



# LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

Y LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES Y  
EXPEDITOS ESTABLECIDOS EN LA  
CONSTITUCIÓN

Ramiro Osorio De La Torre

*La Firma*  
abogados

The logo for 'La Firma abogados' consists of the text 'La Firma' in a large, elegant cursive font, with 'abogados' in a smaller, simpler font below it. To the left of the text is a stylized graphic element that combines a signature flourish with the head of a gavel.

**LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL  
Y LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES Y EXPEDITOS  
ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN**

*Ramiro Osorio De La Torre*

Quito – Ecuador

2022

**LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL  
Y LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES Y EXPEDITOS  
ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN**

Ramiro Osorio De La Torre

ISBN: 978-9942-42-141-8

Derecho de Autor: QUI-061626

Editor: Ramiro Osorio - La Firma Abogados Cía. Ltda.

Diagramación: La Firma Abogados Cía. Ltda.

Publicado en: <https://www.lafirma-abogados.com/publicaciones/>

Quito – Ecuador

Todos los derechos reservados. Este trabajo está amparado por la Ley de Propiedad Intelectual. No podrá ser reproducido, almacenado o recopilado en cualquier sin consentimiento escrito del autor.

ISBN: 978-9942-42-141-8



## INTRODUCCIÓN

Para el presente trabajo, he tomado como objeto de estudio el artículo 81 de la Constitución de la República, que ordena establecer procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio al amparo de algunos grupos vulnerables como son niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores.

Desentrañar la afectación o no de las garantías al debido proceso, específicamente los principios constitucionales de legalidad, sometimiento al juez natural y seguridad jurídica y ver la viabilidad de aplicar efectivamente el artículo 81 de la Constitución, han sido el objeto de estudio del presente trabajo, por tal razón hemos enfocado el análisis en los principios antes mencionados en relación con la Constitucionalización del Derecho, exclusivamente del Derecho Penal.

Los principios y técnicas de interpretación constitucional se han hecho indispensables para el análisis del presente estudio, porque es propia de la interpretación Constitucional *“la misión de orientar y encauzar el proceso de relación, coordinación y valoración de los puntos de vista o consideraciones que deben llevar a la solución del problema”*<sup>1</sup>.

A lo largo del presente trabajo encontraremos un punto de vista diferente al que hace relación el artículo 81 de la Constitución, contemplado desde otra perspectiva Constitucional-Penal con bases legales y doctrinales, hecho que nos va a permitir

---

<sup>1</sup> OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, *Hermenéutica Constitucional*, Grupo Editorial Ibáñez, p. 117.

establecer la posibilidad de su aplicabilidad o no de los procedimientos especiales y expeditos determinados en nuestra Constitución.

# ÍNDICE

## INTRODUCCIÓN

### CAPÍTULO I

## LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL Y LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES Y EXPEDITOS ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN

INTRODUCCIÓN	
1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO	7
2. PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN	8
3. EFECTOS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN	13
4. DIMENSIÓN NORMATIVA	16
5. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL	21
6. AUTONOMÍA DEL DERECHO PENAL	23
7. ALCANCE DEL DERECHO PENAL	24
a. ACTUACIÓN DEL DERECHO PENAL	24
b. FUNCIONES DEL DERECHO PENAL	25
8. DERECHO PENAL ADJETIVO	27
a. CARACTERES DEL DERECHO PROCESAL PENAL	28
b. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DEBIDO PROCESO	34
9. RELACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL D. PENAL	36
10. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL	36
11. IMPORTANCIA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL ÁMBITO PENAL	39
12. TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	41
13. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS PENALES EN RELACIÓN A LA CONSTITUCIÓN	43

**CAPÍTULO II**  
**ANÁLISIS DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD,**  
**SOMETIMIENTO AL JUEZ NATURAL Y SEGURIDAD**  
**JURÍDICA EN EL DERECHO PENAL**

INTRODUCCIÓN	51
1. ANTECEDENTES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	51
2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	53
3. PRINCIPIO DEL JUEZ NATURAL	66
4. SEGURIDAD JURÍDICA	72
5. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	74

**CAPÍTULO III**  
**ANÁLISIS DEL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 81 DE LA**  
**CONSTITUCIÓN EN RELACIÓN A LOS PRINCIPIOS**  
**RECTORES DEL DERECHO PENAL**

INTRODUCCIÓN	77
1. CONTENIDO DEL ARTÍCULO 81 DE LA CONSTITUCIÓN	77
2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 81 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA	83
3. PRINCIPIO DE SOMETIMIENTO AL JUEZ NATURAL EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 81 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA	88
4. PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 81 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA	89
CONCLUSIONES	91





# CAPÍTULO I

## LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

### INTRODUCCIÓN

El estudio de la Constitucionalización del Derecho Penal, presenta la importante y necesaria vinculación del Derecho Constitucional con el Derecho Penal, pues toma en cuenta las normas y principios constitucionales para la correcta aplicación y elaboración de normas de carácter penal. Así, en este capítulo trataremos los aspectos fundamentales de cada una de estas dos ramas y su correlación en la aplicación del Derecho, para lo cual, las normas constitucionales se convierten en la base legal y doctrinal para la elaboración de las diferentes leyes.

Al no aplicar la Constitucionalización en la dimensión normativa del Derecho, aparecen los conflictos entre normas (ya sea dentro de un mismo cuerpo legal o de diferente jerarquía) llamados antinomias, que según afirma Ricardo GUASTINI<sup>2</sup> *“es la situación que se genera cuando dos normas ofrecen distintos medios o soluciones para resolver un conflicto sea de aplicación de alguna ley o procedimiento”*.

Es necesario hablar sobre la dimensión normativa del Derecho Penal, su alcance, características y cotejar con el proceso de constitucionalización del Derecho para tener un criterio científicamente fundamentado en relación a la interpretación Constitucional, como veremos más adelante.

### LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

---

<sup>2</sup> GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación Constitucional*, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM / Minima Trotta, p. 55.

La Constitucionalización del Derecho se enfoca directamente a la unificación del ordenamiento jurídico<sup>3</sup>, puesto que al momento de interpretarse y aplicarse las normas jurídicas de las diferentes ramas del Derecho pretende que se lo haga en base y a la luz de lo que garantiza la Constitución, observándose así todos los derechos fundamentales, garantías constitucionales y dentro de éstas las garantías normativas<sup>4</sup> y jurisdiccionales, así como también el debido proceso; es importante indicar que el proceso de constitucionalización es de carácter normativo, toda vez que se vincula y dirige a todas las ramas de la ciencia jurídica<sup>5</sup>, hecho que no hay que confundirlo con la inclusión textual o similar de normas propias de las varias ramas del Derecho en la Constitución o viceversa, pues no nos referimos a una reproducción normativa de los derechos, garantías y principios plasmados en la Constitución o leyes cuando nos referimos a la Constitucionalización del Derecho.

Este concepto no se refiere a las normas de los diferentes cuerpos legales que están plasmadas en la Constitución, sino a la conjugación global del ordenamiento jurídico respecto de la existencia de las bases constitucionales y la constitucionalización del Derecho; de esta manera la constitucionalización empieza a surgir con el desarrollo de la jurisprudencia sobre libertades y derechos fundamentales.

## **PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN**

Para LOUIS FAVOREAU, en el proceso de constitucionalización deben tomarse en cuenta la acumulación de normas constitucionales a través de la jurisprudencia constitucional y el mecanismo de difusión de estas normas de orden jurídico.

El fenómeno de *la acumulación de normas constitucionales*, se produce en todos los países donde funciona un sistema de justicia constitucional, donde la cantidad de las disposiciones en esta materia son de mucha relevancia y de aplicación directa a los individuos a través del desarrollo de la jurisprudencia constitucional. De tal suerte que

---

<sup>3</sup> Entrevista al Doctor Rafael OYARTE Martínez sobre la Constitucionalización del Derecho, 16-mar-2011.

<sup>4</sup> Artículo 84 de la Constitución de la República del Ecuador: “*La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales...*”.

<sup>5</sup> Entrevista al Doctor Rafael Oyarte Martínez sobre la Constitucionalización del Derecho, 16-mar-2011.

*“Las normas constitucionales no pudieron realmente alimentar las diferentes ramas del Derecho sino cuando fueron reconocidas como reglas susceptibles de ser aplicadas o invocadas por los individuos”<sup>6</sup>.*

El proceso de constitucionalización se pudo desarrollar, a partir del momento en que las disposiciones constitucionales aplicables fueron tomadas de la Declaración de los derechos humanos y del ciudadano de 1789<sup>7</sup>. En este sentido, el control constitucional de las mismas funciona mediante la técnica de control constitucional a priori, la cual tiene una ventaja tal como lo advierte LOUIS FAVOREAU de permitir la elaboración rápida de una jurisprudencia constitucional clara que se establezca de manera coherente en algunas decisiones, esto hace posible la interpretación constitucional de la ley desde su promulgación, lo que fortalece la eficacia de la difusión de las normas constitucionales y su contenido garantista.

Cuando hablamos de la difusión de normas constitucionales, existe impregnación y difusión de éstas en relación al orden jurídico en todos los países donde existe una justicia constitucional, pues la normatividad de la Constitución se admite cada vez más y se la concibe actualmente como Derecho, por cuanto las normas constitucionales deben ser aplicadas de forma directa tanto por el juez ordinario como por las autoridades administrativas o los particulares, a más de no necesitar de una ley para ser operativa o aplicada.

Dentro de los principios para el ejercicio de los derechos, la Constitución de la República en su artículo 11 numeral 3 determina que *“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”*; respecto al cumplimiento y la aplicabilidad directa, la misma Constitución determina que *“...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*

---

<sup>6</sup> LOUIS FAVOREAU, *Legalidad y Constitucionalidad. La constitucionalización del Derecho*. Instituto de estudios constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, p.42.

<sup>7</sup> LOUIS FAVOREAU, *op. cit.*, p. 45.

*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 derechos”<sup>8</sup>. En concordancia con los artículos antes citados, dentro de los principios de la Función Judicial tenemos que “Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley...”<sup>9</sup>. De igual forma, leyes infra constitucionales como el Código Orgánico de la Función Judicial al respecto señalan que “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...”<sup>10</sup>. El mismo código también señala en su artículo 5 que “Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y las servidoras y servidores de la Función Judicial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas 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...”<sup>11</sup>”.*

La impregnación constitucional del orden jurídico será el resultado de trasladar la mayoría de las normas importantes a la Corte Constitucional, órgano que integrará o incorporará su interpretación al texto de estas éstas. En consecuencia, la aplicación de tales normas pondrán en práctica a las leyes jerárquicamente inferiores a las constitucionales propagándolas al conjunto del Derecho.

---

<sup>8</sup> Artículo 426 de la Constitución de la República.

<sup>9</sup> Artículo 172 de la Constitución de la República.

<sup>10</sup> Artículo 4 del *Código Orgánico de la Función Judicial*, Editorial, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.

<sup>11</sup> Artículo 5 del *Código Orgánico de la Función Judicial*, Editorial, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.

Respecto a la aplicación de las normas constitucionales, si el juez ordinario no tiene la obligación de aplicarlas, será muy difícil que lo haga puesto que las resoluciones de la Corte Constitucional serán más liberales y protectoras de los derechos fundamentales que sus resoluciones. Al respecto, nuestra Constitución en su artículo 428 determina que *“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”*.

Hay que destacar según FAVOREAU que *“La ausencia de mecanismos que aseguren el respeto de las decisiones de la corte constitucional no es entonces obstáculo para la difusión de las normas constitucionales y más precisamente para la recepción de la jurisprudencia constitucional en las jurisdicciones ordinarias”*<sup>12</sup>.

Continúa FAVOREAU y menciona que *“La pantalla legislativa, utilizada por el juez ordinario para rehusarse a examinar la constitucionalidad de un acto administrativo en cuanto éste se fundamenta en una disposición legislativa, genera una pantalla entre el acto administrativo y la Constitución y le imposibilita efectuar un control al juez ordinario, caso contrario estaría obligado a apreciar la constitucionalidad de la ley, lo que le está prohibido. Lo que se cuestiona en este punto es la utilización abusiva de la pantalla legislativa para evadir el control constitucional por ejemplo de un acto administrativo”*<sup>13</sup>. De manera más específica contamos con la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional donde se determina que:

*“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*

---

<sup>12</sup> LOUIS FAVOREAU, op. cit., p. 48.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

*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 resolviera 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”<sup>14</sup>.*

No se puede tampoco poner en uso el poder reglamentario, ya que éste es autorizado por la ley, por consiguiente, la teoría de la pantalla legislativa funciona. Con esto es posible destacar la no conformidad de la Constitución con la parte reglamentaria. “*De hecho la pantalla legislativa con frecuencia ha sido un pretexto para no aplicar la Constitución y no censurar la administración*<sup>15</sup>”. Se resalta que para las leyes anteriores a la Constitución es posible invocar la caducidad de las mismas que ya no son compatibles con la Constitución, lo cual hace que el juez ordinario no las considere vigentes.

La falencia verdadera existe cuando las normas constitucionales tardan en ser difundidas porque los magistrados y abogados todavía no tienen el “*reflejo constitucional*<sup>16</sup>”, o sea la reacción consistente en preguntarse, en cualquier proceso, si no deben evocarse los aspectos constitucionales<sup>17</sup>, peor aún cuando éstos son ambiguos

---

<sup>14</sup> Artículo 142 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Corporación de Estudios y Publicaciones.

<sup>15</sup> *Ibíd.* p. 50.

<sup>16</sup> *Ibíd.* p. 51.

<sup>17</sup> *Ibíd.* p. 51.

y en algunos casos contradictorios , indeterminados y poco claros como ya veremos más adelante.

## EFFECTOS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN

Este fenómeno de la Constitucionalización del Derecho que fue descrito por primera vez en la Reunión Constitutiva de la Asociación Francesa de los Constitucionalistas en febrero de 1980 en la facultad de Derecho de SAINT-MAUR<sup>18</sup>, presenta según LOUIS FAVOREAU efectos tanto directos como indirectos.

### Efectos directos

En su obra *“Legalidad y Constitucionalidad. La constitucionalización del Derecho”* el autor determina como efectos directos a:

- *La constitucionalización-juridización*<sup>19</sup>, que se refiere al Derecho Constitucional Institucional. Durante mucho tiempo el Derecho constitucional era considerado *“como un catálogo de recetas políticas de carácter vagamente obligatorio en el cual la ciencia política tenía más importancia que el Derecho”*<sup>20</sup>. Sin embargo, la modalidad de designación, competencias y relaciones recíprocas de los órganos de poder están regidas por verdaderas normas de Derecho, pues ahora la política es tomada por el Derecho, con esto la normatividad de la Constitución se impone también a los gobernantes y **la constitucionalización se traduce a la puesta en efectividad de las disposiciones del texto constitucional hacia todo el conglomerado social.**

---

<sup>18</sup> Louis FAVOREAU en: [http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502001000100003&script=sci\\_arttext](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502001000100003&script=sci_arttext) fecha de consulta 4-feb-2012.

<sup>19</sup> LOUIS FAVOREAU y L. Philip. *Le Conseil constitutionnel*, P.U.F., 1978, p.120. en LOUIS FAVOREAU, *Legalidad y Constitucionalidad. La constitucionalización del Derecho*. Instituto de estudios constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, p.54.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

- *La Constitucionalización-elevación*<sup>21</sup>, que es el cambio que existe en cuanto al sistema de fuentes o de producción de normas. “*El sistema de generación de fuentes normativas es esencialmente legislativo en el sentido que define su propio campo de aplicación respecto de su reglamento como también de la Constitución*”<sup>22</sup>. Con esto, la distribución de las competencias entre el legislador y el constituyente la establece la Constitución de manera formal y real, haciendo del juez constitucional la persona encargada de velar por su estricta aplicación. “*Esto permite que se eleve un grado el nivel en el cual se define la repartición de competencias normativas, así se puede generar un deslizamiento de materias que de ser reglamentarias se convierten en legislativas y otras pasan a ser constitucionales*”<sup>23</sup>.
- *La Constitucionalización-Transformación*, “*es la designación de la constitucionalización de derechos y libertades ante todo, conduce a la impregnación de éstos en las diferentes ramas del Derecho y su concordancia con normas de igual jerarquía, así como a la transformación de ellas, dando un impacto en el Derecho, especialmente da un cambio a su contenido*”<sup>24</sup>. Es a este tipo de constitucionalización a la cual se alude cuando nos referimos a la **Constitucionalización del Derecho**.

**En lo que nos concierne, la Constitucionalización-Transformación se constituiría en la impregnación de los principios de legalidad, sometimiento al juez natural y seguridad jurídica en relación a lo que establece el artículo 81 de la Constitución de la República respecto los procedimientos especiales y expeditos, situación que como ya veremos ha sido pasada por alto por parte de los constituyentes y que por lo tanto no está reflejada en su texto, convirtiéndose en una norma que carece de la Constitucionalización del Derecho al no observar los principios antes mencionados.**

---

<sup>21</sup> *Ibíd.*

<sup>22</sup> *Ibíd.*

<sup>23</sup> *Ibíd.*

<sup>24</sup> *Ibíd.*



## Efectos indirectos

FAVOREAU considera como efectos indirectos los siguientes:

- *La modernización del Derecho*<sup>25</sup>, que es un efecto que se da por la transformación del Derecho, lo cual refleja su modernización. “*Esta modernización es sinónimo de liberalización, pues tales cambios son considerados como progresos dados por la lógica de los derechos fundamentales y su efectiva vigencia*”<sup>26</sup>.

Respecto al Derecho Penal y Procedimiento Penal, se nota gran influencia benéfica de los principios constitucionales, como por ejemplo la presunción de inocencia, la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, o respecto de los Derechos de defensa.

- *Unificación del orden jurídico*<sup>27</sup>, “*este efecto se refiere a que las normas constitucionales en forma progresiva devienen en el fundamento común de las distintas ramas del Derecho*”<sup>28</sup>, así los principios generales del Derecho que tenían la tendencia de desarrollarse de manera autónoma en cada disciplina o materia pierden poco a poco su importancia en beneficio de las normas constitucionales positivas.

Podemos observar con esto “*que se superan los obstáculos de los principios generales del Derecho, puesto que las normas constitucionales se imponen sobre todas las autoridades jurisdiccionales, la dualidad de jurisdicciones no obstaculiza su difusión, además su*

---

<sup>25</sup> FAVOREAU LOUIS, *Legalidad y Constitucionalidad. La constitucionalización del Derecho*. Instituto de estudios constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, p.59.

<sup>26</sup> *Ibíd.*

<sup>27</sup> *Ibíd.*

<sup>28</sup> *Ibíd.*

*naturaleza constitucional le confiere autoridad respecto de las jurisdicciones y una autoridad superior a las demás normas*<sup>29</sup>.

A partir de esta constitucionalización aparece la jerarquía de normas, donde las normas constitucionales están en la cúspide y entre las cuales no existe jerarquía pero sí **ponderación** de las mismas al momento de aplicarlas; luego tenemos las de carácter legislativo.

A lo largo de este proceso se puede evidenciar que el eje esencial es la Constitución, donde su ente regulador viene a ser la Corte Constitucional y la ley que fue considerada medida suprema, es ahora reemplazada por la Constitución. Anteriormente se hablaba del principio de legalidad, hoy se trata el principio de constitucionalidad. Por esta razón FAVOREAU mantiene que *“la supra-legalidad era poco simbólica y su control era un propósito por alcanzar, lo mismo ocurre hoy con la supra constitucionalidad”*<sup>30</sup>.

## **DIMENSIÓN NORMATIVA**

Todo Derecho por su naturaleza presenta una *“dimensión normativa”*<sup>31</sup>- es decir, todo ordenamiento jurídico está compuesto por un conjunto de normas -positivas- con determinadas características, que emanan de un órgano legítimo de poder, cuya competencia principal es la elaboración de las leyes, y su codificación en cuerpos normativos, es por eso que el ordenamiento jurídico debe ser un sistema unitario, coherente y que suministre seguridad a la sociedad a la que se aplica.

El Derecho Penal por su parte, para su formación y aplicación requiere de una etapa de criminalización de ciertos actos delictivos, traducidos en las conductas que atentan contra bienes jurídicos fundamentales concretándose en la formulación de la ley penal, cuya estructura se compone de dos partes: 1. el precepto identificado como aspecto primario, y 2. La sanción, como aspecto secundario, que ambos conjuntamente constituyen una prohibición de una acción u omisión.

---

<sup>29</sup> *Ibíd.*

<sup>30</sup> *Ibíd.*

<sup>31</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal. Modernas bases dogmáticas*, p. 13.

La sanción punitiva determinará la privación de la libertad, y/o una sanción económica. “*El objeto de las normas penales son los bienes o intereses que ellas protegen*”<sup>32</sup>, y su fin “*es defender y garantizar los bienes o intereses que constituyen el objeto de su protección*”<sup>33</sup>, por tal razón es necesario analizar la actuación del Derecho Penal, conceptualización, características y alcance como veremos más adelante.

## ACTUACIÓN DEL DERECHO PENAL

Según Ricardo VACA ANDRADE, el Derecho Penal cumple su actuación en tres momentos distintos:

En primer lugar, “*cuando el Estado, a través de la función legislativa, determina aquellas conductas que deben ser consideradas como delitos, estableciendo las penas respectivas, sanciones y medidas de seguridad que serán aplicadas a las personas que adecuen su conducta a los diferentes tipos penales*”<sup>34</sup>. En este nivel, el órgano legislativo elabora las normas bajo juicios de valor acerca de las acciones u omisiones de carácter grave de afectación directa a la sociedad y que el Estado no tolerará.

Una vez determinadas las tipologías respectivas, tipos penales, es necesario que el órgano legislador elabore un conjunto de normas que versen sobre la organización y **competencia** de los organismos encargados de la administración de justicia, el ejercicio de la acción penal **o de las formas de dar inicio a un proceso penal**. “*Estas normas adjetivas, ayudan a descubrir la manera en cómo se cometió el delito, la reprochabilidad del procesado y la sanción a imponérsele. Estas normas se encuentran desarrolladas en el Código de Procedimiento Penal, donde minuciosamente se regula desde los sujetos del proceso, sujetos auxiliares, las medidas cautelares que se podrán adoptar, las atribuciones de los órganos, tipos de procesos y competencias*”<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> RANIERI, Silvio, *Manual de Derecho Penal*, t. I, editorial Temis, p. 42.

<sup>33</sup> *Ibíd.*, p. 44.

<sup>34</sup> VACA, Ricardo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, t. I, Corporación de Estudios y Publicaciones, p. 4.

<sup>35</sup> *Ibíd.*

Dentro de lo determinado en el artículo 81 de la Constitución, la innovación de implementar procedimientos especiales y expeditos es ambigua porque no delimita con exactitud los casos en los que caben tales procesos y en algunos casos ya existe juez competente para atender ciertas situaciones especificadas en el mismo artículo.

Finalmente, *“en caso de haber mérito para dictar una sentencia condenatoria, para que se haga efectiva o se ejecute, encontramos al Derecho Penal Ejecutivo encargado de velar el procedimiento a través del cual los órganos del Estado cumplen con lo ordenado por el juez de garantías penales u órgano juzgador<sup>36</sup>”*.

De esta forma, tenemos que la Ley sustantiva penal (Código Penal), detalla las conductas que están prohibidas, las mismas que de cumplirse son castigadas a través de una pena, pero que a su vez sin la intervención del Derecho Penal adjetivo no podría aplicarse y se mantendría en una instancia netamente abstracta.

Por lo tanto, según Alfonso ZAMBRANO PASQUEL al hablar de Derecho Penal, necesariamente nos remitimos a una de sus figuras centrales: *“el castigo, sanción o pena, otorgándole al ente estatal lo que en la doctrina se conoce como Ius puniendi, derecho de castigar o poder punitivo”<sup>37</sup>*.

## **CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL**

Al organizarse políticamente la sociedad en el Estado, la tutela de los bienes pasa a ser atributo de éste, y el Derecho Penal se transforma en el instrumento encargado de dicha tarea, cuya finalidad es la de proteger valores e intereses fundamentales para una sociedad concreta.

El Derecho Penal *“es la parte del ordenamiento jurídico que regula el poder punitivo del Estado para proteger valores e intereses que por lo general tienen relevancia constitucional y define como delitos a determinadas conductas frente a cuya*

---

<sup>36</sup> *Ibíd.*

<sup>37</sup> ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Estudio Crítico a las reformas a los Códigos: Penal y de Procedimiento Penal del 29-mar-2010*, Corporación de Estudios y Publicaciones, p. 231.

*verificación asocia como consecuencia jurídica las penas y/o medidas de seguridad*<sup>38</sup>. Es considerado parte del ordenamiento jurídico porque es un conjunto de normas jurídicas, lo que afirma su positividad y su carácter obligatorio, que limita el poder sancionador del Estado a través de sus tres niveles de acción, en los cuales intervienen tres de las funciones más importantes en un Estado Constitucional de Derechos.

Según María Paulina ARAUJO GRANDA en su artículo “*Constitucionalización del Derecho Penal nuevas salidas alternativas dentro del sistema acusatorio: la mínima intervención penal, la oportunidad y el velar por el interés de la víctima*” se considera como los tres niveles de acción del Derecho Penal:

Nivel Abstracto o Primario: “*Es el nivel en donde la norma penal no se hace efectiva, sino que sólo informa a la sociedad acerca de las conductas lesivas y su respectiva pena. Se llama Derecho Penal Sustantivo, nace a la vida gracias a la actuación del legislador a través de la ley penal*”<sup>39</sup>.

Nivel Concreto o Secundario: “*aparece cuando una persona ha adecuado su conducta a la norma penal; en el caso de los delitos de acción pública, es el fiscal el único facultado para poner a funcionar el aparato de investigación, acusación y represión del Estado. Se lo conoce como Derecho Penal Adjetivo, donde existe participación de la Función Judicial con sus órganos autónomos y jurisdiccionales*”<sup>40</sup>.

Nivel Ejecutivo: “*Opera una vez que existe una decisión final del órgano jurisdiccional competente. Su implicación directa implica que se ha desvirtuado el derecho de presunción de inocencia*”<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> CARBONELL, MATEU, Juan Carlos, *Derecho Penal: concepto y principios Constitucionales*, editorial Tirant Lo Blanch, pp. 28, 29.

<sup>39</sup> ARAUJO GRANJA, María Paulina, artículo: *Constitucionalización del Derecho Penal nuevas salidas alternativas dentro del sistema acusatorio: la mínima intervención penal, la oportunidad y el velar por el interés de la víctima* en:

[http://www.juridico.gpjassociados.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=42:constitucionalizacion-del-derecho-penal&catid=11:material-basico&Itemid=11](http://www.juridico.gpjassociados.com/index.php?option=com_content&view=article&id=42:constitucionalizacion-del-derecho-penal&catid=11:material-basico&Itemid=11)

<sup>40</sup> *Ibíd.*

<sup>41</sup> *Ibíd.*

## IUS PUNIENDI

Para Eduardo FRANCO LOOR, “*el ius puniendi es el Derecho Penal subjetivamente considerado*”<sup>42</sup>, es decir, el derecho que le corresponde al Estado a crear y aplicar el Derecho Penal objetivo, entendido este último, “*como el conjunto de reglas jurídicas establecidas y asociadas con el delito y la pena como su legítima consecuencia*”<sup>43</sup>; en resumen, es el límite o contención que tiene el Estado al poder de sancionar.

Para el ejercicio eficaz del *ius puniendi* se debe tener como eje fundamental a un procedimiento lógico que se desarrollará dentro del marco de otras normas del ordenamiento jurídico, que lo condicionan y limitan, como es la Constitución y los instrumentos internacionales.

A lo que se quiere llegar con las nuevas tendencias y lineamientos doctrinales en materia penal es que el órgano legislativo y los juzgadores –función judicial- cuenten “*con un sistema dentro del cual puedan ejercer y poner de manifiesto el poder punitivo estatal, y que tales directrices se basen en el principio de intervención mínima*”<sup>44</sup> *determinado en la Constitución y dé respuesta sancionadora como último recurso amparado en los parámetros de racionalidad, justicia y legitimidad de la intervención punitiva*”<sup>45</sup>; viabilizando así la real tutela de derechos fundamentales protegidos tanto en la Carta Magna como en los Tratados Internacionales, debido a que la pena – cualquiera sea su forma o justificación- es considerada como una segunda violencia que se añade al delito y que está programada y puesta en acción por el Estado contra un individuo que delinque.

---

<sup>42</sup> FRANCO LOOR, Eduardo, *Fundamentos de Derecho Penal moderno*, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010, p. 25.

<sup>43</sup> *Ibíd.*

<sup>44</sup> El principio de mínima intervención penal consta en el primer inciso del artículo 195 de la Constitución de la República.

<sup>45</sup> FRANCO LOOR, Eduardo, *Fundamentos de Derecho Penal moderno*, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010, p. 26.

Las leyes penales presentan indudablemente una clara limitación a este poder represivo estatal y ese freno o control del *ius puniendi* para contenerlo o reducirlo, convirtiéndose ésta en la razón de ser del Derecho Penal. Tanto es así que nuestro régimen penitenciario mira en la pena una oportunidad de rehabilitación y reinserción social del sentenciado<sup>46</sup>, mas no la considera como un castigo o una retribución por el mal causado, como se la ha estudiado a la luz de los postulados de la Teoría de la Pena clásica en la parte general del Derecho Penal.

## CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL

Según Eduardo FRANCO LOOR, la Ciencia Penal posee indiscutiblemente un marcado “*carácter valorativo y normativo*”<sup>47</sup>. El legislador analiza y valora los bienes que son dignos de protección y les otorga una tutela que queda plasmada en las normas jurídicas y codificadas en el cuerpo legal. “*El Derecho Penal tipifica y sanciona los comportamientos humanos socialmente más peligrosos, conminándolos con las sanciones jurídicas de mayor gravedad según dispone el ordenamiento jurídico en el Estado de Derecho, por exigencias de justicia y con finalidades de prevención. Para llevar a cabo su cometido, el Derecho Penal ha de operar sustancialmente con estrictos criterios valorativos de afirmación o de negación, de adecuación o de infracción, de imputación o de exoneración, de reprochabilidad o de exculpación, de responsabilidad o de exención*”<sup>48</sup>. Siendo de esta manera la norma penal de carácter taxativo y no de carácter interpretativo.

En el marco de las reacciones en contra de la criminalidad, el legislador está sometido al principio de proporcionalidad, es así que únicamente puede establecer tipos penales y penas en el marco de los límites fijados por la idoneidad, necesidad y moderación. Ante todo, está sujeto al principio de protección de bienes jurídicos así como también debe estar dedicado a reducir, hasta donde sea posible, al Derecho Penal

---

<sup>46</sup> Artículo 201 de la Constitución de la República “*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*”.

<sup>47</sup> FRANCO LOOR, Eduardo, *Fundamentos de Derecho Penal moderno*, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010, p. 39.

<sup>48</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, op. cit. p. 16 y ss.

en su carácter de *última ratio*, del último medio<sup>49</sup> como habíamos mencionado anteriormente.

En conclusión, el Derecho Penal constituye un medio de control social formal, que pretende funcionar como mecanismo de contención de determinadas conductas interpretadas como disfuncionales o peligrosas para el buen desarrollo social y al sostenimiento organizacional del Estado. Así como la Constitución de la República determina la norma básica fundadora del Estado y la materialización del subsistema de los Derechos humanos y la organización estatal, el Derecho Penal, *“es el conjunto de normas, disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal así como la responsabilidad del sujeto activo, asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora”*<sup>50</sup>.

#### • PUBLICIDAD DEL DERECHO PENAL

El Derecho Penal se caracteriza por ser *público*, no sólo por el hecho de emanar del Estado a través del órgano legislativo las normas en donde se establecen los delitos y las penas (sanciones), ni tampoco por corresponder su imposición a los órganos estatales, pues todo derecho positivo emerge del Estado y por éste se impone; sino porque *“al momento de cometerse un delito o infracción, la relación se forma entre delincente y el Estado como soberano y, no entre aquel y el particular ofendido. En concreto, puede decirse que el Derecho Penal es público por normar relaciones entre el poder a través del Estado y el gobernado”*<sup>51</sup>. No en vano la titularidad de la acción penal pública le corresponde exclusivamente a la Fiscalía General del Estado, órgano que representa a la sociedad que se ve afectada por el cometimiento de conductas infraccionales<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> Winfried Hassemer, en <http://neopanopticum.wordpress.com/2007/08/29/por-que-no-debe-suprimirse-el-derecho-penal-w-hassemer/>, artículo: *Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal*.

<sup>50</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, t. I, p. 33.

<sup>51</sup> FRANCO LOOR, Eduardo, op. cit. p. 41.

<sup>52</sup> Artículo 195 de la Constitución de la República: *“La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal. // Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de*



## **AUTONOMÍA DEL DERECHO PENAL**

El Derecho Penal es considerado autónomo, porque por su naturaleza y al ser aplicado en casos especialmente graves, posee estructura, sistema y principios particulares, sin que esto lo aleje del campo del Derecho y sin que se desconozca las influencias y relaciones con otras ramas del mismo, lo que lo torna independiente y autónomo en lo orgánico y en lo funcional<sup>53</sup>.

- **CIENTICIDAD DEL DERECHO PENAL**

EL Derecho Penal se caracteriza por ser científico porque reúne los caracteres de una disciplina metodológicamente regulada. Pues

*“si para obtener conocimientos en el campo del Derecho se busca determinar un objeto de estudio o investigación (el “qué”) y, a la vez establecer procedimientos para alcanzar un objetivo propuesto (el “cómo”), mediante el uso de métodos y técnicas que faculten la obtención de un resultado que permita entender el origen, naturaleza jurídica, desarrollo o posible reemplazo de una institución o un hecho jurídico, estamos frente a un nivel de conocimiento científico”<sup>54</sup>.*

Adicionalmente, es sustantivo ya que está constituido por normas referentes al delito, a la pena y a las medidas de seguridad, lo cual compone la sustancia y materialidad de esta rama jurídica<sup>55</sup>.

---

*protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley”.*

<sup>53</sup> FRANCO LOOR, Eduardo, op. cit. p. 42.

<sup>54</sup> ARAUJO GRANDA, M. Paulina, *El Derecho como ciencia*, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. p. 83.

<sup>55</sup> FRANCO LOOR, Eduardo, op. cit. p. 44.

## ALCANCE DEL DERECHO PENAL

Al Derecho Penal se lo puede entender en dos sentidos distintos, de manera objetiva y subjetiva.

El Derecho Penal objetivo es el conjunto de normas sistematizadas y codificadas en un cuerpo legal en el cual se determinan las conductas que se constituyen en lo que se conoce como tipo penal en el cual se hace constar las respectivas sanciones o penas. Son leyes penales positivas que rigen a la sociedad. Al mismo tiempo funciona como instrumento esencial para limitar el poder punitivo que tiene el Estado de sancionar y reprimir ya que éste puede imponer penas y medidas sólo dentro de los límites claramente estipulados en la ley<sup>56</sup>.

El Derecho Penal subjetivo por su parte, es el derecho que corresponde al Estado de aplicar las leyes penales objetivas. *“Propiamente es la facultad o el derecho a castigar (ius puniendi); como la potestad penal del Estado, por virtud de la cual puede declarar punibles determinados hechos a los que impone penas o medidas de seguridad, derecho que como lo manifestamos anteriormente no es ilimitado, pues el Estado en el ejercicio de su poder sancionador tiene que limitarse a sí mismo fijando el supuesto y el contenido de su actuación. La limitación del Derecho Penal Subjetivo está lograda gracias al Derecho Penal Objetivo a través de sus leyes”*<sup>57</sup>.

Es necesario contar con el binomio del Derecho Penal objetivo y subjetivo para que se configure el Derecho Penal completamente y pueda ser aplicado en respeto con las directrices constantes en la Constitución del Estado.

---

<sup>56</sup> Art. 51 del Código Penal: *“Las penas aplicables a las infracciones son las siguientes: Penas peculiares del delito: 1. Reclusión mayor; 2. Reclusión menor; 3. Prisión de ocho días a cinco años; 4. Interdicción de ciertos derechos políticos y civiles; 5. Sujeción a la vigilancia de la autoridad; 6. Privación del ejercicio de profesiones, artes u oficios; y, 7. Incapacidad perpetua para el desempeño de todo empleo o cargo público. Penas peculiares de la contravención: 1. Prisión de uno a siete días; y, 2. Multa. Penas omunes a todas las infracciones: 1. Multa; y, 2. Comiso especial.*

<sup>57</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, op., cit., p. 35.

## FUNCIONES DEL DERECHO PENAL

Polaino NAVARRETE<sup>58</sup> considera que las funciones del Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho, son las siguientes:

a) Función tutelar preventiva. *“El Derecho Penal cumple una función de tutela o protección de los bienes y valores fundamentales, imprescindibles para el pacífico desarrollo de la vida en sociedad, frente a las graves formas de agresión traducido en los delitos. Estos bienes o valores son los bienes jurídicos”*<sup>59</sup>.

Esta función tutelar o protectora es una función de garantía, es decir de prevención. Protección y prevención mantienen una relación de medio a fin, es decir, la protección, tutela o garantía jurídica que concede la norma penal a determinados bienes es una actividad teleológica o finalista; se encamina al fin de prevenir futuros injustos típicos. Por ello, la protección de bienes jurídicos es el contenido, y la prevención de la comisión de delitos es el fin y los instrumentos o medios de que se vale el Derecho Penal para desempeñar sus funciones de tutela de bienes jurídicos y de prevención de criminalidad son las diferentes penas y sanciones y las medidas de seguridad. Al respecto, en nuestro Código Penal se determina que leyes penales son todas las que describen una conducta y contienen algún precepto sancionado con la amenaza de una pena<sup>60</sup>.

b) Función de control social. *“El Derecho Penal constituye un sistema de control social primario y formalizado, que se integra en el total sistema de control social. El control social penal sólo sería una mínima parte de ese control social general, aunque la función social del Derecho Penal es insustituible”*<sup>61</sup>.

c) *Función ético – social.* Para esta posición doctrinal, la función del Derecho Penal excedería del cometido protector de bienes jurídicos para convertirse en una *función ético – social, “consistente en la defensa de los principales valores éticos de la*

---

<sup>58</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*, p. 227 y ss.

<sup>59</sup> *Ibíd.*

<sup>60</sup> Artículo 1 del Código Penal: “Leyes penales son todas las que contienen algún precepto sancionado con la amenaza de una pena”.

<sup>61</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*, p. 227 y ss.

sociedad, garantizando el “mínimo ético” imprescindible para el desarrollo de la pacífica vida social”<sup>62</sup>. Se reconoce de este modo, al Derecho Penal una significativa función configuradora de las costumbres que facilitan la convivencia en una sociedad determinada.

d) *Función de garantía de la identidad normativa de la sociedad.* Esto significa, que existe una moderna construcción funcional–normativista de la dogmática penal, por la que “la función del Derecho Penal reside en el aseguramiento cognitivo de la vigencia de la norma, esto es, el reconocimiento o mantenimiento de la validez del Derecho”<sup>63</sup>. Se trata pues, de una función de garantía de la identidad normativa de la sociedad. Algunos tratadistas sostienen que todo delito supone un quebrantamiento de la norma; la expectativa normativa, por su parte lesiona la vigencia del Derecho; y, la imposición de una pena al quebrantador, indica que la norma sigue vigente, protegiendo de este modo a la sociedad.

Otra parte de la Doctrina Penal, nos señala que no hay violación normativa, sino la adecuación de la conducta del infractor al tipo penal descrito en la ley.

e) *Función promocional del Derecho Penal.* Algunos autores han resaltado la función *promocional* que a su juicio caracteriza al Derecho Penal. “Esta supuesta función del ordenamiento punitivo se cifra en una promoción de actitudes en el seno de la sociedad; toda vez que cuando se tipifican determinadas conductas (ejemplo manipulación genética, delito ecológico, acoso sexual, etcétera), no se hace tanto para satisfacer determinadas necesidades sociales (que en efecto pueden existir) sino para promover la actitud de respeto y de alarma frente a esas acciones u omisiones”<sup>64</sup>.

f) *Función simbólica del Derecho Penal.* Según esta tesis, el efecto psicológico del Derecho Penal constituye un símbolo del respeto a los bienes jurídicos. Contrario a

---

<sup>62</sup> *Ibidem.*

<sup>63</sup> *Ibidem.*

<sup>64</sup> *Ibidem.*

esta tesis está POLAINO<sup>65</sup> que no la acepta, ya que este cometido no justifica, fundamenta ni legitima, conjunta o aisladamente, la intervención del Estado mediante el Derecho Penal. Para el referido autor, *“la protección de bienes jurídicos es una función primordial y legitimante del Derecho Penal y con la protección de la vigencia de la norma, éstas son dos actividades que funcionan en un plano diferente: la primera legitima el sistema punitivo, la segunda configura la estructura del sistema jurídico y, por tanto, social”*<sup>66</sup>.

Desde mi punto de vista considero real la función del Derecho Penal multifacética, ya que ésta, sin descuidar su misión de control social y de aseguramiento de la sociedad, impone las penas y medidas de seguridad a los infractores y delincuentes imputables, según el caso; eminentemente su función primordial es la de protección de los bienes jurídicos fundamentales, en el marco de la normatividad garantista constitucional y legal, lo que significa penalización para los delincuentes, guardándose para éstos sus derechos fundamentales, el debido proceso procedimental, la tutela jurídica efectiva que garantiza la seguridad jurídica y la paz social en el marco de lo que dictaminan los principios constitucionales. Esa es la función plena del Derecho penal, sus otras funciones: la de prevenir delitos, su función ética social, su función simbólica, son parte de su sistema cuya esencia es la de cuidar, proteger, tutelar y vigilar los bienes jurídicos y su transgresión hace operar la ley penal. El carácter represivo del Derecho penal es necesario frente a una realidad criminal en cualquier sistema sociopolítico del mundo.

## **SEGUNDO NIVEL DE ACCIÓN: EL DERECHO PENAL ADJETIVO**

El Derecho Procesal Penal:

*“es una rama del orden jurídico interno de un estado, cuyas normas instituyen y organizan los órganos públicos que cumplen la función judicial penal del Estado y disciplinan los actos que integran el procedimiento necesario para*

---

<sup>65</sup> *Ibíd.*, p. 227 y ss.

<sup>66</sup> *Ibíd.*

*imponer y actuar una sanción o medida de seguridad penal, regulando así el comportamiento de quienes intervienen en él*<sup>67</sup>.

El Procedimiento Penal debidamente sustanciado y conforme a las garantías consagradas en la Constitución de la República, es el único medio para comprobar conforme a Derecho el cometimiento de un delito y determinar sus responsables; al mismo tiempo permite que se determine la responsabilidad del procesado o se ratificará la inocencia del mismo en caso de no existir fundamentos ni motivación alguna que lo haga responsable del hecho delictivo en el que se lo vinculó.

## **CARACTERES DEL DERECHO PROCESAL PENAL**

Para Ricardo VACA ANDRADE, dentro de la aplicación del Derecho Procesal Penal se puede evidenciar ciertos elementos esenciales que lo caracterizan, éstos son:

### **PÚBLICO**

Es considerado público, al igual que el Derecho Penal sustantivo o abstracto no por estar dentro del Derecho Público, sino porque *“está en juego la actividad jurisdiccional del Estado para mantener la convivencia social”*<sup>68</sup>. Además, porque al hablar del cometimiento de un delito estamos refiriéndonos a la relación jurídica que se produce entre el infractor y la sociedad, la cual sufre el perjuicio de carácter general, que nace de la conducta delictiva ejecutada por el infractor.

Por otra parte, hay que considerar que *“la función de juzgar la tiene únicamente el Estado, es de carácter Estatal”*<sup>69</sup>, por lo que su instrumento de aplicación (el Derecho Procesal Penal) se convierte en público por esta naturaleza orgánica-funcional.

---

<sup>67</sup> MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal*, t. I, Editores del puerto, p. 75.

<sup>68</sup> VACA, Ricardo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, t. I, Corporación de Estudios y Publicaciones, p. 7.

<sup>69</sup> *Ibidem*.

## INSTRUMENTAL

Es de carácter instrumental porque sirve de instrumento a través del cual se hace posible la actuación del Derecho Penal sustantivo, pues las normas del Código del Procedimiento Penal permiten que las normas del Código Penal sean aplicadas a un caso determinado.

Al respecto ODERIGO dice: *“El proceso es el instrumento de que se sirve el Estado, por la mano del Juez, para restablecer el orden jurídico alterado con relación a los bienes de la vida, y, en consecuencia, el Derecho Procesal que regula el proceso es instrumental respecto al derecho material”*<sup>70</sup>.

MAIER considera que *“aquel que regula la vía por la cual esos conflictos (que surgen por la perpetración de conductas punibles) se solucionan, fijando también la valoración de ciertos actos que se llevan a cabo en una situación muy particular de vida: el procedimiento que el Derecho Procesal regula para dar solución a un conflicto social al que debe aplicarse el Derecho material”*<sup>71</sup>.

## PRÁCTICO

Es considerado práctico en cuanto las normas del Derecho Procesal sirven para aplicar y regular casos concretos que se van generando en la sociedad, los cuales deber ser reconocidos y resueltos por los jueces de los tribunales de garantías penales cuando se trata de delitos de acción pública. Mientras el Derecho Penal regula estas situaciones, *“el Derecho Procesal Penal entra en actividad frente a casos reales y puntuales, como por ejemplo la identificación y levantamiento de un cadáver, la inspección del lugar, el allanamiento, la detención; medidas de orden práctico que en todo su conjunto permiten determinar si un acto puede ser considerado como delito o no”*<sup>72</sup>. En sí, el

---

<sup>70</sup> ODERIGO en VACA, Ricardo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, t. I, Corporación de Estudios y Publicaciones, p. 7.

<sup>71</sup> MAIER, Julio, en VACA, Ricardo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, t. I, Corporación de Estudios y Publicaciones, p. 7.

<sup>72</sup> VACA, Ricardo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, t. I, Corporación de Estudios y Publicaciones, p. 7.

procedimiento penal es la sucesión de actividades de orden práctico, cuya finalidad es la aplicación efectiva del Derecho Penal.

## **AUTÓNOMO**

Es de carácter autónomo porque se lo ha separado del resto de ramas de Derecho, es así que tiene independencia ya que goza de principios y normas específicas y diferentes.

Aun cuando tiene relación estrecha con el Derecho Procesal Civil, en la práctica esta vinculación de ninguna manera se convierte en dependencia, es así que se reconoce el carácter supletorio del Código de Procedimiento Civil en todo aquello que no esté expresamente determinado por en el Código de Procedimiento Penal y no contraría la esencia del sistema acusatorio, principio que está determinado en la disposición general segunda del Código de Procedimiento Penal que indica “*En lo no previsto en este Código, se observará lo previsto por el Código de Procedimiento Civil, si fuere compatible con la naturaleza del proceso penal acusatorio*”.

## **IMPORTANCIA DEL DEBIDO PROCESO EN EL ÁMBITO PENAL**

Es trascendental indicar que desde la segunda mitad del siglo XX se constata una expansión y consolidación del modelo acusatorio penal tanto en Europa como en Latinoamérica. Esta expansión tuvo lugar en un contexto garantista en donde el principio del debido proceso “*due process*” juega un papel relevante en el diseño estructural del proceso penal y en sus instituciones más emblemáticas. Este principio “*se expandió por todos los países europeos tras la Segunda Guerra Mundial debido a la influencia de los instrumentos internacionales aprobados tras el conflicto bélico*”<sup>73</sup>.

Nuestra Constitución, reconoce que los derechos y los principios del debido proceso constantes dentro de su capítulo titulado como Los Derechos de Protección deben aplicarse desde la fase pre procesal o de la indagación previa y en todas las etapas del proceso penal, y aún en la fase de ejecución de la sentencia, ya que de esta manera

---

<sup>73</sup> SANTOS, Jaime, *El debido proceso*, 2009. p. 20.



se tutelan los derechos del sospechoso, del procesado, del encausado y finalmente del sentenciado, aspectos últimos que se encuentran en el artículo 77 de la Constitución que establece derechos únicamente en el área penal y cuando la persona se encuentra privada de su libertad; al respecto el Dr. Jorge ZAVALA BAQUERIZO manifiesta: *“Esas garantías básicas deben hacerse efectivas a lo largo de toda la actividad represiva penal, desde la investigación (policial y judicial) hasta la ejecución de la pena (...)”*<sup>74</sup>.

La incorporación de una lista de derechos fundamentales en los textos constitucionales tuvo una decisiva influencia en el diseño del actual proceso penal. A partir de ese momento se puede hablar de un fenómeno progresivo de constitucionalización del modelo procesal penal acusatorio oral.

Hablando del debido proceso como derecho constitucional consagrado a favor de la ciudadanía como tutela de los derechos de la persona contra la arbitrariedad, el tratadista Italiano Luigi FERRAJOLI sostiene: *“(...) que los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar, respeto de otros modelos de derecho penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad”*<sup>75</sup>.

Por su parte Jorge ZAVALA BAQUERIZO afirma:

*“Entendemos por debido proceso el que se inicia, se desarrolla, y concluye respetando y haciendo efectivos los presupuestos, principios y las normas constitucionales, legales e internacionales aprobadas previamente, así como los principios generales que informan el Derecho Procesal Penal, con la finalidad de alcanzar una justa administración de la Justicia; que le asegure la libertad y*

---

<sup>74</sup> ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, *El Debido Proceso Penal*, 2002, editorial Edino, p. 30. 2002.

<sup>75</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta S.A, Sexta Edición 1995, p. 34.

*la seguridad jurídica, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a Derecho”<sup>76</sup>.*

El debido proceso dicho de una manera más sencilla, es un derecho ciudadano de carácter constitucional, que debe aplicarse **en todo tipo de procesos**; se constituye en el conjunto de principios jurídicos, los cuales garantizan a toda persona el derecho a ciertas garantías, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro de un proceso, lo cual le permitirle tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez.

Ricardo VACA ANDRADE, hablando del debido proceso cita lo fundamental de una sentencia dictada por la Corte Constitucional de Colombia, cuyo texto me permito citar:

*“En su acepción jurídica, el debido proceso es el conjunto de garantías establecidas como medios obligatorios y esenciales para que el ejercicio de la función jurisdiccional se materialice, si se tiene en cuenta que es imposible aplicar el derecho por parte de los Órganos del Estado, sin que la actuación de éstos se haya ajustado a los procedimientos institucionalizados para el fiel cumplimiento de su misión de administrar justicia. Significa esto que todos los actos que el juez y las partes ejecutan, en la iniciación, impulso procesal, desarrollo y extinción del mismo, tienen carácter jurídico porque están previamente señalados por la ley instrumental. Es una actividad reglada y garantizadora que se desarrolla por etapas, entrelazadas o unidas por un objetivo común, como es el de obtener la aplicación del derecho positivo, a un caso concreto, sometido a la actividad jurisdiccional del Estado. La institución del debido proceso aparece señalada como derecho fundamental por lo que ha significado para el desarrollo del hombre, como ser social. El hombre es el principio y fin de todo sistema de organización estatal, de ahí que el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales de él son en el presente el primer objetivo del constitucionalismo actual. El principio de autoridad de los gobernantes, está limitado por ciertos derechos de la persona*

---

<sup>76</sup> ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, *op. cit.*, p. 23.

*humana, que son anteriores y superiores a toda forma de organización política. Esa limitación de los gobernantes constituye el punto de partida de todas las doctrinas que se ocupan de reivindicar para el hombre unos atributos esenciales que el estado se halla en la obligación de respetar. Esta situación debidamente comprobada a través de la historia de la humanidad por el seguimiento que los estudiosos de las ciencias sociales de la época habían realizado, a las diferentes formas de estado, en relación con el trato a los derechos de los asociados, se convirtió de hecho, en la razón de ser para que esos derechos, no solo tuvieran algunas veces vigencia práctica, sino que hicieron imperiosa su inclusión formal en las diferentes proclamas sobre derechos humanos, desde finales del Siglo XVII. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en su artículo 16, advierte: Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece totalmente de Constitución. Desde la fecha de publicación de este principio, ningún Estado podía aspirar a que lo consideraran como tal, si no había incluido en su sistema un mecanismo de amparo para los derechos civiles de los hombres. Esta es la razón por la cual se ha llegado a afirmar que las garantías de los derechos fundamentales están incorporadas a la esencia del estado democrático<sup>77</sup>.*

Esta sentencia la considero de suma relevancia y coincido plenamente en la consideración que hace el alto Tribunal Constitucional Colombiano, respecto a cómo se debe entender el principio constitucional del debido proceso y su vinculación con el ser humano titular directo del debido proceso.

En nuestra Constitución -vigente desde el 20 de octubre del 2008-, dentro del Capítulo VIII titulado “DERECHOS DE PROTECCIÓN” se hace una división de los principios y garantías del debido proceso en los artículos 76 y 77, donde se determinan las garantías básicas del debido proceso y las garantías en caso de privación de la libertad, respectivamente. Cabe mencionar que el derecho a la defensa ha sido detallado minuciosamente dentro del artículo 76 numeral 7 con 13 literales, donde se asegura el ejercicio al debido proceso y especialmente a no ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento dentro de cualquier juicio.

---

<sup>77</sup> VACA ANDRADE, Ricardo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tercera Edición actualizada, 11 t. I pp. 29,30.

Retomando el pensamiento del tratadista Luigi FERRAJOLI, el debido proceso se concreta en garantías primarias y secundarias. Tenemos como primarias la formulación de la imputación, con la que se plantea la hipótesis acusatoria y se hace efectiva la contradicción; la carga de la prueba de tal hipótesis que está a cargo del acusador; y como consecuencia el derecho de defensa atribuido al imputado. De estas tres garantías, que son primarias por dar nacimiento a un proceso penal se derivan otras cuatro secundarias: *“la publicidad que permite el control interno y externo de toda la actividad procesal; la oralidad, que conlleva la inmediación y la concentración de la instrucción probatoria; la legalidad de los procedimientos, que exige que todas las actividades judiciales se desarrollen en virtud de los principios y garantías plasmados en las normas; y la motivación, es decir la fundamentación o falta de fundamentación de las hipótesis acusatorias formuladas a la luz de las pruebas de cargo y de descargo”*<sup>78</sup> (el énfasis me pertenece).

## CONCEPTUALIZACIÓN DEL DEBIDO PROCESO

Según las nuevas tendencias, los derechos constitucionales actuales según Efraín PÉREZ se podrían reducir a cinco en vista de que de éstos se derivan otros derechos, a saber:

1. *“El derecho general de libertad,*
2. *El derecho de igualdad,*
3. *El derecho de protección,*
4. *El derecho de organización y,*
5. *El derecho del debido proceso”*<sup>79</sup>

Se ha señalado para destacar la importancia del Derecho al Debido Proceso como presupuesto para la realización de otros derechos constitucionales la noción doctrinaria de observar al debido proceso en su interdependencia con otros derechos constitucionales, así como también de mecanismo de protección de otros derechos, esto

---

<sup>78</sup> FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 606.

<sup>79</sup> PÉREZ Efraín, *Esquema de la acción extraordinaria de protección*, Corporación de Estudios y Publicaciones, p. 81.

se encuentra plasmado en el artículo 11, numeral 6 de la Constitución de la República, que expresa: Todos los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía<sup>80</sup>.

Para ÁLVAREZ CONDE<sup>81</sup> el derecho al debido proceso “*es aquél que permite que la tutela jurisdiccional sea efectiva*”, esto es que se cumpla con:

- “a) *Derecho al Juez ordinario, o juez natural;*
- b) *Derecho a la asistencia de letrado;*
- c) *Derecho a ser informado de la acusación formulada;*
- d) *Derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías;*
- e) *Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa;*
- f) *Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpables; y,*
- g) *Derecho a la presunción de inocencia*”<sup>82</sup>. (El énfasis me pertenece)

En resumen se puede decir que el debido proceso no sólo se trata de una garantía constitucional, que tiene por finalidad evitar el error judicial, sino fundamentalmente evitar que se condene a un inocente, ya que no se puede indagar la verdad histórica de los hechos a cualquier precio, lo que fue propio del sistema inquisitivo; tal investigación debe llevarse respetando la normatividad constitucional y procesal, no en vano al juez le está vedado interpretar en forma extensiva la ley penal y su analogía.

Al respecto César BECCARIA en su obra “De los Delitos y Las Penas”, refiriéndose a la interpretación de las leyes manifiesta: “*Careciendo los jueces criminales de la cualidad de legisladores, no tienen derecho alguno para interpretarlas leyes penales*”<sup>83</sup>, la facultad interpretativa de la ley, según nuestro ordenamiento

---

<sup>80</sup> Sentencia N° 026-09-SEP-CC, Caso: 0126-09-EP, Juez Sustanciador: doctor Edgar Zárate Zárate, SRO N° 54, 26 de Octubre del 2009; cita de Carlos Bernal Pulido, El Derecho de los Derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2005, en PÉREZ Efraín, *Esquema de la acción extraordinaria de protección*, Corporación de Estudios y Publicaciones, p. 81.

<sup>81</sup> Sentencia N° 0011-10-SEP-CC, Caso N° 0529-09-EP, Quito, D. M., 08 de abril de 2010, Juez Constitucional Sustanciador: Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, SRO N° 183, 30 de Abril del 2010, en PÉREZ Efraín, *Esquema de la acción extraordinaria de protección*, Corporación de Estudios y Publicaciones, p. 81

<sup>82</sup> *Ibidem*.

<sup>83</sup> BECCARIA César, *Los Delitos y las Penas*, Madrid - 1968, Editorial Leyer, p. 17.

constitucional le corresponde a la Asamblea Nacional, la que tiene la facultad además para establecer las formas de restringir las garantías.

Es el proceso penal que, al intervenir necesariamente en los derechos de las personas contra quienes se dirige la investigación, debe saber hasta donde puede llegar y tener sus límites, todo ello debe estar en el marco del derecho constitucional penal y sus procedimientos, con el fin de mantener un equilibrio entre dos columnas vertebrales: el Estado y la necesaria protección de la sociedad así como el respeto de los derechos fundamentales de los individuos inherente a su dignidad. Así, la investigación que tenga una ilegítima intervención o procedimiento sin observar las garantías y principios consagrados en la Constitución carece de validez alguna.

De igual modo, ante la evidencia del cometimiento de un delito de acción pública, es responsabilidad del Estado a través de su órgano estatal que es la Fiscalía General del Estado la investigación preprocesal y procesal de los hechos, la acusación a sus responsables y el velar por la reparación a las víctimas por la vulneración de sus derechos<sup>84</sup>, aspecto que está en manos de los tribunales de Garantías Penales a través del pronunciamiento de su sentencia.

## **RELACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO PENAL**

### **LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL**

En relación a lo dicho en los acápites precedentes, se debe tener en cuenta que de todo el ordenamiento jurídico, *“el Derecho Penal, al ser de última ratio debe permanecer en todo momento vinculado al constitucionalismo por la posible afectación grave a derechos y principios fundamentales constitucionalizados, ya que su función es la de tutelar valores e intereses con relevancia constitucional, y la Constitución es la norma suprema que recoge y define los valores y principios que han de servir para*

---

<sup>84</sup> VACA, Ricardo, op. cit. p 31.

*armonizar y suministrar coherencia al ordenamiento jurídico, determinando el campo de acción del Derecho Penal y limitando la actuación de los poderes públicos*<sup>85</sup>.

Esta relación engloba un análisis de esta particular composición del Derecho Constitucional y Derecho Penal, refiriéndose en primer término al conjunto de normas jurídicas fundamentales consagradas en la Constitución que nacen de la voluntad de la decisión soberana de un pueblo para estructurar el Estado, tanto desde una óptica territorial y orgánica al establecer su extensión, como de la creación de órganos de gobierno, sus funciones, las relaciones entre sí y con los gobernados, fijando los mecanismos de control para reclamar el respeto a tales derechos y la permanencia y desarrollo de la organización política establecida.

El Derecho Penal en base a los lineamientos constitucionales, se refiere a las normas jurídicas sustantivas y adjetivas que regulan las conductas o hechos típicos antijurídicos cometidos por los gobernados de forma dolosa o culposa, cuya consecuencia es la aplicación de sanciones a través de los procedimientos que tienden a regular la pretensión punitiva del Estado.

**El objeto de estudio de esta relación “Constitucional-Penal”, son todas aquellas normas jurídicas contenidas en la Constitución, las cuales otorgan una serie de garantías al gobernado para hacer frente a la pretensión punitiva del Estado en los casos en que aquél viole las normas de convivencia jurídico-penal.**

Siendo tanto el Derecho Constitucional como el Derecho Penal ciencias que garantizan los derechos individuales que el Estado reconoce sean respetados, protegidos y salvaguardados a través de los órganos Estatales, el puente de enlace que une a estas ciencias lo constituye la “*garantía constitucional*”<sup>86</sup> (el énfasis me pertenece), refiriéndonos a los derechos fundamentales reconocidos o garantizados en la Constitución.

---

<sup>85</sup> CARBONELL, MATEU, Juan Carlos, *Derecho Penal: concepto y principios Constitucionales*, editorial Tirant Lo Blanch, pp. 83, 84.

<sup>86</sup> *Ibíd.*

Esta concepción *ius naturalista*, entendida como facultades o libertades de carácter civil, político, económico, social y cultural que se reconoce al ser humano, cuando es consagrada por el derecho positivo, se convierten en una garantía y por ende es tutelada por el Derecho Constitucional.

A lo largo de la historia constitucional, se ha evidenciado un cambio de regímenes desde el colonial y absolutista, hasta uno de tipo liberal, donde se nota una evolución del Derecho, pasando por un Derecho Penal absoluto a un Derecho penal garantista. *“Podemos mencionar que con la promulgación de las diferentes Constituciones, se elevan a la categoría de garantías constitucionales los derechos de libertad, igualdad, de pensamiento, palabra, asociación, libre circulación, propiedad, etcétera, con lo cual se restituyó la dignidad y valor a la persona reconociéndole sus derechos elementales, dignos de tutela en el área del poder punitivo del Estado”*<sup>87</sup>.

Es el estado liberal el que reconstruye críticamente las nuevas ideas de libertad, igualdad legal y seguridad jurídica donde se afronta racionalmente los problemas que origina el derecho estatal de castigar, su esencia y sus límites, la forma y los medios de actuación de los órganos de gobierno frente al gobernado que delinquía, estableciendo garantías que permanecen todavía hoy como base de un sistema penal moderno.

CARBONELL al respecto señala que históricamente y hasta la actualidad *“las Constituciones Políticas como los Códigos Penales constituyen aquel pacto político en el que gobernados y gobernantes acuerdan en un momento histórico terminar con los vestigios de un Estado autoritario y se comprometen a cumplir dicho pacto, a no realizar actos o conductas lesivas a los derecho individuales y que en caso de ser vulnerados, someterse al poder sancionador del Estado, a través de los órganos estables destinados a tal efecto”*<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup> *Ibíd.*

<sup>88</sup> *Ibíd.* p. 85.



## IMPORTANCIA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL ÁMBITO PENAL

Todos los ordenamientos jurídicos presentan ciertas incongruencias, vacíos y lagunas legales que en algunas ocasiones tanto los operadores del sistema de administración de justicia, como los profesionales del Derecho y los propios ciudadanos no encuentran una salida unívoca para afrontar la aplicación normativa, la defensa de los derechos y el ejercicio y garantía efectiva de los mismos<sup>89</sup>.

Por un lado se considera que cada rama del Derecho posee su propia teoría hermenéutica que subsiste paralelamente a la teoría general, y por otro hay quienes consideran que no se puede fraccionar la hermenéutica en diversas teorías, donde éstas se reducen a meras diferencias en las técnicas interpretativas metodológicas.

Es decir, la teoría de la interpretación se integra como parte fundamental en la ciencia jurídica, y dentro de ésta es posible distinguir algunas teorías hermenéuticas particulares, entre ellas encontramos a la conectada al Derecho Constitucional. Según CANOSA “*Estas teorías comparten los principios básicos de interpretación normativa pero dada la importancia y rango del objeto de la hermenéutica constitucional, ésta podría ser colocada en posición de preeminencia jerárquica*”<sup>90</sup>.

La interpretación Constitucional requiere un particular tratamiento, en especial por los valores y principios políticos que sirven de fuente de inspiración para los contenidos del instrumento constitucional. Lo que se pretende con la interpretación es demostrar la eficacia normativa de la Constitución. Existen dos modos para violar una Constitución: uno directo, cuando un precepto de aplicación inmediata es incumplido o inaplicado; y otro indirecto, cuando existe contradicción entre normas de la propia Constitución, dando distintos medios o soluciones para resolver un conflicto sea de ley sustantiva como adjetiva.

---

<sup>89</sup> ARAUJO GRANDA, María Paulina, artículo: *Principios de Interpretación Constitucional en el área penal* en:

[http://www.juridico.gpjasociados.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=46:principios-de-interpretacion-constitucional-en-el-area-penal&catid=11:material-basico&Itemid=11](http://www.juridico.gpjasociados.com/index.php?option=com_content&view=article&id=46:principios-de-interpretacion-constitucional-en-el-area-penal&catid=11:material-basico&Itemid=11)

<sup>90</sup> CANOSA USERA, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 58.

Se puede evidenciar que la interpretación constitucional es distinta de la interpretación de otros textos jurídicos (la ley) y demanda métodos especiales diferentes de los que normalmente son utilizados en la interpretación de la ley.

Al respecto el Código Orgánico de la Función Judicial señala que en su artículo 6 que *“las juezas y jueces aplicarán la norma constitucional por el tenor que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos garantizados por la norma, de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional”*, el mismo criterio mantiene la Constitución en su artículo 11 numeral 5 que dice: *“En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”*.

Son necesarios métodos diferentes de interpretación en vista que los textos constitucionales son diferentes de cualquier otro texto normativo en virtud de su objeto y su contenido, ya que por lo general la mayoría de Constituciones no se limitan a formular reglas sino que consagran valores o principios. En la Constitución se regula también las relaciones políticas (entre los órganos del Estado y también entre el Estado y ciudadanos), estas relaciones son extremadamente cambiantes y por lo tanto la interpretación de la Constitución exige un método capaz de adaptar incesantemente el contenido normativo de texto al cambio de las relaciones disciplinadas. Adicionalmente, los textos constitucionales deben interpretarse de tal modo que puedan adaptarse a las transformaciones de la sociedad, hay que tomar en cuenta que corresponde al poder de revisión constitucional –Corte Constitucional- y no a los intérpretes adaptar un viejo texto constitucional al cambio de las circunstancias.

Al respecto nuestra Constitución en su artículo 427 expresa: *“Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional”*. En su artículo 429 señala que *“La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia (...)”*, así

tenemos que las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte.

## TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Una técnica de interpretación según afirma Riccardo GUASTINI consiste “*en un procedimiento que parte de un enunciado normativo –una disposición- para llegar a un significado, o sea llegar a una norma, a través de una argumentación interpretativa presentada en una estructura lógica muy simple*”<sup>91</sup>. Según el mismo autor, dentro de las técnicas de interpretación tenemos las siguientes:

- **La argumentación de interpretación.** “*La conclusión de la interpretación es una tesis interpretativa, la cual puede ser un argumento interpretativo o un principio metodológico; respecto del primero, se verá la intención del legislador en la norma determinada, respecto del segundo, el significado que corresponde a la intención del legislador*”<sup>92</sup>. Para el principio metodológico es posible encontrar principios opuestos que conducirían a una interpretación diferente.
- **Teoría e ideología de la interpretación constitucional.** Las técnicas de interpretación pueden examinarse desde dos puntos de vista, uno descriptivo o cognitivo y otro prescriptivo o normativo. “*El primero consiste en analizar las técnicas utilizadas por jueces y juristas cuando interpretan la Constitución; el segundo, es el punto de vista de quienes sin saber cómo es que la Constitución se interpreta recomiendan a los intérpretes que adopten una técnica particular descartando otras*”<sup>93</sup>.
- **La interpretación literal.** Consiste en atribuirle a un enunciado normativo su significado el más inmediato o intuitivo. “*Abarca dos tipos de interpretaciones, una que utiliza las reglas lingüísticas que estaban en vigor al momento en que le texto constitucional fue emitido (se trata de una forma de interpretación*

---

<sup>91</sup> GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, editorial Trotta, p. 50.

<sup>92</sup> *Ibíd.*

<sup>93</sup> *Ibíd.*, p. 52.

*originalista*); y otra que utiliza reglas lingüísticas vigentes al momento en el que se interpretan (*interpretación evolutiva*)”<sup>94</sup>.

- **La intención de los constituyentes.** Con mayor frecuencia se interpreta el texto constitucional según la voluntad o intención de quienes hacen la norma. El argumento de la intención de la autoridad normativa puede usarse en muchos modos distintos: “a) se puede apelar a ésta para extraer directamente de la ella el significado del enunciado que se interpreta; b) se puede apelar a esta intención en negativo, con el fin de descartar la interpretación literal escogiendo un significado diverso; y, c) cuando se hace referencia a un hecho que los constituyentes no previeron”<sup>95</sup>.
- **La interpretación restrictiva.** Este tipo de interpretación excluye de su campo de aplicación ciertos supuestos que según la interpretación literal deberían formar parte del mismo. “Para justificar este supuesto, se distinguen dos clases de premisas que serían diversas y que por lo tanto exigirían dos regulaciones diferentes”<sup>96</sup>.
- **La interpretación extensiva.** Algunas veces se interpreta el texto constitucional de manera extensiva, esto quiere decir que se incluyen en su campo de aplicación algunos hechos concretos que interpretando la letra no entrarían dentro del mismo. “Se justifica la interpretación extensiva mediante la analogía, se reúnen en la misma clase tanto los supuestos previstos como los no previstos por el texto en su tenor literal”<sup>97</sup>.
- **La interpretación sistemática.** “Se llama así al tipo de interpretación que consiste en decidir el significado de una disposición a la luz de otras disposiciones previamente interpretadas sobre la base que el Derecho es una totalidad consistente y coherente”<sup>98</sup>. Se utiliza esta interpretación cuando se

---

<sup>94</sup> *Ibíd.*

<sup>95</sup> *Ibíd.*

<sup>96</sup> *Ibíd.*

<sup>97</sup> *Ibíd.*

<sup>98</sup> *Ibíd.*

considera que un término que consta en el texto constitucional tenga siempre el mismo significado.

### **13. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS PENALES EN RELACIÓN A LA CONSTITUCIÓN**

Concretamente en el área del Derecho Penal, que está estrechamente vinculado con la Constitución, ya que constan en éste aspectos de carácter penal –sustantivos, adjetivos- como delitos y garantías del debido proceso, ha obligado que muchas de las decisiones de los fiscales, jueces y tribunales de garantías penales, así como de los defensores públicos, se sustenten en la Constitución de la República –primera ley penal-, que les permite legitimar sus actuaciones para lograr acoplar el sistema acusatorio con la represión de las conductas que se consideran más graves y socialmente intolerables; evitando que el ámbito penal sea empleado maliciosa y temerariamente para ejercer presión en asuntos de mero interés personal<sup>99</sup>.

Para que proceda la jerarquía de la Constitución, que se entiende obvia por el principio de supremacía constitucional<sup>100</sup>, es importante tener presente que para desentrañar el sentido, contenido y alcance de sus directrices, si bien existen métodos generales de interpretación del Derecho, en el área Constitucional nos encontramos con metodologías de hermenéutica jurídica propias como se mencionó anteriormente, que sin lugar a dudas otorgarán una motivación técnica y bien fundamentada a cada actuación de los órganos jurisdiccionales y autónomos de la Función Judicial.

Al no ser similares tanto las leyes ordinarias como los preceptos constitucionales, los principios de interpretación constitucional según Ma. Paulina ARAUJO se justifican por las claras diferencias que existen entre éstas, que se pueden resumir de la siguiente manera<sup>101</sup>:

---

<sup>99</sup> ARAUJO GRANDA, María Paulina, artículo: *Principios de Interpretación Constitucional en el área penal* en:

[http://www.juridico.gpjasociados.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=46:principios-de-interpretacion-constitucional-en-el-area-penal&catid=11:material-basico&Itemid=11](http://www.juridico.gpjasociados.com/index.php?option=com_content&view=article&id=46:principios-de-interpretacion-constitucional-en-el-area-penal&catid=11:material-basico&Itemid=11)

<sup>100</sup> Artículos 424 y 425 de la Constitución de la República.

<sup>101</sup> OYARTE MARTÍNEZ, Rafael, *Conferencias acerca de la Constitucionalización del Derecho Penal*, Escuela de Fiscales de la Fiscalía General del Estado: Quito, 14 y 15 de septiembre del 2010; Guayaquil:

- a) *“La Constitución es un cuerpo normativo, mientras que las leyes son una categoría normativa, ya que la Constitución es una sola, mientras que las leyes son tan variadas, (...) según la materia a la que se orientan sus regulaciones.*
- b) *La finalidad de la Constitución no está orientada para regular conductas, sino que se dedica a la organización del poder del Estado, estableciendo además los derechos y garantías de los habitantes que son parte del ente estatal. Situación que no se encuentra en las leyes.*
- c) *La redacción de una Carta Política es diferente a las leyes, estas últimas se elaboran a través de un presupuesto y una consecuencia jurídica.*
- d) *Finalmente, es importante tener en cuenta que, mientras las leyes tienen el carácter de homogeneidad acerca de sus regulaciones; la Constitución es por esencia heterogénea, pues describe y regula a las varias instituciones del Estado y sus normas abarcan a las diferentes ramas del Derecho”<sup>102</sup>.*

Bajo estos presupuestos, los principios que se emplean para interpretar la Carta Política del Estado y que deben ser incluidos en toda actividad vinculada al Derecho Penal, son<sup>103</sup>:

**1.- Principio de incongruencia Constitucional.** Según ARTEGA NAVA<sup>104</sup>, las incongruencias constitucionales aparecen “cuando una norma regula una institución de una manera y otra lo hace de forma diversa” o cuando una función es conferida a poderes o entes diferentes; este principio según Emilio RABASA comprende y se pone en aplicación cuando los textos constitucionales son “incongruentes, contradictorios,

---

24 y 25 de septiembre del 2010 en ARAUJO GRANDA, María Paulina, artículo: *Principios de Interpretación Constitucional en el área penal* en: [http://www.juridico.gpjasociados.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=46:principios-de-interpretacion-constitucional-en-el-area-penal&catid=11:material-basico&Itemid=11](http://www.juridico.gpjasociados.com/index.php?option=com_content&view=article&id=46:principios-de-interpretacion-constitucional-en-el-area-penal&catid=11:material-basico&Itemid=11)

<sup>102</sup> *Ibidem*.

<sup>103</sup> NARANJO MESA, Vladimiro, *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, Colombia, Editorial Temis S.A., Séptima edición, aumentada y corregida, 1997, pp. 408-409; PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, Novena edición, 2003, pp. 150-151. En ARAUJO GRANDA, María Paulina, artículo: *Principios de Interpretación Constitucional en el área penal*

[http://www.juridico.gpjasociados.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=46:principios-de-interpretacion-constitucional-en-el-area-penal&catid=11:material-basico&Itemid=11](http://www.juridico.gpjasociados.com/index.php?option=com_content&view=article&id=46:principios-de-interpretacion-constitucional-en-el-area-penal&catid=11:material-basico&Itemid=11)

<sup>104</sup> ARTEGA NAVA, Elisur, *La interpretación constitucional*, t. I, pp. 72, 73 en OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, *Hermenéutica Constitucional*, Grupo Editorial Ibáñez, p. 123.

*omisos, poco técnicos y mal redactados*<sup>105</sup> “la interpretación de sus textos debe hacerse de manera que, sin importar que en determinados momentos alguno de ellos deje de ser considerado o que incluso el intérprete, con apoyo en un texto de la constitución, tenga que optar por prescindir o sacrificar otra norma fundamental, se haga en el grado en que salvaguarden o no se afecten ciertos principios que, por llamarlos de alguna forma, pudiera llamarles fundamentales o determinantes desde el punto de vista político. Terminará por ser desconocida la norma política o socialmente menos valiosa<sup>106</sup>”.

Esta falencia se puede ver reflejada cuando los constituyentes por descuido han redactado preceptos contradictorios que adolecen de falta de armonización, efectividad, eficacia integradora y concordancia práctica, hecho que sin duda está presente en nuestra Constitución en su artículo 81.

**2.- Principio de Unidad de la Constitución.** Es considerado para FERNÁNDEZ SAGADO Francisco, como el “*principio hermenéutico constitucional de mayo relevancia*<sup>107</sup>”. Este principio implica que todas las normas contenidas en la Constitución deben interpretarse de forma armónica y conjunta, sin que sea factible desentrañar el sentido, contenido y alcance de una de sus directrices de forma aislada.

Para KONRAD HESSE, “*la relación e interdependencia existentes entre los distintos elementos normativos de la Constitución obligan a no contemplar en ningún caso solo la norma aislada sino siempre además en el conjunto en el que debe ser situada, todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con las normas constitucionales. La única solución del problema coherente con este principio es la que se encuentra en consonancia con las decisiones básicas de la Constitución y evite su limitación unilateral a aspectos parciales. Así, se deben identificar los principios fundamentales de la parte dogmática, orgánica y económica de la Constitución*”<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, *Hermenéutica Constitucional*, Grupo Editorial Ibáñez, p. 123.

<sup>106</sup> *Ibidem*.

<sup>107</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, en OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, *Hermenéutica Constitucional*, grupo editorial Ibáñez, p. 158.

<sup>108</sup> HESSE KONRAD en OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, *Hermenéutica Constitucional*, grupo editorial Ibáñez, p. 158.

A través de este principio, la norma suprema debe ser tratada como un todo y no limitar la interpretación de la norma de inferior jerarquía a una determinada norma constitucional.

En aplicación de este principio, los operadores de administración de justicia penal, basarán sus decisiones teniendo en cuenta la concordancia y armonización de todas las directrices constitucionales que se vinculen con el asunto a dilucidar. Hay que tomar en cuenta que la Constitución es el punto de partida de todo ordenamiento jurídico, como se indicó en lo relacionado a la constitucionalización del Derecho Penal.

**3.- Principio de Concordancia Práctica.** Para OLANO GARCÍA que también lo llama “*Principio de la compensación menos gravosa*”<sup>109</sup>, este principio “*según el cual, se postula que los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su identidad, a través de la ponderación coherente y proporcional de valores o bienes (GÜTERABWÄGUNG) donde no cabe sacrificar a uno por otro. De este modo, se debe respetar el núcleo duro del de cada bien constitucional en conflicto, afectándose mutuamente sólo en su modo, forma, espacio, o tiempo de ejercicio, siempre que exista razonabilidad y proporcionalidad de la recíproca limitación*”<sup>110</sup>. Para que se aplique este principio, es necesario que en la realidad fáctica se verifique el choque o colisión entre dos derechos fundamentales, que al tenor de nuestra constitución, todos y cada uno de ellos son de igual jerarquía<sup>111</sup>, salvo los relativos a los niños, niñas y adolescentes, que priman por sobre los de las demás personas<sup>112</sup>.

---

<sup>109</sup> OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, *Hermenéutica Constitucional*, grupo editorial Ibáñez, p. 132.

<sup>110</sup> *Ibidem*.

<sup>111</sup> Numeral 6 del artículo 11 de la Constitución: “*Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía*”.

<sup>112</sup> Artículo 44 de la Constitución: “*El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas./ Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales*”.



En el caso de conflicto de principios se debe interpretar la Constitución de tal manera que no se produzca un “sacrificio” de una norma o valor constitucional en aras de otra norma de igual jerarquía.

Para Riccardo GUASTINI, “*los conflictos, entre los principios constitucionales a causa de la pluralidad de los valores incorporados en todas las constituciones contemporáneas son muy frecuentes*”<sup>113</sup>. Todo principio genera controversia respecto de otros. Según el mismo autor, cada conflicto presenta las siguientes características:

- A) En primer lugar se trata de un conflicto entre normas que han sido emitidas en el mismo momento.
- B) Se tratan de normas que tienen el mismo estatuto formal, la misma jerarquía.
- C) Se trata de un conflicto en concreto.
- D) Se trata de un conflicto parcial bilateral.

Estos conflictos no pueden resolverse utilizando criterios de solución estándar de los conflictos, no se puede utilizar el criterio de una ley posterior que dirima la incongruencia porque ambos principios son contemporáneos, no se puede utilizar un criterio de ley superior, porque los dos principios tiene la misma posición jerárquica y tampoco cabe utilizar el criterio de ley especial puesto que las dos clases de hechos regulados por los principios se entrecruzan.

La técnica que se utiliza para resolver conflictos entre principios constitucionales es la **PONDERACIÓN**, que consiste en establecer entre los dos principios en conflicto una jerarquía axiológica móvil<sup>114</sup>.

La jerarquía axiológica para GUASTINI “*consiste en relación de valor creada por el juez constitucional, mediante un juicio de valor comparativo donde uno de los principios en conflicto tiene más valor que el otro, otorgándole mayor relevancia, peso e importancia respecto del otro*”<sup>115</sup>. Aunque es dejado de lado o no aplicado el principio

---

<sup>113</sup> GUASTINI, Riccardo, ob. cit. p. 88.

<sup>114</sup> *Ibídem*.

<sup>115</sup> *Ibídem*.

de menor relevancia, esto no quiere decir que ha sido derogado o declarado inválido, ya que éste sigue en vigencia y listo para ser aplicado en otro tipo de controversia.

*“La jerarquía móvil por otro lado, es una relación de valor inestable, mutable, una jerarquía que vale para un caso concreto o para una pluralidad de casos, que se invierte en un caso concreto, donde el juez se limita a valorar la justicia de la consecuencia de la aplicación de uno u otro principio en un caso concreto”*<sup>116</sup>. Con esto tenemos que el conflicto no se resuelve definitivamente, existe cada solución para una sola controversia particular ya que ninguno puede prever la solución del mismo conflicto en otras controversias futuras.

Esta especie de ponderación de los valores en conflicto, como señalamos anteriormente deberá efectivizarse a través del equilibrio en la protección de los derechos fundamentales, tomando en cuenta si el derecho reclamado ha sido en primera instancia ejercido, y si éste evidencia algún tipo de fraude, abuso o malicia.

**4.- Principio de la Fuerza Normativa.** Es innegable que el espíritu de nuestra Constitución vigente es considerar que todas sus normas **sean vinculantes** en su letra y en su finalidad teleológica, por tal razón no se puede “desnaturalizar” el texto constitucional por la vía de la interpretación.

Esto quiere decir que prevalece la Constitución cuando no es posible encontrar justificación alguna de una ley. Hay que hacer valer la Constitución frente a la ley y saber que únicamente a través del procedimiento de reforma previsto en la propia Constitución cabe hacer la respectiva modificación.

Debemos mencionar que actualmente el juez ya no cuenta con la potestad de inaplicación de las normas que estima inconstitucionales, sino que debe suspender inmediatamente la tramitación de la causa, para luego proceder a consultar la inconstitucionalidad a la Corte Constitucional. De ahí que toda decisión por parte de los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial que contengan una inaplicación normativa por ser, a su criterio, inconstitucional, no es válida ni legítima.

---

<sup>116</sup> *Ibídem.*

**5.- Principio de la Eficacia Integradora.** Para RIVERA SANTIBAÑEZ José Antonio, este principio busca “*orientar al intérprete a establecer soluciones hermenéuticas que, por tener conciencia histórica del proceso de cambio en las estructuras socioeconómicas, permiten una constante actualización de la normativa constitucional garantizando, de este modo, su máxima y permanente eficacia*”<sup>117</sup>.

Para LANDA César, este principio “*valora el mantenimiento de la unidad política de la Constitución, lo que demanda preferir las soluciones jurídico-políticas que promuevan la integración social y la unidad de la Constitución. Con ello se busca afirmar el carácter supremo y pluralista de la Constitución, en la medida en que se integra a los valores minoritarios con el mayoritario, gracias a entender que la Constitución expresa la diversidad de intereses sociales, dentro de la unidad política*”<sup>118</sup>.

Constituye un argumento sólido para hacer viable la practicidad del Derecho Penal mínimo y garantista que debe primar en nuestro Estado de derechos y justicia, en concordancia directa con la parte dogmática de la Constitución, ya que el principio de eficacia integradora parte de la premisa de que la Constitución busca la unidad política del Estado y de todos sus elementos constitutivos; este principio será de gran utilidad cuando se trate de una interpretación de normas relacionadas con el funcionamiento de los órganos estatales, teniendo en cuenta la colaboración armónica que debe existir entre ellos para la realización del bien común.

Para argumentar una decisión en base a este principio de interpretación constitucional, la norma debe vincular o conectar la parte orgánica con la dogmática. Así, la mínima intervención penal, el principio de oportunidad y el interés social y de la víctima<sup>119</sup> que constan en la parte orgánica de la Constitución, respecto al ejercicio de

---

<sup>117</sup> RIVERA SANTIBAÑEZ, José Antonio, en OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, *Hermenéutica Constitucional*, editorial Ibáñez, p. 121.

<sup>118</sup> *Ibídem*.

<sup>119</sup> Artículo 195 de la Constitución de la República: “*La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal. / Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses,*

las atribuciones de investigación y acusación por parte de la Fiscalía General del Estado, deben ser aplicados en relación a los derechos de libertad y los derechos de protección.

Según OLANO GARCÍA, “*este principio nos lleva a indicar que cuando estén por ser estudiados derechos individuales, éstos deben interpretarse de manera amplia, de forma que, más que intentar limitarlos, restringirlos o anularlos, se haga realidad en los términos en que están consignados en las normas constitucionales y, de ser posible ampliados a favor de los habitantes del país*”<sup>120</sup>. Continuando con esta línea, podemos decir que este principio integra la interpretación global de las normas constitucionales.

**6.- Principio de prevalencia de justicia Material.** Según DUEÑAS RUIZ Oscar José, “*la interpretación se confunde a veces con la aplicación de las reglas que pueden entrar en colisión con los principios jurídicos. (...) los principios se imponen sobre las reglas y de ahí se colige la prevalencia del derecho material que está consagrada en la Constitución Política (...)*”<sup>121</sup>, de tal manera que los principios constitucionales son las bases jurídicas para elaborar las normas legales.

---

que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley”.

<sup>120</sup> OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, *Hermenéutica Constitucional*, editorial Ibáñez, p. 121.

<sup>121</sup> *Ibíd.*, p. 143.

## **CAPÍTULO II**

# **ANÁLISIS DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, SOMETIMIENTO AL JUEZ NATURAL Y SEGURIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO PENAL**

### **INTRODUCCIÓN**

La sociedad a través de la función punitiva del Estado, la cual necesariamente debe estar basada en principios y garantías de trascendental importancia, garantiza la sanción de los actos delictivos que se cometen y que ponen en grave peligro los bienes jurídicos tanto individuales como colectivos.

Estos principios y garantías están enunciados en la Constitución de la República, detallados en el Capítulo VIII bajo el título “DERECHOS DE PROTECCIÓN”, los cuales son fundamentales e inherentes a todo ciudadano, ya que su objeto es velar por la seguridad jurídica en los diferentes procesos.

Dentro de las Garantías básicas del derecho al debido proceso, tenemos el principio de legalidad, sometimiento al juez natural y seguridad jurídica, los cuales van a ser desarrollados más adelante en relación a lo que dispone el artículo 81 de la Constitución de la República.

### **1. ANTECEDENTES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

El principio de legalidad, siendo el rasgo distintivo del Derecho Penal y de todas las ramas del Derecho consideradas como públicas aparece con el pensamiento de César BONESANA, Márques de BECCARÍA, ya que la filosofía penal liberal se concreta en

1764 con la aparición de su célebre obra “De los Delitos y las Penas”, es allí donde se señala el principio de la legalidad a través del siguiente postulado: “*nadie podrá ser castigado por hechos que no hayan sido anteriormente previstos por una ley, y a nadie podrá serle impuesta una pena que no esté previamente establecida en la ley*” principio que se lo mantiene hasta la actualidad y es base fundamental del Derecho positivo, pues es parte de nuestro ordenamiento jurídico en el numeral 3 del artículo 76 de la Constitución y en el artículo 2 del Código Penal.

El Derecho Penal moderno nace a partir del iluminismo francés<sup>122</sup>, el cual retoma a la persona como centro de sujeto de protección. Es así que ciertos tratadistas desarrollaron a partir de los principios básicos de la filosofía de la ilustración un sistema de Derecho Penal que puede denominarse de “garantías”, el cual consistió en que legitimaba el uso del poder penal siempre que su ejercicio estuviera regido por una variedad de principios como fueron los primigenios de legalidad e inocencia, estableciendo así ciertos límites a su ejercicio. La premisa común de las primeras construcciones teóricas y vertientes doctrinarias era una acentuada preocupación por racionalizar el sistema penal, además de utilizarlo como un instrumento útil para la prevención del delito y que pudiera evitar la excesiva discrecionalidad judicial, que siempre terminaba en un ensañamiento al condenado<sup>123</sup>.

El Derecho Penal liberal nace con el liberalismo, época de la expresión individualista. Es por esto que los franceses en su Código Penal de 1791 imprimieron las conquistas filosóficas de libertad, igualdad y fraternidad. La máxima *nulla crimen, nulla poena sine lege* indudablemente se origina y es producto de estas directrices. En todo caso, la doctrina penal liberal la conforman, (por manifestación del desarrollo científico legal de la época), Romagnosi, Feurbach y Benthan, poco después Carmignani y Carrara hasta llegar a Binding y Beling, sólo por citar los nombres más sobresalientes<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> Movimiento filosófico del siglo XVIII, especialmente de Francia, que afirmaba el poder ilimitado de la Razón para gobernar el *mundo de los hombres y dirigir sus vidas*.

<sup>123</sup> MARTÍNEZ OSORIO, Martín Alexander. En capítulo Introducción a la ciencia del Derecho penal y a la Teoría del delito de la obra *Límites Constitucionales al Derecho penal* del CNJ. El Salvador PDF. p 169. En FRANCO LOOR, Eduardo, op cit. p. 104.

<sup>124</sup> FRANCO LOOR, Eduardo, op. cit., p. 311.

## 1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Este principio sustenta en la actualidad todo el armazón del Derecho Penal y está elevado, en nuestro país y en muchos otros del mundo occidental, a rango de Derecho Constitucional. El numeral 3 del artículo 76 de la Constitución ecuatoriana del 2008<sup>125</sup> dice:

*“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”.*

Paralelamente el artículo 2 del Código Penal del Ecuador contempla la sustantividad de este principio, toda vez que nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida; la infracción ha de ser declarada, y la pena establecida, con anterioridad al acto.

El principio de Legalidad aparece en el ordenamiento jurídico ecuatoriano por primera vez en la Constitución de 1830, cuyo artículo 58 decía *“Ningún ciudadano puede ser distraído de sus jueces naturales, ni juzgado por comisión especial, ni por ley que no sea anterior al delito. Se conserva el fuero eclesiástico, militar y de comercio”*<sup>126</sup> (el énfasis me pertenece). Como podemos observar es un principio que data desde los inicios de la república del Ecuador; principio que producto del dinamismo del Derecho ha ido evolucionando hasta la actualidad.

---

<sup>125</sup> La Constitución de la República del Ecuador fue publicada en el Registro Oficial 449 el lunes 20 de Octubre del 2008.

<sup>126</sup> Fuente: [http://www.montecristivive.ec/portal/index.php?option=com\\_docman&Itemid=61](http://www.montecristivive.ec/portal/index.php?option=com_docman&Itemid=61)

El tratadista Santiago MIR PUIG<sup>127</sup> sostiene que “*el principio de Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento a la potestad punitiva al Derecho*”, lo que dará lugar a los límites derivadas del *principio de legalidad*. Un Estado de Derecho no debe ser el reino de la arbitrariedad, pues el ordenamiento jurídico debe contar no sólo con métodos constitucionales para prevenir los delitos, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de la intervención excesiva y arbitraria del Estado. Y es por ello que ROXÍN enfatiza que “*un Estado de derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal*”<sup>128</sup>. En consecuencia, ROXÍN señala que “*frente a esto, el principio de legalidad, sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva*”<sup>129</sup>.

En lo que nos concierne, habría que analizar si el artículo 81 de la Constitución establece o no una ley imprecisa, en cuyo primer caso estaríamos frente a una contradicción con el principio de legalidad.

Este principio se expresa en el aforismo latino **NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE** (No hay delito ni hay pena sin ley previa). Este principio consagra la tesis que sin una ley que lo haya declarado previamente punible “*ningún hecho puede merecer una pena del Derecho Penal*”<sup>130</sup>. En su historia, este principio estuvo vinculado a la teoría de la pena como coacción psicológica (prevención general), toda vez que la ley penal debía preceder a la acción delictiva porque de esta manera podía la pena cumplir su función preventiva, es decir, inhibitoria del impulso delictivo, por tanto, “*la conexión del mal con el delito tiene que ser amenazada en una ley*”<sup>131</sup> para que figure el carácter preventivo.

Vale mencionar como dato histórico, que este principio tiene como antecedentes la *Magna Charta Libertatum* inglesa de Juan sin Tierra de 1215 y la *Constitutio Criminales Carolina* germánica de 1532; pero sólo a partir de la ideología liberal que consagra la

---

<sup>127</sup> MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*. p. 113.

<sup>128</sup> ROXÍN Claus. *Derecho Penal. Parte General*. T. I Fundamentos. *La estructura de la Teoría del delito*, p. 137.

<sup>129</sup> *Ibidem*. p. 137.

<sup>130</sup> BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, p. 99.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 99.



Revolución Francesa, se concibe este principio como limitación del poder punitivo del Estado dotada del sentido de garantía para la libertad del ciudadano<sup>132</sup>.

Actualmente, el principio de legalidad se derivó en una organización política basada en la *división de poderes*, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. El ciudadano sólo admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto -contrato social- en el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad. Esta participación es ejercida por medio del poder legislativo, que representa al pueblo. Sólo de él puede emanar la ley, que constituye, pues, la expresión de la voluntad popular<sup>133</sup>.

BECCARÍA señala en su obra “De los delitos y las penas” lo siguiente:

*“(…) sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa toda la sociedad unida en el contrato social. Ningún Magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo penas de la misma sociedad” Los jueces no pueden, consiguientemente, “aumentar la pena establecida” por las leyes, ni siquiera “bajo pretexto de celo o de bien público”*<sup>134</sup>.

Todo ello nos hace afirmar que este principio es una exigencia de **seguridad jurídica** y una garantía política que tiene el ciudadano de no verse sometido por parte del Estado a penas no contenidas en la leyes penales, seguridad jurídica que consta como Derecho de protección en su artículo 82 en nuestra Constitución.

Para el tratadista Enrique BACIGALUPO ZAPATER, la consecuencia práctica de este principio es la siguiente: *“ninguna sentencia condenatoria se puede dictar aplicando una pena que no esté fundada en una ley previa, es decir, una ley en la que el hecho imputado al autor sea amenazado con pena. En otras palabras, el razonamiento judicial debe comenzar con la ley, pues sólo de esa manera la condena se podrá fundar en la ley penal”*<sup>135</sup>. A lo que personalmente le añadiría que el razonamiento judicial no debe empezar únicamente con la ley sino también con los principios y garantías, pues éstos son la base para la concordancia

---

<sup>132</sup> Op. cit. p. 114.

<sup>133</sup> Op. cit. p.115

<sup>134</sup> *Ibidem*. p. 115.

<sup>135</sup> BACIGALUPO, Enrique. op. cit. p.100.

práctica del ordenamiento jurídico. Así, se entendería que las leyes y principios constitucionales deberían estar acorde entre sí y más aún las leyes con normas jerárquicamente superiores. En base a esto, el artículo 81 de la Constitución debería guardar los mismos lineamientos, principios y garantías que están consagrados en la misma Constitución en busca de garantizar la seguridad jurídica.

Para un mejor análisis de este principio lo dividiremos en dos partes:

### **NO HAY DELITO SIN LEY**

Nullum Crimen sine lege (No hay crimen o delito sin ley). Es decir, un hecho penal sólo puede ser castigado si la punibilidad estuviera legalmente determinada antes de que se cometiera el hecho. Por ello, se establece que por mucho que una conducta sea en alto grado socialmente nociva y reveladora de necesidad de pena, el Estado sólo podrá tomarla como motivo de sanciones jurídico penales si antes lo ha advertido expresamente en la ley<sup>136</sup>, a través del trabajo de la función legislativa.

ROXÍN expresa que el principio “*no hay delito sin ley*” permite que así como en su momento la “Magna Cartha Libertatum” británica (1215) protegía al individuo de intromisiones arbitrarias del poder estatal, el Código Penal, mediante este principio, protege al ciudadano (tanto al honrado como al no honrado) de todo castigo por una conducta que no haya sido claramente declarada punible antes del hecho, pues la ley es para todos los habitantes de un estado.

Con esto, puede quedar impune una conducta especialmente refinada, socialmente nociva y por ello merecedora de pena, éste es el precio que ha de pagar la sociedad cuando el legislador por la falta de arbitrariedad y al no observar la seguridad jurídica (es decir, por la calculabilidad de la aplicación de la potestad punitiva del Estado)<sup>137</sup>, no considere ciertos actos como delitos.

---

<sup>135</sup> Roxín. op. cit. Pág. 137

<sup>137</sup> Ibídem p.138

Hay que tomar en cuenta que en un Estado Constitucional de Derechos, por mandato constitucional, el Juez nunca tiene ante sí a un delincuente, sino a un ciudadano que está amparado por el derecho a la presunción de inocencia, quien es el destinatario de la protección del principio de legalidad; en consecuencia, este principio se debe entender como la garantía del ciudadano y toda restricción de su contenido, afectará esencialmente derechos fundamentales<sup>138</sup>, por ende ésta es una posición jurídica de contenido constitucional y garantista compatible con las corrientes modernas del Derecho Penal y sus efectos.

### **NO HAY PENA SIN LEY**

El otro aspecto del principio de legalidad es que **no hay pena sin ley**. El principio “no hay delito sin ley” se complementa con el principio “no hay pena sin ley” (*nulla poena sine lege*). Se determina en que no sólo la circunstancia de que una determinada conducta sea punible, sino también la clase y tipo de pena y su posible cuantía, han de estar legalmente fijadas antes del hecho.

En conclusión, si la Constitución del Ecuador declara que este país es un estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural y laico, significa que es un Estado donde debe imperar las normas de su ordenamiento jurídico en las relaciones de los seres humanos, significa que todas las actividades y acciones de los órganos del poder público están necesariamente reguladas por normas preestablecidas y que la autoridad no puede obrar en forma abusiva ni arbitraria, pues tiene sus límites y las personas tienen que ajustar sus acciones al mandato de la Constitución y la ley.

Como bien sostiene Fabián Corral<sup>139</sup>:

*“las normas encausan las libertades y hacen posible un mínimo de seguridad e igualdad. Obligan a que el ejercicio del poder sea previsible y no caprichoso. La “seguridad jurídica” significa que se puede saber con anticipación cuáles son las reglas del juego; hasta dónde se puede y desde dónde no se puede, y que ocurre cuando*

---

<sup>138</sup> Enrique Bacigalupo. op.cit. p.103

<sup>139</sup> Artículo de Fabián Corral B.:*El Principio de Legalidad* en El Comercio de Quito, jueves 19 de febrero del 2004. En FRANCO LOOR, Eduardo, op. cit. p.203.

*se toma una decisión. Seguridad jurídica significa también respeto a las garantías enunciadas en las leyes, estabilidad normativa y protección a los contratos legítimos (...) La previsibilidad y la seguridad se expresan en el “principio de legalidad”, que obliga a actuar en función de leyes y conforme a ellas, y no a discreción de la autoridad (...). Puede, decirse, entonces, que los poderes públicos son simples ejecutores de leyes”* (El énfasis me pertenece).

Al respecto con precisión dogmática jurídica e histórica, el maestro Jorge ZAVALA BAQUERIZO<sup>140</sup> señala que:

*“el fundamento político del principio de legalidad está dado porque surge como una garantía para la libertad del hombre. Sin la vigencia del mismo, el abuso, la arbitrariedad, la tiranía penal reducen al hombre al servilismo más absoluto. Ningún gobierno puede considerarse democrático si no reconoce y respeta el principio de legalidad. Ni “el sentimiento del pueblo”, ni “los fines de la revolución”, ni ninguna afirmación parecida puede reemplazar al principio de legalidad (...)”.*

Así mismo dentro de los autores que tratan el tema tenemos a MUÑOZ CONDE, quien llama al Principio de legalidad, Principio de intervención legalizada, y como su comentario doctrinal es de gran utilidad práctica y académica, me permito transcribirlo parcialmente:

*“La gravedad de los medios que el Estado emplea en la represión del delito, la drástica intervención en los derechos más elementales y, por eso mismo, fundamentales de las personas y el carácter de ultima ratio que esta intervención imponen necesariamente la búsqueda de un principio que controle el poder punitivo estatal y que confine su aplicación dentro de límites que excluyan toda arbitrariedad y exceso por parte de los que ostentan o ejercen ese poder punitivo. Este principio, tradicionalmente designado con el nombre de «principio de legalidad», establece que la intervención punitiva estatal, tanto al configurar el delito como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias, debe estar regida por el*

---

<sup>140</sup> ZABALA BAQUERIZO, Jorge, *El Debido Proceso Penal*. p 85.

«imperio de la ley», entendida ésta como expresión de la «voluntad general»<sup>141</sup>.

El *principio de intervención legalizada* o de legalidad, sirve para evitar el ejercicio arbitrario e ilimitado del poder punitivo estatal.

Aunque hoy se entienda como un principio fundamental del Derecho penal, su reconocimiento ha supuesto un largo proceso, en ningún modo continuo, en el que se observan, junto al deseo de los ciudadanos por conseguir un mínimo de garantías frente al poder punitivo estatal, retrocesos y vueltas a sistemas absolutos y arbitrarios, cuando no a burlas descaradas en la práctica penal de algunos Estados que, sin embargo, mantienen el principio de legalidad como «fachada formal» de su legislación penal positiva.

El principio de intervención legalizada además implica, un freno para una política penal demasiado pragmática que decidida a acabar a toda costa con la criminalidad y, movida por razones defensistas o resocializadoras demasiado radicales, sacrifique las garantías mínimas de los ciudadanos, imponiéndoles sanciones no previstas ni reguladas en ley alguna. En este sentido debe decirse una vez más, que «el fin no justifica los medios».

Una política penal mala, pero llevada a cabo con las garantías jurídicas mínimas, es preferible a una buena política penal realizada sin ningún tipo de control. La expresión «el Derecho penal es la Magna Carta del delincuente» es precisamente una consecuencia del principio de legalidad, pues, por muy grave que sea un hecho, su autor sólo podrá ser castigado si ese hecho ha sido considerado previamente como delito por una ley y sólo con la pena prevista en esa ley, aplicada y ejecutada también conforme a dicha norma legal.

---

<sup>141</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, parte general*. P. 86 a 90.

Debe aceptarse por consiguiente, el riesgo de que, por una mala elaboración de la ley o por la enorme astucia de un delincuente, queden sin sanción acciones gravemente perturbadoras de la convivencia humana. Pero este riesgo es, por otra parte, bastante pequeño. En todo caso, es el precio que hay que pagar por la *seguridad jurídica*, requisito indispensable en una comunidad organizada a través de la estructura de un Estado Constitucional de Derecho.

De la vigencia del principio de intervención legalizada se derivan para el Derecho penal una serie de consecuencias que relativizan todo su contenido y que lo distinguen de las demás disciplinas jurídicas tanto en orden a las fuentes, como a su interpretación o a su elaboración científica”<sup>142</sup>.

En resumen, como observa Esteban RIGHI<sup>143</sup> “*el principio de legalidad señala a la ley como fuente exclusiva del Derecho Penal, permitiendo poner y fijar límites al poder punitivo estatal*”. Es decir, más allá del reproche que merezca o del perjuicio que haya causado a la sociedad, ningún hecho puede ser castigado si la pena no está prevista en una ley, antes que haya sido efectivamente realizado el hecho considerado como delito.

Como consecuencia del principio de legalidad según el mismo autor, y como habíamos mencionado líneas arriba, quedan en la impunidad algunos comportamientos disvaliosos, por la inexistencia de ley previa que los catalogue como delitos. Pero ese es el precio que debe pagar la comunidad para que exista seguridad jurídica. Además, en virtud del mismo principio, la pena y sus consecuencias accesorias se rigen por la ley vigente en el momento de comisión del hecho. Por tanto, no sólo el comportamiento debe estar previamente incriminado, sino también prevista la clase y gravedad de la misma, con sus correspondientes agravantes o atenuantes.

---

<sup>142</sup> *Ibíd.* p. 86 a 90.

<sup>143</sup> RIGHI, Esteban, *Derecho penal, parte general*. p. 70.

## **a) CONSECUENCIAS O REPERCUSIONES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

Según Eduardo FRANCO LOOR en su obra, “Fundamentos de Derecho Penal Moderno” las consecuencias o repercusiones del principio de legalidad son cuatro y están plasmadas en la doctrina como “prohibiciones”. Éstas son:

*“La prohibición de analogía;*

*La prohibición del Derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena;*

*La prohibición de retroactividad; y,*

*La prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas”<sup>144</sup>.*

Las dos primeras prohibiciones se dirigen exclusivamente al juez, y las otras dos últimas al legislador.

### **LA PROHIBICIÓN DE ANALOGÍA (NULLUM CRIMEN, NULLA POENE, SINE LEGE STRICTA)**

La analogía puede ser entendida como el proceso por el cual son resueltos los casos que no son previstos por la ley, extendiéndoles a ellos las disposiciones previstas para casos semejantes (*analogía legis*) o están deducidos de los principios generales del derecho (*analogía juris*)<sup>145</sup>.

Se admite como una consecuencia fundamental del principio de legalidad la prohibición de analogía. En otras palabras, ésta es la prohibición de aplicación de la ley a un caso similar al legislado pero no comprendido en su texto, no se refiere a la interpretación de la norma, sino a la inaplicación de la misma, en casos a los que la ley no hace referencia.

ROXÍN señala que “*analogía es trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza de los casos*”<sup>146</sup>. Este jurista distingue a la analogía entre analogía legal y analogía jurídica, pero ambas están prohibidas en

---

<sup>144</sup> FRANCO LOOR, Eduardo, Ob. Cit, p. 150.

<sup>145</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE, *Límites a la función punitiva estatal* en <http://blog.pucp.edu.pe/blog/academtag/tag/funcion%20punitiva%20estatal>

<sup>146</sup> La analogía es utilizada en el Derecho Anglosajón.

Derecho penal para proteger al reo, en la medida en que opere en perjuicio de éste<sup>147</sup>. En todo caso ROXÍN asevera que la prohibición de analogía plantea la tarea de tener que delimitar la interpretación fiel a la ley, que está permitida, de la analogía creadora de Derecho, que está prohibida.

El artículo 4 del Código Penal ecuatoriano dice: “*Prohíbese en materia penal la interpretación extensiva. El Juez debe atenerse estrictamente a la letra de la ley. En los casos de duda se interpretará la ley en el sentido más favorable al reo*”. “*Con esta máxima se limita la aplicación de la ley sólo al caso al que ella se refiere, ni más de lo dicho por ella, ni menos de lo dicho por ella*”, como lo enseña ZAVALA BAQUERIZO<sup>148</sup>.

### **LA PROHIBICIÓN DE APLICACIÓN DERECHO CONSUECUDINARIO PARA FUNDAMENTAR Y AGRAVAR LA PENA (NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE SCRIPTA).**

Esto significa que la punibilidad sólo es posible determinarla mediante ley escrita, debidamente otorgada de conformidad con los mandatos constitucionales y legales. No hay otro camino, en otras palabras, la ley formal es el único camino para la punibilidad; ya que la ley es la única fuente del Derecho Penal, no se admite el derecho consuetudinario como fuente del Derecho Penal. La ley penal debe ser escrita, al respecto ZAVALA BAQUERIZO<sup>149</sup> dice que “*es la única manera de garantizar su aplicación y evitar la arbitrariedad judicial y, que con la exigencia de la escritura se debilita el derecho consuetudinario*”.

La exclusión del Derecho consuetudinario rige – como la prohibición de la analogía – en la fundamentación de la punibilidad.

Es indiscutible que el sentido del principio de legalidad se determina incuestionablemente en el Derecho Penal liberal moderno, ya que está prohibida la aplicación del Derecho consuetudinario en perjuicio del reo.

---

<sup>147</sup> ROXÍN, Claus. op. cit. p.140.

<sup>148</sup> ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, op.cit., p. 84.

<sup>149</sup> *Ibidem*, p. 84.



## **LA PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD (NULUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE PRAEUIA).**

El tratadista BUSTOS RAMÍREZ<sup>150</sup> indica que *“esta prohibición implica la irretroactividad de la ley penal ya que un hecho no puede ser sometido a una ley posterior”*. La prohibición de retroactividad tiene diversos alcances. En primer término, prohíbe que un hecho que no era punible en el momento de su comisión sea juzgado por una ley posterior. En segundo lugar, determina que un hecho, que en el momento de su comisión tenga prevista una determinada pena, le sea aplicada otra pena cualitativamente diferente y más grave contemplada en una ley posterior. En tercer lugar, que un hecho que en el momento de su comisión tenga prevista una determinada cantidad de pena, se le aplique la mayor cantidad de pena prevista en la ley posterior.

Al respecto señala ROXÍN que:

*“la prohibición de retroactividad goza de una permanente actualidad político jurídica por el hecho que todo legislador puede caer en la tentación de introducir o agravar a posteriori las previsiones de pena bajo la impresión de hechos especialmente escandalosos, para aplacar estados de alarma y excitación políticamente indeseables. Pues bien, impedir que se produzcan tales leyes ad hoc, hechas a la medida del caso concreto y que en su mayoría son también inadecuadas en su contenido como consecuencias de las emociones del momento, es una exigencia irrenunciable del Estado de Derecho”*<sup>151</sup>.

En lo que nos ocupa, cabe analizar si el texto del artículo 81 de la Constitución obedece para su aplicación a casos específicos, o a su vez hechos a la medida de un caso concreto como manifiesta ROXIN, convirtiéndose así en una de las contraposiciones del principio de legalidad.

En principio, la prohibición de irretroactividad de la ley sólo requiere y tiene como objetivo la existencia de una ley previa. Hoy se discute, entre los tratadistas, si la prohibición de retroactividad sólo rige para el derecho penal material o también rige para el Derecho

---

<sup>150</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Introducción a Derecho Penal*, Editorial temis, p. 567.

<sup>151</sup> ROXÍN Claus. op.cit. p. 161.

procesal. Según el mismo ROXÍN, en el Derecho Procesal en principio no rige la prohibición de retroactividad, sólo rige respecto al Derecho Material, puesto que, conforme a su tenor literal y a su historia, *“el principio de legalidad se ciñe a las acciones punibles y a las sanciones que deben imponérseles, y no protege la confianza en que haya lagunas en el ordenamiento procesal”*<sup>152</sup>. Criterio que no comparto en su totalidad, ya que nuestro Código Civil en su artículo 7 determina que *“La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo (...)”*, siendo aplicable dicha norma para los procesos penales. Al imponer nuevos procedimientos a determinados delitos se estaría produciendo una norma adjetiva (hecha a la medida) en respuesta a un caso en particular, situación que puede perjudicar agravando las condiciones de la pena dentro de un proceso.

En el Ecuador, al tenor del último inciso del artículo 2 del Código de Procedimiento Penal señala que no hay retroactividad de ley procesal penal alguna salvo que sea más beneficiosa al reo, ni siquiera a título de ley interpretativa, ya que dice:

*“En general, todas las leyes posteriores que se dictaren sobre los efectos de las normas del procedimiento penal o que establezcan cuestiones previas, como requisitos de prejudicialidad, procedibilidad o admisibilidad, deberán ser aplicadas en lo que sean favorables a los infractores”.*

Además paralelamente hay que mencionar que el artículo 9 del Pacto de San José de Costa Rica, expresa: *“Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.*

Es importante destacar que la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal alcanza no sólo a las penas, sino también a las medidas de seguridad en toda su extensión.

Cabe mencionar que la prohibición de retroactividad es una norma protectora del reo. La irretroactividad de las leyes penales significa, que una acción que era impune en el momento de su comisión, no puede ser considerada posteriormente punible y que igualmente está prohibida una agravación de la pena ya existente que opere del mismo modo.

---

<sup>152</sup> *Ibidem*, p. 165.

La razón de la prohibición de retroactividad es la idea de seguridad jurídica ya que uno de los principios rectores del Estado de Derechos es que las normas que regulan la sanción de un hecho delictivo, no puedan modificarse posteriormente en perjuicio de la situación jurídica del ciudadano inmerso. Mas importante todavía es la razón específicamente penal de que no pueden promulgarse leyes o normas de procedimiento ad hoc que fácilmente puedan estar influenciadas por la conmoción que produce la comisión de un delito concreto ya sea por su característica o por el sujeto pasivo del mismo y que la mayoría de las veces, analizadas con el distanciamiento temporal suficiente, se muestran como excesivamente duras<sup>153</sup>, hecho que lo vamos a poner en contraposición con lo que determina el artículo 81 de la Constitución.

Hay que considerar que es admisible la retroactividad de las leyes penales en beneficio del reo. En muchas legislaciones penales se contempla que si la ley vigente al terminarse el hecho se modifica antes de la sentencia, se aplicará la ley más benigna, así como si se deroga un precepto penal tras la comisión del hecho pero antes de que se pronuncie la sentencia, hay que absolver al autor.

### **LA PROHIBICIÓN DE LEYES PENALES Y PENAS INDETERMINADAS (NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE CERTA)**

ROXÍN explica que *“una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una auto limitación del ius puniendo estatal a la que se pueda recurrir<sup>154”</sup>*; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación e invadir con ello el terreno del órgano legislativo; no puede desplegar eficacia preventivo general, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y, precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad.

En lo que nos concierne, podemos afirmar según establece la doctrina, que en el artículo 81 de la Constitución existe una clara indeterminación tanto de la selección de delitos graves

---

<sup>153</sup> HEINRICH JESCHECK, Hans. *Tratado de Derecho Penal* t. I. p. 184.

<sup>154</sup> ROXÍN Claus, op.cit. p. 161.

como la especificación de los sujetos pasivos, adecuando su texto a la prohibición de leyes indeterminadas. La norma debe contener un texto determinado y preciso que impida que se dé la inseguridad jurídica y por ende la arbitrariedad, caso contrario estaría pasando por alto lo que manda el principio de legalidad, el cual está garantizado en la misma Constitución.

## 2. PRINCIPIO DE SOMETIMIENTO AL JUEZ NATURAL

Dentro de los Derechos de Protección que son inherentes a los sujetos procesales, encontramos la garantía del juez natural. Principio que consta dentro del artículo 76 numeral 3 que trata sobre las **garantías básicas del derecho al debido proceso**, el cual versa de la siguiente manera:

*“(...) Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento (el énfasis me pertenece)”. Así mismo, en el numeral 7 literal K) se determina que el Estado garantiza “Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto”.*

La doctrina al respecto considera que son jueces naturales “*aquellos designados conforme las normas que las constituciones establecen y a quienes les corresponda según las normas de organización jurisdiccional conocer y entender la causa al momento de trabarse el proceso*<sup>155</sup>”. Son aquellos que, a la fecha de la comisión de un delito, tienen competencia para tener conocimiento del mismo.

Cabe recalcar que el Juez Natural “*no es una garantía específica del campo penal o procedimiento penal, pues tiene por mandato constitucional que observarse en cualquier proceso donde se esté administrando justicia, donde se ventile la vulneración de cualquier derecho*”<sup>156</sup>, lo cual permite que el ciudadano tenga la posibilidad de conocer cuál es su juez que por mandato de la ley conocerá su causa, de manera que

---

<sup>155</sup> ABALOS, Raúl, *Derecho Procesal penal*, editorial ediciones jurídicas, t. I, p. 168.

<sup>156</sup> *Ibidem*.

prohíbe de manera expresa “comisiones extraordinarias” y los jueces *ex post facto*. Es importante resaltar, que en el campo penal esta garantía constitucional tiene mayor relevancia ya que en materia penal está en juego la libertad personal.

Como se pudo observar anteriormente, la Constitución prohíbe la intervención de jueces o comisiones especiales designadas para juzgar un hecho determinado, con posterioridad a la comisión del mismo, esta afirmación consiste en que no procede la creación de tribunales excepcionales para el juzgamiento de causas iniciadas con anterioridad, “*pues la función jurisdiccional y la facultad para administrar justicia debe ser ejercida por magistrados que previamente hayan sido instituidos por la Ley para juzgar en una determinada clase de asuntos o a una categoría de personas*”<sup>157</sup>, es decir tengan jurisdicción y además competencia.

*“Hay que tomar en cuenta que no viola la garantía constitucional de los jueces naturales, el hecho necesario de intervenir nuevos jueces en juicios pendientes como consecuencia de reformas en la organización de justicia o en la distribución de competencia, lo que sí está prohibido es el juzgamiento de las personas que son parte de un proceso por comisiones especiales, pues lo que la Constitución persigue con este principio, es que los juicios y procesos de los que son parte los habitantes del país, sean hechos ante los jueces integrantes del poder judicial designados a través de la Ley*<sup>158</sup>”.

**El propósito de este derecho es evitar que un magistrado judicial actúe y sea competente sólo para conocer ciertos delitos, o a su vez, cierto grupo de personas afectadas por la conducta infraccional.**

El artículo 81 de la Constitución refleja en su texto ciertos elementos que se convierten de alguna manera en requisitos para que proceda la implementación de procedimientos especiales y expeditos, como por ejemplo delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección, situación de cierta manera va en contra del principio de sometimiento al juez natural, pues estas circunstancias ya están

---

<sup>157</sup> *Ibíd.*

<sup>158</sup> *Ibíd.*

consideradas dentro de nuestro ordenamiento jurídico con sus procedimientos y competencias respectivas.

El tratadista Jorge CLARIÁ OLMEDO también coincide con los criterios antes mencionados e indica que “Juez Natural” es el tribunal impuesto por la Constitución; según esta garantía determinada en la Constitución de la República se prohíbe la creación de un tribunal *ex post facto*, especial o extraordinario, cualquiera sea la persona sometida a juzgamiento, “*ya que el sentido de la norma es que ninguna persona puede ser sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa, de ahí que se prohíbe proseguir y terminar el juicio ante otros jueces que no sean los ordinarios, que no sean instituidos por la ley correspondiente antes de la comisión de un delito*”<sup>159</sup>.

#### **a) COMISIONES ESPECIALES**

Comisión especial:

*“es el juez que sin competencia para entender según el orden procesal, interviene en un caso concreto con posterioridad que éste haya acontecido, y que debería pertenecer su tratamiento a otro juez en razón de su competencia para entender en ese caso. Pues la Garantía de los jueces naturales tiende a impedir la sustracción arbitraria de una causa a la jurisdicción del juez que continúa teniéndola para casos semejantes, con el fin de atribuir su conocimiento a uno que no la tiene, constituyendo así, por vía indirecta una verdadera comisión especial disimulada”*<sup>160</sup>.

Lo que le convierte a la comisión especial incompetente para juzgar.

Ateniéndonos en estricto apego a la norma constitucional, encontramos que nuestra Constitución ha intentado asegurar como garantía para el justiciable, la imposibilidad de manipular el tribunal competente para el enjuiciamiento de tres maneras específicas: “*al declarar la inadmisibilidad de las comisiones especiales, al*

---

<sup>159</sup> CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, t. I, editorial Rubinzal – Culzoni, p. 69.

<sup>160</sup> ABALOS, Raúl, *op. cit.*, p. 168

*impedir que juzguen tribunales creados con posterioridad al hecho objeto del proceso*<sup>161</sup>, y al indicar que, en todo caso es competente para juzgar el tribunal que tenga la competencia para hacerlo según la Ley; esto nos permite afirmar que la Ley Fundamental pretende cerrar toda posibilidad para que los órganos de gobierno elijan o determinen el tribunal competente para un caso determinado.

Las comisiones especiales según MAIER:

*“son violaciones flagrantes de aquello que, para nuestra Constitución, es un tribunal de justicia penal, de modo que lo torne dependiente de un poder del Estado. Son comisiones especiales, entonces, los tribunales que administran justicia penal creados en la órbita del poder ejecutivo o como dependientes de él, sea permanentemente, sea para un caso particular”*<sup>162</sup>.

Indica también el mismo autor que constituye comisión especial, los tribunales que no son creados por ley del Congreso Nacional, que en nuestro caso sería la “Asamblea Nacional”, según la atribución exclusiva que prevé la Constitución para dicho órgano del Estado<sup>163</sup>; e incluso en la violación del marco de competencia territorial, sería visible y palpable la creación y actuación de una comisión especial.

Según Jorge CLARIÁ OLMEDO, son Comisiones especiales:

*“los tribunales de carácter extraordinario que se constituyen o integran para intervenir en un proceso por un hecho imputado a una persona determinada. También lo son los que actúan sin tener competencia para el caso. No se respeta el principio cuando alguien es sometido a proceso ante juez nombrado sin observancia de la Constitución o las leyes o que no se aparta oportunamente cuando corresponda conforme a la ley”*<sup>164</sup>.

Igualmente afirma este autor que mientras el tribunal sea permanente, competente y el juez sea imparcial, no interesa que la persona del juez se sustituya o que

---

<sup>161</sup> MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal*, t. II, Editores Del Puerto, p. 765.

<sup>162</sup> *Ibíd.*, p. 766.

<sup>163</sup> Artículo 120 de la Constitución de la República de Ecuador.

<sup>164</sup> CLARIÁ OLMEDO, *op. cit.*, p. 70.

se modifique la integración del oficio, pero, si se quiere producir la sustitución o cambio de integración ésta debe ser conforme a la ley evitando que se violen los principios que gobiernan el proceso. Al respecto cabe mencionar que nuestra Constitución en su artículo 81 manda a implementar procedimientos especiales cuando es objeto de una infracción cierto tipo de personas que por sus características se tornan más vulnerables.

## **b) TRIBUNAL DE EXCEPCIÓN**

El tribunal de excepción podría ser creado en la órbita del poder judicial, a través del método que la constitución determina, -mediante el órgano legislativo-. Esto sucedería si se sustrae la causa del conocimiento del tribunal competente según la ley vigente a la época del hecho punible que se imputa, para así atribuirla a otro tribunal, elegido o creado por una nueva ley.

Con esto se determina positivamente, “*que el único tribunal competente para el juicio es aquel designado como tal por la ley vigente al momento en que se comete el hecho punible objeto del procedimiento; en segundo término, se cancela la posibilidad del efecto retroactivo que se podría pensar o que el legislativo pudiera atribuirle a una ley de competencia*”<sup>165</sup>. Las leyes de competencia sólo rigen para lo venidero, lo futuro.

Por lo dicho encontramos que aquí se recoge el principio de que ninguna persona puede ser distraída de su Juez natural bajo ningún pretexto. Es evidente que el juez o tribunal que juzgue al individuo acusado de haber cometido una infracción debe ser el competente, de conformidad con las normas establecidas en el Código de Procedimiento Penal, tanto más que la ley señala con toda claridad que “*La competencia en materia penal nace de la Ley*”<sup>166</sup>.

Según Ricardo Vaca, este tipo de tribunales, juzgados o comisiones:

---

<sup>165</sup> CLARIÁ OLMEDO, *op. cit.*, p. 70.

<sup>166</sup> Artículo 19 del Código de Procedimiento Penal, editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.



*“hieren al más puro sentimiento de justicia porque son órganos creados -muchas veces al margen de la función jurisdiccional - con la consigna de condenar en forma torcida a una o varias personas, mezclando supuestas infracciones penales con actitudes políticas que han causado disgustos al régimen autoritario, dictatorial o despótico. Son, en definitiva, formas de persecución política y de desprecio a la justicia instituida que se ve sometida al capricho del déspota”<sup>167</sup>.*

Muchas ocasiones, y en ello radica gran parte de este mal, los tribunales de excepción o comisiones especiales se crean por fuera de los órganos establecidos en la Constitución, y lo que es peor, con posterioridad al hecho cometido que va a ser objeto de juzgamiento y posible sanción. Con ello tan solo se hace evidente el deliberado propósito de imponer una sanción a toda costa, sacrificando normas vigentes e insoslayables criterios jurídicos<sup>168</sup>. *De ingrata recordación para nuestro país son los Tribunales Especiales que fueron creados mediante Decreto N° 618 de 11 de Julio de 1972 por la dictadura militar de ese entonces. Se integraban con dos oficiales generales de las Fuerzas Armadas y un abogado designado por la Corte Suprema de Justicia, pues para el gobierno militar, los militares eran más honrados que los civiles, más inteligentes que los civiles, más versados en materia jurídica que los civiles*<sup>169</sup>.

Este principio que es de gran importancia en el orden práctico y procesal hace relación además con la separación y respeto de los poderes del Estado y la prohibición que al Ejecutivo (Presidente de la República) se le hace de ejercer o intervenir en funciones netamente jurisdiccionales, prohibición que es explícita, como se expresa en el Art. 168 numeral 1 de nuestra Carta Política, cuando se dice: *“Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad civil, administrativa y penal de acuerdo con la ley”*.

Del análisis realizado podemos observar que el principio de sometimiento al juez natural no sólo se refiere a la necesidad de que los ciudadanos sean juzgados por los

---

<sup>167</sup> VACA, Ricardo, op. cit., p. 40.

<sup>168</sup> VACA Ricardo, op. cit. p. 41.

<sup>169</sup> *Ibíd.*

jueces competentes y a la prohibición para ser procesados ante jueces o tribunales de excepción, ya que el precepto constitucional incluye la obligación de respetar los grados y jerarquías establecidos en las leyes por razón del fuero, de la materia, de los grados, del territorio. Igualmente, el principio se extiende no sólo al acto de juzgar, es decir, a la expedición de la sentencia en la que se puede declarar culpable o inocente a una persona, sino “*también a todas las medidas cautelares que se pueden tomar antes o en la iniciación del proceso, como es la detención provisional con fines investigativos o la prisión preventiva, que pueden ser ordenadas únicamente por los jueces naturales, es decir, por los jueces competentes*”<sup>170</sup> en el área penal, que son los jueces de garantías penales.

### 3. LA SEGURIDAD JURÍDICA

El Derecho a la seguridad jurídica, que consta de igual manera en la Constitución determina que las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, **uniforme** y fiel aplicación de los derechos y garantías de la Constitución, los derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas.

*“La garantía del debido proceso consolida, (...) la seguridad jurídica que constituye el elemento esencial y patrimonio común de la cultura del Estado de derechos y justicia; garantiza la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución y la ley; es la **confiabilidad** en el orden jurídico, la **certeza** sobre el derecho escrito y vigente, es decir, el reconocimiento y la previsión de la situación jurídica. Las Constituciones de nuestros países garantizan la seguridad jurídica a través de algunas concreciones, como el principio de la **legalidad y el debido proceso**. (...) la seguridad jurídica constituye uno de los deberes fundamentales del Estado; se encuentra reconocida y garantizada por nuestra Constitución de la República (artículo 82). Consigna que el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y a la*

---

<sup>170</sup> VACA, Ricardo, op. cit., p. 42.

*existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por autoridades competentes” (los énfasis me pertenecen)*<sup>171</sup>.

La falta de diligencia debida en la expedición de un acto administrativo, “genera una atentado grave” contra “el derecho a la seguridad jurídica”, sin que este pronunciamiento signifique que la Corte Constitucional está resolviendo cuestiones de pura legalidad<sup>172</sup>.

En el artículo 82 de la Constitución de la República garantiza el derecho a la seguridad jurídica, el cual se fundamenta en el respeto a la misma Constitución y en la existencia de **normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.**

La Seguridad Jurídica según Luis BAZDRESCH:

*“protege esencialmente la dignidad humana y el respeto de los derechos personales, patrimoniales y cívicos de los particulares en sus relaciones con la autoridad, (...) e incluye un conjunto bastante extenso de prevenciones constitucionales que tiende a producir en los individuos la confianza de que en sus relaciones con los órganos gubernativos, éstos no procederán arbitraria ni caprichosamente, sino de acuerdo con las reglas establecidas en la ley como normas del ejercicio de las facultades de los propios órganos, los cuales necesitan estar creados en una disposición legislativa y sus atribuciones necesitan a su vez estar definidas en textos legales o reglamentarios expresos”*<sup>173</sup>.

---

<sup>171</sup> Sentencia N.º 014-10-SEP-CC, Caso N.º 0371-09-EP, Quito, D. M., 15 de abril del 2010, Acéptase la acción extraordinaria de protección planteada por el señor Javier Espinosa Terán, Gerente General de la Compañía AUTECH S. A, Juez Constitucional Ponente: Dr. Patricio Herrera Betancourt, SRO N.º 192, 13 de Mayo del 2010 en PÉREZ EFRAÍN, *Esquema de la acción extraordinaria de protección*, Corporación de estudios y publicaciones 2011, p. 89.

<sup>172</sup> Sentencia N.º 003-10-SEP-CC, Caso N.º 0290-09-EP, Quito D. M., 13 de Enero de 2010, Acéptase la acción extraordinaria de protección planteada en contra de la sentencia de casación de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia del 23 de marzo del 2009, dejándola sin efecto, Jueza Constitucional Sustanciadora: Dra. Ruth Seni Pinoargote, SRO N.º 117, 27 de Enero del 2010. en PÉREZ EFRAÍN, *Esquema de la acción extraordinaria de protección*, Corporación de estudios y publicaciones 2011, p. 101.

<sup>173</sup> BAZDRESCH, Luis, *Garantías Constitucionales*, Editorial Trillas, México, 1993, p. 159.

Tanto el principio de legalidad como el de sometimiento al juez natural, principios establecidos en nuestra Constitución y que han estado presentes desde los inicios de la república (constitución de 1830 del Ecuador), debían ser tomados en cuenta como normas fundamentales para el ejercicio de las facultades otorgados a la función legislativa, para así tener un texto concordante (artículo 81 de la Constitución) y de eficacia integradora con todo el ordenamiento jurídico.

Del análisis realizado se puede colegir que la seguridad jurídica es la certeza o confianza que los ciudadanos tienen sobre la vigencia de la ley, el respeto de sus derechos y la protección efectiva de los mismos, frente al ejercicio del poder y las atribuciones que éste confiere al Estado, garantizando el ejercicio de los derechos fundamentales del individuo.

#### **4. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

Paralelamente a la seguridad jurídica encontramos que la Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido. *“Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso”*<sup>174</sup>.

La tutela judicial efectiva de los derechos contempla el acceso a los **órganos jurisdiccionales que apliquen las garantías establecidas en la Constitución y la Ley**. Consiste en el acceso a la justicia que sentencie dentro de un tiempo razonable y que la sentencia sea debidamente ejecutada.

---

<sup>174</sup> ARAUJO Paulina, op. cit. 2010.

Una sentencia de Acción Excepcional de Protección resuelta por la Corte Constitucional cita a PIERRINO, para quien la tutela judicial efectiva contempla el reconocimiento de los siguientes derechos:

- “a) A ocurrir ante los tribunales de justicia y a obtener de ellos una sentencia útil;*
- b) A acceder a una instancia **judicial ordinaria** y a lograr un control judicial suficiente sobre lo actuado (...);*
- c) A un **juez natural** e imparcial;*
- d) A la eliminación de las trabas que impidan u obstaculicen el acceso a la jurisdicción;*
- e) A la interpretación de las normas reguladoras de los requisitos de acceso a la jurisdicción en forma favorable a la admisión de la pretensión, evitándose incurrir en hermenéuticas ritualistas (in dubio pro actione);*
- f) A que no se desestimen aquellas pretensiones que padecen de defectos que pueden ser subsanados;*
- g) A la no aplicación en forma retroactiva de nuevas pautas jurisprudenciales con relación a los requisitos de admisibilidad, a fin de evitar situaciones de desamparo judicial;*
- h) A petitionar y obtener tutela cautelar para que no se torne ilusorio el derecho que se defiende;*
- i) Al cumplimiento de todas las etapas del procedimiento legalmente previsto, el cual deberá asegurar la posibilidad del justiciable a ser oído, y a ofrecer y producir la prueba pertinente antes de dictarse sentencia;*
- j) A una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas;*
- k) A impugnar la sentencia definitiva;*
- l) A tener la posibilidad de ejecutar en tiempo y forma la sentencia y, por ende, a su cumplimiento por parte de la autoridad condenada;*
- m) Al desarrollo del proceso en una dimensión temporal razonable;*
- n) A contar con asistencia letrada”<sup>175</sup>.*

---

<sup>175</sup> Sentencia N° 023-09-SEP-CC, Caso: 0399-09-EP, Quito, D. M., 24 de septiembre del 2009, Juez Sustanciador: doctor Diego Pazmiño Holguín, SRO N° 43, 8 de Octubre del 2009, en PÉREZ EFRAÍN,

La Constitución garantiza la Tutela judicial efectiva, que no es otra cosa que garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes<sup>176</sup>; el derecho que tienen todos los ciudadanos al acceso a los órganos de administración de justicia – sistema judicial- en procura de la justicia a través de una sentencia fundada, razonada y por ende el derecho a recurrir de dicha decisión y a ejecutar la misma sin dar lugar a la indefensión al no permitírseles ejercer todas las facultades que legalmente tienen reconocidas las personas.

Cabe mencionar que sin la observación de los principios de legalidad, sometimiento al juez natural, la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva se ven totalmente afectadas, desencadenando en una vulneración de los derechos de protección al acceso a los órganos de administración de justicia.

---

*Esquema de la acción extraordinaria de protección*, Corporación de estudios y publicaciones 2011, p. 111.

<sup>176</sup> Artículo 76 numeral 1 de la Constitución de la República, Corporación de Estudios y Publicaciones.

# **CAPÍTULO III**

## **ANÁLISIS DEL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 81 DE LA CONSTITUCIÓN EN RELACIÓN A LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO PENAL**

### **INTRODUCCIÓN**

La Constitucionalización del Derecho Penal, como base de un sistema jurídico integrado, los métodos de interpretación Constitucional, inherentes a la concordancia práctica del ordenamiento jurídico con los principios rectores del Derecho Penal, son de fundamental importancia para desentrañar el objeto de estudio del presente trabajo, pues nos permitirá tener un criterio científico-doctrinario de la procedencia o no del artículo 81 de la Constitución de la República.

### **1. CONTENIDO DEL ARTÍCULO 81 DE LA CONSTITUCIÓN**

Nuestra nueva Constitución de la República, en su Capítulo VIII “Derechos de Protección” que consta dentro del Título II titulado “Derechos”, introduce como novedad el artículo 81 que me permito transcribir:

“La ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños,

adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección. Se nombrarán fiscales y defensoras o defensores especializados para el tratamiento de estas causas, de acuerdo con la ley”.

Las niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección, son las que pertenecen a los grupos de atención prioritaria, *“que por su naturaleza se encuentran en situación de riesgo o desventaja y mayor cuidado, ya que sus capacidades son limitadas para valerse por sí mismos mostrando cierta debilidad”*<sup>177</sup>, dificultando su desarrollo personal.

Al respecto, la misma Constitución en su Capítulo IV “Función judicial y justicia indígena” que consta dentro del título IV “Participación y Organización del poder”, al tratar los principios de la Función Judicial, en el artículo 175 conforme el principio de interés superior otorga a los niños, niñas, adolescentes una administración de justicia especializada lo cual abarca una especial legislación así como operadores de justicia debidamente capacitados, quienes están obligados a aplicar principios doctrinarios de protección integral, dividiendo la competencia en protección de derechos y en responsabilidad de adolescentes infractores.

El principio de interés superior del niño implica el deber de proteger y privilegiar los derechos de los niños; lo que interesa, es que la consideración del interés del niño debe primar al momento de resolverse cuestiones que le afecten. Este principio exige tomar en cuenta al niño **como un ser humano, poseedor de derechos**, los cuales deben ser respetados, especialmente por toda la sociedad y el Estado, no sólo estableciendo que los derechos inherentes a niños y adolescentes deben prevalecer frente a cualquier interés de una persona adulta, sino como **el reconocimiento de éstos como personas**, quienes tienen derecho a defender sus derechos, su desarrollo integral; busca primordialmente, que la aplicación del principio de interés superior sea en

---

<sup>177</sup> DICCIONARIO CONSTITUCIONAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.



sentido formal donde las decisiones en los diferentes casos de conflicto de intereses, sean inspiradas en lo más conveniente para su protección<sup>178</sup>.

Este principio exige como elementos claves la dignidad del ser humano y las características propias de los niños o ponderar las características particulares de la situación en la que se halla éstos, la necesidad de propiciar el desarrollo de los niños, con el pleno aprovechamiento de sus potencialidades y, la consideración de que este principio es la base para la efectiva realización de todos los derechos humanos de los niños<sup>179</sup>. En relación al artículo 175 de la Constitución de la República contamos con el Código de la Niñez y adolescencia, donde se regula sus derechos, garantías, deberes, protección contra el maltrato, abuso, explotación sexual, tráfico y pérdida de niños, niñas y adolescentes, trabajo, determinando organismos de definición, planificación, control y evaluación de políticas para su bienestar, estableciendo para este efecto la administración de justicia especializada a cargo de los juzgados de Niñez y Adolescencia, conformados por jueces especiales.

Varios Juristas, entre ellos el Dr. Rafael OYARTE consideran que haciendo una interpretación exegética gramatical<sup>180</sup> se puede apreciar que el mencionado artículo determina lo siguiente:

- **Ordena al legislador la creación de procedimientos en materia penal diferentes a los determinados en la Ley**

Actualmente, desde el punto de vista de su ejercicio, la acción penal está dividida en pública y privada que corresponde exclusivamente al fiscal y al ofendido respectivamente. Según nuestro código de Procedimiento Penal los delitos de acción privada son:

1. El estupro perpetrado en una persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho

---

<sup>178</sup> DICCIONARIO CONSTITUCIONAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.

<sup>179</sup> AGUILAR CAVALLO, Gonzalo EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS en [http://www.cecococh.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano\\_6\\_1.htm/Elprincipio11.pdf](http://www.cecococh.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/Elprincipio11.pdf)

<sup>180</sup> El método exegético permite desentrañar el sentido, contenido y alcance del Derecho, permitiendo un análisis interpretativo de la ciencia jurídica a través de la aplicación de las palabras empleadas por el legislador según su expresión lingüística o sentido natural de los términos.

2. El rapto de una mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, que hubiese consentido en su rapto y seguido voluntariamente al raptor
3. La injuria calumniosa y la no calumniosa grave
4. Los daños ocasionados en propiedad privada, excepto el incendio
5. La usurpación
6. La muerte de animales domésticos o domesticados;

Por lo que se puede deducir que el resto de infracciones son de acción pública. La pretensión punitiva busca la imposición oficial de las penas previstas en las leyes penales al responsable, previa instauración de un proceso conducido con sujeción a los mandatos constitucionales y legales, rodeando al procesado de todos los derechos que forman parte de la garantía del debido proceso<sup>181</sup>. Los Delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio **ya cuentan con su propio procedimiento y ley**, pues tenemos por ejemplo la Ley contra la violencia a la mujer y la familia y su reglamento, el Manual de Procedimiento para la atención de casos de violencia intra familiar en las Comisarías de la Mujer y la Familia; Intendencias, Subintendencias, Comisarías Nacionales y Tenencias Políticas, cuya jurisdicción está a cargo de:

Los jueces de familia

Los jueces y tribunales de lo Penal.

Los jueces de contravenciones en materia de violencia intrafamiliar

Los jueces de contravenciones, y los jueces de violencia contra la mujer y la familia son los encargados de conocer los casos de violencia física, psicológica o sexual que no constituyan delitos, de conformidad con lo dispuesto en la Ley contra la violencia a la mujer y la familia y en el Código de Procedimiento Penal<sup>182</sup>.

Al respecto, tenemos una sentencia interpretativa de la Corte Constitucional que nos señala: “*en cuanto a la naturaleza jurídica de las Comisarías de la Mujer y de las ex Cortes Militar y Policial, la correcta interpretación del principio de unidad*”

---

<sup>181</sup> VACA ANDRADE, Ricardo, *Alternativas al ejercicio de la acción penal*, Corporación de estudios y Publicaciones. 2010.

<sup>182</sup> Artículo 11 de la Ley contra la violencia a la mujer y la familia.

*jurisdiccional, indica que una vez que la nueva Constitución entró en vigencia, el 20 de octubre de 2008, estos órganos forman parte de la Función Judicial ordinaria; y por consiguiente, están sujetos a sus principios, reglas y procedimientos, debiendo el Consejo de la Judicatura expedir las normas pertinentes para su incorporación inmediata a la Función Judicial; Respecto de las competencias de las Comisarías de la Mujer y la Familia, éstas son las mismas establecidas en la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, en todo lo que no se oponga a la Constitución<sup>183</sup>;*

*“El juzgamiento de los actos de violencia física y sexual que constituyan delitos, y que sean cometidos en el ámbito intrafamiliar, corresponderá a los jueces y tribunales de lo Penal, sujetándose a las normas previstas en el Código de Procedimiento Penal”<sup>184</sup>.*

**De tal suerte, como podemos observar, para los casos de violencia intrafamiliar, sexual, o de niños ya existen procedimientos especiales, para su juzgamiento y sanción.**

- **Hace una selección indeterminada de delitos graves.** Pues manda a establecer procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de “*violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan (...)*”. No delimita específicamente qué delitos tendrán su procedimiento especial.

Aún cuando en la Constitución se garantice la atención a los grupos de atención prioritaria, el principio de legalidad manda a que la norma sea determinable y determinada, precisa y que no genere interpretación extensiva. **Interpretar una ley, significa fijar su sentido y alcance para establecer el ámbito de protección del bien jurídico protegido<sup>185</sup>.**

---

<sup>183</sup> Sentencia 001-08-SI-CC. 1-dic-2008. RO-S 479: 2-dic-2008.

<sup>184</sup> Artículo 23 de la Ley contra la violencia a la mujer y la familia.

<sup>185</sup> FRANCO LOOR, Eduardo, *Fundamentos de Derecho Penal Moderno*. Corporación de Estudios y publicaciones. 2010.

- **Precisa una lista de sujetos pasivos, unos plenamente diferenciables y otros que abarcan una amplísima gama de personas (discapacitados).** Sujeto pasivo del delito o persona ofendida por el delito es el titular del bien o interés protegido por la norma penal, lesionado o puesto en peligro por un delito en concreto<sup>186</sup> por ejemplo dentro del artículo 81 se precisa a *“aquellas personas nacionales o extranjeras residentes en el Ecuador, con discapacidad, causada por una deficiencia, pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica o anatómica, de carácter permanente, que tengan restringida total o parcialmente, por su situación de desventaja, la capacidad para realizar una actividad que se considere normal”*<sup>187</sup>.

Existe personas con discapacidad cognitiva, relativa al desarrollo intelectual; discapacidad física relativa a las funciones, movimientos, sensibilidad; discapacidad sensorial, relativa a los sentidos. Dentro de esta categoría encontramos la discapacidad visual, la discapacidad auditiva y otros tipos de discapacidades relacionadas con disminución de algunos de los sentidos<sup>188</sup>. Lo cual nos despliega múltiples discapacidades que puede sufrir el ser humano, siendo unos de mayor gravedad y cuidado que otros.

Asimismo al mencionar en el artículo: *“(...) y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección”*, genera un imprecisión legal que implica la dificultad de aplicar el artículo en mención, sin saber con exactitud cuáles sujetos pasivos son objeto del mismo.

- **Existe conflicto interno dentro del mismo artículo**, ya que un mismo delito puede tener más de un procedimiento. Al respecto nuestra Constitución en su artículo 76 numeral 3 nos indica que *“(...) Sólo se*

---

<sup>186</sup> RANIERI, Silvio, *Manual de Derecho Penal* parte general t. II p. 291.

<sup>187</sup> Artículo 17 de la Ley de discapacidades.

<sup>188</sup> <http://www.ladiscapacidad.com/discapacidad/discapacidad.php>

*podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento*". Cabe preguntarse ¿qué pasa si dentro de un delito de violencia intrafamiliar, sexual o crímenes de odio, el sujeto pasivo del delito es una persona determinada en el mismo artículo 81? En el caso de violación (delito sexual) a un discapacitado, ¿qué procedimiento se seguiría? ¿el determinado para el delito de violación? ¿el que se establezca cuando los sujetos pasivos sean personas con discapacidad? o ¿el procedimiento regular al existir esta inconsistencia jurídica?

## **2. Principio de Legalidad en relación al artículo 81 de la Constitución de la República**

Como hemos visto anteriormente, al dejar abierta la oportunidad a que se interprete y entienda ampliamente, **el artículo 81 de la Constitución carece de una primera exigencia derivada del principio de legalidad penal que es el principio de taxatividad, certeza o de prohibición de indeterminación**, en virtud del cual la descripción legal exige una precisión. La garantía de la precisión en la tipificación de una conducta es, igualmente, imprescindible. **La ley al momento de describir su texto, lo debe hacer con la máxima claridad y concisión posibles**. Esto permite describir qué acción u omisión es seleccionada por la norma penal, qué elementos (objetivos, subjetivos) son singularmente caracterizadores de la conducta, y que sanción penal establece para la ejecución de la misma<sup>189</sup>.

El principio "*nullum crimen sine lege*" conlleva el principio de la determinabilidad, que exige que la punibilidad se asiente en una ley determinable y determinada, y concrete los presupuestos jurídicos de la norma, es decir, los momentos que caracterizan y describen con precisión la conducta punible<sup>190</sup>.

---

<sup>189</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho penal español*. p.176.

<sup>190</sup> Welzel, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal*, p.43.

El artículo 81 de la Constitución al momento que manda a establecer procedimientos especiales a un sinnúmero de delitos que no están claramente definidos, y paralelamente da a un cierto tipo de personas (grupos de atención prioritaria-sujetos pasivos) igualmente un procedimiento y competencia a través de jueces especializados, contraría y viola el principio de legalidad consagrado en la Constitución y la Ley, **pues no tiene una determinación** clara de los delitos a los cuales se les quiere juzgar con un proceso distinto a los regulares ya determinados por la Ley.

Del principio de legalidad se extraen "*cuatro estrictas instrucciones para el legislador y el juez penal. El legislador debe formular sus normas con tanta precisión como sea posible (mandato de certeza: lex certa); el legislador y el juez penales no pueden aplicar las leyes en forma retroactiva en perjuicio del afectado (prohibición de retroactividad: lex praevia); el juez penal debe contar con una ley escrita para condenar o agravar penas (prohibición del Derecho consuetudinario: lex scripta) y no puede aplicar el Derecho Penal en forma analógica en perjuicio del afectado (prohibición de analogía: lex stricta). El conjunto de todo esto es designado por los juristas penales como "principio de legalidad"*<sup>191</sup>. Es indispensable contar con estas premisas para la aplicación total del principio de legalidad.

Con esta falencia legal del artículo 81 tendríamos no solo dos tipos de procedimiento frente a un mismo delito sino más, tomando en cuenta que ordena crear también procedimientos especiales para la amplia gama de sujetos pasivos a los que hace referencia.

Esta situación en la práctica genera la inaplicabilidad del Derecho Penal por la inconsistencia que se da a nivel de procedimiento para juzgar los delitos tipificados en el Código Penal, los cuales ya cuentan con su procedimiento de acuerdo con la ley. **Crear nuevos procedimientos a la luz de lo que manda el artículo 81 de la Constitución imposibilita la aplicación del Derecho, ya que no se concreta la descripción tanto de los hechos punibles como de sus sujetos pasivos**, razón por la cual no debe existir, leyes indeterminadas en materia penal; al contrario, se debe determinar con exactitud éstas.

---

<sup>191</sup> Hassemer, Winfried, *Crítica al Derecho Penal de hoy*, p 283

Regular los casos de de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio, en relación a la atención a grupos vulnerables implica tomar en consideración el texto completo de la Constitución, enfocándose directamente en la unificación del ordenamiento jurídico, ya que las normas jurídicas de las diferentes ramas del Derecho y más aun de la propia Constitución deben interpretarse y aplicarse, observando derechos y garantías consagrados en ésta.

Las normas constitucionales deben interpretarse de forma armónica y conjunta, sin que sea factible desentrañar el sentido, contenido y alcance de una de sus directrices de forma aislada. Para este efecto el artículo 81 y el 76 numeral 3 de la Constitución que trata sobre el principio de legalidad deben tener **concordancia práctica** de tal manera que no exista un sacrificio de una en beneficio de la otra, ya que son normas de igual jerarquía.

Al respecto, la propia constitución señala que las normas constitucionales se deben interpretar por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su **integralidad**. Y que en caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los **principios generales de la interpretación constitucional**<sup>192</sup>.

Dentro de las técnicas de interpretación constitucional, sobresalen la interpretación de forma armónica y conjunta; la concordancia práctica entre todas sus normas; la vinculación de las normas en su letra y en su finalidad teleológica, por tal razón no se puede “desnaturalizar” el texto constitucional por la vía de la interpretación; la eficacia Integradora que hace viable la practicidad del Derecho Penal mínimo y garantista que debe primar en nuestro Estado de derechos y justicia, en concordancia directa con la parte dogmática de la Constitución.

Al no ser concordante lo que determina el artículo 81 de la Constitución, con el principio de legalidad, respecto a la concreta la descripción tanto de los hechos punibles como de sus sujetos pasivos, premisa que prohíbe las leyes indeterminadas, la técnica

---

<sup>192</sup> Artículo 427 de la Constitución de la República del Ecuador.

para solucionar el conflicto que genera la inaplicación del Derecho Penal, es la ponderación que consiste entre éstas, según la relación de valor creada por el juez constitucional, mediante un juicio de valor comparativo donde una de las normas en conflicto tiene más valor que la otra, otorgándole mayor relevancia, peso e importancia respecto del otro.

De esta manera cabría poner en ponderación, el trato especial a los grupos vulnerables, frente al aspecto práctico de la aplicación del Derecho Penal, tomando en cuenta como hemos visto que estos últimos no se encuentran desamparados por la ley, sino al contrario gozan de leyes especiales que regulan su condición de vulnerabilidad.

Dentro de los elementos fundamentales de la teoría de la ponderación según JESTAEDT Mathias tenemos la diferenciación entre reglas y principios<sup>193</sup>, donde una norma es considerada una regla o un principio: *“una regla se distingue por su carácter de todo o nada, se cumple o no. En el último caso no encuentra aplicación; en el primero determina exclusivamente y determinantemente la solución del caso concreto. En contraposición a la regla como lo que “debe ser definitivo” un principio representa simplemente un “deber ser prima facie” un principio no tiene carácter de todo o nada sino de mas o menos. Está determinado por el hecho de que puede cumplirse en distinto grado y que la medida exigida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. Estas últimas posibilidades, a saber las jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestos, en otras palabras, que colisionan”*<sup>194</sup>.

Robert ALEXY caracteriza a los principios como mandatos de optimización, donde la *“realización del bien jurídico (...) debe alcanzar la medida más alta posible, es decir la óptima”*<sup>195</sup>. El conflicto entre reglas tan sólo puede ser solucionado haciendo a un lado completamente una regla, mientras *“las colisiones de principios se caracterizan por el hecho de que, con miras a las circunstancias concretas de un caso, se establezca una relación de prioridad entre los principios”*<sup>196</sup>. El mismo autor

---

<sup>193</sup> JESTAEDT, Mathias, artículo La teoría de la ponderación: sus fortalezas y debilidades, p. 78.

<sup>194</sup> *Ibidem*.

<sup>195</sup> ALEXY, Robert en JESTAEDT, Mathias, artículo *La teoría de la ponderación: sus fortalezas y debilidades*, p. 80.

<sup>196</sup> *Ibidem*.



caracteriza el resultado de esta ponderación de principios opuestos, “*siempre y cuando estos principios representen derechos fundamentales, como normas adscritas a derechos fundamentales*”<sup>197</sup>.

Para JESTAEDT Mathias, las normas abstractas, (en nuestro caso el artículo 81 de la Constitución) a través de la ponderación “*logran un punto de encuentro en un discurso racional. Tanto al que aplica al derecho como al científico del derecho se le impone la obligación de orientar su argumentación jurídico dogmática en el caso (...)*”<sup>198</sup>.

Hay que considerar para la ponderación entre el Derecho que consta en el artículo 81 de la Constitución y el principio de legalidad que “*los principios tienen vigencia jurídica, rompen el concepto jurídico positivista debido a su estructura, ya que convierten en una obligación jurídica la realización aproximativa de un ideal moral*”<sup>199</sup>.

Robert ALEXY manifiesta que “*un principio pertenece un orden jurídico concreto, es decir debe ser considerado como vigente dentro de él, a partir del momento en que haya mínimo un caso en su área, para el cual en derecho sea una razón para la decisión*”<sup>200</sup>.

Por lo expuesto podemos concluir que los principios y garantías deben ser tomados en cuenta en todo el ordenamiento jurídico mas aun si están plasmados en la Constitución; por ende si “*un principio está vigente, es decir pertenece al círculo de las normas contempladas en un orden jurídico puede ser utilizado en derecho como fundamento para la decisión*”<sup>201</sup>.

---

<sup>197</sup> *Ibíd.*

<sup>198</sup> JESTAEDT, Mathias, artículo *La teoría de la ponderación: sus fortalezas y debilidades*, p. 86.

<sup>199</sup> DREIER, Ralf, en JESTAEDT, Mathias, artículo *La teoría de la ponderación: sus fortalezas y debilidades*, p. 89.

<sup>200</sup> JESTAEDT, Mathias, artículo *La teoría de la ponderación: sus fortalezas y debilidades*, p. 89.

<sup>201</sup> *Ibíd.* p. 90.

JESTAEDT Mathias afirma que “*los principios son mandatos de optimización. Son normas que no establecen exactamente qué debe hacerse*<sup>202</sup>”, sino “*exigen que se haga algo en la mayor medida posible, dadas las posibilidades jurídicas y fácticas*<sup>203</sup>”. Así, el ámbito de lo jurídicamente posible en del artículo 81 de la Constitución está determinado por los principios y reglas.

**De todo lo expuesto, podemos colegir que la ponderación permite comprender que no es posible pretender tener certeza, sino certidumbre de una aplicación racional del derecho para garantizar la aplicación de los principios, pues éstos permiten la protección de los derechos.**

### **3. Principio de Sometimiento al Juez Natural en relación al artículo 81 de la Constitución de la República**

El juzgamiento de los actos de violencia física y sexual que constituyan delitos, y que sean cometidos en el ámbito intrafamiliar, que establece el artículo 81 de la Constitución según lo determina el artículo 23 de la Ley contra la violencia a la mujer y la familia corresponderá a los jueces y tribunales de lo Penal, sujetándose a las normas previstas en el Código de Procedimiento Penal<sup>204</sup>, tal es así que “*La ley penal no puede aplicarse sino siguiendo las formas procesales establecidas en la ley; en otras palabras: el derecho penal material no puede realizarse más que por la vía del derecho procesal penal, de suerte que nadie pueda ser castigado sino mediante un juicio regular y legal. El Estado no puede ejercitar su derecho a la represión más que en forma procesal y ante los órganos jurisdiccionales establecidos en la ley*”<sup>205</sup>, así contamos con la acción pública y privada con sus jueces y tribunales de garantías penales competentes.

---

<sup>202</sup> *Ibíd.* p. 116.

<sup>203</sup> ALEXY Robert en JESTAEDT, Mathias, artículo *La teoría de la ponderación: sus fortalezas y debilidades*, p. 89.

<sup>204</sup> Artículo 23 de la Ley contra la violencia a la mujer y la familia.

<sup>205</sup> FLORIÁN, Eugenio, *Elementos de derecho procesal penal*, p. 17.

En el campo del procedimiento penal la persona llamada a conocer un delito y a aplicar la pena, no puede ser una cualquiera, sino solo la que esté habilitada por la ley. La ley penal no puede aplicarse sino por los órganos y los magistrados instituidos por la ley para ello, los cuales son, por tal causa, los poseedores del poder de ejercer la jurisdicción penal, y, consecuentemente con esto, la ordenación de la jurisdicción penal no puede establecerse o variarse sin por ley tener exactitud de su competencia; por consecuencia nadie puede ser llevado ante jueces que no sean los que tienen jurisdicción sobre él, ni sería lícito crear tribunales especiales o extraordinarios.

Al momento que se determina en el artículo 81 de la Constitución que se crearán fiscales especializados para llevar el proceso de investigación de ciertos delitos que están tipificados excepto los delitos de violencia intrafamiliar, se desprende que el sujeto procesado pierde su garantía constitucional de ser juzgado por su juez competente y sí por tribunales de excepción para su juzgamiento y sanción ya que la competencia de los jueces naturales está designada conforme la Ley, y los actos de violencia física y sexual que constituyan delitos, ya corresponden a los jueces y tribunales de lo Penal, sujetándose a las normas previstas en el Código de Procedimiento Penal. **Como podemos observar las figuras delictivas descritas en el mencionado artículo sí son reguladas por el Derecho Penal y no han sido dejadas en la impunidad. Este mandato acarrea la inaplicación del procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Penal y un conflicto de aplicación de competencia respecto las normas constitucionales.** En contraposición de esta norma tenemos la garantía que ordena que toda persona dentro de cualquier proceso debe ser juzgada por una jueza o juez independiente, imparcial y **competente**.

La CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS en su artículo 8 menciona que toda persona tiene Derecho a ser oída por un juez competente, establecido con anterioridad por la ley.

Podemos observar que la LEY CONTRA LA VIOLENCIA A LA MUJER Y LA FAMILIA en sus artículos 11 y 12 se determina que los jueces de familia, los comisarios de la Mujer y la Familia, conocerán los casos de violencia física, psicológica, o sexual, que no constituyan delitos, caso contrario al constituirse como

delito, sin perjuicio de dictar medidas de amparo, de éstos se inhibirán de continuar en el conocimiento de la causa, remitiendo de inmediato lo actuado al juez penal competente.

#### **4. Derecho de Seguridad jurídica en relación al artículo 81 de la Constitución de la República**

Nuestra Constitución garantiza la seguridad jurídica a través de algunos principios y garantías, entre ellos: el principio de **legalidad**. El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y a la existencia de normas. **Al no estar conforme el artículo 81 de la Constitución con el principio de legalidad, por ser un texto impreciso que carece de certeza jurídica, cuya tipificación de una conducta es igualmente indeterminada se genera necesariamente inseguridad jurídica ya que no nos muestra una norma jurídica, clara, precisa, y aplicada por el juez competente** (principio de sometimiento al juez natural), lo que produciría la falta de certeza o confianza que los ciudadanos deberían tener sobre la vigencia de la ley, el respeto de sus derechos y la protección efectiva de los mismos, frente al ejercicio del poder en un estado social de derechos.

Tanto el procesado como el ofendido, gozan de la garantía del debido proceso consolidado en la seguridad jurídica como elemento esencial del Estado de derechos y justicia; la seguridad jurídica no sólo garantiza la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución y a la ley, sino la armonía que debe existir dentro del ordenamiento jurídico tanto en leyes como en la Constitución, generando confiabilidad, certeza en el orden jurídico vigente.

De esta manera, al no ser claro y preciso, el artículo 81 de la Constitución aleja de la justicia ordinaria y los jueces naturales a los ciudadanos involucrados en un proceso penal, con lo cual se pierde el acceso a los órganos de administración de justicia competentes, lo cual puede terminar en una decisión mal fundada y peor aún desmotivada y viciada de nulidad.

**Uno de los problemas que se advierte, se evidencia y se ha venido comentado de manera bastante clara, es la imprecisión de los enunciados y la ligera utilización del lenguaje además del poco tecnicismo empleado en la redacción y elaboración de la actual Constitución con lo cual se ha evidenciado la contraposición entre los principios garantizados en ésta y la consecuente vulneración de derechos fundamentales, además que conlleva la inaplicación del Derecho Penal de manera eficiente.**

## **CONCLUSIONES**

1. Como primera conclusión tenemos que la Constitucionalización del Derecho responde a la conjugación global del ordenamiento jurídico respecto de la existencia de las bases constitucionales enfocada directamente a la unificación del mismo; así al redactar una norma, los principios y garantías constitucionales deben ser aplicados de forma directa, pues todas las normas contenidas en la Constitución deben interpretarse de forma armónica y conjunta, de tal manera que no existan contradicciones entre sí, manteniendo la unidad de la Constitución y evitando que la aplicación de las reglas puedan entrar en colisión con los principios jurídicos. Para tal efecto, la teoría de la interpretación se integra como parte fundamental en la ciencia jurídica, con lo cual se pretende demostrar la eficacia normativa de la Constitución.

La impregnación de los principios y derechos constitucionales en las diferentes ramas del Derecho y su concordancia con normas de igual jerarquía, así como la transformación de ellas, conduce a la

Constitucionalización del Derecho, dando un impacto jurídico, convirtiéndose en el fundamento común en las distintas ramas del Derecho.

La Constitucionalización del Derecho Penal engloba un análisis de esta particular composición del Derecho Constitucional y Derecho Penal, refiriéndose en primer término al conjunto de normas jurídicas fundamentales consagradas en la Constitución fijando los diferentes mecanismos de control, así el Derecho Penal en base a los lineamientos constitucionales, cumple su función de otorgar seguridad jurídica dentro del ordenamiento jurídico.

2. Los medios empleados por el Estado en la represión del delito, la fuerte intervención en los derechos más elementales y fundamentales de las personas y el carácter de ultima ratio hacen necesario el reconocimiento e incorporación constitucional de las garantías básicas y los principios del debido proceso, dando a luz el fenómeno progresivo de Constitucionalización del modelo procesal penal acusatorio oral.

Fijar los límites al poder punitivo estatal y la búsqueda de principios que configuren su aplicación dentro de términos que excluyan toda arbitrariedad y exceso por parte de los que ostentan o ejercen ese poder punitivo, hace que exista el reconocimiento constitucional de los principios de Legalidad, Sometimiento al juez natural y seguridad jurídica, que en su conjunto reflejan la característica esencial de un Estado Constitucional de Derechos, haciendo efectivos los presupuestos, principios y las normas constitucionales, legales e internacionales, así como los principios generales del Derecho Procesal Penal; tal como lo afirma Luigi FERRAJOLI *“la legalidad de los procedimientos exige que todas las actividades judiciales se desarrollen en virtud de los principios y garantías plasmados en las normas de carácter constitucional”*.

3. En relación al artículo 81 de la Constitución de la República, podemos concluir que:

- Es una norma que ha pasado por alto los principios de legalidad, sometimiento al juez natural y seguridad jurídica, lo cual refleja el poco tecnicismo jurídico utilizado por los constituyentes al redactar un texto de tal relevancia para el Derecho.
  - La Constitucionalización del Derecho, no está presente en el artículo 81 de la Constitución.
  - Ordena al legislador la creación de procedimientos en materia penal diferentes a los determinados en la Ley, cuando para los casos de violencia intrafamiliar, sexual, o de niños ya existen procedimientos especiales, para su juzgamiento y sanción.
  - Hace una selección indeterminada de delitos graves, ya que no delimita específicamente qué delitos tendrán su procedimiento especial.
  - Precisa una lista indeterminada de sujetos pasivos, unos plenamente diferenciables y otros no.
  - Genera un conflicto interno dentro del mismo artículo, ya que un mismo delito puede tener más de un procedimiento.
4. El conflicto objeto del presente estudio ocurre entre reglas (artículo 81) y principios (Legalidad, sometimiento al juez natural y seguridad jurídica), éste tan sólo puede ser solucionado mediante la ponderación, haciendo a un lado completamente la regla, mientras que los principios se mantienen por tener vigencia jurídica, pues rompen el concepto jurídico positivista debido a su estructura, ya que se convierten en una obligación jurídica.

## **BIBLIOGRAFÍA**

**ABALOS**, Raúl, *Derecho Procesal penal*, editorial ediciones jurídicas, t. I.

**ARAUJO GRANDA**, M. Paulina, *El Derecho como ciencia*, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010.

**BACIGALUPO**, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*. Ara Editores. 2004.

**BAZDRESCH**, Luis, *Garantías Constitucionales*, Editorial Trillas, México, 1993.

**BECCARIA** César, *Los Delitos y las Penas*, Madrid - 1968, Editorial Leyer.

**BUSTOS RAMIREZ**, Juan *Introducción a Derecho Penal*, Editorial temis.

**CANOSA USERA**, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

**CARBONELL MATEU**, Juan Carlos, *Derecho Penal: concepto y principios Constitucionales*, editorial Tirant Lo Blanch.



**CLARIÁ OLMEDO**, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, t. I, editorial Rubinzal – Culzoni.

DICCIONARIO CONSTITUCIONAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.

**FAVOREAU**, LOUIS, *Legalidad y Constitucionalidad. La constitucionalización del Derecho*. Instituto de estudios constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.

**FERRAJOLI**, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta S.A, Sexta Edición 1995.

**FLORIÁN**, Eugenio, *Elementos de derecho procesal penal* editorial Porrúa S.A. México, 1977.

**FRANCO LOOR**, Eduardo, *Fundamentos de Derecho Penal moderno*, t. I y II, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010.

**GUASTINI**, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación Constitucional*, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM / Minima Trotta.

**HASSEMER**, Winfried, *Crítica al Derecho Penal de hoy* editorial Jurídica Conosur, 1995.

**HEINRICH JESCHECK**, Hans. *Tratado de Derecho Penal* t. I Editorial Comares S.L. Granada, 2002.

**JIMÉNEZ DE ASÚA**, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, t. I. Editorial Losada, Buenos Aires.

**MAIER**, Julio, *Derecho Procesal Penal*, t. I y II, Editores del puerto.

**MIR PUIG**, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, editorial Reppertor.

**MUÑOZ CONDE**, Francisco y **GARCÍA ARÁN**, Mercedes, *Derecho Penal, parte general*, Tirant lo Blanch.

**NARANJO MESA**, Vladimiro, *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, Colombia, Editorial Temis S.A., Séptima edición, aumentada y corregida, 1997.

**OLANO GARCÍA**, Hernán Alejandro, *Hermenéutica Constitucional*, Grupo Editorial Ibáñez.

**PÉREZ**, Efraín, *Esquema de la acción extraordinaria de protección*, Corporación de Estudios y Publicaciones.

**POLAINO NAVARRETE**, Miguel, *Derecho Penal. Modernas bases dogmáticas* Editora Jurídica Grijley.

**RANIERI**, Silvio, *Manual de Derecho Penal*, t. I, editorial Temis.

**RIGHI**, Esteban, *Derecho penal, parte general*, Ed. Lexis Nexis.

**RODRÍGUEZ DEVESA**, José María. *Derecho penal español*.

**ROXÍN**, Claus, *Derecho Penal. Parte General. T. I Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito*, editorial Civitas.

**SANTOS**, Jaime, *El debido proceso*, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.

**VACA ANDRADE**, Ricardo, *Alternativas al ejercicio de la acción penal*, Corporación de estudios y Publicaciones, 2010.

**VACA ANDRADE**, Ricardo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, t. I, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.

**WELZEL**, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal*, editorial Depalma.

**ZAMBRANO PASQUEL**, Alfonso, *Estudio Crítico a las reformas a los Códigos: Penal y de Procedimiento Penal del 29-mar-2010*, Corporación de Estudios y Publicaciones.

**ZAVALA BAQUERIZO**, Jorge, *El Debido Proceso Penal*, Editorial Edino 2002.

#### **Artículos**

**AGUILAR CAVALLO**, Gonzalo artículo, *El Principio del Interés Superior del Niño y La Corte Interamericana De Derechos Humanos* en:  
[http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano\\_6\\_1.htm/Elprincipio11.pdf](http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/Elprincipio11.pdf)

**ARAUJO GRANDA**, María Paulina, artículo: *Principios de Interpretación Constitucional en el área penal* en: [http://www.juridico.gpjasociados.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=46:principios-de-interpretacion-constitucional-en-el-area-penal&catid=11:material-basico&Itemid=11](http://www.juridico.gpjasociados.com/index.php?option=com_content&view=article&id=46:principios-de-interpretacion-constitucional-en-el-area-penal&catid=11:material-basico&Itemid=11)

**ARAUJO GRANDA**, María Paulina, artículo: *Constitucionalización del Derecho Penal nuevas salidas alternativas dentro del sistema acusatorio: la mínima intervención penal, la oportunidad y el velar por el interés de la víctima* en: [http://www.juridico.gpjasociados.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=42:constitucionalizacion-del-derecho-penal&catid=11:material-basico&Itemid=11](http://www.juridico.gpjasociados.com/index.php?option=com_content&view=article&id=42:constitucionalizacion-del-derecho-penal&catid=11:material-basico&Itemid=11)

**CORRAL** Fabián, artículo, *El Principio de Legalidad* en El Comercio de Quito, jueves 19 de febrero del 2004.

**VILLAVICENCIO TERREROS**, Felipe, artículo *Límites a la función punitiva estatal* en <http://blog.pucp.edu.pe/blog/academtag/tag/funcion%20punitiva%20estatal>

**WINFRIED** Hassemer, artículo: *Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal*, en <http://neopanopticum.wordpress.com/2007/08/29/por-que-no-debe-suprimirse-el-derecho-penal-w-hassemer/>

### **Legislación**

*Constitución de la República del Ecuador* editorial Corporación de Estudios y publicaciones, 2012.

*Ley contra la violencia a la mujer y la familia*, editorial Corporación de Estudios y publicaciones, 2012.

*Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional* editorial Corporación de Estudios y publicaciones, 2012.

*Código Orgánico de la Función Judicial* editorial Corporación de Estudios y publicaciones, 2012.

*Código de Procedimiento Penal*, editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012.

*Código Penal* editorial Corporación de Estudios y publicaciones, 2012.

*Ley de discapacidades* editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012.

### **Entrevistas**

Entrevista al Doctor Rafael OYARTE Martínez sobre la Constitucionalización del Derecho, 16-mar-2011.