

Derecho Penal

SEPARACIÓN ENTRE DERECHO PENAL y DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Ab. Carlos Cortaza Vinueza

A) Antecedentes y principios.-

La importancia de la relación entre los Derechos Penal y Administrativo reside, entre otras cosas, en los principios de subsidiariedad¹ y fragmentariedad² que rigen la creación y aplicación del ordenamiento punitivo, esto significa que el derecho penal es de última ratio y solamente puede intervenir cuando las demás ramas del ordenamiento jurídico han agotado su participación en sus correspondientes áreas de protección, quedando como única opción para resolver un conflicto la aplicación de la ley penal en una parte específica y determinada de este ordenamiento, que ha sido reservada con anterioridad por el legislador para el Derecho Penal, en atención al principio de legalidad y a la peligrosidad de la conducta que lesiona el bien jurídico protegido.

Entonces, las penas que prescribe la ley penal sólo deberían aplicarse siempre y cuando otra rama del orden legal no contemple otra clase de sanción para el mismo comportamiento, pues de lo que se trata es dejar al derecho penal como última opción a la hora de sancionar.

"El delito es en ciertos aspectos autónomo y en ciertos subsidiario. Es subsidiario en cuanto 'lile, como se ha afirmado la incriminación ha de presuponer la insuficiencia de otros medios para evitar las conductas 'lile se prohíben". Berdugo, Arroyo, García, Ferré y Serrano-Piedecabras, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, página 12, Praxis, 1999

La intervención del derecho penal para proteger bienes jurídicos "aparec" como fragmentaria, es decir, no los tutela frente a todos los ataques, sino una de los más graves o más peligrosos, por lo que "1) Derecho penal define sólo una parte de lo antijurídico o, dicho de otro modo, del conjunto de la antijuricidad el Derecho penal acota sólo un fragmento". Id. anterior, página 58. "También en este principio inciden consideraciones de proporcionalidad y de utilidad", cuyo efecto "en la teoría del bien jurídico-penal como en la teoría de su protección fragmentaria permite concluir que la despenalización de un hecho (con su consiguiente remisión al Derecho civil o al administrativo, o simplemente su exclusión del ámbito de protección jurídica) puede responder a que la sanción se estime desproporcionada, o innecesaria, o ambas cosas". Jesús María Silva Sánchez, Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, página 290, J.M. Bosch, 1992.

Adicionalmente, hay otros principios que son un común denominador para el Derecho Administrativo sancionador y el Penal, como los principios de legalidad, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad, presunción de inocencia, etcétera, establecidos en el artículo 24 de la Constitución, en el Código Penal y en los artículos que van del 192 al 205 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva³.

En Alemania existe un vínculo muy estrecho entre Derecho Penal y Administrativo -por ejemplo en materia ambiental- no obstante su absoluta independencia, ya que los delitos (penales) relativos a los elementos naturales, amenazados por la acción punible, se conectan con la contravención de leyes o reglamentos de Derecho Administrativo protectores del ambiente.

En igual sentido se maneja la legislación española según se desprende, por ejemplo, de la sentencia del Tribunal Supremo⁴ del 11 de marzo de 1992, donde se dijo que la punibilidad "supone la previa infracción de normas administrativas antes de dar paso a la sanción penal que, por otra parte, supone atentados medioambientales de cierta gravedad".

Es necesario determinar en esta parte si la diferencia entre ambas jurisdicciones es cualitativa o cuantitativa. La posición dominante era anteriormente la de diferenciar la naturaleza misma del ilícito administrativo y del penal⁵, sin embargo hoy en día la mayoría se inclina por establecer una separación puramente cuantitativa, como por ejemplo en la legislación española donde el distingo entre infracción administrativa tributaria y delito tributario está básicamente en la cuantía del perjuicio. A pesar de todo, es innegable que por los fines preventivo generales de la pena, el aspecto cualitativo nunca puede desvincularse totalmente de la sanción penal, de forma tal que si el Estado, a través de la sanción, busca garantizar el cumplimiento de sus objetivos, las penas administrativa y penal deberán obedecer siempre a este propósito, aún cuando el presupuesto para decidir entre la cárcel y la pura multa sean sólo unos cuantos dólares.

Publicado en el R.O. número 536, del 18 de marzo de 2002.

Klaus Tiedemann, Lecciones de Derecho Penal Económico, página 177, PPU, 1993. Id. número 1, página 14.

La diferencia principal entre las sanciones que imponen ambos órdenes estriba en que para el administrativo está vetada la privación de libertad⁶, que es de fuero exclusivo de la norma penal. La mayor gravedad de la pena en materia penal se debe a que los bienes jurídicos que tutela este ordenamiento son más importantes para la sociedad y el Estado que los protegidos por el derecho Administrativo, de manera que necesitan una intervención más eficaz y agresiva.

Para explicado mejor, las penas administrativas son más leves porque la función de la norma que las origina es disciplinar a sus dependientes y corregir a los administrados infractores, como una forma de asegurar el cumplimiento de los fines estatales. En cambio, las sanciones penales son más graves porque la función de la norma penal es protectora y motivadora, es decir busca la sumisión de los ciudadanos al estado mediante el respeto al ordenamiento jurídico, lo que se logra mediante fines preventivo generales, esto es intimidando al ciudadano con la pena privativa de libertad para que no cometa delitos y, al mismo tiempo, educándolo en el ejercicio de sus derechos dentro de un estado social y democrático de derecho. De allí que una simple sanción administrativa no sería suficiente para cumplir estos propósitos, por lo que el Estado recurre al derecho penal para castigar y lograr su cometido final, la paz social.

Desvincular el Derecho Administrativo del Penal al momento de sancionar los actos en que coinciden ambas esferas puede ser muy difícil, como en materia medioambiental, por ejemplo Klaus Tiedemann⁷ aclara que la legislación alemana, en alguna ocasión, los ligó demasiado en materia de contaminación del aire y ruido excesivo, de forma que este tipo de infracciones eran punibles en el Derecho Penal sólo si el autor infringía gravemente las reglamentaciones aprobadas por las autoridades competentes para la protección del ambiente y con el requisito adicional de que esos actos debían cambiar la composición natural del aire amenazando la salud humana, la de los animales, plantas o las cosas de considerable valor.

Artículo 196 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Id número 2.

En la actualidad los tribunales alemanes proponen una autonomía del Derecho Penal respecto del Derecho Administrativo, también en cuestiones de medio ambiente, a la que se puede llegar por dos vías:

- 1) La existencia de una autorización administrativas puede justificar, en general, actos de contaminación, pero jamás ninguno que pueda atentar contra la salud del ser humano, ya que la cláusula de autorización (se explica más adelante) no alcanza a cubrir la lesión de bienes jurídicos individuales como la integridad corporal y la salud; y,
- 2) La idea de un posible *derecho consuetudinario* como limitante, donde se exija cierta permanencia temporal de la misma y su reconocimiento como costumbre en la conciencia legal de los que la practican⁹. De todas formas, existe una posición más o menos aceptada respecto de la cual los actos, aunque estén autorizados, no ven por esto eliminada la responsabilidad penal de quienes los ejecutan.

En el caso de la legislación ecuatoriana la limitante para aplicar esta fórmula sería el principio de legalidad vigente tanto para el área administrativa como para la penal.

Aunque tomamos, en un principio, el tema ambiental como referente de las diferencias entre derecho Penal y Administrativo, la importancia de individualizar conceptos se refleja en todos los casos en que ambos órdenes intervienen, como en las glosas administrativas y los delitos de peculado, en las glosas tributarias y delitos tributarios o aduaneros, donde el Legislador debe partir de un criterio preventivo general para tipificar la conducta como infracción administrativa o delito penal haciéndose preguntas como ¿qué amedrenta más al contrabandista, la amenaza de prisión o el saber que la eficiencia del sistema recaudador lo va a obligar a pagar hasta el último centavo de lo evadido?, o ¿qué educa más al defraudador de impuestos en el respeto al ordenamiento jurídico, la amenaza de prisión o la conciencia de saber que los impuestos serán pagados por él, por sus hijos o hasta por sus nietos y que no puede usar figuras societarias para desvirtuar responsabilidades?

Más adelante se amplía el concepto de la *cláusula de administración* o autorización administrativa, dentro de las leyes penales en blanco.
Id. número 2, página 179.

Al final, al concepto preventivo general se deben unir también criterios de política criminal para adecuar la pena a las necesidades represivas, porque también hay que considerar el hecho de que aquí, como en todas partes del mundo, en muchos casos, ni la sanción pecuniaria, ni la clausura e, incluso, ni la prisión, van a disuadir a todas las personas de no cometer este tipo de delitos. Además, la prioridad del Estado es recaudar impuestos para garantizar la entrega de obras y servicios a la comunidad, así que aunque suena a prisión por deudas, el bien jurídico protegido aquí va más allá del simple peculio fiscal, por lo que la privación de la libertad va a ser siempre el elemento coercitivo que el Estado tiene más a la mano para lograr sus fines, motivo más que suficiente para limitarla de la mejor forma posible, repito, con criterios de prevención general, política criminal y subsidiariedad, que a continuación trataremos con más profundidad.

B) LA SUBSIDIARIEDAD DEL DERECHO PENAL.-

Como se explicó brevemente en páginas anteriores, la subsidiariedad del Derecho Penal se refleja en su naturaleza de *ultima ratio*, es decir que la función punitiva debe ser delimitada en el marco de la política social del Estado, con lo que la intervención del Derecho Penal -sin perder su importancia fundamental- está supeditada a la ineficacia o insuficiencia de vías legales alternativas para imponer correctivos o prevenir lesiones a bienes jurídicos, cuyas penalidades no implican condenas privativas de libertad.

En resumen, el Derecho penal es la última herramienta a la que el Estado debe recurrir para imponer castigos, de allí que la subsidiariedad sea vista como "una exigencia político criminal que debe ser afrontada por el Legislador al momento de crear tipos penales.

Como ejemplo de lo anterior, transcribimos a continuación un párrafo de la obra de Reinhart Maurach¹¹, que en su parte pertinente, dice:

¹⁰ Idem número 1.

¹¹ Derecho Penal, página 24, Editorial Jurídico Andina,

"Medidas de seguridad y medidas preventivas del derecho penal criminal y de las restantes ramas del derecho.- 1. El sistema de medidas preventivas de que, para puros fines de prevención, está también provisto el derecho penal criminal, lejos de haber sido creado ex profeso por el derecho penal criminal, ha sido tomado en gran parte, por esta rama del derecho, de otros ámbitos jurídicos. Así, el internamiento policial de los enfermos mentales peligrosos y toxicómanos existía con anterioridad a que, por la Ley del delincuente habitual de 24 de noviembre de 1933, en los párrafos 42b y 42c, fuera convertido en una medida del juez penal. La educación en una institución benéfica era conocida por el derecho de familia antes de que fuera introducida en el derecho penal de menores por la JGG 192343. Asimismo, la privación del permiso de conducir podía ser ordenada por las autoridades administrativas antes de que la ley de 29 de diciembre de 1952, en los nuevos párrafos 42m del SIGB y la de la SIPO cediera también esta facultad a los tribunales penales. En todos estos casos el efecto derivado de estas medidas es prácticamente el mismo, ya sean aplicadas por las autoridades administrativas, por los órganos de la jurisdicción voluntaria o por los tribunales penales. La diferencia principal estriba en que mientras los tribunales penales únicamente pueden acordar la aplicación de estas medidas cuando concurre, como presupuesto jurídico penal material, un delito, los restantes organismos no se encuentran sometidos a esta limitación. La cuestión que se planteará será, pues, la de la relación que media entre estas medidas preventivas, si bien por su esencia idénticas, surgidas de ámbitos jurídicos distintos; en particular, se planteará la cuestión de qué se debe hacer cuando concurren varias de estas medidas. La relación entre ellas se encuentra regida, en parte, por los principios de subsidiariedad, y, en parte, por los de prevención. Esta cuestión tiene importancia práctica no sólo para las medidas educativas dictadas por los jueces tutelares o penales frente a los menores, sino, y de modo especial, para el internamiento de enfermos y trastornados mentales así como para la privación del permiso de conducir."

Entonces la subsidiariedad (o también llamada accesoriadad o secundariedad) está dentro del *principio de intervención mínima*¹² que relega la injerencia del derecho penal a temas de gravedad considerable y conforme a la importancia de los bienes jurídicos lesionados, quedando los menos significativos para las demás ramas del derecho.

Con este antecedente Muñoz Conde rechaza el término *subsidiaridad* por las confusiones que acarrea, puesto que se mezcla con las tesis que se oponen¹³ a la distinción entre norma y ley propuesta por Binding (la que califica de *artificial*), cuando en realidad se quiere hacer hincapié en el hecho de que los actos del hombre se regulan por el derecho en general y no sólo por el penal. Más aún las regulaciones en sí mismas están en otras esferas del derecho ajenas a la penal, la que únicamente contiene sanciones para las transgresiones cometidas a través de la adecuación típica.

Incluso hay quienes relacionan la subsidiariedad a un *carácter sancionatorio ulterior*¹⁴ del Derecho Penal, con el argumento de que todas las conductas delictivas pueden estar sancionadas, en menor grado (cuando las infracciones son leves), por ordenamientos jurídicos extra penales y, cuando son más graves, por el penal; debiéndose preferir siempre la primera y aplicándose la segunda en subsidio y por deficiencia de la primera.

La conclusión del autor referido es que la existencia de procedimientos judiciales o administrativos antepuestos al penal no implican la subsidiariedad de este orden, sino *simplemente el sustrato social que las normas penales tienen*¹⁵, refiriéndose a su utilización para el control de la sociedad y haciendo la siguiente puntualización:

"Lo que no puede ignorarse es que el Derecho penal también es una parte del Ordenamiento jurídico y que, como tal, está en una relación de interdependencia con las otras

¹² Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, op. cit. número 3, página 79, 1999.

También Francisco Muñoz Conde, Introducción al Derecho Penal, página 107 y siguientes, B de f, 2001.

¹³ Stampa Braun, citado por Muñoz Conde, Id. Número 3, página 109. ¹⁴

Grispigni, citado por Muñoz Conde, Id. Número 3, página 110.

¹⁵ Id. Número 3, página 80 y 81.

normas jurídicas, sin que ello signifique relación de subsidiariedad o subordinación a las demás.

Pero dentro del Ordenamiento jurídico, al Derecho penal le corresponde la tarea más ingrata y temible: la de sancionar con las sanciones más graves los ataques más intolerables a los bienes jurídicos más importantes, y, en este sentido, sí se puede decir que el Derecho penal debe ser subsidiario del resto de las normas del Ordenamiento jurídico, por cuanto en ello se expresa su carácter de «ultima ratio»; es decir, cuando el ataque no sea muy grave o el bien jurídico no sea tan importante, o cuando el conflicto pueda ser solucionado con soluciones menos radicales que las sanciones penales propiamente dichas, deben ser aquéllas las aplicables.

En realidad, el Derecho penal no es el único instrumento sancionatorio del Ordenamiento jurídico. Prácticamente, todas las ramas jurídicas poseen sus propias sanciones que se aplican en caso de incumplimiento de sus normas. Así, por ejemplo, en el Derecho de obligaciones se prevé que el deudor indemnice al acreedor los daños y perjuicios producidos por su incumplimiento. En el Derecho de la circulación viaria se sancionan con multa o, incluso, con la retirada temporal del permiso de circulación las infracciones de tráfico. En el Derecho disciplinario de los funcionarios públicos se sanciona a éstos en caso de infracción de alguno de los deberes específicos que le impone la función pública que desempeñan.

Algunas de estas sanciones pueden derivarse de la comisión de un delito, planteándose entonces el problema de si pueden coexistir con las penales propiamente dichas. La respuesta debe ser afirmativa en la medida en que las sanciones no penales tengan una finalidad y una función distinta a las penales."

Lo dicho sobre subsidiariedad no se contrapone en lo absoluto a la autonomía que el Derecho penal tiene frente a otros órdenes legales, puesto que la relación entre ellos no es en el plano vertical (de *dependencia*), sino en el plano horizontal (de *interdependencia*).

Esta *interdependencia* se basa en que el Derecho penal, a efectos de configurar tipos delictivos, muchas veces requiere de la intervención de otros ordenamientos jurídicos con el objeto de completar los presupuestos típicos, lo que daría la impresión de una cierta dependencia que en realidad no existe, porque tanto la determinación de la pena como su aplicación competen exclusivamente al fuero penal.

El hecho de no considerar el Derecho Penal como instrumento de ultima ratio, implica una expansión punitiva que puede desbordar los límites que los bienes jurídicos tradicionales le han fijado al derecho penal y lo pueden convertir en un "instrumento puramente funciona lista, al servicio de contingentes programas políticos y elaborado al margen de las garantías propias del estado de derecho"¹⁶ y orientado únicamente "a la finalidad de lograr una defensa de la sociedad lo más eficaz posible frente a los riesgos derivados de las disfunciones del moderno sistema social"¹⁷, que suena bien, pero que no constituye la finalidad ni del Derecho Penal ni de la pena.

Por este motivo va tomando auge la proposición de reducir el objeto del Derecho Penal liberal tradicional a lo que se conoce como Derecho Penal nuclear, donde están los clásicos delitos contra la vida, propiedad, seguridad pública, etcétera, dejando, por ejemplo, los delitos económicos en un ámbito llamado Derecho de la intervención, ubicado entre el Derecho Penal y el de contravenciones y faltas, y entre el público y el civil, con garantías, procedimientos menos severos y sanciones menos lesivas a los derechos individuales.¹⁸

No creemos que en la República del Ecuador se pueda aplicar todavía una teoría de esta naturaleza, sin que antes evolucionen la ley y la jurisprudencia en materia de Derecho Administrativo sancionador frente al Derecho Penal y, sobre todo, sin que crezca la sociedad ante el ordenamiento jurídico, de manera que haya una cultura de respeto a la ley bajo la conciencia de que un sistema eficaz siempre va a lograr su cometido de protección de bienes jurídicos. Hasta ahora no parece que estemos cerca de lograr este propósito sino todo lo contrario, la alarma

¹⁶ Terradillos Basoco, id. número 43, página 173.

¹⁷ Martínez-Buján Pérez, Derecho Penal Económico, Parte General, página 22, Tirant lo Blanch, 1998.

¹⁸ Id. anterior.

social que produce la corrupción en la administración pública y el perjuicio económico que sufre el país hacen que se tenga que recurrir casi obligatoriamente al Derecho Penal como única vía para imponer correctivos y restablecer el sentimiento de seguridad social muy venido a menos estos días.

Así que la manera correcta de limitar la intervención penal y responder a las necesidades sociales de nuestro país es considerar al principio de subsidiariedad o intervención mínima como una derivación del indubio pro reo establecido, en un principio, en el artículo 4 del Código Penal, donde se dispone que el juez debe sujetarse siempre a la letra de la ley, pero en caso de duda la debe interpretar en el sentido más favorable al reo. Este principio se acopla luego con el prescrito en el numeral 2 del artículo 24 de la Constitución Política Ecuatoriana, donde se indica que "en caso de conflicto entre dos leyes que contengan sanciones, se aplicará la menos rigurosa" y las sanciones se aplicarán en el sentido más favorable al reo. El constituyente no ha hecho diferenciación alguna en el campo de aplicación que debe tener este precepto, así que pueden considerarse incluidos tanto el administrativo como el penal, en razón del principio de legalidad cuyo texto, en el numeral 1 del mismo artículo 24, dice que "nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza ... "

C) El principio non (ne) bis in idem. -

El principio non bis in idem nace, generalmente, de disposiciones constitucionales, pues forma parte de los principios de legalidad y del debido proceso que consagra la carta fundamental de cualquier nación, como sucede en nuestro caso.

En cambio la Constitución Española no lo recoge expresamente en su articulado, razón por la cual el Tribunal Constitucional Español tuvo que suplir esa deficiencia diciendo que "este principio va íntimamente ligado al de legalidad recogido en el artº 25 de la Constitución" (STC 2/1981)¹⁹.

¹⁹ José Ramón Serrano-Piedecასas Fernández, Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal, Gráfica Horizonte, 1999.

El criterio del Tribunal Español fue evitar la duplicidad de sanciones, administrativa y penal, en los casos con identidad de *sujeto, hecho y fundamento* (objeto, sujeto y causa en el Ecuador), en los supuestos que no ameritan la intervención de ambos órdenes; el criterio fue ratificado posteriormente por el mismo Tribunal (STC 94/1986) y ampliado, además, para eludir sanciones repetidas en procedimientos distintos en el ámbito administrativo.

Como nota aclaratoria, en esta parte comentamos que en el Ecuador no puede producirse la intervención del Tribunal Constitucional en la revisión de *decisiones judiciales adoptadas en un proceso*, pues la vía del amparo es inaplicable en estos casos debido a la expresa prohibición legal contenida en la Interpretación de la Ley Orgánica de Control Constitucional expedida por la Corte Suprema de Justicia, lo que evita -a nuestro juicio acertadamente- el mal uso de este recurso de innegable valor protector, pero cuya interposición -según nuestra experiencia en el foro- puede derivar en una instancia paralela a la judicial, lo que, aún a guisa de *tutela judicial efectiva de los derechos consagrados en la Constitución*²¹, sería inconstitucional también.

Por su parte, la norma Fundamental ecuatoriana sí contempla el principio *non bis in idem*, cuando en el artículo 24, numeral 16, textualmente expresa:

„Art. 24.- Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:

(...)

16. Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa.”

Es innegable entonces el acierto que tuvo la Asamblea Constituyente al incluir esta disposición dentro de las normas del debido proceso, pues nos lleva a concluir que en concordancia con lo establecido en el antedicho artículo 24, numeral 1, la aplicación del *non bis in idem* en

²⁰ Publicada en el Registro Oficial 378, del 27 de julio de 2001.

²¹ Ley de Control Constitucional; Art. 46, publicada en el Registro Oficial 99 del 2 de julio de 1997.

materia administrativa y penal cabe indistintamente y, más que eso, simultáneamente.

Retornando la línea doctrinal con Serrano-Piedecasas, la doble sanción puede llegar por mano de dos autoridades en procedimientos distintos o de una autoridad en un mismo proceso, sea esta duplicidad en el orden administrativo, penal o en ambos. Vamos a dedicar esta parte del trabajo al caso en que concurre una sanción penal frente a una administrativa.

En el ámbito de este derecho surge un desacuerdo referente a que la doble intervención del Estado para imponer una pena, primero en la vía administrativa y luego en la penal, es factible, debido a que el cometimiento de una infracción administrativa no desvirtúa el injusto penal que con el mismo comportamiento se realizó. Algo así como que se produciría un concurso aparente de leyes en el que participan dos ordenamientos jurídicos²². El Tribunal Constitucional Español ha optado por considerar que la jurisdicción penal predomina sobre la administrativa pero, siendo la primera más garantista que la segunda, se convierte en un aval complementario del *non bis in idem* y no en una limitación de éste²³.

Una doble sanción o un doble proceso pueden provocar una condena desmedida que contravendría los principios de proporcionalidad²⁴ y seguridad jurídica²⁵, aplicables al entorno penal y

²² Puesto que con una misma conducta se pueden crear dos situaciones antijurídicas.

Eduardo Noboa Monreal, en su Curso de Derecho Penal Chileno, Tomo II, página 300 y siguientes, dice que: *"Como criterio básico y fundamental puede señalarse que hay concurso ideal de delitos y, en consecuencia, que el hecho ha de ser cogido simultáneamente por dos o más tipos, cuando la antijuricidad de ese hecho exceda el ámbito de cualquiera de los tipos en juego considerados aisladamente y tenga aspectos que no pueden quedar alcanzados sino cubriéndolo por dos o más de esos tipos. En cambio, si la antijuricidad del hecho está íntegramente captada por el verdadero sentido de uno de los tipos, habrá de tenerse el caso como de concurso aparente de leyes, regido sólo por este tipo que en forma más directa, completa y eficaz cubra la protección del bien jurídico afectado"*. Más adelante refiere este autor que *"Otros principios básicos de la legislación penal, como el que se expresa en el aforismo non bis in idem, constituyen también seguras directrices para solucionar esta clase de dificultades, aunque no considera el concurso entre órdenes diferentes como el administrativo y el penal"*.

²³ Fernando Navarro Cardoso, *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del derecho penal*, páginas 34 y 35, Colex, 2001.

²⁴ Art. 24, numeral 3 de la Constitución Política Ecuatoriana: *"3. Las leyes establecerán la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones."*

²⁵ Art. 23, numeral 26 de la Constitución Política Ecuatoriana.

administrativo, haciendo desmedida la facultad represiva del Estado. Así, el *supuesto básico* del non bis in idem es evitar la *doble valoración negativa*²⁶ de un mismo acto, porque ésta, evidentemente, va a originar una respuesta desproporcionada del ordenamiento jurídico y, por ende, inconstitucional. Se debe partir entonces de la valoración del bien jurídico como penal o administrativo, de forma tal que cada ordenamiento se preocupe de proteger el que está a su cargo²⁷.

Estamos conscientes de la importancia que tiene la partida garantista, pero en el Ecuador las garantías rigen en todos los órdenes y procedimientos, sean penales, civiles, administrativos, tributarios, etcétera, porque están incluidas, a su vez, dentro de un resguardo constitucional general, el del debido proceso (Art. 24 CPE), cuya aplicación no tiene restricción ni limitación alguna. Por el momento nos identificamos más con la proposición *cronológico-procedimental* de Nieto García²⁸ (también aceptada por el Tribunal Supremo Español), a nuestro juicio la más aplicable a la realidad procesal ecuatoriana, donde se busca que prevalezca siempre la primera sanción impuesta, sea administrativa o penal, aunque con reservas de lo que debería ser, por las indicaciones que se dan a continuación, puesto que la importancia del orden penal siempre va a ser mayor que el administrativo por la función que cumple y por su ámbito de protección.

Nuestro ordenamiento jurídico se inclina por lo general a señalar, individualmente, los casos en que ni la acción ni la sanción administrativa excluyen la intervención penal, utilizando la frase "sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar"²⁹, o también *viceversa*³⁰, con lo cual debe entenderse que son absolutamente

²⁶ Id. número 23.

²⁷ Id número 23. El mismo autor *"No hay que olvidar que el principio nI' bis in idem no prohíbe la concurrencia de dos procedimientos, uno administrativo y otro penal; no prohíbe la duplicidad de procedimientos, sino la duplicidad de sanciones (vertiente materia!)*, en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, El *principio nI' bis in idem a la luz de la sentencia del Tribunal constitucional 177/1999: Exposición y crítica*, página 1223.

²⁸ Citado por Fernando Cardoso en su misma obra del numeral 23, página 37.

²⁹ Art. 70 de la Ley Especial de Galápagos: *"Los delitos establecidos en los artículos precedentes se juzgarán conforme a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal, por los jueces competentes, sin perjuicio de las acciones y sanciones de carácter administrativo que son aplicables ..."*

³⁰ Art. 94 de la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre: *"En general las sanciones previstas en esta Ley se aplicarán independientemente de la, acciones"*

independientes. Hay muchos ejemplos de temas como este en la ley, razón por la cual debemos entender, restrictivamente, que en los eventos en que el Legislador no ha previsto la duplicidad de intervenciones, ésta no se puede producir de ninguna manera, quedando la inconstitucionalidad de estas normas dualistas a criterio del Juez en cada caso particular o del Tribunal Constitucional en el evento de que se haya interpuesto un recurso de esta naturaleza.

La intención del Legislador es que prevalezca siempre el orden penal para que no quede ningún delito sin castigo, por ello en varias leyes³¹ ha dispuesto que concurra la obligación de denunciar cualquier infracción descubierta en la sustanciación de un proceso administrativo³² o civil. Pero esta obligatoriedad no implica irrespeto al non bis in idem, siendo éste una garantía constitucional, sino el reconocimiento expreso de la supremacía penal por la importancia que revisten los bienes jurídicos que tutela y el malestar social que acarrea su lesión. Así, creemos también que si en determinado momento convergen dos procedimientos -penal y administrativo, sin que culmine todavía ninguno- para sancionar una misma conducta, debe prevalecer el penal, absorbiendo al administrativo, para seguridad de la sociedad, al margen de las reglas que establece el sistema para resolver problemas de prejudicialidad, cosa juzgada y litis pendencia³⁴.

penales a que hubiere lugar, según el Código Penal y la Ley de Fomento y Desarrollo Agropecuario y de la indemnización de daños y perjuicios". Ley 74, publicada en el Registro Oficial 64, del 24 de agosto de 1981.

31 Incluso, por ejemplo, el artículo 293 del Código Penal lo contempla como delito para ciertos casos.

32 Art. 212 de la Ley de Mercado de Valores: *"Si al momento de investigar y aplicar las sanciones administrativas, la Superintendencia de Compañías o el Consejo Nacional de Valores encontraren indicios de haberse cometido uno o más de los delitos contra el mercado de valores, u otros implicados en el Código Penal o en otras leyes penales, pondrá de inmediato a hecho en conocimiento del juez penal competente y del Ministerio Público". Ley 107, publicada en el Registro Oficial 367, del 23 de julio de 1998.*

33 Inciso final del Art. 184 del Código de Procedimiento Civil: *"En caso de declararse falso un instrumento, en la misma sentencia se ordenará el enjuiciamiento penal del culpable, sin que se pueda iniciarlo antes de tal declaración,"*

34 Id. número 23.

C) Técnicas de remisión legislativa y Leyes penales en blanco.

Mientras que en el derecho penal nuclear la tipificación de conductas punibles está, generalmente, en el texto mismo de cada uno de los tipos penales, en derecho penal económico por el dinámico desarrollo de las conductas punibles y por su cercana relación con el derecho administrativo sancionador, se utiliza la llamada *técnica de transmisión legislativa*, asociada tradicionalmente con las denominadas *leyes penales en blanco*³⁵.

Las frases que utiliza regularmente el legislador en esta técnica legislativa pueden ser: "sin haber obtenido la respectiva autorización", "por cualquier forma ilícita", "sin cumplir los requisitos legales establecidos", "permitido por los reglamentos", "en contra de la normativa", "estando legalmente obligados", "contraviniendo las leyes u otras disposiciones", "niveles permitidos", etcétera.

La doctrina mayoritaria coincide en que las técnicas de remisión pueden ser de tres clases: genuinas leyes penales en blanco, elementos normativos jurídicos y cláusulas de autorización.

1) Ley Penal en Blanco.- Como concepto inicial Enrique Cury esboza que es "aquella que determina la sanción aplicable describiendo sólo parcialmente el tipo delictivo correspondiente y confiando la determinación de la conducta punible o su resultado a otra norma jurídica a la cual reenvía expresa o tácitamente".³⁶

Dentro del plano de una remisión, la ley penal en blanco puede definirse de manera estricta, lo que implicaría reenvío a leyes inferiores, como disposiciones o actos administrativos; así como también de forma amplia, es decir, reenvío a la normativa extrapenal con rango de ley.

Con el transcurso de los años se han formulado varias clasificaciones, como propias o impropias, totales o parciales, estáticas o dinámicas, de primero o segundo grado o expresas y tácitas, en las cuales la constante ha sido siempre los problemas que genera este tipo de

35 Id. n.º Inem J 7: página 120.

36 La ley penal en blanco, Temis 1988, página 38.

técnica legislativa con relación al principio de legalidad, al error sobre la normativa extrapenal y a la retroactividad de la ley penal más favorable, temas que se tratarán más adelante:

- a) **Propias e impropias.**- Las primeras se refieren a la remisión entre normas del mismo rango y las segundas a normas de diferente rango o que se elaboran en distinta instancia legislativa. Esta diferenciación la hace particularmente Silva Sánchez considerando que la mayoría de leyes penales en el ordenamiento jurídico español tienen rango de ley orgánica, cuya tramitación es diferente a la ordinaria. En el Ecuador el concepto de ley orgánica para la normativa penal nunca ha sido considerado y la tramitación de este tipo de leyes también es diferente, en cuanto a que sólo la mayoría absoluta legislativa puede aprobarlas³⁷.
- b) **Totales y parciales.**- En las primeras el reenvío es total, reservándose únicamente el establecimiento de la pena y relegando la determinación entera del delito. Este reenvío puede efectuarse también a disposiciones legales inferiores, asemejándose en este caso al concepto original de leyes penales en blanco. En las segundas la remisión se refiere solamente a alguna parte del tipo y no acarrea violación al principio de legalidad.
- c) **Estáticas y dinámicas.**- La diferencia según este punto de vista clasificatorio radica en que la norma de reenvío puede ser determinada expresamente, de manera que un cambio de la misma a futuro despenaliza la conducta; o, por otro lado, la remisión puede ser a una normativa general de forma tal que los cambios producidos en la norma de reenvío en el transcurso del tiempo no alteran la tipificación.
- d) **De primero y segundo grado.**- Cuando la remisión es a una sola norma y cuando la norma de reenvío se remite, a su vez, a otra norma extrapenal.
- e) **Expresa y tácita o concluyente.**- La primera hace relación a una remisión expresa y determinada, mientras que la segunda se realiza implícitamente mediante la inducción de un elemento de contenido valorativo-jurídico en el tipo³⁸.

³⁷ Art. 143 Constitución Política Ecuatoriana. ³⁸ Id. 17, página 125.

2) Elementos Jurídicos Normativos.- Los elementos normativos pueden ser jurídicos y sociales. Los sociales no obedecen al establecimiento de una ley sino a una realidad social no jurídica referida a juicios de valor por parte de la sociedad o a una fuente de aplicación o interpretación de los actos conforme a la costumbre social, que aunque en derecho mercantil tiene mucha importancia, ninguna en derecho penal por el principio de legalidad.

La importancia de estos elementos y lo que los diferencia de las leyes penales en blanco es que en ellos hay una especie de *remisión interpretativa* a una normativa extrapenal, con el propósito de delimitar el contenido típico de un precepto incluido en la ley penal.

Debido a la dificultad de distinguirlos de las leyes penales en blanco, un sector de la doctrina ha establecido como criterio diferenciador el hecho de que en estas leyes en blanco el contenido de la remisión a la normativa extrapenal es en bloque, de modo que en la norma de reenvío se determinan las características del tipo y la lesión a esta norma extrapenal; en tanto en los otros, como ya dijimos, se trata de una remisión interpretativa con miras a delimitar la tipicidad.

Por esta misma razón, otro sector doctrinal minimiza la diferencia entre ambas y casi que las asemeja, siempre y cuando la norma de reenvío no sea meramente descriptiva sino que reúna las cualidades de una ley, es decir que contenga mandatos, prohibiciones o permisiones³⁹, pero sin que llegue a constituirse en los que se conoce como *elemento de valoración global del hecho*, pues en este evento habrá que tomar en cuenta que si se considera, además, el tipo como *tipo de injusto* no se debe hacer un doble juicio de antijuricidad, sobre todo en las normas de remisión donde existan vocablos como *indebidamente*, *ilegalmente* o *ilegítimamente*, que conducen generalmente a ello.

3) Cláusulas de autorización.- Como advertimos al explicar las leyes penales en blanco propias o en sentido estricto, existe la posibilidad de que la remisión se haga de la ley a una instancia inferior, como por ejemplo un determinado acto administrativo de autorización. Esta

³⁹ Art. 1 del Código Civil Ecuatoriano: La Leyes una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.

técnica legislativa es muy común en derecho penal económico, donde el funcionamiento de las áreas protegidas por bienes jurídicos penales dependen mucho de decisiones administrativas, como por ejemplo, en el Ecuador, las autorizaciones que se otorgan a las personas naturales o jurídicas que operan en el mercado de valores o que captan depósitos, a las que realizan importaciones, a los depósitos comerciales y demás concesionarios aduaneros y, en materia de medio ambiente, a las que confieren concesiones para explotación minera y petrolera.

De esta manera, la existencia de la respectiva autorización administrativa produce la atipicidad del acto, sin embargo de que la valoración objetiva de la misma implica su relación con el ordenamiento jurídico para determinar su validez, así una autorización administrativa ilegal no produce atipicidad y además de la sanción específica correspondiente habría que ver si se producen otras infracciones como arrogación de funciones, falsificación de instrumentos públicos o, en relación al medio ambiente, la tipificada en el artículo 437E del Código Penal, que dice:

"Se aplicará la pena de uno a tres años de prisión, si el hecho no constituye un delito más severamente reprimido, al funcionario o empleado público que actuando por sí mismo o como miembro de un cuerpo colegiado, autorice o permita, contra derecho, que se viertan residuos contaminantes de cualquier clase por encima de los límites fijados de conformidad con la ley, así como al funcionario o empleado cuyo informe y opinión haya conducido al mismo resultado".

En el mismo capítulo de los Delitos contra el Medio Ambiente el Legislador ecuatoriano castiga también a quienes desarrollan proyectos inmobiliarios en zonas reservadas o sin los correspondientes estudios de impacto ambiental. La ordenación urbana básicamente funciona a través de autorizaciones administrativas para construcción y reglamentación urbana expedida por las municipalidades mediante ordenanzas. La importancia de tocar el tema en esta parte es el crecimiento urbano desmedido que existe en este momento según denuncias publicadas en la prensa local, pues no se respetan las regulaciones que a protección de medio ambiente se refieren, adecuando los promotores su compor-

tamiento, probablemente, al delito tipificado en el artículo 4371 del Código Penal, que dice:

"Será sancionado con prisión de uno a tres años, si el hecho no constituye un hecho más grave, el que sin autorización o sin sujetarse a los procedimientos previstos en las normas aplicables destine las tierras reservadas como de protección ecológica o de uso agrícola exclusivo, a convertirse en áreas de expansión urbana, o de extracción o elaboración de materiales de construcción".

La interrogante que nos deja este tipo penal, por la manera que está redactado, es que para proyectos urbanos no hay zonas consagradas a la protección del ambiente ya que una autorización administrativa siempre es la que al final va a permitir que se construya en zonas de reserva ecológica o agrícola, lo cual equivale a decir que la importancia de la protección del ecosistema dependerá siempre de la responsabilidad con la que maneje el tema la respectiva administración seccional.

4) Problemas que se producen.- El primer inconveniente que acarrea esta técnica legislativa es la inseguridad jurídica que provoca la remisión a una normativa extrapenal, por violación al principio de legalidad, porque se parte del hecho de que el tipo está incompleto y debe ser complementado con la norma de reenvío en relación al contenido típico. Por tanto, pueden aparecer divergencias respecto al rango de la norma de reenvío y a la taxatividad del tipo penal, a decir de algunos el aspecto material del principio de legalidad.

Respecto a la constitucionalidad de las leyes penales en blanco, Enrique Cury⁴⁰ es de la partida que si el Legislador difícilmente va a renunciar a esta técnica de tipificación es posible encontrar un punto de conciliación para no transgredir el principio de legalidad que debe primar por sobre todas las cosas en los estados constitucionales de derecho, al indicar lo siguiente:

"En efecto, existe todavía la alternativa de *aceptar la compatibilidad de las leyes penales en blanco y el principio de*

⁴⁰ La ley penal en blanco, Temis 1988, página 57 y ss.

legalidad, cuando en la consagración y aplicación de aquellas se cumplen ciertas exigencias que garantizan suficientemente el cumplimiento de las funciones políticas atribuidas a este, tanto en el plano formal como material. De esta manera el legislador contará con la posibilidad de recurrir a la técnica del reenvío en la construcción de los tipos cuando sea imprescindible para la incriminación de ciertos hechos; pero al hacerla deberá someterse a límites que lo afectan no solo a él sino, en el caso de las leyes en blanco propias, también a la instancia inferior encargada de formular la disposición de complemento, y a todos los tribunales a los que concierne la interpretación y aplicación de la norma en su conjunto.

Esta parece ser también la tendencia de la doctrina en los últimos tiempos, y de ello constituye una síntesis la resolución adoptada en el coloquio de Friburgo de Brisgovia al respecto. En efecto, de conformidad con ella, aunque se destacan los riesgos creados por el uso del reenvío para la precisión y claridad de los tipos penales, no se concluye exigiendo su proscripción, sino exigiendo que por lo menos 'la acción o el resultado prohibidos' se encuentren 'especificados' en la ley formal, y que la interpretación y aplicación de la ley en blanco y sus complementos se realice de conformidad con los 'principios habituales del derecho penal' [*usual principles of penal law*]; es decir, se limita su admisibilidad a los casos en los que cumplan ciertos requisitos y se condiciona su interpretación y aplicación al respeto de las restricciones que imperan al respecto en el ordenamiento punitivo."

El Legislador español recurrió en gran medida a esta técnica al incorporar en el Código Penal los delitos contra el medio ambiente, lo que provocó oposición doctrinaria porque supuestamente suponía sólo un refuerzo para la protección administrativa del medio ambiente y no auténtica tutela de este bien jurídico⁴¹.

⁴¹ Josep Miquel Prats y María Marqués Banqué en Comentarios al Código Penal de Gonzalo Quintero Olivares, Arazandi 2001, página 1556.

Además se ha dicho también que con el uso de las leyes penales en blanco surgen inconvenientes para la indefinición del objeto de protección, desdibujamiento entre la frontera del Derecho administrativo y el penal e inestabilidad del tipo.

Para zanjar la disyuntiva el Tribunal Constitucional Español ha dicho que «... la comprensión de la reserva absoluta de Ley en materia penal, no puede ser entendida como una radical exclusión de toda remisión a normas extrapenales, fijando la frontera de la legalidad penal en que el tipo penal debe fijar los presupuestos de punibilidad, es decir, el núcleo del injusto de una parte y la sanción que corresponde de otra, sin que para ello sea óbice, que para la integración de determinados elementos constitutivos del tipo se remita a la norma administrativa»⁴².

Por/otro lado la irretroactividad de disposiciones favorables también encuentra obstáculos de aplicación como normativa extrapenal de reenvío. Con el paso del tiempo el uso de este principio para las leyes penales en blanco ha sufrido varios cambios. Mientras que en un principio no se aceptaba luego se optó por permitirla, así que en la actualidad se propone como tesis intermedia que la ley penal en blanco puede revisarse retroactivamente si el cambio de la normativa extrapenal complementadora supone un verdadero giro en la valoración jurídica. Esta tesis se la considera intermedia porque si el hecho tipificado complementariamente como delito se sigue viendo como lesivo o peligroso, no cabría tal retroactividad.

A manera de conclusión, resalta la doctrina que en la actualidad el crecimiento dinámico que envuelve al mundo obliga a una interacción continua entre los distintos órdenes del derecho so pena de quedar obsoletos y dejar impunes conductas que se producen a diario en esta nueva realidad.

⁴² Josep Miquel Prats y María Marqués Banqué en Comentarios al Código Penal de Gonzalo Quintero Olivares, Arazandi 2001, página 1557.