamblea nacional se ha visto limitada por la falta de formación profesional de los legisladores en materia penal, quienes carecen de los más elementales conocimientos hermenéutica jurídica legal, a los que se suman factores como presiones políticas y sociales. Todo lo cual se ve reflejado en las nuevas normas y reformas legales carentes de proporcionalidad penal, porque han pesado más las coyunturas y los intereses individuales o de grupos¹⁴⁵.

Actualmente, el Ecuador está en un proceso de reforma penal y en debates para promulgar un Código Penal Integral. El cual, por mandato constitucional debe aplicar la proporcionalidad entre las infracciones y sanciones penales. Con esto se adaptaría y actualizaría los delitos a la Constitución actual. Sin embargo, como lo establece Richard Ortiz

¹⁴³Miguel Carbonell. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 59.

¹⁴⁴ Reinaldo Calvachi. El peculado bancario. *Revista Juris Dictio*, año 1 Quito, USFQ julio 2000, pp. 103

¹⁴⁵ Farid Manosalvas. *La proporcionalidad de la pena en el Ecuador*. Quito: UASB, 2006, pp. 25-30.

Secretario de la Comisión de Estructura del Estado y Justicia, de la Asamblea Nacional: “la proporcionalidad por los legisladores se la interpreta de varias maneras, e incluso se utiliza otros criterios de tipo político, social e incluso electoral...”¹⁴⁶, otro criterio importante del Doctor Ortiz fue señalar: “lo que busca actualmente el gobierno es penas duras que combatan la delincuencia, y más no optar por la proporcionalidad en las penas”¹⁴⁷

Por lo tanto, es relevante e importante que exista en el país un control de normas anteriores a la Constitución de 2008, y si las nuevas reformas están orientadas a penar severamente para bajar los índices de delincuencia, y subir con esto la popularidad del gobierno, será más relevante un control de penas de las nuevas reformas, así como del Código Penal Integral si es aprobado y publicado. Para concluir, el Estado debe orientar una política criminal coherente que sea la base para construir un sistema penal racional que no se vea afectado por injerencias políticas, coyunturales o incluso electorales, las cuales busquen a más de la proporcionalidad en las penas, adaptar los criterios al respeto de los Derechos Humanos

2.7 Casos de desproporcionalidad en la legislación Penal del Ecuador

2.7.1 Vagos y mendigos

Existe una disposición en el Código Penal ecuatoriano que establece la prisión de los denominados vagos y mendigos por su posible peligrosidad, como lo dispone los siguientes artículos:

Artículo. 383.- Son vagos los que no tienen domicilio fijo ni medios de subsistencia, y los que, sin enfermedad o lesión que les imposibilite, no ejercen habitualmente oficio o profesión.

Artículo. 384.- Serán reprimidos con prisión de tres meses a un año.

Después de hacer un análisis de los artículos se puede establecer que no existe un bien jurídico protegido. Si bien es cierto, la apariencia de los vagos y mendigos pueden aparentar peligrosidad, esto sería una desproporcionalidad considerando que los rangos de la pena son

¹⁴⁶ Entrevista. Richard Ortiz Ortiz. Secretario Jurídico de la Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional. (Fecha 03/06/13). Ver anexo 1

¹⁴⁷ Entrevista. Richard Ortiz Ortiz. Secretario Jurídico de la Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional. (Fecha 03/06/13). Ver anexo 1

de tres meses a un año. La inconstitucionalidad se ve claramente evidenciada al tipificar una acción y establecer una pena por la simple apariencia de una persona, lo cual es un trato discriminatorio. Así lo sostiene Eugenio Zafarroni en la siguiente cita:

El desprecio a la dignidad humana es total: es suficiente reunir dos o tres “síntomas” para “detectar” la forma de vida de una persona, encuadrada en una adjetivación peyorativa y privarla de libertad... El origen de esta ideología es claro: se trata de la clasificación entre personas “decentes” y “peligrosas”, consagrada por la misma ley conforme a un criterio arbitrario de apreciación que pone en manos del poder público... y que en modo alguno deja de tener... un claro tinte racista¹⁴⁸.

2.7.2 Bestialidad

La bestialidad es la “aberración sexual en la que se mantienen relaciones sexuales con animales”. La bestialidad en el Ecuador es un delito establecido de la siguiente manera:

Art. 517.- La bestialidad se reprimirá con reclusión mayor de cuatro a ocho años.

Aunque pueda ser repugnante cuestionarse si existe algún bien jurídico protegido por este delito, es difícil encontrar alguno, por esta razón en legislaciones como España y Francia han decidido eliminar esta infracción de sus codificaciones. En un análisis jurídico, se puede plantear la naturaleza (el animal ultrajado) como sujeto pasivo y la salud pública como bien jurídico protegido, esto si se llegará a comprobar que este acto podría causar enfermedades.

No queriendo entrar a un debate sobre este tema, lo que busca este ejemplo es demostrar la falta de proporcionalidad de la pena en codificaciones del Ecuador, debido a que, el artículo establece una pena similar a delitos como homicidio y terrorismo (cuatro a ocho años), lo cual es desproporcional e incluso inconstitucional si no existe un bien jurídico protegido.

2.7.3 Contravenciones

En el campo de las contravenciones también se puede observar tipos desproporcionados e inconstitucionales. Entre algunos de ellos se puede encontrar:

Artículo. 605.- Serán reprimidos con multa de treinta y cinco a sesenta sucres y prisión de un día, o con una de estas penas solamente:

¹⁴⁸ Eugenio Zaffaroni. *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*. Buenos Aires: Instituto Interamericana de Derechos Humanos, 1984, pp. 196.

21. Los que hicieren el oficio de adivinar, pronosticar, explicar sueños, encontrar tesoros escondidos, o curar mediante ciertos artificios, sin perjuicio del comiso de los instrumentos o artículos de que se valgan para tales artes;

31. Los que públicamente jugaren carnaval;

Artículo. 606.- Serán reprimidos con multa de sesenta y uno a ciento veinte sucres y con prisión de dos a cuatro días, o con una de estas penas solamente:

12. Los que permanecieren mucho tiempo y sin objeto alguno plausible parados en las esquinas de las calles u otros lugares no destinados al recreo de los habitantes¹⁴⁹

Estos ejemplos de contravenciones son sancionadas con prisión, algunos de estos casos pueden ser irrisorios por ejemplo jugar carnaval públicamente, o los que se hicieren pronosticar sueños. En muchas de las ocasiones estas contravenciones no poseen un bien jurídico protegido, por lo tanto su pena es desproporcional y su tipificación es inconstitucional.

Como conclusión, después de un análisis de todos los ejemplos enumerados es necesario que existan mecanismos dentro de la legislación para eliminar normas anticuadas de la normativa ecuatoriana, que van en contra de los derechos humanos que son el propósito y fin de la Constitución. Asimismo el problema más grave que puede generarse es cuando se ha acusado a personas por delitos que contienen penas desproporcionadas. Para lo cual, los jueces penales deben poseer herramientas de control y un proceso que permita adaptar estas normas a la actual Constitución, sin que esto signifique violar el debido proceso.

2.7.4 Casos en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas

Resulta totalmente desproporcional que los delitos establecidos en la ley de sustancias estupefacientes y psicotrópicas contengan penas equiparables a los delitos contra la vida y la integridad, como el delito de violación (12 a 16 años), homicidio simple (8 a 12 años), homicidio preterintencional (6 a 9 años) el de lesiones (15 días a 5 años) tortura (1 a 5 años).

Otro de los problemas que contiene la ley es por ejemplo, penar la tenencia y despenalizar el consumo. Lo cual lleva al conflicto temporal, que se comete delito si una persona está en posesión de las sustancias y si la ingiere no es considerado delito. La paradoja

es que para consumir alguna sustancia hay que entrar primeramente en tenencia, lo cual presume la culpabilidad y se debe demostrar la inocencia, lo cual invierte la carga de la prueba en contra del procesado.

En el mismo sentido, las personas sospechosas deben demostrar que la droga encontrada es para consumo y no para la venta, en caso de que no puedan demostrar que es para consumo las penas son exorbitantes, como lo dispone el siguiente artículo de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas:

Artículo. 62.- Sanciones para la tenencia y posesión ilícitas.- Quienes sin autorización legal o despacho de receta médica previa, posean o tengan, con su consentimiento expreso o tácito, deducible de una o más circunstancias, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título, o que esté bajo su dependencia o control, serán sancionados con la pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales. (Subrayado me pertenece)

En virtud de lo expuesto, ni en la ley y tampoco en su reglamento se diferencian distintos niveles de gravedad de los delitos. Con lo cual, una persona que sea detenida con un gramo y el cual no sea para consumo, su pena oscila entre los doce a diez y seis años de reclusión, lo cual claramente es desproporcional, considerando a los grandes narcotraficantes que comercian toneladas de drogas, pues en estos casos el rango de la pena es el mismo.

2.8 Desproporcionalidad de la pena genera inconstitucionalidad

De lo analizado se puede advertir que la desproporcionalidad de la pena es contraria a los derechos y principios fundamentales que defiende tanto la Constitución como los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos. Lo cual lo convierte en inconstitucional al ir en contra de los derechos fundamentales que protege la constitución.

Una norma que contiene una pena desproporcional, genera una penal cruel, inhumana y arbitraria lo cual va en contra de Instrumentos Internacionales como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos Humanos y Deberes del Hombre, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Debido a que, en estos Instrumentos se establece erradicar del sistema jurídico nacional toda pena que sea considerada como “cruel, inhumana, inusitada o degradante”, dejando como resultado que una pena desproporcional sea contraria a los artículos que sostienen que nadie estará sometido a este tipo de penas. Asimismo el simple hecho de que una pena desproporcional exista en el ordenamiento jurídico, es una violación al principio de igualdad y no discriminación que protegen estos Instrumentos. La discriminación es de hecho o de derecho, por lo tanto, es obligación del Estado erradicar todo tipo de penas discriminatorias.

Por otro lado, una pena desproporcional genera inconstitucionalidad pues iría literalmente en contra del Artículo 76 numeral 6 que sostiene:

Art. 76.numeral 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza¹⁵⁰. (Subrayado me pertenece)

Además de ir en contra de este artículo constitucional, la desproporcionalidad en la pena es contraria a los artículos constitucionales 201, 202 y 203 que establecen la finalidad de la pena como rehabilitación y reinserción del individuo a la sociedad, debido a que, una pena desproporcional se asemeja a un castigo o venganza al inculpado.

Los principios constitucionales, los derechos fundamentales, las garantías constitucionales son de directa e inmediata aplicación. El principio de proporcionalidad de la pena como se ha analizado anteriormente es un principio importante que ha sido reconocido por altos Tribunales internacionales. El sentido pluralista de la Constitución hace propio del ordenamiento jurídico ecuatoriano principios internacionales que sean más favorables y protejan de mejor manera los Derechos Humanos (*Principio pro homine*).

Finalizando, las penas desproporcionadas que estén incorporadas a la legislación son inconstitucionales, pues no solo son contrarias a la Constitución por violación literal del artículo de proporcionalidad y del artículo de finalidad de la pena, sino también porque serian contrarias a Instrumentos Internacionales y a los principios internacionales que protegen los Derechos Humanos

¹⁵⁰ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008

Por lo tanto, se puede concluir con el pensamiento de Eduardo García de Enterría quien establece que el juez y la legalidad tiene como límite la constitucionalidad:

Es aquí donde el legislador encuentra un límite la libertad de determinación, porque la ley no puede contradecir los preceptos y principios constitucionales bajo la pena de invalidez¹⁵¹.

En el mismo sentido, pese a que el artículo 76 numeral 6 de la Constitución establece “la ley establecerá la debida proporcionalidad...”, por cómo está escrito el artículo, pareciera que no es una atribución de los jueces aplicar la proporcionalidad, pues este principio debería estar en la ley. Pese a eso como se demostró en la legislación del Ecuador por varias razones existen penas desproporcionales, de tal forma que los jueces en muchas ocasiones deberán toparse con normas que al parecer adolecen de falta de proporcionalidad. Por lo cual, debe existir un control de normas desproporcionales y un procedimiento que brinde seguridad jurídica a los administrados, esto es la aplicación del principio de proporcionalidad que se analizará en el siguiente capítulo.

2.9 Conclusiones del capítulo

El principio de proporcionalidad es una garantía y un principio reconocido internacionalmente así como en la legislación ecuatoriana. Busca ser el limitante a las atribuciones del Estado y a la capacidad sancionadora del mismo. Teniendo como fin la protección de los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad penal pretende la debida proporción entre el acto cometido y la sanción a recibir, de esta forma evitando tanto la impunidad como el exceso al momento de criminalizar conductas.

El principio de proporcionalidad debe ser aplicado en tres momentos. Por parte de los legisladores al redactar normas, por parte de los jueces al sentenciar y al momento del cumplimiento de la sanción. La Constitución consagra en su artículo 76 el principio de proporcionalidad, y literalmente establece “la ley deberá establecer la debida proporción entre la sanción e infracción penal”. Pese a esto, se puede encontrar falta de proporcionalidad en algunas penas del ordenamiento jurídico ecuatoriano, esto debido a varios motivos, por

¹⁵¹ Eduardo García de Enterría. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo 1, Bogotá: Editorial Temis -Palestra, 2008, pp. 99.

ejemplo, la anticuada legislación penal o la falta de técnica jurídica por parte de los legisladores.

Al momento que los jueces deben aplicar el principio de proporcionalidad se vuelve una aplicación ex post a la creación de la norma. En muchas ocasiones los jueces podrían enfrentarse al principio de legalidad. Y tomando en cuenta que, una pena desproporcional es contraria a Instrumentos Internacionales, además de ser contradictoria a preceptos constitucionales al violar derechos fundamentales. La norma proporcional adolece de constitucionalidad. Por lo tanto, los jueces deben utilizar un procedimiento para adecuar sus sentencias siempre a la Constitución, de esta forma poder controlar la proporcionalidad de la pena en los casos concretos. Hay que tomar en cuenta que, una mala aplicación del principio traería como consecuencia inseguridad jurídica al derecho penal.

CAPÍTULO 3

3. Aplicación del principio de proporcionalidad por los Tribunales Penales en penas desproporcionadas

3.1 Introducción

Por varias razones analizadas anteriormente se puede encontrar dentro del ordenamiento jurídico penal ecuatoriano delitos que contemplan penas desproporcionadas. El conflicto más grave que genera estas normas en el ordenamiento jurídico se da cuando personas han sido acusadas por infringir estas leyes que contienen penas desproporcionadas. Por lo tanto, aunque no está contemplado como obligación de los jueces aplicar la proporcionalidad, pues el artículo 76 de la Constitución establece: “la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las sanciones e infracciones” se hace fundamental una aplicación de proporcionalidad *ex post* por parte de los tribunales penales para evitar que sus sentencias sean desproporcionales, para esto es necesario de un sistema de control de constitucionalidad de normas jurídica.

En las próximas líneas se analizará la forma de aplicación del principio de proporcionalidad por parte de los tribunales penales en el Ecuador. Partiendo del concepto, “una sanción penal al ser desproporcional genera su inconstitucionalidad”. En tal sentido, los jueces al momento de resolver los conflictos deben aplicar los métodos de control constitucional para resolver las causas desproporcionadas. El control constitucional entonces, es el procedimiento de aplicación del principio de proporcionalidad para los jueces.

Para el desarrollo de este capítulo en primer lugar, se tratará el principio de supremacía constitucional, el cual da origen al principio de control constitucional. En segundo lugar, se investigará el tipo de control constitucional que existe en el Ecuador, el cual, asimismo es el método de aplicación del principio de proporcionalidad en las sanciones penales. Para finalizar, con una comparación de la aplicación del principio de proporcionalidad penal en la sentencia del Caso 30 –S (la cual inspiro este trabajo) y diferentes casos de la Corte

Constitucional que sostienen otro método de aplicación del principio de proporcionalidad penal en el Ecuador.

3.2 ¿Quién debe ejercer el control de constitucionalidad en el Ecuador? ¿Quién tiene la competencia de para declarar la pena como desproporcional?

Para conocer el procedimiento y la forma de aplicación del principio de proporcionalidad en normas desproporcionadas, en primer lugar, es necesario analizar quien debe ejercer tal aplicación, es decir quién debe declarar la proporcionalidad o no de una norma. Tomando en cuenta que, una norma que lleve una sanción desproporcional se convierte en una norma inconstitucional, se debe entonces analizar quien posee la facultad de declarar la constitucionalidad de las normas. A continuación un análisis del control de constitucionalidad en el Ecuador.

3.2.1 Control de constitucionalidad en el Ecuador

3.2.1.1 Análisis de normas pertinentes

La Constitución de 1998 disponía un control mixto de constitucionalidad, difuso y concentrado. Por un lado, se atribuía la facultad a los jueces ordinarios de en sus sentencias inaplicar de manera directa normas jurídicas consideradas contrarias a la Constitución. Para que en lo posterior, sea el Tribunal Constitucional quien analice la norma y en un pronunciamiento con carácter general y obligatorio, declare la inconstitucionalidad de la misma. Esto lo disponía el siguiente artículo constitucional:

Artículo. 274.- Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, tribunal o sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio¹⁵².

Sin embargo, este modelo no fue considerado como óptimo, debido a las contradicciones entre providencias y a la falta de uniformidad de criterios. Estas

¹⁵² Constitución Política del Ecuador de 1998. Artículo 274. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

inconsistencias jurídicas generadas por este tipo de control constitucional lo expresa Claudia Escobar en las siguientes palabras:

Este modelo fue duramente criticado al ser considerado como fuente de tratos discriminatorios y de inconsistencias y contradicciones entre las providencias judiciales, lesionando los principios de igualdad y seguridad jurídica. En efecto, bien puede ocurrir que un juez inaplique una norma jurídica a un caso particular, pero que posteriormente el Tribunal Constitucional considere ajustada la norma a la Constitución; en esta hipótesis se dejarían de aplicar normas jurídicas a ciertas hipótesis fácticas, mientras que para las mismas hipótesis ocurridas posteriormente, forzosamente se tendrían que aplicar.¹⁵³

En la Constitución de 2008 los asambleístas en búsqueda de la anhelada uniformidad de criterios, insertan un artículo constitucional que genera el cambio de un control mixto a un control concentrado de constitucionalidad, es decir que se elimina el control difuso de los jueces, esto lo dispone el artículo 428 que en su tenor literal establece:

Artículo. 428.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente¹⁵⁴.

En un análisis de este artículo se puede concluir que en la actualidad, los jueces ordinarios no poseen la atribución de por sí solos, inaplicar normas contrarias a la Constitución, debido a que esta facultad es delegada a la Corte Constitucional, quien es el órgano encargado de establecer la constitucionalidad o no de las normas para el caso concreto. Lo cual genera un modelo concentrado de constitucionalidad.

Tratadistas como Claudia Escobar sostienen que este modelo en vez de unificar criterios y ser la cura para las inconsistencias y contradicciones, resultó ser peor que la enfermedad. Esta misma autora, expresa que estos cambios adoptados por la nueva Constitución a más de no solucionar los conflictos anteriores, terminaron generando problemas adicionales y la eliminación del control difuso de constitucionalidad:

¹⁵³ Claudia Escobar. “*DEL TRIBUNAL A LA CORTE: ¿TRÁNSITO HACIA UNA NUEVA JUSTICIA CONSTITUCIONAL?*”. La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado. Ramiro Ávila (ed.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 340.

¹⁵⁴ Constitución de 2008. Artículo 428. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Por un lado, la suspensión del proceso puede lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva; esperar al pronunciamiento de la Corte puede convertirse en un verdadero obstáculo para que las autoridades judiciales resuelvan los problemas sometidos a su conocimiento.

Por otro lado, este nuevo diseño elimina totalmente el control difuso de constitucionalidad, cuya necesidad es imperante en los complejos sistemas jurídicos contemporáneos; si bien es cierto que la Corte Constitucional es el órgano de cierre en materia constitucional, también es cierto que la propia supremacía de la Carta Política exige su protección por todo el sistema judicial y no solo por la Corte¹⁵⁵.

Uno de los criterios que advierte la eliminación del control difuso es que al analizar la ley que dispone los procesos constitucionales y el funcionamiento de la Corte Constitucional (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional) que en ninguna parte señala o tan siquiera nombra el control difuso de constitucionalidad. Además vuelve a retomar el criterio de la eliminación del control difuso de constitucionalidad, pues diferencia la aplicación del principio de aplicabilidad directa de la Constitución por parte de los funcionarios públicos, y de los jueces ordinarios. Para los últimos, al igual que manifiesta la Constitución, en caso de duda sobre la constitucionalidad de una disposición, reitera elevar a consulta a la Corte Constitucional y agrega el concepto de duda razonable. Esto lo dispone el siguiente artículo:

Artículo. 142. Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido. En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte Constitucional no se pronuncia, el proceso seguirá sustanciándose. Si la Corte Constitucional resolviere luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional.

No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por la jueza o juez es resuelta en sentencia.

El tiempo de suspensión de la causa no se computará para efectos de la prescripción de la acción o del proceso.

¹⁵⁵ Claudia Escobar. "DEL TRIBUNAL A LA CORTE: ¿TRÁNSITO HACIA UNA NUEVA JUSTICIA CONSTITUCIONAL?". La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado. Ramiro Ávila (ed.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 340.

Pese a esto, hay autores como Ramiro Ávila que sostienen que en el Ecuador existe un sistema mixto de control de constitucionalidad, es uno de ellos y establece:

En Ecuador existe un modelo mixto de control constitucional. Por un lado, control concentrado, el máximo juzgador constitucional interpreta, con carácter generalmente obligatorio, la constitucionalidad de una ley y en los casos en los que los jueces duden sobre su aplicación; por otro lado, control difuso, el juzgador ordinario tiene competencias constitucionales, en el caso concreto, por el que puede inaplicar una ley que considere inválida¹⁵⁶.

3.2.1.2 Análisis de Sentencias vinculantes de la Corte Constitucional

Para dejar clara la discusión sobre si existe o no un control de constitucionalidad difuso, el artículo 436 de la Constitución sobre las funciones de la Corte Constitucional dispone:

Artículo 436. La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante¹⁵⁷. (Subrayado me pertenece)

Tomando en cuenta la importancia de la Corte Constitucional como máxima instancia de interpretación constitucional y al poseer sus decisiones carácter vinculante, se puede hacer entonces un análisis de sus sentencias, para ver si existe o no control difuso. La Corte Constitucional en varias ocasiones ha afirmado que el Ecuador ha cambiado de un control difuso a un control concentrado de constitucionalidad. Es el caso de la siguiente sentencia que a continuación expresa:

La actual Constitución dispone que ante esta posibilidad, el juez debe remitir a la Corte Constitucional el expediente, con la indicación de la norma jurídica sobre la cual existan dudas acerca de su constitucionalidad, a fin de que este organismo de control constitucional emita su pronunciamiento respecto a las normas jurídicas sobre las cuales existan dudas acerca de su constitucionalidad, constituyendo este hecho una de las modificaciones más relevantes que incorpora la actual Constitución, es decir, el cambio de un sistema de control difuso a un sistema concentrado del control de la constitucionalidad¹⁵⁸.(Subrayado me pertenece)

¹⁵⁶ Ramiro Ávila Santamaría. *Pueden los juzgadores... Óp. cit.*, pp. 329.

¹⁵⁷ Constitución de 2008. Artículo 436. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁵⁸ Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia Interpretativa 0002-09-SCN-CC, Caso: 0004-09-CN.*

En forma más explícita, la Corte Constitucional en la siguiente sentencia recalca que en el Ecuador solo existe un control concentrado y afirma que es el único órgano con la facultad de decidir sobre la inconstitucionalidad de las normas:

La modificación que realiza la actual Constitución, es un cambio, de control difuso, que se origina en el hecho de cualquier juez puede inaplicar una norma que considere inconstitucional dentro de una causa cualquiera puesta a su conocimiento, a un control concentrado, en el que es el órgano constitucional el que tiene la facultad de decidir sobre la inconstitucionalidad de la norma secundaria, sistema en el cual sólo le está permitido al juez, en caso de duda sobre la constitucionalidad de la disposición legal, suspender la tramitación de la causa y remitir los antecedentes al órgano constitucional para que adopte la decisión que se aplicará en el futuro, desde el punto de vista constitucional.¹⁵⁹ (Subrayado me pertenece)

De la misma manera, la Corte establece que los mecanismos para los jueces para declarar la inconstitucionalidad de las normas, es elevar a consulta, es decir, lo que dispone el artículo 428 de la Constitución:

Que la Constitución de la República ha establecido los mecanismos constitucionales para que el juez, en ejercicio de sus funciones, encuentre y declare que una norma es inconstitucional, debe hacerlo y elevar a conocimiento y resolución de la Corte Constitucional, así lo determina el artículo 428 de la Constitución¹⁶⁰.

Asimismo la Corte establece que la supremacía constitucional se ve reflejada en la figura de la consulta que poseen los jueces, la cual obliga a que la Corte sea quien declare la inconstitucionalidad:

El rol que desempeña la consulta es aclarar el panorama de los jueces en casos de dudas respecto a la constitucionalidad de una norma puesta a su conocimiento dentro de un caso concreto (...) La nueva figura de la consulta prevé que ya no sea el juez quien inaplique directamente, sino que es la Corte Constitucional la que debe dilucidar este conflicto normativo, situación que va acorde con la supremacía material de la Constitución¹⁶¹ (Subrayado me pertenece)

Es una tendencia de la Corte establecer el paso a un control concentrado, además en varias ocasiones compara las Constituciones de 1998 y 2008 para señalar que en la actualidad, cuando una norma sea contraria a la Constitución el órgano competente para establecer la constitucionalidad de una norma es la misma Corte Constitucional, como lo señala a continuación:

¹⁵⁹Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia Interpretativa No. 006-10-SCN-CC CASO Nro. 0039-09-CN.*

¹⁶⁰Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia Interpretativa No. 006-12-SCN-CC CASO No. 0015-11-CN.*

¹⁶¹Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia Interpretativa No. 003-10-SCN-CC, CASO No. 0005-09-CN.*

El artículo 274 de la Constitución Política de 1998 habilitaba a cualquier juez para declarar inaplicable, por decisión propia, una norma que consideraba contraria a la Constitución; en cambio, el artículo 428 de la actual Constitución dispone que, ante esta posibilidad, el juez debe remitir el expediente a la Corte Constitucional, con la indicación de la norma jurídica sobre la cual existan dudas acerca de su constitucionalidad, a fin de que este organismo de control constitucional emita su pronunciamiento respecto de las normas jurídicas sobre cuya constitucionalidad existan dudas, constituyendo este hecho una de las modificaciones más relevantes que incorpora la actual Constitución, es decir, el cambio de un sistema de control difuso a un sistema concentrado del control de la constitucionalidad¹⁶² (Subrayado me pertenece)

En la misma línea de argumentos, aquí otra sentencia que reitera la tendencia de la Corte Constitucional de establecer la existencia del control concentrado en el Ecuador, y en la cual se hace un análisis del artículo 428 de la Constitución donde vuelve a reafirmar los criterios antes dispuestos en las anteriores sentencias:

El artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador dispone que cuando un juez, ya sea de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a un Instrumento Internacional que contemple derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, deberá suspender la tramitación de la causa y remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional; claro está, indicando la norma jurídica sobre cuya constitucionalidad existan dudas, a fin de que el máximo organismo de control constitucional emita su pronunciamiento. Esta es una de las modificaciones más relevantes que incorpora la actual Constitución, vale decir, el cambio de un sistema de control difuso a un sistema concentrado del control de la constitucionalidad¹⁶³. (Subrayado me pertenece)

Las últimas sentencias de la Corte Constitucional también llevan la misma tendencia de reconocer el artículo 428 como un control concentrado de constitucionalidad, como se demuestra a continuación:

Una de las innovaciones que incorpora la Constitución de la República constituye el cambio de un control difuso a un control concentrado, por lo que actualmente una de las atribuciones que tiene la Corte Constitucional es realizar el control concreto y abstracto de constitucionalidad de las normas, de modo que en virtud de este control concentrado de constitucionalidad, le corresponde únicamente a la Corte Constitucional la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma y su consecuente expulsión del ordenamiento jurídico ecuatoriano¹⁶⁴.

Asimismo, la corte señala que bajo ningún concepto un juez puede inaplicar directamente una norma, y recalca que siempre debe consultar a la Corte para poder inaplicar una disposición:

¹⁶² Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia Interpretativa No 007-10-SCN-CC, CASO No. 0003-10-CN.*

¹⁶³ Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia Interpretativa No 006-12-SCN-CC, CASO No. 0015-11-CN.*

¹⁶⁴ Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia Interpretativa No 0010-13-SCN-CC, CASO No 0625-12-CN.*

En el Ecuador existe únicamente el control concentrado de constitucionalidad, por lo que le corresponde solo a la Corte Constitucional la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma y su consecuente invalidez. De este modo, si bien las juezas y jueces tienen la obligación de advertir la existencia de disposiciones normativas contrarias a la Constitución, siempre deben consultar a la Corte Constitucional para que sea esta la que se pronuncie respecto a su constitucionalidad. Bajo ningún concepto, ante la certeza de inconstitucionalidad de una disposición normativa, un juez podría inaplicarla directamente dentro del caso concreto, pues siempre debe, necesariamente, elevar la consultante la Corte¹⁶⁵. (subrayado me pertenece)

En esta misma sentencia la Corte reconoce que la incorporación de “duda razonable y motivada” es confusa y puede llegar a dilatar los procesos. En tal sentido la Corte dispuso de ciertos presupuestos para que una consulta sea admitida, los cuales está utilizando para todas las consultas y son los siguientes:

Dado que la incorporación de la “duda razonable y motivada” como requisito del artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional no ha brindado mayor certeza respecto de su alcance, es obligación de esta Corte dotar de contenido a este requisito legal para así garantizar su adecuada comprensión y evitar dilaciones innecesarias de justicia ante consultas de norma que no cumplen con los requisitos legales y constitucionales. De este modo, para que una consulta de norma dentro del control concreto de constitucionalidad pueda considerarse adecuadamente motivada, deberá contener al menos los siguientes presupuestos:

1. Identificación del enunciado normativo pertinente cuya constitucionalidad se consulta: Las juezas y jueces tienen la obligación de remitir en consulta a la Corte Constitucional la disposición normativa aplicable a un caso concreto que consideren inconstitucional; por lo que los jueces deben identificar con claridad absoluta cuales son los preceptos normativos que consideran inconstitucionales, ya que solo sobre ellos la Corte Constitucional podrá ejercer un control de constitucionalidad. Bajo esta consideración no caben consultas propuestas sobre interpretaciones infra constitucionales que se realicen en el caso concreto, que no denoten un problema de relevancia constitucional.

2. Identificación de los principios o reglas constitucionales que se presumen infringidos:

La tarea de las juezas y jueces, al momento de elevar una consulta a la Corte Constitucional, no se reduce a la identificación del precepto normativo supuestamente contrario a la Constitución, sino que además deben identificar qué principios o reglas constitucionales se presumen infringidos por la aplicación de dicho enunciado normativo.

El deber de motivación, contenido en el artículo 76 numeral 7 literal 1 de la Constitución de la República, obliga a todos los poderes públicos y sus operadores a motivar sus decisiones, lo cual no solo conlleva a la exposición de las disposiciones normativas aplicables al proceso, sino que además a exponer las circunstancias y razones por las cuales dichos enunciados son determinantes en el proceso. De esta manera, las juezas y jueces deben establecer la forma, circunstancias y justificación por las cuales dichos enunciados contradicen la Constitución.

¹⁶⁵ Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia Interpretativa No 0010-13-SCN-CC, CASO No 0535-12-CN.*

3. Explicación y fundamentación de la relevancia de la norma puesta en duda, respecto de la decisión de un caso concreto: El juez debe detallar y describir, de manera pormenorizada y sistemática, las razones por las cuales el precepto normativo es indispensable para la decisión de un proceso judicial, lo cual no solo implica identificar el enunciado normativo que presuntamente debe ser aplicado al proceso, sino que también conlleva a la determinación de cómo la interpretación de la norma es imprescindible para la toma de la decisión, en consideración a la naturaleza misma del proceso y momento procesal en que se presenta dicha consulta. Esto supone que las juezas y jueces no pueden elevar una consulta de constitucionalidad tan pronto sea presentada una demanda, sino sustanciar dicho proceso hasta que la aplicación de una disposición normativa de dudosa constitucionalidad, sea absolutamente necesaria para continuar con el proceso, o para decidir la cuestión¹⁶⁶. (subrayado me pertenece)

Estos presupuestos tienen que ser verificados por la Sala de admisión y sometidas a un examen de admisibilidad, esto con el objetivo de que los jueces argumenten de manera razonable su consulta. Asimismo, se llama la atención de los jueces en caso de que las consultas no tengan sustento y con lo cual se dilata el proceso. Una de las sentencias en la cual después de analizar estos presupuestos e inadmite la consulta es la siguiente:

De la revisión del mencionado auto, dentro de la cual se pretende justificar la presente consulta de norma, no se verifica la argumentación o exposición necesaria para satisfacer los presupuestos 1. Identificación del enunciado normativo pertinente cuya constitucionalidad se consulta, 2. Identificación de los principios o reglas constitucionales que se presumen infringidos, 3. Explicación y fundamentación de la relevancia de la norma puesta en duda, respecto de la decisión de un caso concreto. Pues si bien se identifica la normativa consultada y se citan artículos constitucionales que se considera que dicha normativa vulneraría, no se precisan los principios internacionales a los que se hacen mención, ni las circunstancias, motivos y razones por las cuales estos principios resultarían infringidos; así como tampoco explican ni fundamentan de forma clara y precisa la relevancia de la disposición normativa cuya constitucionalidad se consulta, respecto de la decisión definitiva del caso concreto, o la imposibilidad de continuar con el procedimiento de aplicar dicho enunciado. Por lo expuesto, al no cumplir los requisitos establecidos en la sentencia constitucional No 0010-13-SCN-CC, CASO No 0535-12-CN antes citada, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 12 del reglamento de sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte constitucional, esta Sala INADMITE a trámite la solicitud de la norma¹⁶⁷... (subrayado me pertenece)

De un análisis de todas estas sentencias citadas de la Corte Constitucional (máximo organismo de interpretación constitucional del Ecuador) se puede concluir:

1. Es una tendencia, criterio unánime y reiterado establecer el cambio de sistema de constitucionalidad de un control difuso a uno concentrado.

¹⁶⁶ Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia Interpretativa No 0010-13-SCN-CC, CASO No 0535-12-CN.*

¹⁶⁷ Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia Interpretativa No 0010-13-SCN-CC, CASO 0071-13-CN:*

2. En el Ecuador el artículo 428 que establece la consulta de constitucionalidad por parte de los jueces deja como resultado la eliminación del control difuso de constitucionalidad.
3. El principio de supremacía constitucional se ve reflejado en esta nueva figura de consulta. La cual establece que, ya no sea el juez quien inaplique directamente una norma de inconstitucional, sino que sea la Corte Constitucional.
4. Por lo tanto, los jueces ordinarios en caso de duda si una norma es contraria a las disposiciones constitucionales, siempre deberán elevar a consulta para que el órgano competente es decir la Corte Constitucional, sea quien resuelva la constitucionalidad o no de la norma.
5. De ninguna manera podrán inaplicar una norma los jueces, pues la Corte establece que siempre deben elevar a consulta.

3.2.2 Conclusiones sobre el control de constitucionalidad en el Ecuador

Llevando estos criterios de control de constitucionalidad al tema de proporcionalidad se puede concluir que, al no existir el control difuso de constitucionalidad en el Ecuador, los tribunales penales en casos de dudar si una norma es desproporcionada en su pena están obligados a elevar a consulta el expediente y la norma a la Corte Constitucional, quien es el órgano competente y facultado a resolver el conflicto de proporcionalidad en las normas. Por lo tanto, el procedimiento para la aplicación del principio de proporcionalidad por los Tribunales Penales es el establecido en el artículo 428 de la Constitución.

Pese al estudio anteriormente realizado, a continuación se analizará la sentencia del Caso 30-S. Debido a que, en esta sentencia el Tribunal Segundo de Garantías penales sostiene un criterio diferente de aplicación del principio de proporcionalidad, en el cual no eleva a consulta la proporcionalidad de la norma, sino el Tribunal mismo decide que la pena es desproporcional y condena a una pena reducida, la cual ellos consideraron era la proporcional para el caso.

Considerando que la aplicación del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal del caso 30-S es la excepción, no es la acertada e incluso atenta a la seguridad jurídica del país, también se realizará una investigación de diferentes casos, en los cuales cuando los diferentes Tribunales penales se han cuestionado la proporcionalidad de las normas, en todos los casos el procedimiento ha sido elevar a consulta y esperar que la Corte Constitucional resuelva la proporcionalidad de la norma. Incluso, el mismo Tribunal que resolvió el 30-S en otro caso posterior de proporcionalidad, esta vez en un caso de drogas, decide aplicar el procedimiento de elevar a consulta a la Corte Constitucional y no resolver por ellos mismo.

3.3 Análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad en el Caso 30-S

3.3.1 Introducción a la sentencia

En primer lugar, cabe recalcar que la siguiente sentencia es la que genero el presente trabajo de investigación. Después de los hechos notorios del 30 de septiembre de 2010 (donde todos los policías del país decidieron realizar una huelga de brazos caídos), el centro de atención se llevaron los tribunales penales, quienes fueron los encargados de juzgar a los policías.

Esta sentencia es el caso de los policías de la escolta legislativa, la cual estaba al mando del Coronel Rolando Tapia. Se les imputó por no permitir sesionar a la asamblea, la pena a la cual fueron acusados era de cuatro a ocho años. El problema jurídico se dio al momento que el Tribunal decide en sentencia que la pena era desproporcional (sin elevar a consulta a la Corte Constitucional), condenando a una pena reducida a todos los acusados. Generando de esta manera algunos problemas jurídicos que se exponen a continuación.

3.3.2 Datos generales de la sentencia

Fecha y lugar de la sentencia

Quito, 30 de junio del 2011

Numero de juicio

63-2011-TSGPP

Judicatura

Tribunal Segundo de Garantías Penales de Pichincha

Representante del Ministerio Publico

Miguel Jurado Fabara. Fiscal de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública

Demandados

Edwin Rolando Tapia Coronado, Mario Flores Navarrete, Ower Patricio Simancas Quinche, Marco Roberto Tibán Guala, Francisco Noboa Ramos y Carlos Enrique Tasinchana Lara¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Para un mejor análisis solo se considerará la pena impuesta como autores de este delito y por la cual fue acusado el Coronel Rolando Tapia Coronado.

3.3.3 Hechos relevantes

El 30 de septiembre de 2010 hubo desconcierto en todo el Ecuador, pues la Policía Nacional, entidad encargada de velar por la seguridad de los ciudadanos, decidió establecer una huelga de brazos caídos. En la Asamblea Nacional, al igual que en todo el país, se vivió una jornada de conflicto y crisis.

Los acusados eran los miembros de la Policía, responsables de la escolta y seguridad tanto de la Asamblea Nacional como de los asambleístas. Algunos integrantes de este órgano político dijeron que la Policía no les permitió el ingreso al recinto legislativo y por lo tanto, la sesión que debía llevarse a cabo ese día no se pudo dar.

El hecho de no permitir la sesión de la asamblea desentonó a que el fiscal en su dictamen acuse al Coronel Tapia y a la escolta legislativa por la transgresión del artículo 130 del Código Penal, el cual llevaba una pena de cuatro a ocho años. Por lo tanto, la hipótesis de adecuación por parte de la fiscalía se basó en que la escolta legislativa había impedido que la asamblea (antes congreso) pueda sesionar.

Los implicados fueron llamados a juicio. Después de un extenso proceso, el Tribunal decide que los acusados son culpables, pero que la norma por la cual se les acusa atenta al principio de proporcionalidad. Tras el análisis, el Tribunal considera que pese a los rangos legales establecidos a los autores de cuatro a ocho años, decide condenar a una pena reducida, de tres (3) años al autor Coronel Rolando Tapia.

3.3.4 Problemas jurídicos relevantes

¿Era competente el Tribunal Segundo de Garantías Penales para declarar desproporcionalidad el artículo 130 del Código penal?

¿Este procedimiento de aplicación del principio de proporcionalidad es contrario a lo que dispone el artículo 428 de la Constitución?

¿Debió el Tribunal elevar a consulta a la Corte Constitucional la norma del artículo 130 del Código Penal?

¿Esta aplicación de proporcionalidad vulnera lo establecido por las sentencias vinculantes de la Corte Constitucional?

¿El Tribunal al condenar a una pena reducida (fuera de los rangos legales establecidos) atenta contra el principio de legalidad?

¿Es constitucional permitir que los jueces aplicando el principio de proporcionalidad impongan la pena?

¿Esta sentencia vulnera la seguridad jurídica?

3.3.5 Normas nacionales importantes aplicables al caso

Las normas relevantes en esta sentencia en primer lugar es, por la cual la fiscalía acusa y es el artículo 130 del Código Penal que en su tenor literal dispone:

Artículo. 130.- El que en cualquier forma o por cualquier medio se alzare contra el Gobierno, con el objeto de desconocer la Constitución de la República, de deponer al Gobierno constituido, impedir la reunión del Congreso o disolverlo, o provocar la guerra civil, será reprimido con reclusión mayor de cuatro a ocho años.

En segundo lugar, el Tribunal al momento de sustentar la proporcionalidad de la pena del artículo antes nombrado, hace una comparación con la pena del artículo 160 del mismo cuerpo normativo el cual dispone el delito de terrorismo de la siguiente manera:

Artículo. 160.- El que con el fin de cometer delitos contra la seguridad común de las personas o de los bienes, fabricare, suministrare, adquiriere, sustrajere, arrojar, usare, o introdujere al país armas, municiones o bombas explosivas, materias explosivas, asfixiantes o tóxicas, o sustancias o materiales destinados a su preparación, será reprimido con reclusión mayor ordinaria de 4 a 8 años multa de cuatrocientos cuarenta y dos a ochocientos ochenta y cuatro dólares de los Estados Unidos de Norte América.

En lo Constitucional el Tribunal sustenta su decisión en el artículo 11 numeral de la Constitución que establece el principio de aplicabilidad directa de la Constitución:

Artículo. 11.-El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

Por último, el artículo en el cual se basa la aplicación de proporcionalidad es el cual dispone el principio de proporcionalidad constitucional:

Artículo. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

3.3.6 Normas internacionales consideradas por el Tribunal

A pesar de que el Tribunal no estipula normas internacionales, para sostener su criterio de proporcionalidad cita sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos e informes de la Comisión Interamericana en los cuales se dispone la importancia del principio de proporcionalidad.

3.3.7 Decisión del Tribunal Penal

La Decisión del Tribunal fue considerar culpable a todos los acusados por el delito tipificado en el artículo 130 del Código Penal, asimismo considerar que la pena era desproporcional. Condenando de acuerdo a los diferentes grados de participación a una pena reducida. Enfocando la pena de quien fue acusado como autor en este caso de manera textual la sentencia establece:

ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, condena: a EDWIN ROLANDO TAPIA CORONADO, cuyas generales se encuentran consignadas en la presente sentencia, a la pena reducida de TRES AÑOS DE PRISIÓN CORRECCIONAL por ser el autor y responsable del delito de atentado contra la seguridad interior del estado tipificado y sancionado en el artículo 130 del Código Penal, en concordancia con el artículo 42 ibídem (...)

3.3.8 Análisis de los problemas generados por la aplicación del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal

Existen ciertos problemas jurídicos que deja esta sentencia. El problema más grave que genera el Tribunal Penal es la inseguridad jurídica al desconocer el principio de legalidad. Este desconocimiento se da dos maneras:

1. Desconociendo los límites impuestos por el legislador para la pena del Artículo 130 del CP e imponer la pena; lo cual genera intromisión en los poderes legislativos.

2. Desconociendo la disposición constitucional del artículo 428, así como el criterio del máximo órgano de interpretación constitucional (Corte Constitucional) que exige para el control de constitucionalidad por parte de los jueces penales siempre elevar a consulta la norma cuestionada.

3.3.8.1 Intromisión en el poder legislativo

En cuanto al primer problema, la atribución que toma el Tribunal puede ser considerada como una intromisión al poder legislativo. Debido a que, este poder es el facultado por la Constitución a regular el carácter sancionatorio del Estado, estableciendo infracciones como sus penas, al igual que los rangos correspondientes.

El Tribunal en primer lugar, llega a desconocer los límites impuestos por el legislador, lo cual es una violación al principio de legalidad, pues el juez debe obedecer los rangos que establece la ley y establecer las penas estipuladas.

En segundo lugar, el Tribunal llega a condenar a una pena que ellos consideran es la proporcional para la infracción descrita en el artículo 130 del CP (es una pena no establecida en el CP). Por lo cual, esta aplicación de la proporcionalidad penal deja un precedente que puede ser mal utilizado y es el siguiente: “el juez puede desconocer la legalidad de los márgenes de la pena, aplicando el principio de proporcionalidad, pues si considera que la pena es contraria a este principio. El juez puede reducir la pena a la que crea conveniente”. Esta concepción es un retroceso del sistema penal actual a los sistemas arbitrarios antiguos donde eran las personas quienes tiránicamente o despóticamente imponían las penas. Sin duda, se cree que no puede darse, pero hipotéticamente este principio mal utilizado puede generar problemas.

3.3.8.2 Violación al proceso constitucional

En cuanto al segundo problema de legalidad que deja la sentencia, se da al momento de desconocer lo estipulado en el artículo 428 de la Constitución, el cual exige la consulta previa en caso de duda sobre si una norma es desproporcional. El Tribunal no hace un análisis en su sentencia de este artículo y lo que dispone fue a sentenciar y reducir la pena bajo su análisis y

consideración. Para los jueces penales, el control de constitucionalidad de las normas es la facultad de emitir a consulta la norma y sea la Corte quien resuelva, por lo tanto el Tribunal penal al no proceder de esta manera realiza una aplicación de proporcionalidad que genera problemas jurídicos.

Asimismo, la Corte Constitucional en sus sentencias ha establecido que la consulta es el proceso por el cual se ejerce el control constitucional de las normas. Estas sentencias son normas vinculantes del máximo organismo de interpretación constitucional y además es una tendencia el pensar de esta manera, por lo cual esta sentencia en su procedimiento es contraria a la Constitución y a lo que ha establecido la Corte.

3.3.9 Conclusiones

1. Del análisis de esta sentencia se puede concluir que, a pesar de que pueda parecer una aplicación favorable para los sentenciados el reducir su pena, dicha aplicación genero una violación al principio de legalidad. Tomando en cuenta que, el Ecuador como Estado Constitucional de Derechos y Justicia protege los derechos fundamentales, no podemos desconocer que está sustentado en una organización jurídica que deber ser respetada por todos los funcionarios.
2. Se concluye que, el tribunal no era competente para imponer una pena reducida, pues si considero culpables a los acusados, el mínimo de la pena hubiera sido el proporcional, y en caso de duda debió haber consultado a la Corte Constitucional, sobre la proporcionalidad del artículo 13° del Código Penal.
3. En tal sentido, esta sentencia al desconocer la pena del artículo 130 del CP, imponer una pena no establecida en el ordenamiento jurídico y por otro lado, desconocer el artículo 428 de la Constitución, (que ha sido reiterado en varias ocasiones por la Corte Constitucional), es una sentencia que afecta gravemente el principio de legalidad y la seguridad jurídica del país. Dejando como resultado que, este no sea el método de aplicación del principio de proporcionalidad en el Ecuador; sino el que describe el artículo 428.

Para reafirmar este punto, a continuación se presenta varios casos donde el proceso de aplicación del principio de proporcionalidad penal ha sido elevar consulta a la Corte

Constitucional para que resuelva el cuestionamiento. Inclusive en dos casos se observará que este mismo Tribunal decide en otros casos cuando ha tenido cuestionamientos de penas desproporcionadas elevar a consulta.

3.4 Análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad en el Caso “2 kilos de droga”

3.4.1 Introducción al caso

Este caso inicial con el cuestionamiento de proporcionalidad del artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, por parte del Tribunal Segundo de Garantías Penales de Pichincha (mismo tribunal que resolvió el caso 30-S). La importancia de este caso constitucional al tema investigado es, comparar la diferente forma de aplicar el principio de proporcionalidad, por parte de un mismo Tribunal Penal en dos casos que pueden asemejarse.

Mientras en el caso 30-S, el Tribunal decidió no elevar a consulta a la Corte Constitucional, arbitrariamente decidir que la pena es desproporcional e incluso imponer la pena que consideró proporcional para el Tribunal.

En el siguiente caso, el mismo Tribunal al cuestionarse la proporcionalidad de la pena en un caso de drogas, decide elevar a consulta la Corte Constitucional. Quien después de un análisis decide negar la consulta y declarar constitucional y proporcional la norma cuestionada.

3.4.2 Datos generales del proceso

Fecha y lugar de la sentencia

Quito, 19 de enero del 2012

Numero de juicio

Caso N° 0015-11-CN SENTENCIA N° 006-12-SCN-CC

Judicatura

-Corte Constitucional del Ecuador

-Jueza constitucional sustanciadora: Dra. Nina Pacari Vega

De la demanda (consulta)

La consulta fue emitida por el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Pichincha (el mismo Tribunal del caso 30-S)

3.4.3 Norma elevada a consulta de constitucionalidad

Ley de Sustancias Estupeficientes y Psicotrópicas (LSEP):

Artículo 62.- Quienes sin autorización legal o despacho de receta médica previa, posean o tengan, con su consentimiento expreso o tácito, deducible de una o más circunstancias, sustancias estupeficientes o psicotrópicas, en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título, o que esté bajo su dependencia o control, serán sancionados con la pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales.

Exclusivamente a la pena que corresponde al delito en el supuesto fáctico de acusados que fueron encontrados en tenencia o posesión de sustancia estupeficientes o psicotrópicas en una cantidad menor a dos kilos.

3.4.4 Hechos relevantes en el cuestionamiento del Tribunal Penal

El Segundo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha entró en conocimiento del caso N.º 170-10, en el cual el Ministerio Público decidió acusar a Norma Elizabeth Puga Olaya, por la tenencia de 235 gramos de cocaína, bajo el dictamen del artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupeficientes y Psicotrópicas.

Para este caso, el Tribunal analiza la proporcionalidad de las penas en los casos dispuestos en la Ley de Sustancias Estupeficientes y Psicotrópicas. Allí recogen el principio de proporcionalidad consagrado en la Constitución de la República. En su análisis, el Tribunal toma en cuenta la decisión de los asambleístas constituyentes en Montecristi de otorgar indulto a favor de quienes transporten pequeñas cantidades de sustancias estupeficientes y psicotrópicas (dos kilos), por considerar que no existe la debida proporcionalidad entre el daño causado y la sanción determinada en la ley de la materia. Por lo tanto, el cuestionamiento que hace el Tribunal es:

Si el Constituyente consideró que la cantidad de droga (2 kilos) es “pequeño comercio de las mismas”, para hacer merecedor del indulto a los condenados por delitos relacionados al narcotráfico, entonces el juez también puede recoger esos principios y postulados para tenerlos como parámetros de su ponderación y determinar la debida proporcionalidad de la pena con

relación a la conducta prohibida de los sujetos activos de los delitos relacionados a la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas¹.

Luego de aplicar el test de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad), el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Pichincha considera que la disposición del artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas es inconstitucional en la pena que corresponde a las conductas de tenencia y posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas en cantidades menores a dos kilos y por lo tanto, decide suspender la tramitación y en cumplimiento del artículo 428 de la Constitución elevar a consulta a la Corte Constitucional.

3.4.5 Pretensión concreta del Tribunal Penal a la Corte Constitucional

El Tribunal Penal al tener duda razonable sobre la constitucionalidad del artículo 62 de la LSEP, decide elevar este cuestionamiento y pedir concretamente lo siguiente:

...suspende la tramitación de la causa y remite el expediente en consulta a la Corte Constitucional, a fin de que resuelva sobre la inconstitucionalidad del tipo penal del Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas en lo relativo exclusivamente a la pena que corresponde al delito en el supuesto fáctico de acusados que fueron encontrados en tenencia o posesión de sustancia estupefacientes o psicotrópicas en una cantidad menor a dos kilos (...) ¹⁶⁹.

3.4.6 Problemas jurídicos relevantes

¿El artículo 62 de la LSEP adolece de proporcionalidad en su pena?

¿Debió el Tribunal Penal elevar a consulta a la Corte Constitucional la norma del artículo 62 de la LSEP?

¿Quién tiene la competencia de declarar la proporcionalidad de las penas?

¿Vulneró de alguna forma esta sentencia de la Corte Constitucional la seguridad jurídica?

3.4.7 Consideraciones a las que llega la Corte Constitucional

En primer lugar, la Corte Constitucional al hacer análisis de su competencia en este caso toma en cuenta y recalca que, el control de proporcionalidad en el Ecuador es

¹⁶⁹ Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia Interpretativa Caso N° 0015-11-CN SENTENCIA N° 006-12-SCN-CC*

actualmente competencia de la Corte Constitucional, lo cual nota el cambio de un control difuso a un control concentrado de constitucionalidad.

En segundo lugar, la Constitución en el artículo 32, establece que la salud es un derecho garantizado por el Estado y en el artículo 364 del mismo cuerpo legal, señala como un problema de salud pública a todo tipo de adicción, por lo que corresponde al Estado en ejercicio de su poder punitivo debe tipificar los delitos de narcotráfico pues son atentatorio a la salud pública. Además considera que la disposición no atenta a la condición de *última ratio* del derecho penal:

La Corte no encuentra que la decisión de sancionar penalmente la tenencia y posesión ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas constituya una medida represiva que desconozca la condición de ultima ratio del derecho penal, pues ha considerado que constituye una conducta lesiva de los intereses de la comunidad, como es el derecho a la salud pública, derecho que es objeto de protección constitucional; sin dejar de esgrimir que dicha tipicidad se enmarca en el campo supranacional del derecho penal y la lucha en contra del delito de narcotráfico y sus ramificaciones.

La Corte para analizar la proporcionalidad toma en cuenta los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Y concluye que la pena en el artículo cuestionado es una medida adecuada y óptima para proteger el bien jurídico tutelado, la salud pública. Asimismo toma en cuenta que este artículo limita el cometimiento de la figura penal tipo de la tenencia y posesión ilícita de drogas.

En el presente caso la Corte toma en cuenta que, en caso de duda sobre la constitucionalidad de una norma, esto debe esgrimirse bajo el principio *pro legislatore*. Y concluye que la sanción establecida en la norma contenida en el artículo 62 de la LSEP no presenta contradicción con los principios constitucionales vigentes.

3.4. 8 Decisión del Tribunal

Negar la consulta de constitucionalidad formulada por el Segundo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, frente al artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, por no contradecir ni vulnerar norma constitucional alguna¹⁷⁰.

¹⁷⁰Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia Interpretativa Caso N° 0015-11-CN SENTENCIA N° 006-12-SCN-CC*

3.4.9 Conclusión

Del análisis del siguiente caso se puede concluir que, la competencia sobre el control de constitucionalidad de las normas pertenece a la Corte Constitucional. Por lo tanto, elevar a consulta a la Corte es el procedimiento dispuesto en la Constitución para el control de normas desproporcionadas. Tomando en cuenta el Caso 30-S donde el Tribunal decidió por sí mismo declarar la desproporcionalidad de una norma, con el procedimiento del artículo 428 se genera un mayor control constitucional y como se observó, pese a existir posibles cuestionamientos sobre la constitucionalidad de la norma, la Corte bajo el criterio *pro legislatore* y en un extensivo análisis concluyo que la norma no contraviene la Constitución.

3.5 Análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad en el Caso “Prescripción en delitos de narcotráfico”

3.5.1 Introducción al caso

Este caso inicial con el cuestionamiento de proporcionalidad del artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas, por parte del Tribunal Segundo de Garantías Penales de Pichincha. La importancia de este caso constitucional al tema investigado es, comparar la diferente forma de aplicar el principio de proporcionalidad, para conocer cuál asegura la seguridad jurídica del país.

3.5.2 Datos generales del proceso

Fecha y lugar de la sentencia

Quito, D. M., 05 de enero del 2012

Numero de juicio

CASO No. 0023-09-CN, SENTENCIA No. 001-12-SCN-CC

Judicatura

-Corte Constitucional del Ecuador

-Juez sustanciador: Dr. Patricio Herrera Betancourt

De la demanda (consulta)

Tercera Sala de lo Penal, Colusorio y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha

3.5.3 Norma elevada a consulta de constitucionalidad

Ley de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas (LSEP):

Art. 88.- Prescripción de la acción y de la pena.- La acción penal por la comisión de los delitos tipificados en esta Ley prescribirá en el doble del tiempo de la pena máxima prevista para cada infracción, sin que el plazo pueda exceder de veinte y cinco años. El referido plazo se contará desde la fecha en que el delito fue perpetrado, de no haber enjuiciamiento y, de haberlo, desde la fecha de la resolución de instrucción fiscal.

La pena prescribirá en un tiempo igual al doble de la condena, pero el plazo de prescripción nunca será mayor de cuarenta años ni menor de cinco años.

3.5.4 Hechos relevantes en el cuestionamiento del Tribunal Penal

El señor José Luis Arévalo Beltrán, acusado por tráfico de drogas en el juicio No. 331-1987 iniciado el 06 noviembre de 1987, alega el 12 de diciembre del 2008 (21 años después de iniciado el juicio) la operación de la prescripción de la acción penal, según lo establecen los artículos 101 y 114 del Código Penal, los cuales disponen que los delitos reprimidos con reclusión prescriben en diez (10) años y los de reclusión mayor especial en quince (15) años. El juez decide que se ha cumplido los requisitos de estos artículos y establece la prescripción en auto declarativo con fecha 06 de mayo del 2009.

En consulta al superior del caso antes nombrado, con Número. 272-2009 entra en conocimiento la Tercera Sala de lo Penal, Colusorio y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Esta establece que se han cumplido los requisitos señalados en los artículos 101 y 114 del Código Penal para confirmar el auto declarativo de prescripción. Sin embargo, en el mismo análisis, considera que para el caso resultaba aplicable la disposición contenida en el artículo 88 de la Ley de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas, de la cual se ha generado la duda sobre su constitucionalidad. Por lo que dispuso suspender la causa para remitir la consulta de constitucionalidad que fue presentada en la Corte Constitucional el 28 de julio del 2009.

La norma cuestionada señala una prescripción especial para la acción de un máximo de veinticinco años y para la pena de un plazo máximo de cuarenta años, lo cual difiere con los plazos de prescripción señalados en el Código Penal. Por este razonamiento, La Sala cuestiona la constitucionalidad de la norma por considerarla desproporcional y una violación al principio de igualdad, como lo expone a continuación:

Como se desprende del análisis de la prescripción reconocida en el artículo 101 del Código Penal y de la prescripción especial establecida en el artículo 88 de la Ley de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas, existe una evidente contradicción, pues para los delitos contenidos en esta última, se dispone de forma especial de prescripción mucho más gravosa que aquella dispuesta para los delitos en general. Esta disposición implica la supresión o reducción de una garantía procesal, basada en la supuesta peligrosidad de las conductas contenidas en la Ley de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas, lo cual ha llevado a esta

Sala a dudar razonablemente respecto de la constitucionalidad de dicha disposición, así como sobre su adecuación con los principios contenidos en los tratados y convenios internacionales. ... consideración de la Corte Constitucional¹⁷¹....

3.5.5 Pretensión concreta del Tribunal Penal a la Corte Constitucional

La Sala Penal al tener duda razonable sobre la constitucionalidad del artículo 88 de la LSEP, decide elevar este cuestionamiento y pedir concretamente lo siguiente:

La Sala consultante manifiesta que pone en consideración de la Corte Constitucional los fundamentos señalados "a efecto de que se pronuncie sobre la constitucionalidad del artículo 88 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas¹⁷²".

3.5.6 Problemas jurídicos relevantes

¿A qué etapa del tratamiento de la prescripción de la acción y de la pena corresponde el presente caso?

¿El artículo 88 de la LSEP adolece de proporcionalidad en la pena en cuanto a los tiempos que considera para la prescripción?

¿El artículo 88 de la LSEP vulnera el principio de igualdad al tener periodos de prescripción más amplios que los otros delitos?

¿Debió la Sala Penal elevar a consulta a la Corte Constitucional la norma del artículo 88 de la LSEP?

¿Quién tiene la competencia de declarar la proporcionalidad de las penas?

¿Vulneró de alguna forma esta sentencia de la Corte Constitucional la seguridad jurídica?

3.5.7 Consideraciones a las que llega la Corte Constitucional

La sentencia de la Corte Constitucional inicial con un análisis de las etapas del tratamiento de la prescripción de la acción y de la pena en los delitos sancionados por la ley de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Tomando en cuenta que el juicio se inició en 1987,

¹⁷¹ Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia Interpretativa Caso N°* Caso No. 0023-09-CN, Sentencia No. 001-12-SCN-CC

¹⁷² Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia Interpretativa Caso N°* Caso No. 0023-09-CN, Sentencia No. 001-12-SCN-CC

lo que busca la Corte es ver cuál era la legislación aplicable para el caso, es decir, cuál tiempo de prescripción opera para el caso concreto.

Sobre la cuestión anterior concluye que, “el presente caso que inicia 1987 le resulta aplicable la disposición del régimen general penal vigente a la época (etapa I), esto es, la contenida en el artículo 101 del Código Penal”¹⁷³. Esta resolución obedece al cumplimiento del principio de legalidad, tipicidad en materia penal, y al principio de seguridad jurídica, debido a que, se debe aplicar la norma vigente al momento de los hechos.

En cuanto al cuestionamiento de constitucionalidad que hizo la sala del artículo 88 de la LSEP, que establece la prescripción especial de la acción y de la pena en delitos de narcotráfico, la Corte basa su decisión en lo consideró el Tribunal Constitucional del Ecuador, en la Resolución No. 119-1-97 que establece:

El narcotráfico es un delito muy grave, de lo cual, siguiendo a la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia No. C-416/2002, cuando la persecución de un delito no ha perdido interés social (como en el caso de delitos graves) caben medidas legislativas que aseguren la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo que impidan su comisión e impunidad (prevención y sanción mediante acción y penas especiales), sin que por ello se catalogue a la medida como antigarantista ni retrógrada o que responde al Derecho Penal del Enemigo, pues siempre la comprobación de la existencia del delito y del grado de responsabilidad en el mismo se realizará conforme a derecho, es decir, respetando a las garantías del debido proceso¹⁷⁴.

Asimismo la Corte Constitucional considera el artículo 76 numeral 3 parte final que dispone: “la observancia del trámite propio de cada procedimiento”, sumado a las Sentencias 002-10-SCN-CC y 028-10-SCN-CC de la Corte Constitucional en las cuáles se ha catalogado al narcotráfico como un delito de lesa humanidad, cuya comisión debe ser evitada a fin de aminorar sus impactos negativos en la sociedad, a través de las medidas jurídicas pertinentes en salvaguarda del buen vivir y el interés general¹⁷⁵. Con lo cual concluye la Corte que el artículo de ninguna manera es contraria a la Constitución, debido a que los delitos del

¹⁷³ Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia Interpretativa Caso N°* Caso No. 0023-09-CN, Sentencia No. 001-12-SCN-CC

¹⁷⁴ Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia Interpretativa Caso N°* Caso No. 0023-09-CN, Sentencia No. 001-12-SCN-CC

¹⁷⁵ Conclusión sobre los delitos de narcotráfico que sostiene la Corte Constitucional en las sentencias: 002-10-SCN-CC y 028-10-SCN-CC.

narcotráfico son considerados como muy graves que deben ser sancionados de la forma más estricta.

3.5. 8 Decisión del Tribunal

1. Declarar que el artículo 88 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas no contraviene la Constitución de la República del Ecuador.

2. Devolver el expediente a la Sala consultante para que continúe con la sustanciación de la causa.¹⁷⁶

3.5.9 Conclusión

Del análisis del siguiente caso se puede concluir que, sobre el caso concreto la Corte hace un correcto análisis sobre la ley competente para el caso en cuanto a la temporalidad, cumpliendo de esta manera con el principio de legalidad.

Sobre la proporcionalidad de la pena, pese a que este artículo es cuestionado por muchos tratadistas y pese a ser bastante estricto, la Corte en su análisis establece que el narcotráfico es un delito de lesa humanidad que debe ser sancionado con las penas más severas. Sobre si quebranta el principio de igualdad la prescripción de la acción considerada con la que establece el Código Penal, la Corte señala que el artículo 76 numeral establece permite en cada materia establecer su propio procedimiento.

¹⁷⁶Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia Interpretativa Caso N°* Caso No. 0023-09-CN, Sentencia No. 001-12-SCN-CC

3.6 Análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad en el Caso “Contravención: Parados mucho tiempo en las esquinas”

3.6.1 Introducción al caso

Este caso inicial con el cuestionamiento de proporcionalidad del Artículo 606 numeral 12 del Código Penal. La Jueza de Contravenciones de Tumbaco se cuestiona la constitucionalidad de esta norma debido a que considera, subjetivo el criterio del término “mucho tiempo” que contiene este artículo.

La Corte entra en conocimiento de este proceso y hace un análisis completo de la constitucionalidad de la norma, donde concluye que esta norma no solo es un tipo penal abierto, sino que vulnera principios constitucionales como proporcionalidad, lesividad, igualdad, inocencia, seguridad jurídica y legalidad. Por lo tanto decide declararla inconstitucional y expulsarla del ordenamiento jurídico.

3.6.2 Datos generales del proceso

Fecha y lugar de la sentencia

Quito, D. M., 19 de enero del 2012

Numero de juicio

Sentencia N. ° 011-12-SCN-CC, Caso N.° 0035-11-CN

Judicatura

-Corte Constitucional del Ecuador - Jueza constitucional sustanciadora: Dra. Nina Pacari Vega

De la demanda (consulta)

Jueza de contravenciones de Quitumbe

3.6.3 Norma elevada a consulta de constitucionalidad

Artículo 606 numeral 12 del Código Penal:

Artículo. 606 Serán reprimidos con una multa de siete a catorce dólares de los Estados Unidos de Norteamérica y con prisión de dos a cuatro días, con una de éstas penas solamente:

12.- Los que permanecieren mucho tiempo y sin objeto alguno plausible parados en las esquinas de las calles u otros lugares no destinados al recreo de los habitantes.

3.6.4 Hechos relevantes en el cuestionamiento del Tribunal Penal

Esta consulta es realizada por la jueza de contravenciones de Pichincha dentro de la causa N.º 7163-2011. Donde los ciudadanos: Rommel Eduardo Vallejo Vallejo, Jorge Washington Negrete Guevara y Diego Geovanny Vallejo Vallejo fueron detenidos por una supuesta contravención flagrante que consiste en “estar en un lugar mucho tiempo sin objeto plausible”, de conformidad al artículo 606 numeral 12 del Código Penal.

La jueza consideró que la aplicabilidad de la citada norma no es lo suficientemente clara como para que el juzgador y la Policía Nacional, como agentes de detención, establezcan los parámetros legales de lo que debe entenderse por “mucho tiempo”, dando lugar a una sui generis apreciación de los agentes aprehensores o diferencias de criterios en las sentencias.

El término mucho tiempo se considera la jueza que puede ser muy subjetivo, de tal manera, que la norma al producir duda, obliga con ello a juzgar en base a una presunción y no a un hecho típico antijurídico y culpable como lo exige la doctrina penal.

3.6.5 Pretensión concreta del Tribunal Penal a la Corte Constitucional

La jueza de contravenciones pidió a la Corte Constitucional que clarifique si es o no constitucional esta norma legal tan utilizada en el campo de las contravenciones flagrantes, si bien es cierto la pena no pasa de cuatro días. Se puede considerar una desproporcionalidad al no existir una agresión a un bien jurídico protegido. Además de vulnerar el derecho al libre tránsito.

3.6.6 Problemas jurídicos relevantes

¿Protege algún bien jurídico la norma del Artículo 606 numeral 12 del Código Penal?

¿Esta norma genera una violación a principios constitucionales como el libre tránsito y la proporcionalidad?

¿Esta norma genera violación al principio de inocencia?

¿Genera duda aplicar esta norma por su disposición subjetiva de tiempo?

¿Quién tiene la competencia de declarar la proporcionalidad de las penas?

¿Vulneró de alguna forma esta sentencia de la Corte Constitucional la seguridad jurídica?

3.6.7 Consideraciones a las que llega la Corte Constitucional

La Corte consideró que este artículo vulnera el principio de presunción de inocencia, debido a que, no se puede considerar como culpable a una persona a quien se le atribuya un hecho punible, hasta que se dicte sentencia firme que declare la culpabilidad, en este caso las personas que están paradas no han realizado ninguna acción, por lo cual no se puede invertir la carga de la prueba.

Sobre el tema de la duda que genera el tiempo, la Corte establece que existe en esta norma lo que se denomina como tipicidad abierta. Con lo cual, en el derecho penal el legislador vulnera de manera evidente la norma constitucional relativa al principio de legalidad; la seguridad jurídica y al principio de inocencia, así también el derecho a la defensa y el derecho a la igualdad y no discriminación. Además sostiene que es un criterio reiterativo que las normas penales abiertas dentro de un sistema constitucional son inconstitucionales por vulnerar derechos.

En cuanto al principio de lesividad la Corte dispone que, los tipos penales deban preveer situaciones en las que el bien jurídico protegido pueda sufrir un daño concreto y verificable empíricamente. Por lo tanto, después del análisis del artículo cuestionado llega a la conclusión que en este caso no hay daño, ni existe un bien jurídico protegido.

De la misma manera, y por todas las razones antes citadas la Corte establece que esta norma también genera una vulneración al principio de proporcionalidad, debido a que a más de no tener una razón empírica para estar en el ordenamiento, la pena posee una pena de cuatro días de prisión, lo cual carece de una finalidad constitucional, ya que no se orienta a la protección de un derecho constitucional, lo que consecuentemente deriva en la falta de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

3.6. 8 Decisión del Tribunal

1. Se acepta la consulta remitida por la jueza de contravenciones de Pichincha, zona Quitumbe, respecto de la inconstitucionalidad del artículo 606 numeral 12 del Código Penal.

2. Se declara la inconstitucionalidad del numeral 12 del artículo 606 del Código Penal por contradecir lo dispuesto en los artículos 76 numeral 2; 76 numeral 3; 82; 76 numeral 7; 11 numeral 2 de la Constitución. Por tanto, se determina su expulsión del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

3. En virtud de lo dispuesto en el artículo 143 numeral 1, y de conformidad con los artículos 95 y 96 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, esta sentencia tiene efectos generales y hacia el futuro, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 76 numeral 5 de la Constitución¹⁷⁷.

3.6.9 Conclusión

Del análisis del siguiente caso se puede concluir que, la Corte Constitucional analiza varios aspectos sobre la norma, y no solo lo que la jueza de contravenciones decidió recalcar. Este examen de constitucionalidad de la norma fue exhaustivo por parte de la Corte, dejando en evidencia que la norma cuestionada adolecía totalmente de constitucionalidad.

Sobre la proporcionalidad de la pena, la Corte considera que al existir una afectación al principio de lesividad el resultado es una violación del principio de proporcionalidad. En esta sentencia se analizan los subprincipios idoneidad, necesidad y proporcionalidad, concluyendo que la norma es desproporcional y sumado a las violaciones de todos los anteriores principios es inconstitucional.

Cabe recalcar el análisis que hace la Corte sobre su competencia, en el cual reitera el control concentrado de constitucionalidad. Esta importancia del control se ve reflejada dentro de la decisión del Tribunal, la cual es: declarar la inconstitucionalidad de la norma y expulsarla del ordenamiento jurídico. Lo cual refleja la importancia de este control de constitucional, pues es la forma con la cual se puede controlar que las normas

¹⁷⁷Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia Interpretativa Caso N°* Caso No. 0023-09-CN, Sentencia No. 001-12-SCN-CC

desproporcionadas salgan del ordenamiento y el método para encajar normas antiguas con la actual Constitución.

3.7 Conclusión general de la jurisprudencia presentada

Después de un análisis de todos los casos, se puede concluir:

1. Diferentes Tribunales Penales, jueces de contravenciones e inclusive el mismo Tribunal del Caso 30-S, han optado en caso de duda sobre la proporcionalidad/constitucionalidad de una norma aplicar el procedimiento del artículo 428 de la Constitución.
2. La Corte Constitucional al entrar al análisis de su competencia, en todos los casos sostiene que la facultad de declarar la constitucionalidad de las normas, es exclusiva de la Corte. Asimismo, que los jueces deben en caso de duda elevar a consulta la constitucionalidad o proporcionalidad de las normas.
3. La Corte establece como criterio reiterado el paso de un control constitucional difuso a uno concentrado. Por lo cual, advierte que la facultad de los jueces penales para aplicar la Constitución en caso de duda de alguna normativa, es el elevar a consulta, para que sea la Corte quien resuelva la Constitucionalidad de la norma.
4. En la mayoría de casos el criterio de la Corte es afianzar el principio *pro normae o legislatore*, por el cual, se procederá a declarar la inconstitucionalidad de una norma como ultima ratio o último recurso. En tal sentido, se observa que la Corte no declara una norma inconstitucional, a menos que, la norma cuestionada sea de manera cierta, evidente e incuestionable inconstitucional.
5. Se puede concluir entonces que, el procedimiento de aplicación del principio de proporcionalidad en la sentencia del Caso 30-S es totalmente opuesta al criterio de la Corte Constitucional, órgano que exige elevar a consulta en todos los casos.

3.8Cuál es el procedimiento para la aplicación del principio de proporcionalidad en normas desproporcionadas

Después de haber realizado esta investigación, tomando en consideración los diferentes criterios indagados como:

1. El análisis del control de constitucional en el Ecuador,
2. El estudio de los artículos constitucionales,

3. El examen de los criterios en las sentencias vinculantes de la Corte Constitucional;
4. El análisis de los procesos de aplicación de proporcionalidad, en diferentes casos; cuando Tribunales y jueces, han cuestionado la proporcionalidad de una norma,
5. La disertación del procedimiento de aplicación de la proporcionalidad en el Caso 30-S.

Se puede concluir que, el procedimiento de aplicación del principio de proporcionalidad en los casos concreto por parte de los jueces penales es la aplicación del artículo 428 de la Constitución que literalmente establece:

Artículo. 428.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente¹⁷⁸.

Es decir que, en el caso concreto cuando un Tribunal se cuestione o tenga dudas sobre la proporcionalidad de una norma, siempre deberá remitir consulta a la Corte Constitucional, siendo este el órgano competente para resolver la constitucionalidad de la norma.

Lo cual genera, unificar criterios en cuanto a la constitucionalidad de las normas, evitar la inseguridad jurídica al no permitir que los jueces arbitrariamente puedan declarar normas o penas inconstitucionales/desproporcionales, y puedan imponer penas como ocurrió en el Caso 30-S. El criterio utilizado en este caso es una excepción y es contrario a lo que establece tanto la Constitución, como la tendencia unánime de la Corte Constitucional.

¹⁷⁸ Constitución de 2008. Artículo 428. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

3.9 Presupuestos para que una consulta de constitucionalidad de norma pueda de considerarse adecuadamente motivada

De la sentencia N.º 001-13-SCN-CC CASO N.º 0535-12-CN de 06 de febrero del 2013, la Corte ha establecido tres presupuestos para que una consulta sea admitida, los cuales son:

1. Identificación del enunciado normativo pertinente cuya constitucionalidad se consulta:

Las juezas y jueces tienen la obligación de remitir en consulta a la Corte Constitucional la disposición normativa aplicable a un caso concreto que consideren inconstitucional; por lo que los jueces deben identificar con claridad absoluta cuales son los preceptos normativos que consideran inconstitucionales, ya que solo sobre ellos la Corte Constitucional podrá ejercer un control de constitucionalidad. Bajo esta consideración no caben consultas propuestas sobre interpretaciones infra constitucionales que se realicen en el caso concreto, que no denoten un problema de relevancia constitucional.

2. Identificación de los principios o reglas constitucionales que se presumen infringidos:

La tarea de las juezas y jueces, al momento de elevar una consulta a la Corte Constitucional, no se reduce a la identificación del precepto normativo supuestamente contrario a la Constitución, sino que además deben identificar qué principios o reglas constitucionales se presumen infringidos por la aplicación de dicho enunciado normativo.

El deber de motivación, contenido en el artículo 76 numeral 7 literal 1 de la Constitución de la República, obliga a todos los poderes públicos y sus operadores a motivar sus decisiones, lo cual no solo conlleva a la exposición de las disposiciones normativas aplicables al proceso, sino que además a exponer las circunstancias y razones por las cuales dichos enunciados son determinantes en el proceso. De esta manera, las juezas y jueces deben establecer la forma, circunstancias y justificación por las cuales dichos enunciados contradicen la Constitución.

3. Explicación y fundamentación de la relevancia de la norma puesta en duda, respecto de la decisión de un caso concreto:

El juez debe detallar y describir, de manera pormenorizada y sistemática, las razones por las cuales el precepto normativo es indispensable para la decisión de un proceso judicial, lo

cual no solo implica identificar el enunciado normativo que presuntamente debe ser aplicado al proceso, sino que también conlleva a la determinación de cómo la interpretación de la norma es imprescindible para la toma de la decisión, en consideración a la naturaleza misma del proceso y momento procesal en que se presenta dicha consulta. Esto supone que las juezas y jueces no pueden elevar una consulta de constitucionalidad tan pronto sea presentada una demanda, sino sustanciar dicho proceso hasta que la aplicación de una disposición normativa de dudosa constitucionalidad, sea absolutamente necesaria para continuar con el proceso, o para decidir la cuestión.

4. CONCLUSIONES

1. De los temas que se han desprendido en este trabajo de investigación, se puede concluir que, el Estado Constitucional de Derechos y Justicia adoptado por el Ecuador, ha cambiado las nociones de interpretación de principios jurídicos. Estas nuevas nociones que se basan en el neoconstitucionalismo no implican un divorcio del legalismo, sino una reformulación del concepto ley. Actualmente, se busca un razonamiento jurídico y ponderado por parte de los jueces, a quienes incluso se les permite cuestionar la ley, para que en todas las sentencias se asegure el fin del Estado, que es la protección de los Derechos Humanos.
2. La realización del presente trabajo, realza la importancia de la proporcionalidad de la pena como un principio constitucional que evita la imposición de penas arbitrarias, inútiles y desproporcionadas. Pese a esto, del análisis realizado se advierte que por varios motivos en la legislación penal ecuatoriana existen casos con normas que adolecen de penas con falta de proporcionalidad.
3. Debido a la importancia que genera el control por parte de los jueces del principio de proporcionalidad, los mismos deben utilizar un método de aplicación claro, incuestionable y que otorgue seguridad jurídica. Esto con el fin que las sentencias respeten dos puntos importantes: por un lado, la Constitución y los Derechos Humanos y por otro, la organización del Estado y la ley.
4. La Constitución no permite a los jueces de aumentar o reducir penas. Inclusive para inaplicar una norma, todos los jueces por mandato constitucional deberán consultar a la Corte Constitucional. De esta manera, se puede concluir que la sentencia del Caso 30-S vulnera el principio de legalidad, esto debido a que, el Tribunal no cumplió con el procedimiento del artículo 428 de la Constitución, y por sí mismo condenó a una pena reducida, fuera de los márgenes establecidos por la ley, lo cual genera un precedente que altera la seguridad jurídica del país.
5. El artículo 428 de la Constitución genera el cambio de control difuso a un control concentrado de constitucionalidad. Después de haber analizado tanto la normativa

constitucional, las sentencias de la Corte Constitucional como los casos expuestos, se concluye que, los jueces en caso de duda sobre si una disposición es constitucional, siempre deberán remitir a consulta el expediente a la Corte Constitucional, asimismo, en ningún caso los Tribunales podrán inaplicar por si mismos normas. Tomando en cuenta que, una norma desproporcional es inconstitucional, este es el método y el procedimiento para aplicar la proporcionalidad de la pena por los jueces ordinarios.

6. Del trabajo investigativo se advierte que, la tendencia de la Corte Constitucional actualmente es negar las consultas de constitucionalidad. Es decir que, en la legislación ecuatoriana siguen existiendo normas con penas desproporcionadas, con lo cual no se resuelve el problema.
7. Las nuevas reformas legales y la expedición de un Código Penal Integral renovará las leyes penales. Aun así, lo más trascendental será intentar adaptar esta legislación a estándares constitucionales y de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. En tal sentido, se deberá mantener coherencia lógica y jurídica en cada uno de los tipos penales, para lo cual habrá que optar por capacitación y un adecuado asesoramiento profesional, que permita integrar penas que cumplan con el principio de proporcionalidad.

5 RECOMENDACIONES

El adaptar normas antiguas a la actual Constitución debe ser uno de los objetivos de la Asamblea Nacional. El Ecuador no debe mantener delitos con penas exorbitantes o desproporcionales. Actualmente, los asambleístas al momento de legislar deben tomar en cuenta que el fin de la pena es la rehabilitación del individuo, por lo cual debe existir proporcionalidad entre la infracción y la sanción, cumpliendo con lo dispuesto en la Constitución.

Tomando en cuenta que, las penas desproporcionales están presentes en el ordenamiento jurídico lo que se sugiere es en primer lugar, una revisión normativa de las codificaciones penales que poseen penas desproporcionales. En segundo lugar, se recomienda una reforma normativa para cumplir con el fin rehabilitatorio que protege el sistema penal ecuatoriano.

Para dar paso a esta recomendación se toma en cuenta el artículo 24 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa que dispone:

Art. 24.- Comisiones especializadas ocasionales.- El Consejo de Administración Legislativa propondrá la creación de comisiones especializadas ocasionales, que serán aprobadas e integradas por el Pleno de la Asamblea Nacional, y terminarán cuando se cumplan los fines para los cuales fueron creadas.

Se propone entonces crear dentro de la Asamblea Nacional una Comisión Ocasional que tenga como fin revisar dentro del ordenamiento jurídico leyes y codificaciones para actualizarlas y adaptarlas a la constitución garantista que posee el Ecuador. Esta comisión tendrá como función revisar leyes y sugerir cambios para cumplir con lo dispuesto en el artículo 76 numeral 6 que establece la debida proporcionalidad entre las infracciones y sanciones penales.

BIBLIOGRAFÍA

Tabla Plexo Normativo:

Constitución de 1978. Registro Oficial No. 800 de 27 de marzo de 1979.

Constitución de 1998. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998

Constitución de 2008. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Código Penal del Ecuador. Registro Oficial No.147 de 22 de enero de 1971.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

Código Civil del Ecuador. Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun-2005.

Instrumentos Internacionales:

Declaración Americana de los Derechos Humanos y deberes del hombre (1948).

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

Jurisprudencia:

Tribunal Segundo de Garantías Penales de Pichincha. Sentencia. Caso 63-2011-TSGPP.

Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 0001-09-SCN-CC. Quito D. M., 14 de Mayo del 2009. Registro Oficial Suplemento 602 de 1 de Junio del 2009.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Interpretativa Caso N° 0015-11-CN Sentencia N° 006-12-SCN-CC

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Interpretativa Caso N° Caso No. 0023-09-CN, Sentencia No. 001-12-SCN-CC

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Interpretativa Caso N° Caso No. 0023-09-CN, Sentencia No. 001-12-SCN-CC

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Interpretativa Caso N° Caso No. 0023-09-CN, Sentencia No. 001-12-SCN-CC

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Interpretativa Caso N° Caso No. 0023-09-CN, Sentencia No. 001-12-SCN-CC

Conclusión sobre los delitos de narcotráfico que sostiene la Corte Constitucional en las sentencias: 002-10-SCN-CC y 028-10-SCN-CC.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Interpretativa Caso N° Caso No. 0023-09-CN, Sentencia No. 001-12-SCN-CC

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Interpretativa Caso N° Caso No. 0023-09-CN, Sentencia No. 001-12-SCN-CC

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Interpretativa 0002-09-SCN-CC, Caso: 0004-09-CN.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Interpretativa No. 006-10-SCN-CC CASO Nro. 0039-09-CN.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Interpretativa No 006-12-SCN-CC CASO No 0015-11-CN.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Interpretativa No 003-10-SCN-CC, CASO No. 0005-09-CN.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Interpretativa No 007-10-SCN-CC, CASO No. 0003-10-CN.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Interpretativa No 006-12-SCN-CC, CASO No. 0015-11-CN.

Corte Constitucional. Sentencia Interpretativa 006-12-SCN-CC, 19 de enero de 2012. Registro Oficial Suplemento 641 de 15 de Febrero del 2012.

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia Interpretativa No 0010-13-SCN-CC , CASO 0071-13-CN:*

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia Interpretativa No 0010-13-SCN-CC , CASO No 0625-12-CN.*

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia Interpretativa No 0010-13-SCN-CC , CASO No 0535-12-CN.*

Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. No. 463 U.S. 277. Harmelin vs. Michigan 1991.

Doctrina:

Albán Gómez, Ernesto. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General, 6ta edición, Quito, Ediciones Legales, 2008.

Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

Alexy, Robert. “La fórmula del peso”, El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Arévalo, Senker. El papel de los jueces a la luz de la Constitución del 2008, Curso constitucional, PUCE Ambato, 2012.

Ávila, Ramiro. “El principio de legalidad vs el principio de proporcionalidad”, El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Miguel Carbonell (ed.). Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Ávila, Ramiro. La Constitución del 2008 en el contexto andino, análisis desde la doctrina y el derecho comparado, Vol. 1. Quito, Ministerio de Justicia y derechos humanos.

Ávila, Ramiro. Caracterización de la Constitución de 2008, Serie Número 30, Quito, UASB- Corporación Editora Nacional, 2009.

Ayala Mora, Enrique. Ecuador patria de todos, 2da edición, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004.

Ayala Mora, Enrique. Nueva historia del Ecuador, Volumen 1, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004

Barroso, Luis Roberto. Las transformaciones del Derecho Constitucional, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Bernal Pulido, Carlos. El neoconstitucionalismo a debate, Bogotá, Estudios constitucionales Carlos Restrepo, 2005.

Bernal Púlido, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Bernal Pulido, Carlos. Los principios de aplicación de los derechos, Quito, Inred, 2009.

Binder, Alberto. El incumplimiento de las formas procesales, elementos para una crítica a la teoría de las nulidades en el proceso penal, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000.

Bobbio, Norberto. El tiempo de los derechos, Madrid, Ediciones Cátedra, 1997.

Borja, Rodrigo. Sociedad, Cultura y Derecho, Quito, Planeta, 2007.

Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Buenos Aires, Heliasta, 1981.

Carbonell, Miguel. Neoconstitucionalismo. Madrid, Editorial Trotta, 2003.

Carbonell, Miguel. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Clérico, Laura. “El examen de proporcionalidad entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Miguel Carbonell (ed.), Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Cuello Calón, Eugenio. La moderna penología. Salamanca: Editorial Bosch, 1974.

Echeverría, Enrique. Derecho Penal Ecuatoriano, Vol. II, Quito, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1958.

Escobar, Claudia. “DEL TRIBUNAL A LA CORTE: ¿TRÁNSITO HACIA UNA NUEVA JUSTICIA CONSTITUCIONAL?”, La Constitución del 2008 en el contexto andino, Análisis desde la doctrina y el derecho comparado, Ramiro Ávila (ed.). Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta, 1995.

García de Enterría, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo, Tomo 1, Bogotá, Editorial Temis -Palestra, 2008.

Guastini, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano. IJ-UNAM, Fontamara, México, 2001.

Habermas, Jürgen. La racionalidad de la ponderación, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Hart, Herbert. El concepto de Derecho, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.

Jiménez de Asúa, Luis. La sentencia indeterminada, Madrid, Edición Reus, 1993.

Jiménez de Asúa, Luis. Introducción al Derecho Penal, Volumen 1, México, Editorial Universitaria, 2002.

Kelsen, Hans. ¿Qué es la justicia?, Buenos Aires, Editorial Leviatán, 1981.

Loewenstein, Karl. Teoría de la Constitución, Madrid, Ariel, 1983.

Papacchini, Ángel. Filosofía y derechos humanos, Tercera Edición, Cali, Editorial Universidad del Valle, 2003.

Ponce Villacis, Juan Esteban. El neoconstitucionalismo en el Ecuador, Quito, Corporaciones de Estudios y publicaciones, 2010.

Roxin, Claus. Determinación judicial de la pena, Tomo I, Buenos Aires, Edigraf S.A, 1993.

Sáchica, Luis Carlos. Derecho Constitucional General. 4ta.ed, Bogotá, Temis, 1999.

Salgado Pesantes, Hernán. Dogmática constitucional en el Ecuador. Vol. 1, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004.

Sánchez Gil, Rúben. El Principio de proporcionalidad, Primera Edición, México, UNAM, 2007.

Torres, Luis Fernando. Presidencialismo Constituyente, Primera Edición, Quito, Editora Jurídica Cevallos, 2009.

Vila Casado, Iván. Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo, Bogotá, Legis, 2007.

Villaverde Menéndez, Ignacio. La resolución de conflictos entre derechos fundamentales, El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Velásquez Turbay, Camilo. Derecho Constitucional. Tercera edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

Vergara Gotelli, Juan. Constitución y Proceso, Lima, Jurista Editores, 2009.

Zabala Baquerizo, Jorge. La Pena. Tomo I. Guayaquil, EQ. Editorial, 1986.

Zabala Baquerizo, Jorge. El debido proceso penal, Guayaquil, Edino, 2002.

Zaffaroni, Eugenio. Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. Buenos Aires, Instituto Interamericana de Derechos Humanos, 1984.

Zagrebelsky, Gustavo. El Derecho Dúctil, 3ra. Ed, Madrid, Trotta, 1999.

Zavala Egas, Jorge. Curso Analítico de la Constitución Política de la República del Ecuador, Guayaquil, EDINO, 1996.

Farid Manosalvas. La proporcionalidad de la pena en el Ecuador. Quito: UASB.2006.

Tabla Doctrina Revistas Jurídicas:

Ramiro Ávila Santamaría. “¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal?”, Revista Foro, Revista de derecho No.8, UASB- Ecuador, Quito 2007, pp. 50-51.

Jaime Vintimilla Saldaña. “Principios y Reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del Ius Novus ecuatoriano”. Iuris Dictio, X N 13 (2010), pp. 47.

Gabriel Recalde. “Principios de proporcionalidad”. Revista Actualidad Jurídica. N°51 Enero –Febrero (2013).pp.10.

Reinaldo Calvachi. El peculado bancario. Revista Juris Dictio, año 1 Quito, USFQ julio 200.pp. 103

Tabla de recursos electrónicos:

Aguado Correa, Teresa. El principio de proporcionalidad en Derecho Penal. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/constitucion-derecho-penal-298550>. (acceso 23/05/2013).

Albán, Ernesto. A propósito de terrorismo. <http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/a-propa-sito-de-terrorismo-442958.html>. (acceso 11/04/2013).

Arnold, Rainer. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002012000100003&script=sci_arttext#33. (acceso 15/04/2013).

Betancourt, Eduardo. El estado de derecho, un pleonasma. <http://www.lajornadaguerrero.com.mx/2010/05/11/index.php?section=opinion&article=002a1pol>. (acceso 27/03/2013).

Blanco-Uribe, Alberto. Definición de Estado de Justicia. <http://albertoblancouribe./2012/01/10/definicion-de-estado-de-justicia/>. (acceso 27/03/2013).

Bustamante, Guillermo. El Neoconstitucionalismo. <http://cadhu.com.ec/Cadhu%20Public%20Ultima%2011%20Julio%202011/Ultimo/6%20DR.GUILLERMO%20BUSTAMANTE%20HIDALGO.pdf>. (acceso 20/052013).

Corral, Fabián. La función de la Constitución. http://www.elcomercio.com/columnistas/funcion-Constitucion_0_449955013.html. (acceso 25/03/2013).

Espinosa, Simón. La Constitución de 1978 fue reformada doce veces. <http://www.eluniverso.com/2007/04/11/0001/8/01D451DFAFE340509D320B704.html>. (acceso 26/03/2013).

Guerra, Claudia. Los derechos humanos. <http://mexicolegal.com.mx/vp-nd.php?id=601&categoria=derecho>. (acceso 21/05/2013).

Laporta, Francisco. A propósito del concepto de los Derechos Humanos. <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141712.pdf>. (acceso 21/05/2013)

Martínez Barrera, Jorge. Santo Tomas de Aquino y la Teoría de la justicia. <http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewFile/16200/16741>. (acceso 19/05/2013).

Marchant, Jaime. La discriminación y el derecho a la igualdad. http://www.carlosparma.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=167:la-discrimi. (acceso 15/04/2013)

Pérez, López Jorge. Los valores jurídicos. http://www.derechoycambiosocial.com/revista020/valores%20juridicos.htm#_ftn20. (acceso 19/05/2013).

Valarezo, Tenorio Miguel. Proporcionalidad entre penas y delitos. http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9596. (acceso 08/04/2013).

Yenissey, Rojas Ivonne. La proporcionalidad en la penas. http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Iter%20Criminis%20Documentos/Iter%20Criminis%20Numero_3/la%20proporcionalidad%20en%20las%20penas.pdf. (acceso 15/04/2013).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. <http://www.corteidh.or.cr/tesauro/tr5.cfm>. (Acceso 28/03/13).

Corte IDH. Caso Yatama vs. Nicaragua. Fondo. Sentencia de 23 de junio de 2005.

Comisión IDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr, 22 octubre 2002.

Comisión IDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr, 22 octubre 2002.

Comisión IDH. Informe No. 52/02 (fondo), Caso No. 11.753, Ramón Martínez Villareal, Estados Unidos, 10 de octubre de 2002. Voto concurrente del Comisionado Helio Bicudo, Presidente de la CIDH.

Corte IDH. Caso Vargas Areco vs. Paraguay. Fondo. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155.

Corte IDH. Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas (voto razonado). Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171.

Corte I.D.H., Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63. Párr. 131.

Corte I.D.H. Caso de la Masacre de la Rochela v. Colombia. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

Corte I.D.H. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.

Anexo 1

Entrevista al Dr. Richard Ortiz Ortiz, Secretario Jurídico de la Comisión de Justicia y Estructura del Estado, de la Asamblea Nacional del Ecuador.

Entrevista realizada el 03 de Junio del 2013 en la ciudad de Quito.

-Milton Gavilanes (en adelante MG): ¿Es obligación de la Asamblea revisar normas inconstitucionales?

-Richard Ortiz (en adelante RO): La Constitución señala como obligación del órgano legislativo en la elaboración de normas respetar la Constitución y Tratados Internacionales. Esto funciona desde 2008 para el futuro, y la misma Carta magna no establece una atribución de revisar las normas inconstitucionales.

Lo que si todo asambleísta tiene es iniciativa legislativa, por la cual cualquier asambleísta al revisar y evidenciar que exista una norma contraria a la Constitución puede pedir su reforma o derogación.

-MG: ¿La Comisión de Justicia y Estructura del Estado tiene entre sus funciones el revisar normas con penas que puedan adolecer de falta de proporcionalidad?

-RO: No, de ninguna manera es una atribución. Se llama de justicia porque a la Comisión llegan reformas que tienen que ver con la reforma de justicia. Por ejemplo, en el Código Penal Integral, la iniciativa fue del Presidente de la República, a través del Ministerio de Justicia con el argumento de que tenemos un Código de más de setenta años y que hay que adaptarlo a los estándares constitucionales y universales, lo que se pidió es la gran reforma penal, pero no es con la intención de buscar una norma inconstitucional y de buscar eliminarla, sino por una necesidad y con el discurso de la seguridad ciudadana y del peligro que vive la sociedad. Lo que busca actualmente el gobierno, es penas duras que combatan la delincuencia, y más no optar por la proporcionalidad en las penas. Pero no es función ni de la asamblea ni de la comisión hacer un barrido de las leyes vigentes, sobre todo de las preconstitucionales.

-MG: ¿Función de quién sería?

-RO: Como funciona el Sistema, según la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional todos los ciudadanos pueden plantear una acción de inconstitucionalidad. La forma más efectiva que funciona en otros países es la de los jueces a través del control concentrado de constitucionalidad. Un juez no puede dejar de inaplicar una norma por lo que debe es consultar, y de esta forma se desarrolla el control de constitucionalidad.

-MG: ¿Por parte de los Asambleístas están utilizando el principio de proporcionalidad de la pena para los delitos en el nuevo Código Penal Integral?

-RO: es muy difícil entre partidos encontrar a alguien que razone con cabeza fría entre la proporcionalidad de la infracción y la sanción. Siempre ponen el caso con el ejemplo más extremo y se busca las penas más graves. No se razona o se busca una proporcionalidad entre el delito y la pena, en lo penal el razonamiento es casi escaso.

Por ejemplo, en el tema de violación se quiere dar 30 o 40 años. Esto debido a que la proporcionalidad por los legisladores se la interpreta de varias maneras, e incluso se utiliza otros criterios de tipo político, social e incluso electoral.

-MG: ¿Cómo garantizar el control de las normas inconstitucionales?

-RO: el sistema jurídico debe funcionar a través de la Corte Constitucional que es el órgano que debe garantizar la revisión de normas inconstitucionales.

-MG: Si la tendencia de la Corte Constitucional ha sido negar las consultas de inconstitucionalidad, ¿Cómo se puede asegurar un control de normas desproporcionales?

-RO: Cuando el sistema no funciona no hay que romperse la cabeza, no hay que volverse pesimista, en principio a la Asamblea no le corresponde hacer ese control de constitucionalidad. A la Asamblea sí le corresponde respetar la Constitución al momento de legislar, y de ahí quien debe controlar es la Corte. Si los jueces no funcionan no funciona el sistema.