

VILLACRESES BRIONES, TANIA GABRIELA, "Interpretación Penal y Constitucionalismo ecuatoriano", *Nuevo Foro Penal*, 101, (2023).

Interpretación Penal y Constitucionalismo ecuatoriano

Criminal Interpretation and Ecuadorian Constitutionalism

Fecha de recibo: 04/09/2021. Fecha de aceptación: 19/10/2022.

DOI: 10.17230/nfp19.101.4

TANIA GABRIELA VILLACRESES BRIONES*

Resumen

El problema de base que aborda el trabajo consiste en lo que en esta investigación se ha llamado como: "la dualidad de la interpretación penal" fijada el artículo 13 del Código Orgánico Integral Penal. Se sabe que son varias las posturas que desarrollan los tipos de interpretación en materia penal, y varias también sus aproximaciones conceptuales, *solo como referencia tradicional*, esta ha de ser a partir de la lógica sujeto- juez: literal o gramatical por su método y restrictiva por su resultado. La disyuntiva a partir de esta visión es que, en Ecuador, el artículo 13 del Código Orgánico Integral Penal declara entre sus reglas que la interpretación en materia penal ha de ceñirse a todo lo que más favorezca la efectiva realización de los derechos fundamentales y a la Constitución de manera integral; es decir, podría la interpretación penal, nuevamente, a partir de la lógica sujeto- juez, ya no ser vista solo por su método de forma literal, sino de forma

* Profesora titular de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, Ecuador. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Sevilla, España, Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante, España y degli studi di Palermo, Italia, y Máster en Derecho Penal y Ciencias Criminales por la Universidad de Sevilla España. Doctoranda en Derecho en la Universidad de Sevilla, España, línea de investigación: retos actuales del Derecho Penal, tesis dirigida por el Prof. Miguel Polaino- Orts. Correo electrónico: tgillacreses@sangregorio.edu.ec

teleológica, y por su resultado, no solo de forma restrictiva sino extensiva. Así, la norma propone una dualidad en las formas de interpretación, que podría en principio parecer contradictoria, y que para entenderla requiere comprender el sistema constitucional ecuatoriano, es decir, aclarar los conceptos básicos del sistema constitucional y la estructura del Estado al que esta ley pertenece, procurando así aportar en la unificación de criterios para su aplicación.

Abstract

The basic problem addressed by the work lies in what has been called in this research as: "the duality of criminal interpretation" set in Article 13 of the Organic Integral Penal Code. It is known that there are several positions that develop the types of interpretation in criminal matters, and also several conceptual approaches, however, only as a traditional reference, this has to be based on the subject-judge logic: literal or grammatical for its method and restrictive for its result. The disjunctive from this vision is that in Ecuador, Article 13 of the Organic Integral Penal Code states among its rules that the interpretation in criminal matters must adhere to everything that most favors the effective realization of fundamental rights and the Constitution in an integral manner; that is, criminal interpretation could, again, from the subject-judge logic, no longer be seen only by its method in a literal way, but in a teleological way, and by its result, not only in a restrictive way but in an extensive way; Thus, the norm proposes a duality in the forms of interpretation, which could in principle seem contradictory, and that to understand it requires understanding the Ecuadorian constitutional system, that is to say, to clarify the basic concepts of the constitutional system and the structure of the State to which this law belongs, thus seeking to contribute in the unification of criteria for its application.

Palabras Clave

Interpretación penal, sistema constitucional, contractualismo, democracia constitucional, constitucionalismo.

Keywords

Penal interpretation, constitutional system, contractualism, democracy constitutional, constitutionalism.

Sumario

Introducción. 1. Las democracias constitucionales a partir del contrato social de Rosseau. 2. El positivismo jurídico como sistema (instrumentalización de fines y objetivos). 3. El mal llamado Neo Constitucionalismo. 4. El constitucionalismo garantista (perfeccionamiento del positivismo jurídico). 5. El constitucionalismo principalista. 6. El caso ecuatoriano (el sistema constitucional ecuatoriano) 7. Interpretación de la ley en materia penal. 8. La interpretación penal en el art. 13 del COIP 9. Conclusiones.

Introducción

En un sistema constitucional de “derechos y justicia”¹, como el ecuatoriano, y en el contexto del debate actual de las corrientes constitucionalistas contemporáneas, es importante entender los *antecedentes teórico-epistémicos de las relaciones jurídicas del Derecho Penal entre el Estado y sus ciudadanos*, en aras de la búsqueda de la seguridad jurídica en la rama del derecho de mayor impacto en la vida de las personas en sociedad.

En el contexto de las democracias constitucionales contemporáneas se han desarrollado líneas doctrinales diversas en relación con las distintas realidades del derecho desde la mirada de las teorías que subyacen en los desarrollos normativos, muchas de ellas ajenas a los verdaderos fundamentos del Estado, de las relaciones jurídicas que nacen de aquel y de las que se originan entre sus ciudadanos. Desde confusiones terminológicas hasta verdaderas descontextualizaciones nutren la literatura jurídica de tal forma que, lejos de significar un aporte al debate son puntos de inflexión en la confusión en la que caen incluso los operadores del sistema de justicia penal en Ecuador, generando arbitrariedad y abuso.

En este sentido, en el trabajo se desarrolla la idea de que no puede entenderse al sistema constitucional sin las nociones originarias de derecho y democracia, partiendo de un marco histórico conceptual de referencia, desde los fundamentos del contractualismo situado en dos ideas principales: 1. La idea de límite al ejercicio del poder, y 2. La protección de los derechos fundamentales; es decir, estas como fines y objetivos que han requerido el diseño de sistemas conceptuales a partir de los cuales instrumentalizarlos, y a la vez, como fundamentos del constructo teórico; para así determinar los alcances de la interpretación en el ámbito penal, a partir de esta mirada; de este modo, un recorrido diacrónico por la evolución de las democracias

1 Definición que le da el Artículo 1 de la Constitución ecuatoriana al Estado. Independientemente del término que por connotaciones políticas e ideológicas se decida dar al Estado (verbigracia de derechos y justicia en el caso ecuatoriano), cuando hablamos de un Estado jurídicamente limitado en sus poderes y funciones, hablamos de un Estado de Derecho.

constitucionales, desde el contractualismo hasta nuestros días, para aterrizar en la dualidad propuesta por el artículo trece del Código Orgánico Integral Penal.

Metodología

Investigación de tipo documental, a través de la síntesis de información que se llevó a cabo a partir de un proceso valorativo de fuentes bibliográficas, marco en el cual, los elementos introducidos en las notas de pie de página tienen una importancia secundaria, pero realmente orientativa en el desarrollo del trabajo, por lo que su revisión a la par de su contenido es esencial para la lectura de este.

La doctrina considerada clásica no ha tenido límites de temporalidad como estándar de medida de calidad o de estado del arte.

Desarrollo

1. Las democracias constitucionales a partir del contrato social de Roseau

Desde las primigenias nociones del contractualismo de Hobbes han de sentarse las bases de una discusión coherente sobre las relaciones jurídicas, los límites a las potestades públicas y las garantías de protección de derechos de los asociados de lo que ahora llamamos democracias constitucionales; pero no sin antes identificar dos escenarios de debate diferentes: el primero como fundamento filosófico del constructo teórico y el segundo como mecanismo de instrumentación de sus fines y objetivos.

Aclarando tal idea, hemos de decir que para Hobbes no existen derechos antes del contrato, sino solo derivados de él, razón por la cual ha de identificarse, y de hecho así se ha identificado, como el precedente de la corriente positivista; hasta allí, negación del iusnaturalismo como posición filosófica. Este estado de "brutalidad" otorga a cada uno lo que puede adquirir y conservar sin necesidad de incorporar valoraciones de naturaleza moral. Para superar tal estado se celebra el contrato social mediante el cual se crea como ficción jurídica un Estado (leviatán) al que se le entrega todo el poder de forma absoluta como único mecanismo de control y freno del estado de brutalidad previo².

2 Thomas Hobbes. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. (México: Fondo de Cultura Económica, 1994), 15

Este estado no permite que el súbdito retenga para sí ningún derecho porque éstos solo existen a partir del contrato, no antes, y de allí la idea de que quien se resiste al poder debe ser sometido por la fuerza porque es *enemigo*³, guardando para sí mismo la capacidad de decidir sobre quién es el enemigo y estableciendo en esa capacidad la esencia misma de su poder absoluto. En este segundo asunto, la instrumentalización de fines y objetivos⁴.

Como antítesis, la teoría contractualista de Locke, para quien existe un estado de naturaleza armónico y regido por una ley natural, ergo, se hallan derechos antes del contrato, es decir, hay una sociedad civil previa: *ius naturalismo como posición filosófica*⁵.

El Estado para Locke es el resultado tanto de la autoridad que se le entrega al soberano para imponer cargas punitivas sobre quienes violan la ley legítima de la sociedad política (derechos naturales), como también es el producto del reconocimiento por parte de la sociedad de las ventajas de renunciar al derecho de imponer tales cargas⁶. Así, para la filosofía lockeana, el derecho al castigo es un *ius* natural e instrumental.

En su calidad de derecho natural, el derecho a castigar es un derecho universal, por lo que todos serían igualmente libres de castigar. Pero, en el marco de un gobierno consensuado y establecido, el castigo sigue siendo un derecho natural que se cede a un tercero para asegurar la objetividad de su aplicación y la seguridad de los asociados⁷. Dados los inconvenientes inevitables que conlleva el estado de naturaleza, el ejercicio del Derecho al castigo en contra de quien viole algún derecho fundamental *debe* ser limitado a algún tipo de *norma pública que interprete y especifique el ejercicio de ese derecho*⁸, puesto que, lo que necesariamente define al estado de naturaleza es la ausencia de una norma autoritativa que impida los excesos del ejercicio del castigo.

3 Dice Hobbes en el Leviatán: "La rebelión no es delito que pueda ser castigado por el derecho penal, pues la renuncia a someterse a la ley es reanudación de la guerra".

4 Leo Strauss. *La filosofía política de Hobbes, Su fundamento y su génesis*. (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006), 231.

5 Alfonso Donoso, "Hacia una teoría liberal del castigo: Locke, propiedad e individualismo", *Revista de ciencia política* 32, N° 2 (2012): 433. La concepción del Estado de Locke es una institución fundada parcial pero significativamente en el derecho a castigar a quien viole derechos naturales.

6 *Ibid.*, 433.

7 María García, "El castigo como medida de reordenamiento social. Una aproximación a la teoría de John Locke", *Revista de filosofía open insight* 12, n°25, (2021): 95.

8 Donoso, "Hacia una teoría liberal del castigo: Locke, propiedad e individualismo", 440.

A partir de esto último, las personas (mayoría) deciden asociarse y ceder parte de sus derechos para que la unión fortalezca la protección de tales derechos que le son inherentes a las personas, siendo el Estado solo un mecanismo de intermediación para la protección del bien común, Y así, entonces, el soberano debe someterse a un sistema de límites, que de transgredirse, legitiman la resistencia del pueblo que, al rebelarse, recupera su estado natural de derechos anteriores al contrato. En la metáfora de Locke el soberano que abusa del poder pierde su condición y pasa a ser un enemigo del contrato: iusnaturalismo como instrumentalización de fines y objetivos⁹.

En el medio de las posiciones y de los estudiosos más severos del absolutismo de Hobbes (quien perfecciona y radicaliza su teoría) se encuentra Carl Schmitt, quien sostiene las críticas a la negación del derecho a la "resistencia" al poder, aceptada por casi todas las teorías antes mencionadas, partiendo por la asumida libertad "fuero interno", dado que, en la medida en la que se reconozca libre ese fuero, se legitima también el derecho a la resistencia a partir de esa libertad, generando lo que Schmitt¹⁰ llama el germen que destruye por dentro al "leviatán": el Estado absoluto es o no es, sin fisuras. De allí que -se diga- que solo las manifestaciones externas puedan ser penadas y los límites de la intervención del Estado se reduzcan solo al control de tales manifestaciones¹¹.

Es en este contexto en el que Schmitt señala que, merced a la filosofía del derecho de Hobbes, se dirige en realidad un proceso de transición del antiguo Estado de Policía al Estado de Derecho liberal. Después de todo, menciona Andrés Rosler: "el eslogan *nulla poena, nullum crimen sine lege*, no es sino un caso de aplicación de los conceptos jurídicos creados por Hobbes" ¹². Y es claro que es el desarrollo schmittiano el que inicia citando a Weber en cuanto a la forma de la legitimidad como la creencia en la legalidad y en la obediencia a *preceptos jurídicos positivos estatuidos según el procedimiento formalmente establecido*¹³.

9 Francisco Cortés, "El contrato social liberal: John Locke", *Revista a Co-herencia* 7, n°13 (2010): 99-132.

10 Carl Schmitt. *El concepto de lo político*. (México: Ediciones Folios, 1985), 59.

11 Julio Pinto. *Carl Schmitt y la reivindicación de la política*. (La Plata: Editorial Universitaria La Plata, 2000), 99

12 Andrés Rosler, "Carl Schmitt, el nazismo y las leyes penales retroactivas", *Disidencia*, 17 de noviembre de 2018, <https://endisidencia.com/2018/11/carl-schmitt-el-nazismo-y-las-leyes-penales-retroactivas/>

13 Fernando Cubides Cipaguata. "Sobre los usos de Schmitt: su vigencia y aplicabilidad al caso colombiano". En *Carl Schmitt, análisis crítico a su obra jurídica, política y filosófica*. Comp. por Óscar Mauricio Donato y Pablo Elías González (Bogotá: Universidad Libre de Colombia, 2011), 23.

No obstante, ante lo último, no debe olvidarse que fue también el propio Schmitt el que expresó juicios dirigidos al derrumbamiento del Estado legislativo, señalando las contradicciones internas del sistema de legalidad heredado del positivismo jurídico. Aunque algunos afirmen también, que más que señalar y comprender, el interés real de Schmitt consistía en ayudar al derrumbamiento del régimen parlamentario de la República de Weimar¹⁴.

Con esos necesarios antecedentes se debe presentar la lógica teórica de Roseau y su *Du Contrat Social*, claro está, limitada al campo de lo político y del derecho y de la sola necesidad de su aproximación como base estructural de las democracias constitucionales modernas¹⁵.

Se debe aclarar que el ciudadano de Ginebra era un crítico del iusnaturalismo radical, puesto que, para él, los hombres no podían desarrollar un derecho sino hasta después de su salida del estado natural, que llega con la racionalidad, es decir, una noción evolutiva y diacrónica del derecho y por tanto, no inmutable. Se explica de manera perfecta en su obra con el ejemplo del ladrón que asalta en el bosque con violencia, obligando a la víctima a entregar la bolsa, pero siendo legítimo que, si después la víctima tiene la oportunidad de recuperar lo que es suyo, aun de forma violenta, lo haga.

Queda claro que la obediencia del pueblo a una tiranía no la legitima, sino solo la vuelve conveniente mientras las circunstancias permiten recuperar las libertades: el pueblo solo obedece poderes y potestades legítimas, pues el mero poder no constituye derecho. En el derecho legítimo del pueblo a rebelarse radica la concepción del derecho natural rousseauiano que pone contrapeso evidente al formalismo y relativismo de la doctrina de los procesos constituyentes definitivos. También establece la separación definitiva del derecho natural de origen católico y canonista medieval con el derecho natural "revolucionario"¹⁶.

De acuerdo con algunas lecturas al autor que nos ocupa, el origen de la autoridad en el pacto social de Rousseau resultaba limitante para el ejercicio del poder punitivo. En efecto, la sociedad, la autoridad y la ley tienen su fundamento en la *necesidad* y, por consiguiente, todo acto de autoridad, proscripción o pena no necesaria, pasa a ser arbitraria por excesiva¹⁷, puesto que fue la *necesidad* lo que

14 Ibid., 25.

15 Manuel Fondevila, "La herencia rousseauiana, en el pensamiento constitucional, trescientos años después de su nacimiento", *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña* 16, (2012): 360-363.

16 Al hablar del Derecho Natural Revolucionario se atribuye su formulación a J.J. Rousseau.

17 Jean Jacques Rousseau. *El contrato social o principios de derecho político. Obras selectas*. (Buenos Aires: Editorial El Ateneo, 1959), 9.

constrinó a los hombres a ceder parte de la propia libertad. Por consiguiente, nadie quiere poner de ella en el fondo público más que una mínima porción posible, siendo la suma de esas mínimas porciones posibles, lo que constituye el derecho a castigar. Todo lo demás es abuso, no es justicia, es hecho, no derecho¹⁸.

Hasta aquí una aproximación teórico filosófica hacia el poder constituyente y su relación con la efectiva protección de los derechos en el marco de las democracias constitucionales contemporáneas.

Ahora bien, en esencia, el contrato se contiene en la idea de que cada uno cede su persona y su poder (libertad natural y derecho ilimitado a todo) en manos de la voluntad general, para recuperar libertad civil y la propiedad de lo que posee, siendo que esa voluntad general (poder) no puede pasar por encima de las convenciones generales.

Este poder queda limitado a lo público y deja a salvo lo privado (derecho de libertad natural) y en esa esfera de lo público la voluntad general surge de la sumatoria (no aritmética) de las voluntades e intereses particulares en aras del bien común, para lo que cada uno se obliga exclusivamente a lo que *él mismo* ordena en acuerdo con los demás. Así, la referida cesión de derechos (libertades) termina en una ratificación y aseguramiento de los mismos¹⁹.

Para concluir este apartado, ha de establecerse a manera de primera consecuencia, ciertas reflexiones en relación con el pensamiento de Rousseau, en cuanto a dos puntos importantes: el Estado es una creación del hombre (ficción) y como consecuencia, solo al hombre (voluntad general) le compete decidir sobre las formas y los límites con los que desean ser gobernados.

Frente a esta lógica y como consecuencia del todo de su teoría, la voluntad general se manifiesta con el voto y las mayorías (democracia), con el cuidado de que tal mecanismo no se transforme en una dictadura de mayorías²⁰, para lo cual han de adecuarse de forma sistémica la división de poderes y los controles cruzados de las teorías de Montesquieu y Locke: "*checks and balances*"²¹.

18 Cesare Beccaria. *De los delitos y de las penas*. (Bogotá, Temis, 2000), 20.

19 Jean Jacques Rousseau. *Del contrato social; Discursos: Discurso sobre las Ciencias y las Artes; Discurso sobre el origen y el fundamento de la desigualdad de los hombres*. (Madrid: Alianza, 1998), 5.

20 *Ibid.*, 5.

21 Charles-Louis Montesquieu. *Del espíritu de las leyes*. (México: Orbis. 1984), 35.

2. El positivismo jurídico como sistema (instrumentalización de fines y objetivos)

Para contextualizar de manera apropiada la lógica teórica, desde una visión diacrónica, ha de mencionarse la coincidencia de los desarrollos epistémicos contractualistas (Rousseau) con la Revolución Francesa como punto de referencia válido para el análisis, y ésta como reacción al despotismo de la monarquía francesa que gobernaba en la época, para recién a partir de esa realidad, entender la rigidez del sistema normativista propuesto para la nueva organización político jurídica: la democracia constitucional.

De la palabra “democracia” todos conocen la etimología: *demos* (pueblo) y *Kratos* (poder)²². Sin embargo, la intención de este apartado es la comprensión de la *extensión del término* en cuanto a una “democracia constitucional” como una especie del género “democracia”, donde destaca el posicionamiento en el vértice del sistema normativo de constituciones rígidas, garantizadas por medio de órganos jurisdiccionales encargados de sancionar sus violaciones²³ y donde el problema de la validez de las normas jurídicas adquiere, así, una relevancia central en la construcción teórica del paradigma normativo de la democracia constitucional²⁴.

Este sistema, como resulta lógico por los antecedentes, impone una rígida regulación al ejercicio de las relaciones jurídicas de forma enérgica en los límites a las potestades públicas, a través del principio de legalidad: positivismo jurídico. Modelos normativistas (de reglas) con constituciones declarativas de derechos que debían desarrollarse en los ordenamientos jurídicos internos, predominantes hasta casi finales del siglo XX, en donde la discusión de la estructura orgánica de las constituciones tiene un enfoque diferente en la posibilidad de aplicación de derechos y de subordinación al dominio de la estructura del Estado y sus poderes políticos y fácticos.²⁵

La irrupción del positivismo, las consecuencias y efectos posteriores del iluminismo kantiano, el desarrollo del formalismo, etc, darían las respuestas que *produjeron impacto en las distintas dogmáticas del derecho en general, y a las formas de interpretación de estas*, en especial, las relativas al derecho penal. Así, el derecho penal va incorporando aspectos “normativos” con sus dogmáticas jurídicas

22 Al menos una mayoría conoce a la democracia en su tipo de “democracia representativa” donde las decisiones se toman a partir de la regla de mayorías.

23 Luigi Ferrajoli. *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*. (Madrid: Trotta, 2020), 11.

24 *Ibid.*, 11.

25 Luigi Ferrajoli, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 3, n°34 (2011): 15-53.

y políticas criminales, hallando una doble perspectiva: la dogmática y su sistema de derecho positivo y, también -cabe mencionar- la política criminal²⁶.

El positivismo jurídico marcó así los límites —estrechos— de la Ciencia del Derecho Penal, para la cual, la única tarea del jurista consistía en interpretar el Derecho positivo, y en el desarrollo dentro de un sistema cerrado, conforme a bases lógico-deductivas, los preceptos de la ley²⁷.

Esta corriente filosófica y la exclusión de los juicios de valor, -lo que es propio *de su método*-, añadían una forma fácilmente objetivable de analizar, reconstruir y aplicar el Derecho, que parecería blindarlo frente al peligro de la manipulación subjetiva por parte del intérprete²⁸; así, una vez instituido el principio de legalidad en el Derecho penal liberal, este se convierte en un mecanismo para hacer frente a los abusos de los Estados despóticos, en tanto que una previa determinación de las conductas prohibidas mediante la ley, dificulta los excesos por parte de los detentadores del poder²⁹.

La transformación del crimen en la violación de la ley positiva, libera al mismo de un componente sacro, preparando de ese modo el desarrollo de la secularización y quizá también, del garantismo penal³⁰. Se trata entonces de un razonamiento alejado de lo típicamente moral, que supone el rechazo a la ontología del delito anterior a la ley positiva.

En el reconocimiento de un sistema como tal entran en juego diversas vías epistemológicas sobre la interpretación de un texto legal, ya sea una norma o una sentencia (norma particular) pues implica una preferencia valorativa, que requiere el conocimiento de los antecedentes y principales tesis de una determinada corriente.

En el caso del positivismo jurídico, relacionado -en principio- con un método de interpretación y una manera de entender la relación entre el poder legislativo y el judicial, —tópico del que se encargará este trabajo más adelante, pero que cabe adelantar aquí— esta es en su esencia, a priori, riguroso por la lógica formal, apoyado principalmente en el tenor literal del derecho escrito, negando la posibilidad de desandararlo hacia el fin de los preceptos y el 'derecho natural', que subyacen siempre detrás³¹.

26 José Oneca. *Derecho Penal. Parte general*. (Madrid: Madrid ES, 1949), 43.

27 Claus Roxin. *Política criminal y Sistema del Derecho Penal*. (Buenos Aires: Editorial Hamurabi, 2002), 2.

28 Santiago Mir Puig, "Límites del normativismo en el derecho penal", *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n°7, (2005): 18:4.

29 Luis Bramont. *La ley penal. Curso de dogmática jurídica*. (Lima: Librería mundial, 1950), 138.

30 Paolo Prodi. *Una historia de la justicia. De la pluralidad de fueros al dualismo moderno entre conciencia y derecho*. (Buenos Aires: Katz, 2008), 378.

31 Georg Dahm, y Schaffstein Friedrich. *Derecho Penal liberal o Derecho Penal autoritario*. (Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2020), 55.

2.1. Puntos de coincidencia que podrían definir lo que se denomina como: positivismo jurídico

Es necesario aclarar que hablar de *iuspositivismo* podría entenderse como una ambigüedad, dada la inmensa cantidad de corrientes, hasta contradictorias, que circulan alrededor de esta declaración. Razón por la cual, solo con fines de sostener una narrativa lógica y coherente desde el punto de vista de la ciencia del derecho, y aclarando que no es el objeto de estudio del presente esfuerzo, se ha de tratar de esbozar algunos puntos de coincidencia que podrían definir lo que se denominaría positivismo jurídico, asumiendo que se trata de una heterogénea corriente de autores y teorías diversas, pero que pueden constituir los siguientes denominadores comunes:

- La absoluta separación de derecho y moral; por lo tanto, la negación de cualquier forma de aporte metafísico en la realidad del derecho;
- El estado (contrato social) como única fuente de un derecho válido, no siempre exclusiva, pero sí principal;
- El monismo jurídico, es decir, el reconocimiento de un solo derecho válido a partir de las fuentes del derecho; y,
- La necesidad de la *escritura* de la Norma (solo vía regla) (principio de legalidad)

Se cree también necesario identificar de forma solo superficial, las dos grandes corrientes del positivismo jurídico: el funcionalismo o realismo jurídico y el estructuralismo o normativismo puro.

Norberto Bobbio³², en su Teoría del Derecho, los diferencia como lo que son: constructos distintos con la sola coincidencia en su oposición al *iusnaturalismo*. Según el referido autor, la diferencia radica en que los funcionalistas se preocupan por la eficacia del derecho en escenarios sociales o jurisdiccionales, por ello llamados realistas. Y los estructuralistas, en la validez de origen de la estructura jurídica; es decir, la función del derecho en cuanto a su finalidad última o en cuanto a la estructura intrínseca de la propia norma como punto central del estudio.³³

En el ámbito estrictamente penal desde hace algo más de treinta años se ha ido imponiendo en forma creciente un enfoque normativista de las cuestiones jurídico-penales, contraponiendo distintas perspectivas normativistas al ontologismo

32 Bobbio también habla sobre el *positivismo* ideológico, para quienes la justicia consiste en la que prevalece la ley por el solo hecho de ser la ley, siendo una orden dada por el poder soberano, y por tanto no tiene en cuenta su contenido al dar un juicio de valor, esto lo menciona.

33 Ferrajoli, "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", 15-53.

característico del finalismo de Welzel. Dos han sido los autores -aunque diferentes- que más han contribuido a esta evolución: Roxin, primero, y Jakobs, después³⁴.

Aunque las dos posturas antes descritas son en esencia normativistas (elemento esencial del funcionalismo penal)³⁵, la posición de Roxin postula una dogmática del Derecho penal abierta³⁶ a principios político-criminales *desde los que interpretar las normas jurídico-positivas*³⁷. Jakobs, en cambio, contempla al derecho como un sistema normativo cerrado, limitando a la dogmática jurídico-penal al análisis normativo funcional del Derecho positivo, con exclusión de consideraciones empíricas no normativas y de valoraciones externas al sistema jurídico-positivo³⁸.

Dentro de esta última postura en mención, la norma desempeña una doble función para el funcionalismo: institucionalizar expectativas actuales³⁹ y servir de orientación a las conductas de los ciudadanos en la sociedad, al verse estas positivadas en una norma jurídica⁴⁰.

De este modo, esta posición normativista encarnada en la teoría del funcionalismo penal "se aparta de criterios ontológicos, a los que se hallaban indefectiblemente unidos las teorías anteriores (el causalismo y el finalismo), para atenerse, en cambio, a criterios estrictamente normativos: a los derechos fundamentales y a los deberes jurídicos⁴¹", lo cual encontrará su aplicación dentro de cada una de las categorías del delito. Esto produce un cambio de paradigma: al Derecho penal no le interesa tanto defender bienes jurídicos (cuyo origen aun se discute), cuanto defender que la norma

34 Mir Piug, "Límites del normativismo en el derecho penal", 5.

35 Según Miguel Polaino-Orts, "Tres son los conceptos esenciales del funcionalismo normativo: sociedad, norma y persona". Miguel Polaino-Orts, "¿Qué aporta el funcionalismo a la dogmática penal?", *Boletín*, n°1 (2021): 82.

36 Esta perspectiva "abierta" a los principios político criminales, es lo que genera que desde ciertas posiciones no consideren a la perspectiva de Roxin como verdadero funcionalismo, sino otra cosa: teleologismo político-criminal. Polaino-Orts, "¿Qué aporta el funcionalismo a la dogmática penal?", 82.

37 Mir Piug, "Límites del normativismo en el derecho penal", 2.

38 Mir Piug, "Límites del normativismo en el derecho penal", 2. En realce al valor trascendental de la norma y de lo normativo.

39 Dice Polaino-Orts, "Lo que está dentro de la norma es siempre una expectativa social" asumiendo una de las tesis fundamentales del positivismo jurídico como lo es la tesis de las fuentes sociales del Derecho. La norma es, específica Polaino, la condensación de expectativas sociales, es decir: el conjunto de derechos fundamentales que definen y caracterizan a la persona en el seno del grupo social. Polaino-Orts, "¿Qué aporta el funcionalismo a la dogmática penal?", 87.

40 Polaino-Orts, "¿Qué aporta el funcionalismo a la dogmática penal?", 87.

41 Polaino-Orts, "¿Qué aporta el funcionalismo a la dogmática penal?", 94.

jurídica mantenga su vigencia, así la pena no repara bienes, sino que confirma la identidad normativa de la sociedad⁴². El funcionalismo penal es pues, dice Polaiano-Orts, sinónimo de democracia jurídica.

Hecha tal aclaración corresponde ahora proponer, ciertos puntos de partida de este aporte: El constitucionalismo contemporáneo o neo constitucionalismo como modelo teórico de interpretación del Derecho penal.

3. El Constitucionalismo contemporáneo y el mal llamado Neo Constitucionalismo

Cuando Maldonado dice que en el período de entreguerras se produjo un proceso de “desconstitucionalización” quiere hacer alusión al hecho de que los valores del Estado liberal-democrático habían sido puestos en entredicho por parte de algunas doctrinas que marcaron la historia de aquellos tiempos convulsos⁴³. Verbigracia, de poco valió en Alemania que la Constitución de Weimar proclamara aquellos principios de la democracia liberal, cuando el nacionalsocialismo llegó al poder⁴⁴. Por esto, al constitucionalismo contemporáneo se le puede ubicar en la época de la segunda posguerra, en buena parte como una reacción a esta clase de acontecimientos.

Es un factor común en el debate actual, respecto de esta corriente de pensamiento, aún con las críticas terminológicas que se mencionarán más adelante, establecer dos aristas diferentes en la propuesta teórica: la primera, como un sistema jurídico (instrumentalización de fines y objetivos) en el que el ordenamiento se sujeta a normas de jerarquía superior y la actividad de las potestades públicas que se limitan a través de ese conjunto de normas que invaden de manera agresiva todo el sistema; y, la segunda, como una nueva construcción de la teoría del derecho en la que la validez no solo se refiere a la forma entendida como el origen legítimo de la producción de reglas y su pre regulación formativa, sino también, y en cierto sentido más importante aún, a una coincidencia y coherencia con esas normas de jerarquía superior, que son principios de justicia declarados constitucionalmente (validez sustancial o material)⁴⁵.

42 Miguel Polaiano Navarrete, “Funciones dogmáticas del derecho penal y legitimación material del sistema punitivo”, *Derecho Penal y Criminología* 26, n°79 (2005): 90.

43 Mauricio Maldonado. “Por una genealogía de la Constitución”. En *Diritto & Questioni Pubbliche*, Vol. XX (Palermo: 2020), 180.

44 Maldonado, “Por una genealogía de la Constitución”, 180.

45 Ferrajoli, “*Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*”, 26

Ahora bien, resulta necesario aclarar que el constitucionalismo como visión política ha de asimilarse a la lógica del contrato social y los límites a los poderes públicos en los marcos referenciales tratados en líneas anteriores, y que, contrario sensu, las referencias al constitucionalismo que se hacen en este trabajo son referidas al debate filosófico-jurídico y al sistema jurídico propiamente dicho de todas las democracias constitucionales contemporáneas.

Así, se proponen dos visiones bastantes diferentes de esta misma realidad, por supuesto, con dos constructos autónomos: por un lado: 1. la superación absoluta del ius positivismo hacia una suerte de neo iusnaturalismo y la otra 2. como ratificación y/o rectificación del propio positivismo jurídico⁴⁶.

Estas dos visiones son en realidad, a su vez, respuestas que buscan caracterizar una Constitución contemporánea, o, como se mencionó en líneas anteriores, al constitucionalismo de la segunda posguerra, y no a las concepciones teóricas que han intentado dar respuesta a este fenómeno histórico.

Suelen existir confusiones entre los modelos teóricos que intentan dar respuesta al constitucionalismo jurídico con el constitucionalismo jurídico en stricto sensu. Así, tenemos, por ejemplo, al controvertido "neoconstitucionalismo" (como suele llamársele al producto de la Constitución contemporánea en Latinoamérica), el "postpositivismo", el "garantismo" o el "principalismo", todas estas, posturas teóricas que, de un modo u otro, intentan construir una especie de filosofía del Derecho para el Estado Constitucional.

A manera de síntesis, se dirá que constitucionalismo es una estructura jurídica que tiene como premisa relevante la existencia de una ley superior, escrita, prevalente sobre la legislación ordinaria, independientemente del sistema de instrumentalización de fines y objetivos con el que se ejecute y que resulta ser la antítesis del constitucionalismo legislativo rígido que opera cómodamente solo a través del positivismo jurídico.

4. El constitucionalismo garantista (perfeccionamiento del positivismo jurídico)

Esta mirada del constitucionalismo contemporáneo, desde el garantismo, reconoce, como ya se ha dicho antes, la existencia de una ley superior, es decir, las normas constitucionales a la que necesariamente debe estar sometida y limitada la producción del derecho positivo ordinario: léase producción en contextos de validez desde la mirada del positivismo tradicional y de la teoría del derecho, esto es, el

46 Ferrajoli, "Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista", 22.

fortalecimiento del ius positivismo con la idea de la validez no solo formal, sino también sustancial. Sometiendo así, ciertamente, el estado de derecho legislativo al control de constitucionalidad y por la tanto redefiniendo la lógica de la democracia con “una persona un voto” y “mayoría gana”.

En este marco se considera como garantía a todos aquellos procedimientos funcionalmente dispuestos por el sistema jurídico para “asegurar la máxima corrección y la mínima desviación entre planos o determinaciones normativas del derecho y sus distintas realizaciones operativas, es decir, *entre las exigencias constitucionales o normativas y la actuación de los poderes públicos del sistema constitucional y su configuración normativa o institucional*”⁴⁷.

Así, garantías como vínculos normativos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos y, más en general, a los principios axiológicos sancionados por las leyes⁴⁸. Esta perspectiva se caracteriza por una normatividad fuerte, de tipo regulativo, es decir, por la tesis de que la mayor parte de los principios constitucionales y, en particular, los derechos fundamentales, se comportan como reglas, pues implica la existencia o imponen la introducción de las reglas consistentes en las *prohibiciones de lesión* u obligaciones de prestación, que son sus respectivas garantías⁴⁹.

Estas exigencias constitucionales y legales (imperativas para el Derecho penal) deben asegurar el principio de legalidad penal en el Estado constitucional de derecho, como procedimiento o mecanismo dispuesto por el sistema jurídico⁵⁰; de esta forma el Garantismo representa una recarga conceptual, o un reforzamiento teórico del principio de legalidad penal.

En ese contexto, el profesor Ferrajoli manifiesta:

El constitucionalismo garantista completa tanto al positivismo jurídico como al Estado de Derecho: completa al positivismo jurídico porque positiviza no sólo el «ser» sino también el «deber ser» del Derecho; y completa al Estado de Derecho porque comporta la sujeción, también de la actividad legislativa, al Derecho y al control de constitucionalidad⁵¹.

Nótese, de lo expuesto, cómo queda superada la lógica del poder absoluto de las mayorías legislando -creando leyes-, frente a un control de constitucionalidad como

47 Antonio Peña. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. (Madrid: Editorial Trotta, 1997), 23.

48 Ferrajoli, “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, 28.

49 Ferrajoli, “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, 21.

50 Luz María Mejía, “El debilitamiento del principio de legalidad penal en las decisiones de control de constitucionalidad de la Corte Constitucional colombiana”, *Nuevo Foro Penal* 7, n°78 (2012): 115.

51 Ferrajoli, “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, 25.

un nuevo paradigma de legitimidad en sede de validez que termina fortaleciendo el positivismo jurídico con el referido control, pero manteniendo intacta la necesidad de una construcción de reglas abstractas, ajenas a valoraciones morales y que en todo caso, hace necesaria la participación y decisión democrática de las mayorías mediante las formas de participación y representación de las tradicionales democracias constitucionales legislativistas⁵², así, para esta forma de ver el constitucionalismo, solo cabe el control concentrado de constitucionalidad.

En este sentido, para el modelo garantista, la reparación de las zonas de incertidumbre, llámese lagunas o antinomias, no se confían al activismo interpretativo de los jueces, sino sólo a la legislación, y por ello, a la política, en lo que se refiere a las lagunas y a la anulación de las normas inválidas a la jurisdicción constitucional, en lo que se refiere a las antinomias⁵³.

Lo que corresponde a los jueces ante un ordenamiento jurídico, según esta perspectiva, no es la invasión de la esfera política de la legislación, sino en censurar la invalidez de alguna de sus normas, cuando estas sean contrarias a la Constitución: anulándolas si se trata de la jurisdicción constitucional⁵⁴, o promoviendo cuestiones de inconstitucionalidad si se trata de la jurisdicción ordinaria; en ambos casos, interviniendo no en la esfera legítima, sino en la esfera ilegítima de la política⁵⁵.

5. El constitucionalismo principalista

No es posible introducir el debate respecto de esta mirada del constitucionalismo contemporáneo sin advertir lo que podría entenderse como un resurgimiento del ius naturalismo y la ruptura definitiva de la estructura teórica del derecho construida como eje funcional del positivismo jurídico.

Por una parte, el reconocimiento de la existencia de valores supra normativos en sentido amplio, como declaraciones ético políticas que invaden con imperativo

52 Ferrajoli, “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, 25.

53 Lenio Streck. *Verdade e consenso Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. (São Paulo, Saraiva, 2017), 15.

54 En este tipo de constitucionalismo solo cabe el control concentrado de constitucionalidad. El control de constitucionalidad, según el órgano que realiza, se divide clásicamente en tres modelos: difuso, concentrado, y mixto. En el modelo difuso los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad de las normas sometidas a su conocimiento con efectos inter-partes. En el modelo concentrado austríaco, un órgano especializado realiza el control de constitucionalidad de las normas, con efectos *erga-omnes*. En el modelo mixto, existe un órgano concentrado de control que convive con jueces ordinarios que tienen la facultad de declarar inaplicables las normas en los casos concretos.

55 Manuel Atienza. *Curso de Argumentación Jurídica*. (Madrid: Trotta, 2013), 88.

dominante todas las relaciones jurídicas entre las personas en sociedad y entre estas y la estructura del Estado al que pertenecen; valores, que no pueden ser debatidos, regulados o decididos a través de los mecanismos democráticos ordinarios sino controlados por un ente jurisdiccional que ejerce el control supremo y final de todas las mencionadas relaciones.

En otro sentido, la tradicional estructura teórica del derecho con sus ejes de validez y eficacia (la teoría moderna reconoce un tercer eje que no es objeto del presente debate) podría quedar, según sostienen los más entusiastas defensores de esta postura, en evidente incapacidad de resolver esta nueva forma de entender la ciencia del derecho, y por tanto, obsoletas frente a una nueva construcción no planteada, aún por definir⁵⁶.

La consecuencia de lo expuesto: la negación o superación del positivismo jurídico no solo por los conceptos expuestos, sino también, e igual de trascendente, por la nueva relación de dependencia entre derecho y moral aparentemente superada hacía ya bastante tiempo, que ahora reedita la moral como elemento interno del derecho.

Pero ha de hacerse una parada necesaria en la lógica narrativa del presente trabajo para reflexionar respecto de la ruptura teórica del constructo epistémico del derecho como ciencia, en la propuesta de esta mirada doctrinal, por consecuencia teórica, no por eso compartida, los referidos valores morales en esta línea no serían en esencia reglas que se pueden seguir o contrariar, sino solo enunciados de expectativas de armonía que han de conseguirse en mayor o menor medida dependiendo de cada circunstancia particular y de la forma como ha de resolverse al amparo de esas expectativas. Estos valores declarados, se convierten solo en mandatos de optimización; a decir del profesor Robert Alexy, el imperativo es cumplir solo en la medida de lo circunstancialmente posible.

Además, siendo valores se entiende que siempre colisionan entre sí en las relaciones sociales, trasformando todas ellas en relaciones jurídicas, y haciendo que siempre estén friccionando, dejando al mundo del derecho solo los casos en que esas fricciones provocan, en alguna de las partes en conflicto, afectación de bienes jurídicos de necesaria protección del Estado.

En este estado de cosas, el enunciado de los valores no tiene preceptos declarativos y, por tanto, no son susceptibles de solución a través de la subsunción del hecho a la regla (norma)(silogismo jurídico) sino que sería necesario un ejercicio de proporcionalidad de los hechos concretos para resolver cada caso, y en función de particulares circunstancias, qué valor ha de tener que prevalecer, explicándose así la lógica de los mandatos de optimización referidos en líneas anteriores.

56 Ferrajoli, "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", 27.

Este constitucionalismo principialista, que tiene como base fundacional las estructuras del derecho anglosajón (common law), tiene como bases fundamentales comunes al garantismo constitucional, la supremacía constitucional, la protección de derechos fundamentales y la sujeción del ordenamiento jurídico a las normas constitucionales, pero como rasgos distintivos:

1. La aplicación efectiva de los principios sin necesidad de regla expresa.
2. La aplicación efectiva de los principios aun en contra de regla expresa.
3. La inaplicación de reglas, en sede jurisdiccional y administrativa, cuya constitucionalidad en abstracto no se cuestiona, pero cuya aplicación resulta contraria a algún principio para el caso concreto.
4. Los derechos constitucionalmente establecidos no son reglas sino, principios en virtual conflicto y, por ello mismo, objeto de ponderación y no de subsunción⁵⁷;
5. El activismo judicial y el debilitamiento de la sujeción de los jueces a la ley y de la certeza del Derecho, que, a su vez, debilitan las fuentes de legitimación de la jurisdicción⁵⁸.
6. Los principios son normas derogables o derrotables, pues afirman que la derrotabilidad es una propiedad esencial de las normas jurídicas en los Estados constitucionales⁵⁹ entendiéndose por derrotabilidad el hecho de que una norma pueda resultar inaplicada si se manifiestan excepciones no previstas *ex ante* y justificadas a través de la ponderación⁶⁰.
7. Se asume a la constitución no como un conjunto de normas vinculantes, sino más bien como principios morales, cuyo respeto, cuando entran en conflicto con otros, queda librado a la discrecionalidad argumentativa del intérprete⁶¹ en su mejor luz.
8. La subordinación de los elementos descriptivos, explicativos y sistemáticos de las dogmáticas a los elementos de carácter valorativo.

57 Ferrajoli, "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", 23.

58 Ferrajoli, "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", 28.

59 Alfonso García Figuerola. *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. (Madrid: Trotta, 2009), 135.

60 García Figuerola. *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, 136.

61 Ferrajoli, "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", 42.

En este tipo de sistemas, además de control concentrado de constitucionalidad, cabe el control difuso de constitucionalidad⁶².

6. El caso ecuatoriano (el sistema constitucional ecuatoriano)

Semejante a como sucede en el seno de la doctrina española, donde se considera que bajo la expresión de principios constitucionales en materia penal se estudian los tradicionalmente denominados límites al ius puniendi, en Ecuador, la doctrina mayoritaria considera que el hilo conductor del Código Orgánico Integral Penal⁶³ (en adelante COIP) no puede partir sino del esquema⁶⁴ que plantea la Constitución ecuatoriana.

Se expone así de forma similar, que cuando en las Constituciones se formulan los derechos y libertades fundamentales, implícita o explícitamente, estos contemplan a la vez los límites del poder punitivo y los principios fundamentales informadores del Derecho penal⁶⁵.

Estas posiciones semejantes formularían a priori el tópicus de que de las constituciones se derivan los principios y reglas que rigen el proceso penal, la imputación de las conductas y el fin de las penas⁶⁶. Así, desde los principios establecidos por la Constitución con relevancia penal, como los valores superiores de libertad, igualdad, pluralismo y justicia, se derivarían algunos principios que construirían lo que se denomina Derecho Penal Constitucional.

Es Ernesto Pazmiño Granizo quien sostiene: “La Constitución ecuatoriana esboza un programa penal, es decir, los límites o diques por los cuales se debe guiar la actividad penal⁶⁷; y que es la definición que le da la Constitución al Estado, como “Estado constitucional de derechos⁶⁸ y justicia”, lo que configuraría a la par un

62 Luis Prieto Sanchís, “Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias”, *DOXA*, nº34 (2011): 229-244.

63 “Código Orgánico integral Penal” pues contiene en un solo cuerpo legal, la parte sustantiva, procesal y de ejecución de la materia.

64 A qué clase de esquema se hace referencia cuando se discute este tema, es un punto trascendental de este debate, pues una cosa es la determinación de un esquema de límites a la actividad penal y otra cosa es considerar la existencia de un esquema en forma de “programa penal” contenido en la Constitución.

65 Manuel Cobo del Rosal y Teresa en Aguado Correa. *El principio de proporcionalidad y el derecho penal*. (Madrid: EDER.SA, 1999), 83.

66 Luis Arroyo, “Derecho Penal económico y Constitución”, *Revista Penal* 1, nº13 (1997): 13.

67 Ernesto Pazmiño. “La constitucionalización del la justicia penal en Ecuador” . En *Código Orgánico Integral Penal hacia su mejor comprensión y aplicación* (Quito: Editorial de Estudios Jurídicos de la Universidad Andina Simón Bolívar, 2015), 12

68 Tal vez el término correcto sea: “Constitucional de derecho” en cualquier sentido, vale la nota para

modelo interpretativo en materia penal. En este son los derechos fundamentales la matriz sobre la cual se atiza la ley penal, "y sin la cual, cualquier norma o decisión jurisdiccional se deviene en ilegítima"⁶⁹.

Hay una tendencia mayoritaria en Ecuador que considera que el hilo conductual del COIP no puede partir sino del esquema que plantean los mínimos jurídicos a través de la Constitución, pues hay mandatos claros para las autoridades parlamentarias y jurisdiccionales que deben ser ejecutados⁷⁰. Sin embargo, esta postura ha generado diversos cuestionamientos al vínculo de los poderes del Estado frente al programa constitucional, lo que ha dado origen a discutir la diferencia entre constitucionalismo amplio y constitucionalismo estricto⁷¹.

No obstante, según sostiene la tendencia mencionada, la aplicación del derecho secundario (Códigos penales) no puede vulnerar los fines, los límites y la configuración constitucional⁷², pues formula Ávila Santamaría citando a Ferrajoli: "Si se quiere hablar de fidelidad o sujeción a la ley, aunque sea en sentido meramente potestativo, podrá hacerse solo respecto de las leyes constitucionales, sobre cuya base el juez tiene el deber jurídico, y el jurista la tarea científica de valorar –y eventualmente censurar– las leyes ordinarias vigentes"⁷³; referencia al jurista italiano, que bien podría ser sujeta a multitud de críticas⁷⁴.

hacer notar que independiente del término que por connotaciones políticas e ideológicas se decida dar al Estado (verbigracia de *derechos y justicia* en el caso ecuatoriano), un Estado jurídicamente limitado en sus poderes y funciones es un Estado de derecho; rebautizar al mismo con otros términos por dar relevancia a imperativos morales, es innecesario y peligroso, sin embargo, como se observa, estas características -que son puramente terminológicas- han servido de argumento -plausibles o no- en la construcción de un posible esquema de interpretación.

69 Pazmiño, "La constitucionalización de la justicia penal en Ecuador", 13.

70 Ramiro Ávila. "El Código Orgánico integral penal y su potencial aplicación garantista". En *Código Orgánico Integral Penal hacia su mejor comprensión y aplicación*, (Quito: Editorial de Estudios Jurídicos de la Universidad Andina Simón Bolívar, 2015), 23.

71 Percy García. *Derecho Penal, Parte General*. (Lima: Jurista Editores E.I.R.L., 2012), 125. Sobre esto García Cavero explica que el constitucionalismo amplio es aquella postura que vincula de manera general al bien jurídico con el modelo de Estado constitucionalmente establecido, mientras que el constitucionalismo estricto requiere que la Constitución reconozca explícita o implícitamente el interés que, en concreto, se quiere tutelar penalmente. Al constitucionalismo amplio se le ha cuestionado recurrir a un criterio difuso, flexible e incluso ambiguo, lo que no garantiza la seguridad y certeza deseada en la teoría del bien jurídico. Al constitucionalismo estricto se le ha objetado generar vacíos en el caso de nuevas realidades que, por razones de evolución social, no se encuentran recogidas dentro del marco expresamente previsto por la Constitución.

72 Eugenio Zaffaroni. *Manual de derecho penal. Parte general*. (Buenos Aires: Ediar, 2005), 175.

73 Ávila, "El Código Orgánico integral penal y su potencial aplicación garantista", 25.

74 Esta cita bien podría tratarse de una descontextualización de Ávila Santamaría al jurista italiano,

Según Ávila Santamaría, ante una contradicción entre los principios constitucionales y las normas del COIP no existe dilema, pues debe prevalecer el programa constitucional. El efecto sería la invalidación de las normas infra constitucionales⁷⁵ de acuerdo con el siguiente razonamiento:

El principio constitucional enuncia que “la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales” (principio constitucional de proporcionalidad) y encontramos un precepto en una ley que establece que las personas que tengan drogas prohibidas, sin importar la cantidad ni el tipo de droga, serán sancionadas con una pena de 12 y 16 años, de igual modo la ley sanciona a las personas que matan con la misma pena. En un caso en que la persona tenga dos gramos de marihuana y sea para la venta, el juez se encontraría, sin duda, ante una norma legal desproporcionada que está en pugna con el principio constitucional de proporcionalidad. Ante este dilema, que en el derecho penal es más fuerte por el principio de legalidad, el juez (juez ordinario) debe decidir si aplica el tipo penal o la norma constitucional que es un principio⁷⁶.

Los principios, dice el autor citado, inspiran al juzgador para resolver las antinomias y para colmar las anomias. En el caso descrito el juez podría, por el principio de proporcionalidad, determinar cuál sería la pena aplicable a partir de una valoración concreta de proporcionalidad. La respuesta correcta del juez, dice Ávila Santamaría, sería la censura a la norma desproporcionada en razón de la prevalencia del principio constitucional.

Aún con las posibles similitudes con la doctrina española, -solo en cuanto a los fundamentos constitucionales del Derecho penal-, tendencias como estas no son visibles en España. El marco constitucional español se entiende como un esquema de límites, y no como un programa penal para el legislador, menos como un modelo de política jurisdiccional penal, dejando un amplio margen de desarrollo político, por tanto discrecional, para que las distintas opciones políticas puedan realizar su

pues ha sido Ferrajoli el principal promotor de la reducción de la discrecionalidad y de la imposición de máximos de racionalidad en la actividad judicial, en su ya tratada teoría del garantismo, que como se mencionó en notas anteriores. Eu aterrizaje en el área penal (que es a la vez el origen de la teoría) hace referencia a las ideales características que según Ferrajoli debe tener un derecho penal garantista: mínimo, y no a la relación de la teoría garantista con la actividad interpretativa, que postula todo lo contrario a lo que hace referencia Ávila Santamaría.

75 Ávila, “El Código Orgánico integral penal y su potencial aplicación garantista”, 22.

76 Ramiro Ávila Santamaría. *Los Derechos y sus garantías*. (Quito: Centro de estudios y difusión del Derecho Constitucional, 2012), 75.

programa en caso de conseguir la mayoría necesaria en el Parlamento, contexto en el cual la Constitución configura una serie de límites, pero dentro de los que caben distintas opciones de desarrollo político- criminal.

En cuanto al objeto de la investigación, la Constitución de la República del Ecuador (2008) establece en su artículo 424 que la Constitución es la norma que prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, y sobre los actos del poder público que, de no guardar conformidad con las disposiciones constitucionales, carecerán de toda eficacia jurídica.

A su vez, prevé la posibilidad de que se presenten conflictos y antinomias, y establece un criterio de solución determinado en el artículo 425, otorgando la potestad no solo a la Corte Constitucional, sino a todos los jueces e incluso a las autoridades administrativas y servidores públicos, para resolverlos a través de la aplicación directa de la Constitución.

En el mismo sentido el artículo 426 de la carta fundamental establece lo que se conoce en la doctrina como el principio de aplicación directa de la Constitución, que determina que los *jueces, autoridades administrativas y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales*, siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

En cuanto a las directrices sobre interpretación, la Constitución establece que las normas constitucionales se interpretarán 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, de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

7. La interpretación de la ley en materia penal

Se entiende a la interpretación como la búsqueda del sentido y el valor de la norma para medir la extensión precisa, el valor exacto y los límites de aplicabilidad a casos concretos⁷⁷. Sin embargo, las leyes no utilizan una descripción circunstanciada de los casos regulados, sino que recurren a conceptos generales que necesitan -también- ser interpretados⁷⁸, es decir, la interpretación de las leyes penales no puede ser entendida solamente como un proceso puramente formal, sino que requiere tener definidos los conceptos básicos del sistema penal⁷⁹ al que estas leyes pertenecen.

77 García. *Derecho Penal, Parte General*, 54.

78 Ibid.

79 Ibid.

La labor interpretativa en relación con el Derecho penal es especialmente importante habida cuenta del rigor con el que el principio de legalidad opera en esta materia, contexto en el cual el intérprete de la ley penal se encuentra sometido a especiales exigencias derivadas del principio de legalidad, marco en el que los métodos de interpretación comúnmente aceptados para todo el ordenamiento jurídico deben ser manejados con especial cautela cuando son aplicados a las leyes penales⁸⁰, estimación que se extiende incluso frente a la tendencia que considera que los principios constitucionales requerirían un tipo distinto y específico de interpretación (interpretación constitucional como tipo específico de interpretación).

A continuación, se describirán de forma sucinta los tipos de interpretación, para pasar a comentar las actuales tendencias en cuanto a interpretación en materia penal.

Como referencia necesaria se aclara que la interpretación de la ley ha pasado un largo devenir evolutivo, desde las lejanas concepciones de que la ley penal no se interpreta, sino solo se aplica —desarrolladas en los tiempos de ebullición del iluminismo que gobernó el pensamiento de la escuela penal clásica entre los siglos XVII y XVIII— hasta la clasificación académica de la interpretación penal de épocas modernas que armoniza el sujeto, el método y el resultado interpretativo. Así, desde el punto de vista del sujeto, la interpretación puede ser auténtica, judicial, doctrinal y común, cuyas diferencias esencialmente radican en los modos de expresar esa interpretación y en las consecuencias de ese ejercicio interpretativo: la interpretación auténtica hecha por los creadores de la ley, legisladores, se manifiesta a través de leyes (interpretativas, reformatorias, etc.) y es obligatoria para todos; la judicial, que se manifiesta a través de sentencias o resoluciones y cuyo efecto es la obligatoriedad para las partes; la doctrinal, que se expresa en artículos o libros y que no es obligatoria para nadie; y la común, que es solo parte de un ejercicio de libertad de cualquier sujeto sin consecuencia alguna en materia legal.

Desde el punto de vista del método, ha de ser teleológica, cuando atiende a la búsqueda del fin último de la norma y gramatical o literal cuando atiende solo al texto expreso.

Finalmente, por el resultado, es declarativa la que no advierte dudas; extensiva la que va más allá del texto en su resultado interpretativo; restrictiva, la que no puede ir más allá de su texto y progresiva cuando, yendo más allá del texto, se contextualiza en momentos y cambios de la actualidad social y legal.

80 Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán. *Derecho Penal parte general*. (Valencia: Tirant lo blanch, 2010), 121.

Ya en la parte que ocupa la atención del presente esfuerzo —entendido desde la óptica de la imposición de límites a las potestades públicas como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, y con mayor fuerza, en la imposición de límites a la potestad punitiva (penal)— la interpretación penal por parte del órgano jurisdiccional (judicial por el sujeto) ha estado limitada a la literalidad de la ley (método gramatical) y a la restrictividad (por el resultado).

En otros términos, la interpretación que ha de hacer el juez respecto de la ley penal debe estar restringida a la expresa disposición normativa, quedando proscrita toda forma de interpretación extensiva (principio de legalidad y de taxatividad) y de analogías en la aplicación legal. Todo lo expuesto, a las luces de un sistema de democracia constitucional que cumple fines y objetivos a través del positivismo jurídico y del rígido principio de legalidad como ha quedado explicado en líneas anteriores.

Es decir, la determinación, como garantía ante la arbitrariedad, establece criterios generales de decisión sobre la forma de actuación defraudatoria de la norma y la medida de pena requerida para restablecer su vigencia⁸¹, puesto que, bajo el prisma del principio *nullum crimen*, la interpretación restrictiva actualiza la función del derecho penal y su naturaleza fragmentaria⁸².

8. La interpretación penal en el art. 13 del COIP

Pese a lo expresado en apartado precedente, necesario es recordar que el sistema político jurídico ecuatoriano pareciera ser principialista (aún sin superar el debate), y que, desde esa óptica, el principio de legalidad se fortalece cuando se trata de limitar potestades públicas (*ius puniendi*) pero se debilita frente a los derechos fundamentales cuando se trata de garantizarlos frente a tales potestades. Es decir que, tratándose de la efectiva protección de aquellos derechos, se puede aplicar principios sin necesidad de recurrir a reglas (leyes) expresas y aun contra éstas.

Para aterrizar los conceptos que sirven de base a la discusión se describe el referido artículo como centro nuclear del debate⁸³:

De acuerdo con lo establecido en el Artículo 13 del COIP, las normas de este

81 García. *Derecho Penal, Parte General*, 149. Comenta García Caveró: una determinación objetiva que no depende de la, difusa y difícil de determinar, intención subjetiva del legislador, ya que el hecho de que se requiera siempre de un proceso de interpretación judicial para precisar si una conducta específica constituye una actuación contraria a la norma, así como de una individualización de la pena concreta, no erosiona la garantía, sino que constituye el límite natural a la determinación previa del legislador.

82 Santiago Mir Puig. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. (Buenos Aires: Editorial IB de F, 2003), 266.

83 Código Orgánico Integral Penal. 10 de febrero de 2014. Registro Oficial Suplemento n°180 (Ecuador).

código deben ser interpretadas de conformidad a tres reglas: (i) la interpretación en materia penal se realizará en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República de manera integral y a los instrumentos internacionales de derechos humanos; (ii) los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma; y (iii) queda prohibida la utilización de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos.

De la lectura de esta disposición normativa, con mirada sistémica del ordenamiento jurídico, en un Estado de derechos y justicia como el ecuatoriano, se puede determinar que, como lo dispone la primera regla del artículo citado, cuando se trata de la plena realización de los derechos fundamentales contenidos en la constitución o cualquier instrumento internacional de derechos humanos, está legitimada la interpretación teleológica por el método y extensiva por el resultado. Es decir, el método interpretativo que se ajuste al fin último de protección de la norma (principio) aun cuando el resultado de tal ejercicio sea extensivo (más allá del alcance literal) pero en beneficio del procesado.

Lo dicho, por supuesto, es prohibido de forma expresa cuando, en cambio, se trate del ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Ello se pone de manifiesto en la interpretación del contenido y alcance de los tipos penales y la correspondiente conminación de la pena aplicable, volviendo a la lógica normativista del método literal y del resultado interpretativo restrictivo, tal como lo preceptúa de forma clara la regla 2 del artículo descrito.

Además, la prohibición del juzgamiento por analogías contenido en la regla tres, es otra forma de imponer límites al poder punitivo, propia de los sistemas ortodoxos de interpretación en materia penal, con lo que *se ratifica la dualidad de esta nueva construcción teórica de la interpretación penal del derecho ecuatoriano*, distinguiendo dos niveles de normatividad, *una representada por valoraciones no jurídicas, y otra por las normas jurídico-positivas*.

Conclusiones

El contenido del presente estudio hace necesaria la presentación de conclusiones de manera esquemática con consideración del hilo conductual de la investigación como aporte de este esfuerzo crítico analítico documental secundario:

1. No es posible el estudio del derecho, ni del derecho penal como parte de él, sin entender las relaciones jurídicas que nacen de la lógica

filosófica de su construcción epistémica, para el efecto que nos ocupa, el contractualismo como base fundacional del edificio de las democracias constitucionales contemporáneas.

2. Hasta nuestros días, la base estructural de las democracias constitucionales de la región subyace en el contrato social de Rousseau, teniendo como piedra angular la libertad del fuero interno de donde se desarrolla el concepto de las libertades y el derecho a la resistencia como eje fundamental del poder del pueblo respecto del Estado, y de la obligación del Estado de cumplir de manera estricta con los límites impuestos por el propio pueblo mandante.
3. La potestad punitiva nace de esa lógica estructural y, por lo tanto, llena de límites impuestos por el titular y destinatario de la ley: el mismo pueblo.
4. En el Derecho Procesal Penal la relación jurídica nace de ese concepto: vínculo relacional entre una potestad pública, la punitiva, limitada por el ordenamiento jurídico que es la orden del propio pueblo, y los derechos fundamentales del mismo pueblo, persona procesada, protegida por todo el catálogo de garantías que nace de sus propias órdenes. Ergo, la víctima no es parte de esa relación jurídica y sus derechos en el proceso penal son solo aquellos de naturaleza subjetiva respecto de su condición de seres humanos: sus derechos no están en colisión con los del victimario en esta relación jurídica.
5. Tanto el positivismo jurídico como cualquiera de las formas que buscan darle respuestas al constitucionalismo contemporáneo (garantista o principalista) son solo mecanismos o sistemas jurídicos para la consecución de fines y objetivos de las democracias constitucionales, que son la protección de los derechos fundamentales de las personas frente a las potestades públicas y su abuso.
6. El garantismo constitucional y el principalismo se diferencian esencialmente en que el uno solo permite el control concentrado de constitucionalidad en abstracto incorporando una categoría de validez material a la teoría del derecho positivista, y el otro, en cambio, permite la inaplicación de una ley sin discutir su constitucionalidad solo por considerar que para el caso específico lesiona más gravemente principios de los que se pretende proteger (proporcionalidad – ponderación), estableciendo el control difuso de constitucionalidad.
7. El estado ecuatoriano, por mandato constitucional, parece ser principalista.
8. Siendo así, el artículo trece del COIP establece una dualidad teórica en

cuanto a la forma de interpretación de la ley: respecto de la potestad punitiva, atiende a la literalidad restrictiva; pero respecto de la plena efectivización de derechos fundamentales, repara ante el fin último del principio y a la interpretación extensiva.

Bibliografía

- Aguado Correa, Teresa. *El principio de proporcionalidad y el derecho penal*. Madrid: EDER.SA, 1999.
- Arroyo, Luis. "Derecho Penal económico y Constitución". *Revista Revista Penal* 1, N°13 (1997).
- Atienza, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *Los Derechos y sus garantías*. Quito: Centro de estudios y difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- Ávila, Ramiro. *El Código Orgánico integral penal y su potencial aplicación garantista (Código Orgánico Integral Penal hacia su mejor comprensión y aplicación)*. Quito: Editorial de Estudios Jurídicos de la Universidad Andina Simón Bolívar, 2015.
- Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Bogotá: Temis, 2000.
- Bramont, Luis. *La ley penal. Curso de dogmática jurídica*. Lima: Librería mundial, 1950.
- Código Orgánico Integral Penal. 10 de febrero de 2014. Registro Oficial Suplemento n°180 (Ecuador).
- Cortés, Francisco. "El contrato social liberal: John Locke". *Revista a Co-herencia* 7, n°13 (2010).
- Cubides Cipaguata, Fernando. "Sobre los usos de Schmitt: su vigencia y aplicabilidad al caso colombiano". En *Carl Schmitt, análisis crítico a su obra jurídica, política y filosófica*. Compilado por Óscar Donato. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, 2011.
- Dahm, Georg, y Friedrich Schaffstein. *Derecho Penal liberal o Derecho Penal autoritario*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2020.
- Donoso, Alfonso. "Hacia una teoría liberal del castigo: Locke, propiedad e individualismo". *Revista de ciencia política* 32, n°2 (2012): 433 – 448.
- Ferrajoli, Lugi. *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*. Madrid: Trotta, 2020.
- Ferrajoli, Luigi. "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista". *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 3, n°34 (2011): 15 – 53.

- Fondevila, Manuel. "La herencia rousseauiana, en el pensamiento constitucional, trescientos años después de su nacimiento". *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña* 16, (2012): 357 – 392.
- García Figueroa, Alfonso. *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009.
- García, María. "El castigo como medida de reordenamiento social. Una aproximación a la teoría de John Locke". *Revista de filosofía open insight* 12, n°25 (2021): 91 – 109.
- García, Percy. *Derecho Penal, Parte General*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L, 2012.
- Hobbes, Thomas. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.
- Maldonado, Mauricio. "Por una genealogía de la Constitución". *Diritto & Questioni Pubbliche* 20, (2020): 165 – 191.
- Mejía, Luz María. "El debilitamiento del principio de legalidad penal en las decisiones de control de constitucionalidad de la Corte Constitucional colombiana". *Revista Nuevo Foro Penal* 7, n°78 (2012): 107 – 145.
- Mir Piug, Santiago. "Límites del normativismo en el derecho penal". *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Volumen colectivo homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo (2005): 1 – 24.
- Montesquieu, Charles-Louis. *Del espíritu de las leyes*. México: Orbis, 1984.
- Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. *Derecho Penal, parte general*. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.
- Oneca, José. *Derecho Penal. Parte general*. Madrid: Madrid ES, 1949.
- Pazmiño, Ernesto. "La constitucionalización de la justicia penal en Ecuador". En *Código Orgánico Integral Penal hacia su mejor comprensión y aplicación*. Quito: Editorial de Estudios Jurídicos de la Universidad Andina Simón Bolívar, 2015.
- Peña, Antonio. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.
- Pinto, Julio. *Carl Schmitt y la reivindicación de la política*. La Plata: Editorial Universitaria La Plata, 2000.
- Polaino Navarrete, Miguel. "Funciones dogmáticas del derecho penal y legitimación material del sistema punitivo". En *Derecho Penal y Criminología* 26, n°79 (2005): 77 – 97.
- Polaino-Orts, Miguel. "¿Qué aporta el funcionalismo a la dogmática penal?". *Boletín No. 1* (2021).

- Prieto Sanchís, Luis. "Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias". *DOXA*, n° 34, (2011): 229 – 244.
- Prodi, Paolo. *Una historia de la justicia. De la pluralidad de fueros al dualismo moderno entre conciencia y derecho* (supra nota 35). Buenos Aires: Katz, 2008.
- Rossler, Andres. "Carl Schmitt, el nazismo y las leyes penales retroactivas". *Disidencia, en línea*, 2018. <https://endisidencia.com/2018/11/carl-schmitt-el-nazismo-y-las-leyes-penales-retroactivas/>.
- Rousseau Jean. *Del contrato social; Discursos: Discurso sobre las Ciencias y las Artes; Discurso sobre el origen y el fundamento de la desigualdad de los hombres*. Madrid: Alianza, 1998.
- Rousseau, Jean. *El contrato social o principios de derecho político, Obras selectas*. Buenos Aires: Editorial El Ateneo, 1959.
- Roxin, Claus. *Política criminal y Sistema del Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Hamurabi, 2002.
- Schmitt, Carl. *El concepto de lo político*. México: Ediciones Folios, 1985.
- Strauss, Leo. *La filosofía política de Hobbes, Su fundamento y su génesis*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- Streck, Lenio. *Verdade e consenso Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- Zaffaroni, Eugenio. *Manual de derecho penal, parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2005.