

## ¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal?

### (Reflexiones sobre el control constitucional de las leyes penales)

*Ramiro Ávila Santamaría\**

¿Un juez penal puede inaplicar una disposición del código penal o del procedimiento penal? En general, por el principio de legalidad, no. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina han demostrado que sí se puede inaplicar normas penales, cuando éstas no están adecuadas a los principios constitucionales. El desarrollo del derecho constitucional ha modificado sustancialmente los presupuestos de la teoría del derecho. Entre otros, el juez crea derecho y puede, interpretativamente, inobservar normas legales. Este poder, que se llama control difuso y tiene que ser utilizado de forma prudente y de acuerdo a preceptos de argumentación jurídica. En este ensayo se describen estos preceptos y se presentan y comentan algunos casos en que principios de la Constitución (derechos humanos) han prevalecido sobre tipos penales, cuando la aplicación de la ley penal lleva a un resultado injusto.

FORO

## INTRODUCCIÓN

¿Puede un juez penal resolver en contra del principio de legalidad y hacer interpretaciones extensivas de la ley? ¿Existen contradicciones entre algunas normas de ley penal y la Constitución? ¿Cuál es el método para resolver estas antinomias? ¿Han aplicado ya los jueces en otros contextos la Constitución por sobre y en contra de la ley penal?

Trataremos de responder afirmativamente a estas preguntas. En este ensayo pretendemos dar algunas pautas sobre los grandes lineamientos de esta nueva corriente

---

\* Docente y coordinador académico de la maestría internacional en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y profesor de Derechos Humanos de la PUCE.

que se ha denominado neoconstitucionalismo<sup>1</sup> o también garantismo<sup>2</sup> y las implicaciones para el derecho penal. Para hacerlo, abordaremos la relación entre la Constitución y el Derecho Penal, para sostener que los derechos humanos reconocidos en la Constitución limitan la intervención penal y es legítima cuando, paradójicamente, tutela bienes jurídicos protegidos constitucionalmente;<sup>3</sup> seguidamente, afirmaremos que el juez penal es también garante de los derechos establecidos en la Constitución y no solo está atado al derecho penal y al principio de legalidad; sostendremos que el poder que tienen los jueces, para no ser arbitrario, debe sujetarse a ciertos parámetros de interpretación y argumentación, sin los cuales se torna ilegítima la inaplicación de la ley penal. Finalmente, y ejemplificativamente, demostraremos algunos casos penales que pueden tener soluciones distintas a las contempladas en los tipos, si es que se aplican estándares constitucionales.

## EL NEOCONSTITUCIONALISMO

La teoría general del derecho que ha adquirido un estatus de ciencia y con valores sostenibles y demostrables desde el positivismo jurídico, está en franca modificación. El Derecho ha sido “constitucionalizado”. Podemos establecer algunos rasgos que caracterizan este fenómeno jurídico.<sup>4</sup>

- a) La Constitución es un sistema jurídico conformado por normas rígidas, que son resistentes a la legislación ordinaria y al proceso de creación normativa de carácter legislativo.
- b) El sistema jurídico tiene como garante y como último intérprete a un juzgador constitucional, que controla todos los poderes, incluso el judicial.
- c) Las reglas y principios que constan en la Constitución son normas jurídicas que vinculan y limitan todos los poderes y las demás normas. La parte dog-

---

1. Este movimiento surge desde la mitad del siglo pasado, con la aparición de las constituciones de posguerra en Europa, que establecieron como finalidad del Estado la promoción y protección de los derechos humanos, y la adecuación de las prácticas de todos los órganos del Estado a los principios constitucionales a través del control de tribunales o cortes constitucionales. El neoconstitucionalismo, que sin duda es una teoría en construcción, constituye un paradigma nuevo frente al positivismo jurídico e incluso frente al iusnaturalismo. Ver Miguel Carbonell (edit.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.

2. El garantismo, con énfasis en lo penal, tiene como un primer gran sustento teórico en Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 2005, 7a. ed.

3. Ver Alessandro Baratta, “Derechos Humanos, principios del derecho penal mínimo, para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite a la ley penal”, en *Criminología y Sistema penal*, Montevideo, Editorial B de F, 2006, p. 299.

4. Alfonso García Figueroa, “La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo”, en Miguel Carbonell (edit.), *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 159-186.

mática de la Constitución no es una mera declaración programática, sino que son verdaderas normas que obligan. Todas las normas secundarias que no están conformes con la Constitución, son inválidas aun cuando estén vigentes.<sup>5</sup>

- d) A diferencia de lo que sucede en el derecho liberal clásico, en donde toda situación que concierne a los burgueses y a la propiedad estaba prevista en la ley, en la Constitución encontramos principios que pueden solucionar cualquier tipo de problemática social y de cualquier persona o grupo de personas. Toda controversia, y no solo la relativa a la propiedad, tiene respuesta en la Constitución.
- e) La Constitución, a diferencia de lo que sucedía en el constitucionalismo clásico, no solo regula los poderes del Estado y sus atribuciones (parte orgánica) sino, a través de los derechos humanos, todo tipo de relación humana entre las personas y el Estado (parte dogmática). A tal punto llega la relación entre las dos partes de la Constitución, que las instituciones determinadas en la parte orgánica tendrá legitimidad de actuación solo si cumplen con la parte dogmática.
- f) La interpretación normativa, que se restringía a la exégesis del derecho y a la subsunción, ampliamente detalladas en el título preliminar del Código Civil, se basa en la comprensión del contenido y alcance de los derechos humanos. Si hay colisión de derechos que se aplican a una situación o caso, el método es el de la ponderación, por el que no se invalida la norma no aplicada sino que, para el caso concreto, no es adecuada.
- g) El juez con atribuciones de control constitucional crea derecho. En cambio en el sistema tradicional el juez simplemente aplica reglas. El juez prevarica en este último caso si no aplica la ley; en el régimen constitucional prevarica si no aplica la Constitución cuando prevalece sobre la ley.
- h) El método adecuado de razonamiento jurídico es la argumentación jurídica y no el mero silogismo jurídico. La argumentación exige transparentar los valores y los razonamientos del juez, que siempre los ha tenido solo que eran implícitos cuando simplemente escogía una norma ordinaria.

---

5. Ver en extenso el tratamiento sobre este tema José Luis Serrano, *Validez y vigencia, la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, 1999.

## LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO PENAL

En el positivismo jurídico, que se asentaba en el principio de legalidad y en la validez de la norma,<sup>6</sup> la configuración de las normas penales solo tenía que pasar el *test de pedigrí*. Si la norma era el producto del órgano legislativo y estaba conforme al procedimiento, y tanto la autoridad y el trámite estaban contemplados en la norma, se presumía su validez y tenía que ser cumplida. Por la presunción de validez de las leyes, solo la derogación de la norma por parte del órgano competente permitía la inobservancia.

El concepto de validez es el sustento de otro principio que algunos consideran que es un pilar de los sistemas jurídicos y políticos, y hasta de los derechos humanos: la seguridad jurídica.<sup>7</sup> Este concepto ha sido cuestionado por el constitucionalismo y relativizado. La seguridad de unos puede ser la inseguridad de otros, por ello el derecho es dúctil y la validez no garantiza la justicia.<sup>8</sup>

La validez jurídica se complementa con la vigencia de la norma (a la que también podemos denominar validez sustancial). Una norma será válida siempre que esté conforme con los principios constitucionales, aunque esté formalmente vigente. La vigencia del positivismo es la validez del constitucionalismo. Las normas jurídicas tienen dimensiones formales y sustanciales. La forma es una garantía para que la sustancia se produzca, pero si la forma no produce la sustancia o la forma viola sustancia, la forma pierde la cualidad de validez.<sup>9</sup>

Este análisis es particularmente difícil cuando se trata de normas penales.

El principio de legalidad, en el derecho penal, ha sido uno de los más relevantes para prevenir, combatir y limitar la arbitrariedad de quienes administran el uso de la fuerza en el Estado.

¿El principio de legalidad penal también está en crisis por el constitucionalismo? Si y no. Depende de la circunstancias... imperdonable lo dicho desde el positivismo jurídico y desde el derecho penal liberal. Nos atrevemos a decir que no, salvo que excepcional y argumentadamente se demuestre lo contrario. Lo cierto es que el derecho penal, a la luz del derecho constitucional, puede ceder.

---

6. Ver Hans Kelsen, *La teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Eudeba, 2003, 4a. ed., p. 31.

7. Gregorio Peces-Barba, "La seguridad jurídica", en *Curso de Derechos Fundamentales*, Madrid, *Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, 1999, pp. 245-258.

8. Gustavo Zabrebelsky, "Los jueces y los derechos fundamentales", en *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, Madrid, Editorial Trotta.

9. Sobre este tema, el mejor y más preciso tratado que conozco se puede encontrar en Alberto Binder, *El incumplimiento de las formas procesales, elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000, pp. 84 y ss.

Para explicitar esta ambigua afirmación, en el siguiente capítulo analizaremos brevemente dos situaciones, una a nivel nacional y otra internacional, en las que se pueden apreciar cómo el juzgador inaplica principios del derecho penal relacionados con el principio de legalidad.

## **EL ROL DEL JUEZ PENAL COMO GARANTE DE LA CONSTITUCIÓN**

El juez siempre ha sido un garante de algún interés previamente determinado, en cualquier momento y lugar. Lo que ha variado es el contenido de ese interés. En el estado absoluto el juez era garante de los intereses de la autoridad; en el estado liberal clásico era de la ley (por eso los jueces eran “boca de la ley”); y en el estado constitucional, de los derechos de las personas, reconocidos en la Constitución.

En la lógica de la división de poderes, un poder dicta la ley, otro la ejecuta y otro la garantiza en sentido estricto, todos estos poderes gozaban de independencia. Cuando los estudios críticos del derecho arremeten contra la legitimidad del sistema penal,<sup>10</sup> ya desde la creación de la ley (que refleja los intereses de los que pueden, a través de maquinarias electorales, representar), ya desde los que ejecutan la ley (a través de la selectividad, teoría conocida como etiquetamiento o *labeling approach*<sup>11</sup>) ya desde el aparato judicial, se siente la necesidad de un juzgador controlador de poderes, que aplique normas constitucionales y garantice los derechos humanos.

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

El juez no es mero aplicador de la ley. El juez tiene en sus manos casos concretos de personas reales y en esos casos existen acontecimientos problemáticos: las víctimas y los victimarios tienen derechos en un conflicto penal. En esos casos debe comprender el sentido del hecho con el derecho, la conexión de la acción con la limitación, no puede ser indiferente al resultado de las acciones, debe analizar la proporcionalidad en el contexto, valorar (esto es lo contrario de lo que predicaba Kelsen en

---

10. Ver Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho Penal*, México, Siglo Veintiuno Editores, 2002.

11. La teoría del etiquetamiento consiste en que las agencias del sistema penal seleccionan a las personas que serán criminalizadas a través de un proceso social basado en la discriminación. Una vez que una persona tiene un antecedente penal o una sentencia está etiquetada.

el sentido de despojar de todo análisis moral en la apreciación del derecho<sup>12</sup>), aplicar los principios si las reglas generan un resultado injusto y resolver adecuadamente.<sup>13</sup>

Este último caso nos interesa. En todos los ámbitos del derecho ordinario no encontramos mayores dificultades, porque la duda es entre dos normas aplicables ante un caso, cuya solución de mayor protección la encontramos en la Constitución. En cambio, en el derecho penal tenemos dos derechos que están en franca tensión: el derecho a la libertad que tiene el acusado y el derecho a la tutela efectiva que tiene la víctima.

Veamos dos ejemplos. Uno a nivel internacional, que ha llamado la atención y levantado críticas,<sup>14</sup> el famoso juicio de Nuremberg; otro a nivel nacional, que es conocido como “el caso Massera”.

En 1945, los países aliados, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, redactaron una Carta en la que establecieron la competencia material del Tribunal Penal de Nuremberg.<sup>15</sup> El tribunal internacional, creado *ex post factum*, tenía competencia para juzgar crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

Indiscutiblemente, en términos objetivos y positivistas, la Carta y el Tribunal violan el principio de legalidad, por el que nadie puede ser juzgado por tribunales que no hayan sido creados con anterioridad al hecho y nadie puede ser juzgado por hechos no tipificados en la ley.

El principio de legalidad del tribunal y los tipos penales fueron alegados por las partes. Sin embargo, se consideró que por el principio de justicia los acusados tenían conocimiento de las normas internacionales que prohibían matar civiles y que aunque no había pena, no existía razón para no juzgarles con las penas más severas existentes en el derecho comparado para delitos graves. Además, se argumentó que las leyes no son estáticas, sino que deben adaptarse a las necesidades de un mundo en constante cambio. Finalmente, se argumentó, en términos de practicidad, que la

---

12. Ver Hans Kelsen, *La teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Eudeba, 2003, 4a. ed., p. 65. Kelsen distingue, con absoluta claridad, la obligación jurídica de la moral.

13. Ver Gustavo Zabrebelsky, “Los jueces y los derechos fundamentales”, en *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, España, Editorial Trotta, pp. 131-153. Al mismo resultado llega Carlos Santiago Nino, “La relevancia de los derechos morales para la teoría y práctica jurídica”, en *Ética y derechos humanos*, Argentina, Editorial Astrea, 2005, 2a. ed., pp. 20-25.

14. Entre otras críticas, unas jurídicas que se comentan en este ensayo y que tienen que ver con el principio de legalidad, y otras políticas, como aquella de que el juicio fue justicia de vencedores (sin duda, los aliados cometieron violaciones al Derecho Internacional Humanitario y también crímenes de guerra; por ejemplo, el bombardeo a Dresden, a Berlín, a Hiroshima y a Nagasaki).

15. Henry Steiner y Alston Philip, *International Human Right in context, Law Politics and Morals*, Oxford University Press, second edition, 2000, “Judgment at Nuremberg”, pp. 112-126.

creación del tribunal y del procedimiento fueron mecanismos necesarios para reprimir conductas que eran ilegales y criminales que, de otra manera, no hubiesen sido juzgadas y se hubiese promovido la impunidad.<sup>16</sup>

En el caso de cortes nacionales, el ejemplo es el razonamiento de un juzgado penal argentino frente a los argumentos positivistas del acusado.<sup>17</sup>

El Señor Massera sostenía que había sido ya juzgado por los mismos hechos (*no bis in idem*), y que las acciones habían prescrito. Los argumentos de Massera están relacionados con los principios de legalidad y de seguridad jurídica.

El juzgador penal consideró que los argumentos eran inadmisibles en el caso y por tanto los desechó. Massera no fue juzgado por los mismos hechos, ya que los elementos del tipo penal no eran los mismos que los delitos de carácter internacional, luego se le juzgaba por primera vez. Los delitos por los que le acusaban eran delitos continuados y además considerados imprescriptibles por el derecho internacional de los derechos humanos.

En relación al derecho positivo conviene destacar de la sentencia la siguiente afirmación:

...allí donde la injusticia del derecho positivo alcance tales proporciones que la seguridad jurídica garantizada por el Derecho Positivo no represente ya nada en comparación con aquel grado de injusticia, no cabe duda de que el Derecho positivo injusto deberá ceder a la justicia.<sup>18</sup>

En otras palabras, el juzgador penal puede inobservar la ley penal por normas superiores como son las constitucionales y las normas de derecho internacional de los derechos humanos. El juez penal no es garante del cumplimiento de la norma sino de la justicia que puede encontrar en otra norma superior o más protectora.

En los casos mencionados, los juzgadores penales aplicaron el principio de proporcionalidad, que conviene enunciarlo y brevemente describirlo.

---

16. *Ibid.*, pp. 116-117.

17. Cámara en lo criminal y correccional, Argentina, Massera excepciones, sentencia del 9 de septiembre de 1999, en American University, *Compilación de documentos en derecho internacional de los derechos humanos para profesores de esta materia*, Washington, vol. II, 2001, pp. 871-883.

18. *Ibid.*, p. 878.

## EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Las decisiones del poder público, sean estas leyes, actos administrativos y sentencias, cuando limitan los derechos humanos tienen que ser proporcionales. Si éstas no son proporcionales, entonces son decisiones inconstitucionales.

La proporcionalidad es un principio a través del cual se legitima la intervención del Estado en el ejercicio de derechos humanos.

Carlos Bernal Pulido sostiene que el estándar de proporcionalidad tiene tres elementos: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad propiamente dicha.<sup>19</sup> La *idoneidad* ayuda a apreciar que la limitación de un derecho contribuye a la consecución de un fin legítimo, que no puede ser otro que un derecho humano de igual jerarquía; por ejemplo, la orden de evacuación, que priva del derecho a la vivienda, es una medida idónea para precautelar la vida en un caso de desastre natural. La *necesidad* contribuye al análisis entre varias medidas idóneas, y sugiere escoger la medida más favorable al derecho intervenido; por ejemplo, en el desastre natural, tengo varias medidas idóneas (porque logran el objetivo), tales como la evacuación de una ciudad o de una zona rural, a un lugar cercano o lejano, en carpas o en albergues, quizá la que menos afecte al derecho a la vivienda sea la rural y en albergues. La *proporcionalidad* valora el objetivo perseguido y el derecho humano limitado para conseguir el objetivo, entre los dos derechos se debe evaluar si la ventaja que quiero obtener (objetivo) compensa el sacrificio que voy a realizar (derecho limitado); por ejemplo, si la evacuación produce la depresión, el desmembramiento familiar y hasta la muerte, quizá por el resultado convenga más no evacuar.

El modelo descrito, que fuera determinado por la Corte Europea de Derechos Humanos<sup>20</sup> y recogido por la Corte Constitucional Colombiana,<sup>21</sup> no es el único. Existen otros estándares, como el desarrollado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, que se basa, siempre en la relación entre derecho promovido y afectado, en la intensidad de la intervención, y que puede ser estricto, intermedio y suave; estricto cuando el derecho afectado puede sufrir un severo daño y suave cuando no existe daño o éste es ínfimo. Finalmente, existe el modelo que Pulido denomina integrado, por el que se interrelacionan los dos métodos. Cualquiera sea el método, queremos destacar la importancia del principio y de la teorización para evitar y descubrir inconstitucionalidades.

---

19. Carlos Bernal Pulido, "Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucional de las leyes", en *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 61-87.

20. *Ibíd.*, p. 72.

21. Corte Constitucional Colombiana, Sentencia de constitucionalidad C-22, en Carlos Gaviria Díaz, *Sentencias, herejías constitucionales*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 59-71.



El principio de proporcionalidad aparece como una garantía interpretativa a los derechos humanos. Esta garantía debe ser aplicada por todos los poderes públicos. El legislativo debe, por ejemplo, crear tipos penales que sean proporcionales entre el bien jurídico que protege y el derecho que restringe, que normalmente es la libertad (por las penas de privación de libertad) y la propiedad (por las penas de multas). El ejecutivo, al tomar medidas administrativas, debe analizar la proporcionalidad del uso de la fuerza, por ejemplo, frente a las manifestaciones. El judicial, por su lado y en términos constitucionales, en los casos concretos, debe verificar que las leyes y las medidas administrativas sean proporcionales. Si no lo son, insistimos, puede ejercer el control difuso de constitucionalidad e inaplicar las leyes.

El criterio de proporcionalidad es, sin duda, ambiguo. Además de tener múltiples significados, no impide la posibilidad de que la valoración de los hechos y del derecho no sea subjetiva. Por ello, los estándares del principio de proporcionalidad, en un caso concreto, requieren de una interpretación adecuada, que se conoce como ponderación, y de un método verificable, que se conoce como argumentación jurídica, y que, brevemente, lo expondremos en el siguiente acápite.

## **LA PONDERACIÓN Y LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA**

Tengo la tentación de afirmar que la ponderación y la argumentación suplen a la interpretación y a los métodos positivistas. Pero tal extremo planteamiento, importante para resaltar los cambios de paradigma, no es preciso. La ponderación complementa la subsunción y la argumentación jurídica complementa el silogismo jurídico. Por la ponderación se crea una norma hipotética para un caso y, enseguida, se subsume el hecho al supuesto creado por el juez. Por la argumentación jurídica se evidencian las elecciones morales del juzgador al escoger normas y llegar a las soluciones de los casos.

El juez penal cuando encuentra en un caso un conflicto constitucional no puede ligeramente inaplicar el derecho penal, por la mera afirmación de la prevalencia de la Constitución. El juez tiene que ponderar y tiene que argumentar.

La ponderación es un método a través del cual se resuelve la contradicción entre dos principios, que normalmente son derechos humanos, que tienen igual jerarquía normativa.<sup>22</sup> La ponderación procede cuando la subsunción no es aplicable y los criterios tradicionales de jerarquía, cronología y especialidad no resuelven el asunto

---

22. Luis Prieto Sanchís, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en Miguel Carbonell (edit.), *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 123-158.

fundamental. Las antinomias constitucionales son imposibles de resolver en abstracto, porque los principios *prima facie* no son incompatibles entre sí. Cuando se presentan en casos concretos, la resolución del juez no restringe la validez del principio. Por el juicio de ponderación, se debe establecer una jerarquía axiológica a base de razones y argumentaciones; conseguida la jerarquía para el caso, entonces opera la subsunción.

La ponderación tiene estrecha relación con la limitación de derechos. De hecho, en el caso concreto, uno de los derechos será limitado. A mayor limitación de uno de los derechos, mayor importancia de la satisfacción del otro derecho en conflicto. Los elementos para efectuar el juicio de ponderación son cuatro: la existencia de un fin legítimo constitucionalmente reconocido, la idoneidad de la medida, la necesidad y la proporcionalidad, que me va a establecer un equilibrio entre los principios y el daño que se produce si se aplica cualquiera de ellos. Esta operación requiere de argumentación jurídica.

La argumentación jurídica es un método a través del cual se pretende, mediante la objetividad hermenéutica, un resultado razonable y aceptable por un auditorio universal.<sup>23</sup> El juzgador tiene que justificar, de manera lógica, la elección de la norma que aplica, la decisión y la solución a la que llega.

Robert Alexy sostiene que la argumentación jurídica es una necesidad por muchas razones: el método deductivo tradicional promueve un “salto lógico” que favorece la arbitrariedad, el lenguaje del derecho positivo siempre es vago, existen conflictos entre normas, las normas no se adecuan con espontaneidad en los hechos y, en el extremo constitucional, hay normas que pueden llevar a un resultado injusto. La argumentación implica un discurso racional, que es una construcción basada en consensos racionales. Para evitar la arbitrariedad y garantizar la corrección en la solución, Alexy propone reglas minuciosas sobre la forma y la estructura de los argumentos. A fin de cuentas, lo que se pretende es que el razonamiento pueda ser, si es justificado, compartido y verificado por quienes tienen capacidad de analizar críticamente las resoluciones.<sup>24</sup>

Lo dicho pretende ser una advertencia, cuando el juez penal inaplique un tipo penal. Debe saber que si no pondera ni argumenta, se torna arbitrario y, por tanto, viola el principio de legalidad. En cambio, si pondera y argumenta adecuadamente, no viola el principio de legalidad sino que está aplicándolo bajo el supuesto de que

---

23. Manuel Calvo García, *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 167-246.

24. Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

la Constitución es norma jurídica (principio también de legalidad y que podemos, para diferenciarlo, denominarlo principio de constitucionalidad).

Vamos a enunciar algunos casos y situaciones en los que creemos existen conflictos entre normas penales y constitucionales, y que, de encontrarlos en casos concretos, el juzgador penal tiene potestad para inaplicar el Código Penal.

## LA INCONSTITUCIONALIDAD DE ALGUNOS TIPOS PENALES

El derecho penal es el mecanismo más severo de restricción de derechos humanos. Siendo los derechos humanos *prima facie* absolutos, las restricciones deben ser ponderadas y justificadas argumentalmente.

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

De la Constitución se derivan, al decir de Terradillos, límites nítidos al *ius puniendi*: la necesidad y proporcionalidad, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad.<sup>25</sup> Nos vamos a concentrar en la necesidad y la proporcionalidad, “en cuya virtud no puede admitirse la pena no idónea para la tutela de un bien jurídico o lesiva de otros valores más relevantes”.<sup>26</sup>

Hay dos principios que materializan la proporcionalidad penal y el constitucionalismo: el principio de intervención mínima del estado y el principio de lesividad. Por el principio de intervención mínima se entiende que solo los bienes jurídicos trascendentales se protegerán penalmente, y estos bienes normalmente se encuentran recogidos en la Constitución. Por el principio de lesividad, solo los conflictos más graves e imprescindibles serán tipos penales y el daño que produce el delito debe ser real, verificable y evaluable empíricamente. De lo contrario, desde la Constitución, el derecho penal se tornaría arbitrario.<sup>27</sup>

Vamos a analizar algunos ejemplos de tipos penales a la luz de los principios constitucionales enunciados.

---

25. Juan M. Terradillos Basoco, “La Constitución penal. Los derechos de libertad”, en *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta, 2003, p. 358.

26. *Ibid.*, p. 358.

27. *Ibid.*, pp. 360-361.

## LAS CONTRAVENCIONES

Las contravenciones están sancionadas con prisión de uno a siete días y multa.<sup>28</sup> Con este solo enunciado sabemos que el principio o derecho limitado es la libertad de movimiento. Hay que ver cuáles son los otros bienes jurídicos protegidos. Enunciamos algunos: no registrar los nombres de los huéspedes, no remitir registros de huéspedes a la policía, mofarse de un acto religioso, viajar sin pasaporte en caso de guerra, negarse a transportar cosas, conducir ganado y no tener previsión, no dirigir al domicilio a ebrios, no tener nómina de pasajeros, vender sin permiso de policía, no entregar a la policía bienes encontrados, comprar en feria a personas desconocidas, explicar los sueños, infringir reglamentos, jugar carnaval públicamente, herir un animal doméstico;<sup>29</sup> herir animales por exceso de carga, apacentar bestias de cualquier especie en terreno ajeno, no entregar bienes encontrados en 24 horas a la policía, formar mitin sin autorización, construir ventanas a menor altura de dos metros, lidiar toros sin permiso, permanecer parado por mucho tiempo sin objeto plausible, propalar rumores, recibir a menores prófugos, no cercar terreno;<sup>30</sup> predicar a favor o en contra de un partido político, golpear, establecer casa de juego sin permiso, usar cosas ajenas sin consentimiento, faltar con gestos a ascendientes...<sup>31</sup>

¿Tiene sentido restringir la libertad de movimiento (privar de la libertad) para proteger las funciones de la policía, la integridad de los animales, el pasto de los terrenos ajenos, la honradez, la confianza, los reglamentos municipales? Sin duda no. A primera vista, sin ponderar ni argumentar, existe desproporción en esta normativa. La libertad pesa menos que bienes jurídicos de carácter secundario.<sup>32</sup>

Además, como sostiene Zaffaroni, la legislación contravencional “es un campo propicio para la arbitrariedad policial, los apremios ilegales, la afectación a la dignidad humana, la penetración de los ámbitos de privacidad...”<sup>33</sup> Por ello, concluye, “tenemos la certeza de que un buen número de casos puede resultar una contradicción abierta entre la ideología proclamada constitucionalmente o por vía de Código Penal y la que surge de esta legislación”.<sup>34</sup>

---

28. Código Penal, art. 51.

29. *Ibíd.*, art. 605.

30. *Ibíd.*, art. 606.

31. *Ibíd.*, art. 607.

32. Sobre la relación de derechos primarios y secundarios ver Luigi Ferrajoli, “Derechos fundamentales y patrimoniales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2001, pp. 29-35.

33. Eugenio R. Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Primer Informe)*, Instituto Interamericana de Derechos Humanos, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 82.

34. *Ibíd.*, p. 82.

En otras palabras, todas las contravenciones deben salir del ámbito penal y, en el peor de los casos, deben suprimirse las penas que establecen privación de la libertad. Los juzgadores que tienen competencia contravencional deben ponderar en cada caso y rechazar, por inconstitucional, la aplicación de las penas privativas de libertad en las contravenciones.

## LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA HONRA

El delito de injurias protege penalmente el derecho a la honra, que está reconocido por la Constitución como un derecho fundamental.<sup>35</sup> Pasaría el primer filtro de la lesividad. Por el segundo filtro, el de la proporcionalidad, tendríamos que analizar si la privación de libertad es un medio idóneo y necesario para proteger la honra. Pero también interesante sería el análisis, mezclando la lesividad con la proporcionalidad, del problema de la libertad de expresión, como bien jurídico también protegido por el Derecho Constitucional, en relación con la honra.

Para este último análisis recordemos dos casos paradigmáticos en Ecuador. El uno la célebre sentencia en contra del editorialista Fierro y a favor de León Febres Cordero; el otro, bajo premisas parecidas, la denuncia del presidente Correa contra el diario *La Hora*. Los dos casos tienen en común que quienes reclaman la honra son personajes públicos y quienes “deshonraron” lo hicieron bajo argumentos de libertad de expresión.

En términos objetivos, el Código Penal tipifica la injuria en ambos casos. En términos también objetivos, tenemos una contradicción entre dos derechos protegidos de forma distinta por el sistema jurídico, el uno con penas de prisión (honra)<sup>36</sup> y el otro que exige abstención de parte del estado cuando se ejerce el derecho (libertad de expresión).<sup>37</sup> Si el Estado enjuicia penalmente a quien ejerce la libertad de expresión, el estado viola el deber de abstención. En suma, tenemos una antinomia. Lo cierto es que el juez penal no puede ser indiferente a este conflicto de normas y al análisis constitucional de proporcionalidad de las normas penales.

En el caso de León Febres Cordero contra Rodrigo Fierro Benítez,<sup>38</sup> Febres Cordero acusó a Fierro por injurias al haber publicado en *El Comercio* un artículo de opinión denominado “Febres-Cordero: en su sitio”, a través del cual Fierro manifes-

---

35. Constitución Política del Ecuador, art. 23 (8).

36. Código Penal, art. 489 y ss.

37. Constitución Política del Ecuador, art. 23 (9).

38. Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Sentencia de Casación, León Febres Cordero contra Rodrigo Fierro Benítez, 29 de octubre de 2004.

taba que Febres Cordero tenía responsabilidad en la quiebra bancaria, sugería que es un “ave de rapiña” y un “industrial de pacotilla”.<sup>39</sup> Fierro fue condenado penalmente por injurias.

La Corte Suprema de Justicia consideró que el derecho al honor prevalece sobre la libertad de expresión, que no se puede difamar o desacreditar a autoridades o líderes de un país, que el articulista no puede “actuar con entera libertad” a menos que “obre con objetividad, imparcialidad y sobre todo veracidad”. La Corte reafirmó el valor de la libertad de expresar el pensamiento como esencial en la democracia, pero lo condicionó a que no menoscabe la dignidad de las personas, no atente contra la institucionalidad y no lesione otros derechos, puesto que de este modo deslegitima la libertad de prensa. La sentencia resaltó la “intención y propósito de causar daño a León Febres Cordero degradándolo del sitial que corresponde a quien ejerció la primera magistratura de la nación”.

La sentencia admite la existencia del desarrollo jurisprudencial de Estados Unidos a través del fallo *New York Times* contra Sullivan, que “se aplica ahora universalmente”. Sin embargo, este precedente no fue completamente observado ni adecuadamente citado. El principio que aplica el caso Sullivan lleva exactamente a una solución contraria a la que arriba la Corte Suprema de Ecuador. El contraste de estas dos sentencias nos ayuda a aclarar el análisis constitucional de las conductas sancionables.

Sullivan era el jefe de policía de Montgomery y creyó que una publicación en el periódico *New York Times* (ni siquiera un artículo de opinión) le injurió. El anuncio publicado denunciaba que, en 1960, en plenas manifestaciones para reclamar derechos civiles, existía una fuerte represión de parte de la policía y que ésta empleaba medios como gas, balas de plástico y detenciones arbitrarias en contra de los manifestantes pacíficos.<sup>40</sup> La Corte Suprema de Estados Unidos consideró que por el hecho de ser la policía y Sullivan institución y persona pública, la libertad de expresión prevalecía aun cuando las afirmaciones hechas fueren falsas, porque ayudan a determinar la verdad, salvo que exista real malicia. La protección al derecho a la honra es limitada cuando el personaje es público porque favorece el debate democrático sobre su gestión; en otras palabras, “la restricción a la libertad de prensa impuesta a las críticas al gobierno y a los funcionarios públicos es inconsistente con la primera enmienda”<sup>41</sup> (libertad de expresión). Es más, el magistrado Black sostuvo

---

39. Rodrigo Fierro Benítez, “Febres Cordero: en su sitio”, en *El Comercio*, 29 de mayo de 2003, p. 4 A.

40. Melvin Urofsky, “New York Times v. Sullivan”, en Lynda Butler and others, *The bill of rights, the courts and the law*, Virginia Foundation for the humanities and public policy, 1999, third edition, pp. 50-51.

41. Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, *New York Times company v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), tra-

en un voto concurrente que el periódico tiene un derecho absoluto e incondicional a publicar críticas a los oficiales y a las agencias públicas.

La Corte Suprema de Ecuador no valoró, para que primara la libertad de expresión, el hecho de que Febres Cordero fuera presidente de la República ni tampoco que se le responsabilizara por un hecho en el ejercicio de sus funciones. Al contrario, el hecho de ser funcionario público pesó para que la protección a la honra fuera mayor y prevaleciera. El mensaje fue contrario a la libertad de expresión y circulación de opiniones: no se puede comentar contra funcionarios públicos a menos que se diga la verdad. Esto es contrario a la libertad de opinión y al escrutinio que debe tener todo funcionario público que, en suma, es mandatario y por tanto sujeto a críticas. Otro elemento para tomar en cuenta es que en Estados Unidos, seguramente por el principio de proporcionalidad, no se penaliza la injuria sino simplemente el daño civil y aun en este caso no se consideró que existía responsabilidad alguna.

El caso de Fierro se reedita, años más tarde, cuando el presidente Rafael Correa presentó una demanda en la Fiscalía de Pichincha, en la que solicitó prisión para Francisco Vivanco Riofrío, representante del diario *La Hora*, por injurias no calumniosas. El 7 de marzo de 2007, el periódico publicó un editorial en el que afirmaba que el mandatario gobierna con “tumultos, piedras y palos” y publicó un titular denominado ‘Vandalismo oficial’ en su editorial (9 de marzo de 2007).<sup>42</sup>

Un juzgador penal puede encontrar el conflicto de normas, como de hecho lo hizo el juzgador norteamericano, o puede aplicar formalmente el derecho penal, como lo hizo el juzgador ecuatoriano. Aplicando derechos humanos al derecho penal, los resultados son, como se evidenció, diferentes: no solo que no hubo pena sino que hubo promoción de una actividad que el derecho penal considera ilícita.

## LA QUEMA DE LA BANDERA COMO LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El 12 de octubre de 2007, en una manifestación pública a propósito de la provincialización de la península de Santa Elena y de la separación del Guayas, un grupo de personas “cogen la bandera blanquiceleste de Guayaquil y la destrozan; unos pedazos arden con fuego, otros retazos son usados por un par de manifestantes para efectuar gesticulaciones obscenas...”.<sup>43</sup>

---

ducción libre en Lynda Butler and others, *The bill of rights, the courts and the law*, Virginia Foundation for the humanities and public policy, 1999, third edition, pp. 52-53.

42. *El Universo*, “Correa pide sanción a Diario *La Hora* por injurias”, 9 de mayo de 2007, en <http://www.eluniverso.com/2007/05/11/0001/8/1B39A4F92617426D839E20585A320911.aspx> (visita 30 de octubre de 2007).

43 Fernando Balseca, “Ofensas a la bandera”, en *El Universo*, 19 de octubre de 2006, en

El gobernador del Guayas,<sup>44</sup> el Prefecto y el alcalde del Guayas inmediatamente denuncian penalmente a los autores. El alcalde de Guayaquil manifestó que “El derecho de los pueblos a vivir bien es legítimo e irrenunciable, (pero) qué tiene que ver con quemar u ofender la bandera de Guayaquil. Es un acto incalificable, intolerable y delictivo... Se está buscando a quien cometió ese delito”.<sup>45</sup> La policía detiene a dos personas y se inicia un proceso penal.

Efectivamente, el Código Penal establece que “el que públicamente... incitare o fomentare por cualquier medio el separatismo... el que cometiere cualquier burla o desacato, con palabras o acciones, contra la Bandera... será reprimido con prisión de seis meses a tres años...”.<sup>46</sup>

Tipo penal sin Constitución sustancial, no hay mucho que discutir. Hay un delito y hay que reprimirlo. Sin embargo, si uno analiza más detenidamente, encontramos efectivamente un problema constitucional. ¿Los manifestantes estaban ejerciendo su derecho a la libertad de expresión? ¿Cuál es el bien jurídico que protege la quema de la bandera? ¿La bandera y lo que significa como símbolo están protegidas por la Constitución y prevalecen sobre la libertad de expresión?

Para ilustrar las posibles respuestas, conviene mencionar el caso denominado Texas contra Johnson, resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos,<sup>47</sup> que tiene todos los elementos de nuestro caso ecuatoriano. Gregory Lee Johnson, en una manifestación pública contra un congreso republicano en Dallas y, en particular, contra la presencia de Bush (padre), quema la bandera norteamericana. Texas, al igual que 48 estados de los Estados Unidos, tiene un estatuto penal que criminaliza el abuso de la bandera como una seria ofensa a los individuos.

Los funcionarios del Estado de Texas alegaron en el juicio que la quema de la bandera constituía un disturbio que rompía la paz, que muchas personas se sintieron seriamente ofendidas por este hecho, que era una vulneración al orden público y que atentaba contra un símbolo que representaba la unidad nacional. La Corte no aceptó los argumentos, en primer lugar consideró que la quema de la bandera es una forma

---

<http://www.eluniverso.com/2007/10/19/0001/21/E0EC3258750E437C9B641505540D446F.aspx> (visita 30 de octubre de 2007).

44. *El Comercio*, “Nueva acción legal contra peninsulares”, 30 de octubre de 2007 en [http://www.elcomercio.com/noticiaEC.asp?id\\_noticia=146057&id\\_seccion=10](http://www.elcomercio.com/noticiaEC.asp?id_noticia=146057&id_seccion=10) (visita 30 de octubre de 2007).

45. *El Universo*, “Autoridades del Guayas contra división y ultraje a la bandera”, 17 de octubre de 2007, <http://www.eluniverso.com/2007/10/17/0001/18/C74DB2AB9CF645038052693C7045C4AB.aspx> (visita 30 de octubre de 2007).

46. Código Penal, art. 128.

47. Corte Suprema de los Estados Unidos, *Texas v. Jonson* 491 U. S. 397 88-155 (1989) en Lynda Butler and others, *The bill of rights, the courts and the law*, Virginia Foundation for the humanities and public policy, 1999, third edition, pp. 77-84.



de expresión y, posteriormente, afirmó que la principal función de la libertad de expresión es invitar a la disputa, que el acto de la quema de la bandera no propició revuelta alguna, que las autoridades de Texas y la policía persiguieron a una persona por expresar insatisfacción por las políticas del país y que esto está en el centro del derecho a la libertad de expresión, que la integridad de una bandera no está protegida por la Constitución, que prohibir una idea por el simple hecho de ser desagradable u ofensiva atenta contra la libertad de expresión, que el gesto de una persona contra la bandera no afecta en absoluto la actitud hacia la unidad nacional, que la mejor manera de rendir tributo a un símbolo como la bandera, que representa la libertad, es precisamente promoviéndola y no reprimiendo las libertades, finalmente que sancionar penalmente a quien siente y piensa diferente no es la mejor manera de persuadir. La Corte sostuvo que el mejor remedio, en este caso, es aplicar el derecho a favor de la libertad de expresión que silenciarla.

La reacción a esta sentencia fue inmediata de parte del Congreso, que expidió una ley federal criminalizando cualquier tipo de atentado contra la bandera. Inmediatamente la Corte, reafirmando la sentencia descrita, declaró inconstitucional la ley del Congreso, bajo la premisa que el Estado se funda en un serio compromiso con la libertad de expresión.<sup>48</sup>

En el caso ecuatoriano, la quema de la bandera sin duda alguna fue un acto de libertad de expresión. Al respecto, Fernando Balseca sostiene:

...no tenemos que enclaustrarnos en las formas: no se ha abrasado a Guayaquil; se ha incinerado una conducta que no vela por los más necesitados... un gobernante debe preguntarse qué originó esa actitud: debe leer el símbolo e interpretarlo. Y la respuesta aparece nítida: los poderes provinciales no han compartido una visión amplia y generosa con la provincia... En Santa Elena se ha carbonizado el hecho injusto de que unas regiones posean más que otras y se han chamuscado jerarquías que ya no se reconocen como tales.<sup>49</sup>

Otra vez, si aplicamos la Constitución el resultado puede ser diferente al contemplado en el tipo penal. ¿Puede un juez penal llegar al desconocimiento de un tipo penal? Aplicando la Constitución, ponderando y argumentando, sí.

---

48. Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, *United States v. Eichman* 496 U.S. 310 89-1433 (1990), en Lynda Butler and others, *The bill of rights, the courts and the law*, Virginia Foundation for the humanities and public policy, 1999, third edition, pp. 84-86.

49. Fernando Balseca, "Ofensas a la bandera", en *El Universo*, 19 de octubre de 2006, en <http://www.eluniverso.com/2007/10/19/0001/21/E0EC3258750E437C9B641505540D446F.aspx>

## LOS VAGOS Y MENDIGOS

Los vagos, personas que no tienen domicilio fijo ni medios de subsistencia o que no ejercen habitualmente oficio o profesión, serán reprimidos con prisión de tres meses a un año.<sup>50</sup>

¿Cuál es el bien jurídico protegido en este tipo penal? Desde la perspectiva constitucional parece lo contrario, que estamos ante el caso de una persona a quien se le están violando sus derechos sociales: el derecho a la vivienda al no tener domicilio, al derecho al mínimo vital al no tener medios de subsistencia, el derecho al trabajo al no ejercer oficio o profesión. Estas personas que pueden ser víctimas, se les considera responsables y además se les amenaza con privarles de la libertad.

Este tipo penal vigente en Ecuador se encuadra dentro de la idea de que hay personas que son peligrosas y que pueden delinquir.

Todo lo que se ha dicho del positivismo peligrosista y de su incompatibilidad ideológica con los Derechos Humanos, llega a su máxima expresión con las leyes de peligrosidad sin delito: aquí se viola totalmente el principio de legalidad, porque sin ninguna tipicidad se cae en una grave violación de derechos. El desprecio a la dignidad humana es total: es suficiente reunir dos o tres “síntomas” para “detectar” la forma de vida de una persona, encuadrada en una adjetivación peyorativa y privarla de libertad... El origen de esta ideología es claro: se trata de la clasificación entre personas “decentes” y “peligrosas”, consagrada por la misma ley conforme a un criterio arbitrario de apreciación que pone en manos del poder público... y que en modo alguno deja de tener... un claro tinte racista.<sup>51</sup>

El derecho penal se ocupa exclusivamente de las acciones y no de las características personales, como el caso que comentamos de los vagos, ni de las ideas, como la quema de la bandera: “solo es admisible castigar acciones, porque el Estado no tiene poder para ir más allá”.<sup>52</sup>

En estos casos parece que el juez penal tiene el imperativo de inaplicar el Código Penal por existir una franca contradicción con los principios constitucionales.

---

50. Código Penal, art. 383 y 384.

51. Eugenio R. Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Informe Final)*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 196.

52. Alberto M. Binder, *Justicia penal y estado de derecho*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2004, 2a. ed., p. 154.

## LA TENENCIA DE DROGAS Y EL CONSUMO

La ley de sustancias estupefacientes y psicotrópicas (en adelante “ley de drogas”) no es muy clara en cuanto a los consumidores. Por un lado, parece que por no estar sujetos a detención, no se penaliza el consumo;<sup>53</sup> por otro lado, la ley considera que toda tenencia sin receta médica previa es un delito y grave.

Quienes sin autorización legal o despacho de receta médica previa, posean o tengan, con su consentimiento expreso o tácito, deducible de una o más circunstancias, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título, o que esté bajo su dependencia o control, serán sancionados con la pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales.<sup>54</sup>

El consumo no está penado pero la tenencia sí. Ocurre que no se puede consumir, si previamente no se tiene la droga. En términos temporales, soy delincuente antes de ingerir las sustancias y no soy delincuente después de consumirlas. En la realidad sucede que las personas que son consumidoras pero que se las detuvo con droga, tienen que demostrar procesalmente que esa droga la tenían para el consumo y no para la venta.

En estos casos tenemos serios problemas constitucionales. Se presume la culpabilidad y se debe demostrar la inocencia, lo cual invierte la carga de la prueba en contra del procesado. Además, si la persona no logra demostrar que es consumidora, aunque posea mínimas cantidades de droga, la pena es absolutamente desproporcionada. Tener, por ejemplo, un gramo de cocaína, aun si es para la venta, no se compeadece con sanciones parecidas al asesinato.

Pero quizá donde mayores cuestionamientos podemos encontrar es en el análisis del bien jurídico protegido y del principio de lesividad.

El objetivo de la ley de drogas es proteger a la comunidad de los peligros que dimanen de la producción, oferta, uso indebido y tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.<sup>55</sup> El principio de lesividad, también conocido como principio de reserva o de trascendencia a terceros, exige la existencia de un daño concreto. “El Estado no es un *pater familia* que deba estar preocupado por la excelencia moral

---

53. Ley de drogas, art. 30. Prohibición de detención del usuario. Ninguna persona será privada de su libertad por el hecho de parecer encontrarse bajo los efectos de sustancias sujetas a fiscalización.

54. Ley de drogas, art. 62. Sanciones para la tenencia y posesión ilícitas.

55. Ley de drogas, art. 1.

de las acciones de sus ciudadanos; si éstas solo tienen que ver con cada individuo, constituyen un asunto ligado a la moral”.<sup>56</sup> La Corte Constitucional Colombiana, en la célebre sentencia sobre el consumo de drogas, ha sostenido que en un régimen jurídico que tiene una Constitución que establece principios democráticos, “a una persona no pueden castigarla por lo que posiblemente hará, sino por lo que efectivamente hace”.<sup>57</sup> El problema no es tener o consumir drogas, que no provoca daño alguno a nadie, sino cometer delitos, drogado o no, teniendo drogas o no.

En el consumo de drogas y en el enjuiciamiento penal por tenencia, se encuentra afectado el derecho a la igualdad y prohibición de la discriminación y al libre desarrollo de la personalidad.<sup>58</sup> En relación a la afectación que puede tener la comunidad por el consumo de drogas, el trato es discriminatorio, porque el Estado interviene de forma distinta cuando se trata de sustancias que producen igual daño como el alcohol; en cuanto al desarrollo de la personalidad:

...el considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que solo a la persona atañen, solo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen. Una vez que se ha optado por la libertad, no se la puede temer.<sup>59</sup>

Por todas estas razones, cuando de los hechos del caso (aunque no haya prueba procesalmente incorporada) se desprenda que una persona tiene droga para el consumo, no solo que el juzgador penal puede abstenerse de privar provisionalmente de la libertad a alguien, sino que puede también abstenerse de iniciar un juicio penal. De igual modo, en casos de tenencia de drogas, el juez puede argumentar en contra de la aplicación de penas desproporcionadas en relación al bien jurídico protegido. Otra vez, los valores que priman son los de la Constitución y pueden ser diversos a los establecidos en la ley penal.

---

56. Alberto M. Binder, *Justicia penal y estado de derecho*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2004, 2a. ed., p. 155.

57. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad C-221 de 1994, en Carlos Gaviria Díaz, *Sentencias Herejías constitucionales*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 10.

58. Constitución Política del Ecuador, art. 23 (5) y art. 23 (3).

59. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad C-221 de 1994, en Carlos Gaviria Díaz, *Sentencias Herejías constitucionales*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 15.

## **CÓDIGO PENAL MILITAR Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO**

El Código Penal Militar tiene innumerables infracciones que son cuestionables desde el bien jurídico protegido, por el principio de lesividad, y desde la proporcionalidad de las penas. De igual modo, la Ley de Seguridad Nacional puede ser cuestionada desde la Constitución y desde los estándares internacionales de derechos humanos que regulan los estados de excepción. Además, los estándares de bienes jurídicos protegidos han tenido particular desarrollo con la creación de la Corte Penal Internacional, que ha establecido los crímenes de guerra, y con el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario (DIH).

Por citar algunos ejemplos: la traición a la patria, la seguridad interior, la seguridad de las fuerzas armadas, las infracciones contra la subordinación, las infracciones contra la fe militar, abusos contra la administración militar. El análisis de cada uno de los tipos penales ameritaría un mayor espacio. Lo cierto es que “el ordenamiento jurídico del Ecuador requiere una amplia adecuación para poner varios cuerpos legales a tono con los instrumentos internacionales del Derecho Internacional Humanitario... la falta de una clara y completa tipificación trae consigo que la pertinente penalización o asignación de penas sea igualmente inexistente o no exista”.<sup>60</sup>

El juez penal puede encontrar francas contradicciones entre el DIH y el Código Penal, y puede ocurrir que el DIH se aplique en lugar de las normas penales, bajo la premisa de que las normas internacionales tienen rango constitucional.

## **ADVERTENCIAS Y CONCLUSIONES**

Los juzgadores penales, como cualquier autoridad pública, tiene la obligación de observar y aplicar la Constitución. Sin embargo, el poder de control constitucional tiene que ser usado con cautela. El juzgador penal no reemplaza al Congreso Nacional ni lo podrá hacer, pero en casos concretos, como se ha intentado demostrar en este ensayo, el resultado de la aplicación de los tipos penales puede acarrear resultados injustos por violar derechos y principios constitucionales.

La única forma de garantizar que la inaplicación de la ley penal no sea arbitraria es a través de la ponderación y de la argumentación jurídica. Si el juez no pondera ni

---

60. Ramiro Ávila Santamaría y José Valencia Amores, *Ecuador y el Derecho Internacional Humanitario, estudio de compatibilidad entre el ordenamiento jurídico ecuatoriano y las normas del DIH*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006, p. 188.

argumenta, el fallo inevitablemente violará el debido proceso, por falta de motivación, y la seguridad jurídica.

El constitucionalismo no ha sido considerado aún de forma seria y consistente en la academia, ni tampoco en la función judicial. El juzgador en general, y el penal en particular, no son solo garantes de la ley y están sujetos irracionalmente al principio de legalidad. Los jueces son garantes de los derechos de las personas que están reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Esa garantía significa que pueden y deben controlar los abusos que a veces se producen por las mayorías que deciden en contra de principios.<sup>61</sup>

Los jueces pueden y deben corregir los excesos de los otros poderes del estado y esos excesos son a veces exagerados en cuanto al uso del *ius puniendi*. A mayor poder del estado, como el caso del derecho penal, mayor control judicial.

---

61. El ejemplo claro de una mayoría del Congreso que ha aprobado reformas procesales en contra de la Constitución, es la famosa institución denominada “detención en firme” que limita y a ratos imposibilita el ejercicio al derecho a ser juzgado en un plazo razonable (caducidad de la privación de libertad provisional), que consta en el art. 24 (8) de la Constitución Política del Ecuador.