

LA DETERMINACIÓN DE LOS EFECTOS TEMPORALES EN LA SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD: UN PROBLEMA DE RAZONABILIDAD JURÍDICA¹.

Jorge Baquerizo Minuche
jorge.baquerizo02@ucsg.edu.ec

RESUMEN:

El presente trabajo se remite a una controversial decisión de la justicia constitucional ecuatoriana en un caso paradigmático de tensión o concurrencia entre principios jurídicos. Partiendo del análisis del punto de vista estructural y de una visión de las normas como *razones para la acción*, se identifica dentro de la Constitución Ecuatoriana la existencia del principio de irretroactividad de las sentencias de inconstitucionalidad como *principio institucional* dirigido a preservar la seguridad jurídica. Pero ¿debe siempre prevalecer dicho valor en todos los casos? La tesis inserta en este ensayo intenta dar una respuesta a la cuestión planteada, así como a la forma de resolver la mentada polémica judicial desde la plataforma del Estado Constitucional.

PALABRAS CLAVE:

Inconstitucionalidad, efectos temporales, irretroactividad, principios, seguridad jurídica, argumentación.

Introducción.-

El inciso primero del Artículo 278 de la Constitución Política de la República del Ecuador (CPR, en lo posterior)², establece:

¹ El presente trabajo constituye una versión sintética del originalmente presentado previo a la obtención del Título de Especialista en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante (España), en Octubre de 2007.

² No obstante la actual vigencia de una nueva Constitución Política (2008), a lo largo de este trabajo nos referiremos a la Constitución de 1998, pues la controversia judicial sobre la que se centran las argumentaciones, fue resuelta bajo la vigencia de ésta. Importante

«La declaratoria de inconstitucionalidad causará ejecutoria y será promulgada en el Registro Oficial. Entrará en vigencia desde la fecha de su promulgación y dejará sin efecto la disposición o el acto declarado inconstitucional. La declaratoria no tendrá efecto retroactivo, ni respecto de ella habrá recurso alguno». (El subrayado es mío)

Por su parte, la Ley Orgánica de Control Constitucional (LOCC), en su artículo 22, dispone:

«Las disposiciones de ley, decreto-ley, decreto, ordenanza o reglamento materia de la demanda, que el Tribunal las declare inconstitucionales, cesarán en su vigencia y desde que tal resolución se publique en el Registro Oficial, no podrán ser invocadas ni aplicadas por juez o autoridad alguna».

Dicha resolución, no afectará las situaciones jurídicas surgidas al amparo de tales normas y antes de la declaratoria de su inconstitucionalidad». (El subrayado es mío)

La cuestión que aquí pretendemos abordar es la siguiente: Tratándose de la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, ¿Es la irretroactividad un efecto jurídico siempre compatible con los principios de un Estado Constitucional? O con palabras más sencillas: ¿Deben ser irretroactivas las declaraciones de inconstitucionalidad para todos los casos?

Hemos de cotejar el referido planteamiento con dos tópicos interrelacionados: a) la categoría normativa de la disposición constitucional que impone la mentada irretroactividad, a fin de descifrar si un pretendido carácter absoluto sería coherente con el funcionamiento de un sistema jurídico contemporáneo; y, b) la existencia de otros valores constitucionales distintos a los que respaldarían tal disposición de irretroactividad, en orden a construir –sobre la base de un caso práctico tomado de la jurisprudencia constitucional– un escenario de concurrencia de principios y su correspondiente solución por intermedio de la argumentación jurídica.

es destacar, por otra parte, que el actual artículo 436, numeral 2, de la Constitución vigente, sin decantarse expresamente por ningún efecto temporal de la inconstitucionalidad, prescribe que su consecuencia será la *invalidez del acto normativo impugnado*, lo que sugiere en principio (y al igual que la anterior CPR) un efecto temporal no retroactivo.

Con posterioridad a dicho ejercicio, intentaremos extraer breves conclusiones referentes a la derrotabilidad del ordenamiento jurídico, así como a la importancia de tomar en serio el paradigma del constitucionalismo de nuestros tiempos.

**I.- La irretroactividad de la declaratoria de inconstitucionalidad:
¿Qué tipo de enunciado jurídico dispone tal efecto?**

Esbozada la cuestión central de este trabajo, se puede anticipar que éste gira en torno a los alcances de la norma extraída del artículo 278.1 de la CPR, antes transcrito, referente a los efectos temporales de las declaraciones de inconstitucionalidad. Por tanto, y en orden a ubicar su correspondencia dentro de tipología de los enunciados jurídicos, nos parece adecuado comenzar con una breve síntesis de lo que Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO apuntan sobre la dimensión regulativa del Derecho y, mas concretamente, sobre su composición entre principios y reglas³.

I.A) Principios y Reglas. Principios sustantivos y Principios institucionales.-

Desde de la perspectiva de las normas como razones para la acción – que atiende al papel o función que cumplen éstas en el razonamiento jurídico justificativo- las reglas proveen razones operativas de carácter *perentorio* o *protegido*, lo que significa que los órganos aplicadores del Derecho -al constatar la configuración de las condiciones de aplicación de la regla- deben limitarse a adoptar el contenido de ésta como base de sus resoluciones, sin poder incluir juicios de balance entre razones aplicables. Por el contrario, los principios proveen razones operativas pero *no perentorias*, esto es, que deben ser ponderadas o sopesadas deliberativamente con otras razones para elaborar una regla de aplicación concreta.

Ahora bien -pasando de la dimensión directiva a la dimensión regulativa o valorativa de este enfoque, y siguiendo siempre a los referidos profesores- los principios pueden consistir en *directrices* o *principios en sentido estricto*, dependiendo si tales pautas incorporan

³ Vid. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Tercera Edición, Editorial Ariel, Barcelona, 2005, Capítulo I.

razones finalistas o *razones de corrección*, respectivamente⁴; vale decir, si tales razones aportan valores utilitarios (simplemente instrumentales) o valores últimos. Así, los principios en sentido estricto califican deónticamente una acción que se relaciona conceptualmente con valores últimos del sistema, v.gr., la libertad de expresión o la no discriminación; y las directrices, por el contrario, ordenan la consecución de objetivos colectivos valiosos pero no con carácter último, como -por ejemplo- el pleno empleo (valor instrumental de un valor último, cual sería, la igualdad). Las reglas, por su parte, pueden incorporar cualquiera de estos valores o incluso combinaciones entre ellos⁵.

Sin embargo, y como bien añaden los autores en cita, el Derecho así visto como sistema justificativo estructurado –en el plano regulativo- por el nivel de las reglas (de acción y de fin⁶) y por el nivel de los principios (en sentido estricto y directrices), no siempre resulta suficiente. Hace falta integrar en este esquema las *normas institucionales* derivadas de considerar el *carácter institucional del Derecho*⁷, es decir, aquella dimensión del Derecho que -en cuanto Institución- no sólo tiene funciones externas destinadas a la regulación del mundo exterior, sino también funciones internas o autorreferentes encaminadas a regular el andamiaje del propio sistema jurídico⁸. Ejemplo de este tipo de normas serían las que establecen plazos o distribuciones de competencias procesales.

La peculiaridad de estas normas, según ATIENZA y RUIZ MANERO, radica en que: a) centralmente sus destinatarios son los órganos aplicadores del Derecho «y sólo de manera muy derivada los ciudadanos»⁹; y, b) están justificadas por razones que derivan –asimismo *centralmente*- de las exigencias del propio Derecho como aparato institucional, y no por razones sustantivas (ni de corrección ni finalistas, como

⁴ *Id.*, pág. 36 y ss. En la terminología de los autores citados, estas razones serían «razones sustantivas».

⁵ *Ibidem*, pág. 195.

⁶ Sobre la distinción entre las reglas de acción y de fin, por desbordar el ámbito de este trabajo, nos remitimos a lo explicado en la obra de nuestra referencia, *Ibidem*, Capítulo I.

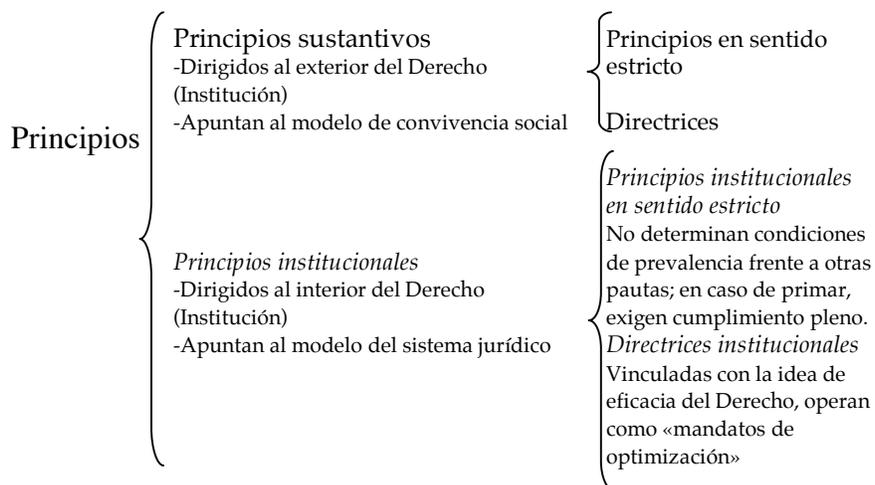
⁷ *Vid.* ATIENZA y RUIZ MANERO, *La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica*. En DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 24 (2001), pág. 123

⁸ *Vid.* ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Primera Edición. Editorial Ariel, Barcelona, 2006, p. 239 y 240.

⁹ “*La dimensión institucional del Derecho...*” *Op. cit.*, p. 125 y 126

ocurría con los principios en sentido estricto y directrices)¹⁰. En el ejemplo dado, las normas que establecen plazos procesales y distribuyen competencias a los jueces obedecen a la necesidad central de que el sistema de administración de justicia pueda operar adecuadamente (de lo contrario, la lentitud de los procesos y la existencia de decisiones contradictorias impediría la función institucional de resolución de conflictos). Naturalmente –dicen los profesores de la referencia– «que el sistema procesal funcione adecuadamente es, a su vez, condición necesaria para que el Derecho pueda realizar satisfactoriamente sus funciones sustantivas, esto es, externas»¹¹. Las razones de las normas institucionales, pues, tienen la particularidad de hacer depender su fuerza a la función que cumplen con el sistema jurídico, evitando su erosión y manteniendo la autoridad del Derecho¹², sin perjuicio del reflejo que ellas viertan sobre otro tipo de razones ya de tipo sustantivo.

Consecuentes con esta apostilla, los autores de nuestra referencia proponen incluir en el nivel de los principios una nueva articulación, a saber¹³:



¹⁰ *Id.* pág. 126

¹¹ *Ibidem.*

¹² *Vid.* ATIENZA, Manuel, “*El Derecho como argumentación...*” *Op. cit.*, pág. 240. Ejemplos de principios institucionales que encierran este tipo de razones referentes al propio Derecho son: el principio de jerarquía normativa, el de cosa juzgada, el de deferencia al legislador, etc.

¹³ “*La dimensión institucional del Derecho...*” *Op. cit.*, p. 126.

Pero lo que más se destaca, y lo que más relevancia tiene a efectos de nuestra tesis, es que las exigencias institucionales que adoptan la forma de principios (principios institucionales) se encuentran manifiestamente, y en no pocas ocasiones, en una situación de tensión o conflicto con determinadas exigencias sustantivas, a quienes incluso pueden llegar a derrotar¹⁴, aunque ello no sea siempre así. Lejos de lo que una concepción formalista del Derecho pudiera sostener –esto es, que los principios institucionales que reflejan el elemento autoritativo del Derecho deben prevalecer siempre sobre los valores sustantivos- el enfoque de ATIENZA y RUIZ MANERO se circunscribe a dar cuenta de esta *vertiente institucional* y su importancia como componente necesario en el razonamiento jurídico. Luego, el papel de los principios institucionales será variado: en algunos casos ellos podrán tener el peso como para desplazar la decisión tomada de acuerdo con los principios sustantivos; en otras ocasiones sólo suministrarán argumentos que refuercen tal decisión; y en otros supuestos no tendrán suficiente peso como para prevalecer frente a aquellos¹⁵.

I.B) El Art. 278.1 de la CPR: Un Principio institucional.-

Del artículo constitucional que hemos transcrito al inicio de este trabajo se pueden desprender varios enunciados jurídicos; sin embargo, el que nos atañe por ahora es el que, en principio y muy resumidamente, se podría expresar así: *La declaratoria de inconstitucionalidad no tendrá efecto retroactivo.*

Sin embargo, tal forma de reconstrucción resultaría insuficiente para dar cuenta del ámbito regulativo del enunciado, dado que sus términos – textualmente casi los mismos que constan en la CPR- no hacen referencia a acción alguna, esto es, no califican deónticamente ningún accionar. Luego, al no aportar propiamente razones para la acción (desde el punto de vista de la dimensión directiva) y al representar un estado de cosas

¹⁴ Atienza y Ruiz Manero han detallado, a modo ejemplificativo, cuatro supuestos en los que los principios institucionales pueden triunfar sobre los sustantivos, entre ellos los que suscitan que se decrete un estado de sitio o de excepción (preservación de la estabilidad del sistema por sobre ciertos derechos y libertades), o que se dicte la prisión provisional de un ciudadano (efectividad del proceso penal por sobre la libertad individual). *Id.*, p. 127.

¹⁵ *Ibidem*, p. 129

más bien indiferente (desde la dimensión valorativa), el enunciado así expresado podría ser catalogado como una *regla puramente constitutiva*, fuera del plano regulativo¹⁶. El enunciado «*La declaratoria de inconstitucionalidad no tendrá efecto retroactivo*», en consecuencia – y desde el punto de vista del ordenamiento jurídico- resultaría tan indiferente como el enunciado «*Los derechos sucesorios se transmiten desde el momento de la muerte*»¹⁷. Pero ello no se corresponde con el sentido de la disposición constitucional que nos interesa, que en efecto sí que contiene un importante valor al que pretende dar cobertura, tanto como las razones para la acción que también aporta si nos situamos en el contexto de un Estado Constitucional, como veremos.

Lo anterior nos lleva a realizar una segunda reconstrucción, algo más comprensiva del enunciado de nuestra referencia, en los siguientes términos:

«Si el Tribunal Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones, llegara a constatar la incompatibilidad de una disposición legal (sentido amplio) con la Constitución, deberá declarar la consecuente inconstitucionalidad, sin efectos retroactivos sobre el particular de que se trate»

En esta versión, hemos reducido el enunciado a una forma condicional en el que la condición de aplicación está constituida por un determinado estado de cosas (la incompatibilidad constitucional), y el consecuente lo integra una acción modalizada mediante un operador de mandato (el deber de declarar la inconstitucionalidad, con efectos *ex nunc*, para el futuro). ¿Pero a qué se debe la inclusión de un sujeto a quien hemos correlacionado una acción calificada deónticamente? Pues ello obedece a dos motivos: la imputación que habría que realizar al órgano que tenga atribuida la potestad de emitir tales declaratorias de inconstitucionalidad, que en este caso es el Tribunal Constitucional (Art. 276.1 CPR); y, la necesidad de conectar la determinación de los efectos temporales de la declaración en ella misma, es decir, en la propia acción imputable al sujeto.

¹⁶ Vid. ATIENZA y RUIZ MANERO, “*Las piezas del Derecho...*” Op.cit., p. 91

¹⁷ *Id.*, p. 197. Ejemplo tomado de las Conclusiones.

Con esta traducción del significado de la norma, queremos negar que el efecto irretroactivo de la declaratoria de inconstitucionalidad sea un rasgo esencial –e inmutable- a ésta o un carácter que le viene dado por su propia «naturaleza», según podría pensarse desde una interpretación literal de la disposición constitucional; afirmamos, por el contrario, que ese efecto en el tiempo es (o debería ser) declarado por los jueces constitucionales accesoriamente a la inconstitucionalidad que dictaminan.

Esto se puede entender sólo si comprendemos que la jerarquización estricta de razones no es compatible con el funcionamiento de un sistema jurídico evolucionado¹⁸, donde la compleja empresa de determinar los efectos temporales que acompañan la expulsión de una norma inconstitucional no puede depender de una respuesta unívoca (que atiende siempre a una sola razón), peor de una respuesta predeterminada cuya pretensión sea colmar todos los casos de la experiencia jurídica (sobre la base del absolutismo de esa misma razón). La nutrida existencia de principios sustantivos e institucionales en las Constituciones contemporáneas –que frecuentemente se hayan en estados de concurrencia o tensión– imponen, pues, respecto a esta materia, una actitud crítica práctica por parte del Tribunal Constitucional, el que lejos de permanecer impassible ante la literalidad, debe atender a las razones operativas que encierra la norma constitucional de la cual es destinatario. Y es que dicha norma no puede ser confundida con una regla, susceptible de aplicación mecánica, sino que debe ser dimensionada dentro de la plataforma de los principios, a donde corresponde¹⁹.

Si somos conscientes de tal realidad, podríamos afirmar en consecuencia que el enunciado jurídico analizado encuentra su identificación en un *principio institucional en sentido estricto*, dado que las especificidades que antes expusimos sobre este tipo de normas se advierten plenamente en aquél. Vamos a ver:

¹⁸ Vid. ATIENZA, Manuel, “El Derecho como argumentación...”, p. 241

¹⁹ «El nuevo paradigma constitucionalista en el que estamos inmersos resulta incompatible con una aplicación mecánica de las normas, y obliga al intérprete a realizar constantes ponderaciones para poder concretar tales valores de forma que afecten a las circunstancias del caso». Cfr. RÓDENAS, Ángeles, *¿Qué queda del positivismo jurídico?* en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho N. 26 (2003), p.419

- i) Su destinatario central es un órgano aplicador del Derecho: el Tribunal Constitucional, quien tiene la potestad de declarar la inconstitucionalidad de las normas con la determinación de los efectos del fallo en el tiempo;
- ii) Estructuralmente, sus condiciones de aplicación son abiertas (tratamiento genérico de los casos de incompatibilidad constitucional), en tanto que la calificación deóntica presupone, *en principio*, un grado de cumplimiento pleno de las consecuencias normativas (al modo de los principios en sentido estricto); y,
- iii) La razón subyacente que justifica la prescripción normativa, deriva de las exigencias del propio Derecho visto como Institución; es decir, se trata de una *razón institucional*, que no es otra que la *seguridad jurídica*, entendida como principio rector del funcionamiento interno del Derecho.

Profundizando en esta última característica, valdría revisar breves fragmentos de lo que en torno a la fundamentación de esta disposición constitucional de irretroactividad han dicho la doctrina y la jurisprudencia ecuatorianas:

«Ahora bien, el mismo artículo 278, considerando que dicha sentencia versa sobre la validez o invalidez de una ley o norma jurídica, dice que no tendrá efecto retroactivo. En otros términos, aplica el principio de seguridad jurídica (...) Por ende, se evita que la resolución o sentencia de inconstitucionalidad ocasione un caos en todo el tráfico jurídico, lo cual se produciría si la anulación de la ley inconstitucional también llegara a provocar la nulidad de todos los actos u operaciones jurídicas realizadas al amparo de la norma que posteriormente se declara inválida por contradecir la Constitución. Esta solución es exigencia de la certeza en el orden jurídico...»²⁰. (El subrayado es mío)

«Se debe añadir que, por disposición de la misma Constitución, la anulación de un precepto constitucional, previa la correspondiente declaratoria de este Tribunal, no tiene efecto retroactivo, lo que se fundamenta en el principio de

²⁰ SERRANO PUIG, Armando (ex magistrado del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia) en “*La irretroactividad de la declaratoria de inconstitucionalidad en el Ecuador*”, ponencia presentada en las I Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional, Quito, 29 de noviembre de 2006, p. 51 y 52. <http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/documentos/JornadasDerechoConstitucional2006.pdf>

seguridad jurídica, pues, en caso contrario, correspondería la revisión de todos los actos que emanaron de la aplicación del precepto irregular»²¹. (El subrayado es mío)

«El artículo 278 de la Carta Política señala que la declaratoria de inconstitucionalidad no tiene efecto retroactivo(...) a su vez el inciso segundo del artículo 22 de la Ley Orgánica de Control Constitucional establece que la declaratoria de inconstitucionalidad de la resolución no afectará las situaciones jurídicas surgidas al amparo de tales normas antes de la declaratoria de inconstitucionalidad, precepto que precautela la seguridad jurídica garantizada en el artículo 23 numeral 26 de la Constitución...»²². (El subrayado es mío)

Como se puede advertir, el común denominador de estas citas se afinca en la necesidad de que el sistema jurídico no se vea alterado por una declaración de inconstitucionalidad, finalidad en la cual la seguridad jurídica -en tanto constituye una suma equilibrada de certeza y legalidad²³- juega el papel estelar. Se apela, pues, a la seguridad jurídica como razón nuclear del orden jurídico y presupuesto de su institucionalidad, o más brevemente, a «la seguridad del Derecho mismo»²⁴.

En este orden de ideas, es oportuno mencionar que «Los principios institucionales (para decirlo rápidamente) son todos aquellos que consideramos vinculados a la seguridad jurídica, y que vienen a coincidir bastante con lo que Fuller llamaba *moralidad interna del Derecho*»²⁵; esto es, aquella estructura edificada por ocho «principios de legalidad» cuya

²¹ MORALES TOBAR, Marco (ex Presidente del Tribunal Constitucional), “Las relaciones entre Poder Judicial y Tribunal Constitucional a propósito del control represivo de inconstitucionalidad de preceptos legales en Ecuador y los efectos de las Sentencias” en *Estudios Constitucionales*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Chile. Año 3, No.1 (2005), p. 189. http://www.cecuch.cl/revista/docs/estudiosconst/1n_3_2005/10.pdf

²² Considerando Segundo de la Providencia del Tribunal Constitucional del 17 de octubre del 2006, anexa a la Resolución de inconstitucionalidad No. 002-2005-TC, publicada en Suplemento del Registro Oficial No. 382 del 23 de octubre del 2006.

²³ Es oportuno apuntar, desde ya, que la seguridad jurídica también se compone, además de certeza y legalidad, de otros elementos: «...jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad». Cfr. STC 27/1981 del Tribunal Constitucional español.

²⁴ RADBRUCH, Gustav, citado por Ricardo GARCÍA MANRIQUE en “Radbruch y el valor de la seguridad jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XXI (2004), p. 267

²⁵ Vid. ATIENZA, Manuel, “El derecho como argumentación...”, p. 240 y 241.

ausencia absoluta implicaba, para Fuller, no un mal sistema jurídico sino algo que *no podría calificarse como sistema jurídico*²⁶. En donde cabe destacar que la no retroactividad jurídica es –justamente, y en opinión del autor en cita- uno de aquellos principios que componen el complejo institucional del Derecho.

Así, pues, es palmario que el enunciado constitucional de irretroactividad de las declaraciones de inconstitucionalidad, que encuentra su razón de ser en la seguridad jurídica, es un principio institucional: apunta al modelo de sistema jurídico, a quien intenta preservar en su correcto funcionamiento. Encierra, por tanto, una razón *centralmente* institucional, y dado que su estructura no se limita a las condiciones fácticas y jurídicas existentes sino que pretende prevalecer plenamente, se trata claramente de un principio institucional en sentido estricto.

II. Valores Institucionales vs. Valores Sustantivos. Un ejercicio de argumentación en un caso práctico.-

El valor institucional de la seguridad jurídica, en todo caso, no es ni puede ser absoluto, ni tampoco pueden serlo -por tanto- los principios que encuentren su fundamento en aquél. Esta afirmación se deduce si partimos del carácter derrotable de los principios en un contexto general²⁷, de donde se sigue que existen razones de corrección que en determinados casos de concurrencia pueden prevalecer frente a razones institucionales, logrando en ese caso la victoria de un valor sustantivo (como podría ser, v. gr., la justicia material). Un claro ejemplo de ello es lo que propugna la tesis de la «cláusula Radbruch»: el Derecho extremadamente injusto no es Derecho.

²⁶ Vid. SILTALA, Raimo, “Derecho, Moral y Leyes inmorales”, en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, No.8 (1990), p.p. 159-161.

²⁷ «Para que la coexistencia de los principios y valores sea posible es necesario que pierdan su carácter absoluto (...) Concebidos en términos absolutos, los principios se convertirían rápidamente en enemigos entre sí. Al final, uno se erigiría en soberano sobre todos los demás y sólo permitiría desarrollos consecuentes con él. Pero en las Constituciones pluralistas no cabe que esto sea así. Los principios y los valores deben ser controlados para evitar que, adquiriendo carácter absoluto, se conviertan en tiranos» Vid. ZAGREBELSKY, Gustavo, “El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia” (traducción de Marina Gascón), Sexta Edición. Editorial Trotta, Madrid, 2005, p. 125

Según ésta, hay ocasiones en que la seguridad jurídica no puede prevalecer, porque si las normas son extraordinariamente injustas entonces el valor de aquella ya no significa prácticamente nada, su peso será mínimo. Manuel ATIENZA, quien cita este ejemplo²⁸, explica que en el contexto del Estado Constitucional la dialéctica entre esas razones (sustantivas e institucionales) se plantea en términos internos, esto es, entre dos tipos de valores igualmente reconocidos por el sistema jurídico, lo cual deja en evidencia las naturales tensiones que se muestran por el carácter no absoluto de los principios.

Robert ALEXI, por su parte, y comentando la doctrina del Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín, pone de relieve que el principio de seguridad jurídica y el principio de justicia material –ambos reconocidos por la jurisprudencia constante del TCF como manifestaciones del Estado de Derecho- «son precisamente un ejemplo clásico de pareja de colisión»²⁹. En el análisis de la respectiva sentencia, ALEXI critica fuertemente que el TCF haya considerado que el principio de seguridad jurídica *pueda ser* peor valorado que el de justicia material en caso de una contradicción insostenible entre el derecho positivo y la justicia; para el profesor de Kiel, en tales casos, -y si se toma en serio la Fórmula de Radbruch que el propio Tribunal había invocado en su resolución- una ley «*tiene que ceder ante la justicia*»³⁰.

Nuestra posición, de cualquier modo, se centra en evitar la antes comentada jerarquía estricta de valores, atendiendo a que en el contexto de un Estado Constitucional éstos no se compadecen de una ciencia en su articulación sino de una prudencia en su ponderación³¹, donde la concurrencia de principios se decante en favor de aquél cuyo peso se considere más decisivo a la vista de las propiedades de cada caso. En la cuestión que de inicio planteábamos, es patente que si hemos concluido que el enunciado de irretroactividad está formulado en un principio institucional, éste no podrá ser absoluto, ni en consecuencia será

²⁸ *Op. cit.*, p. 241

²⁹ *Vid. "Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal"* (traducción de Daniel Oliver-Lalana), en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 23 (2000), p. 216

³⁰ *Id.* p. 219

³¹ *Vid. ZAGREBELSKY, Op. cit.*, p. 125

LA DETERMINACIÓN DE LOS EFECTOS TEMPORALES EN LA SENTENCIA...

jurídicamente admisible que la solución ofrecida por la razón institucional de tal principio sea aplicada a la totalidad de los casos. Habrá desde luego casos difíciles donde otro tipo de razones puedan prevalecer, y eso es exactamente lo que intentaremos demostrar en nuestro caso práctico.

Pues volviendo al principio institucional que hemos extraído del Art. 278.1 CPR, parece evidente que haría falta agregar, para una final y completa reconstrucción, su carácter derrotable. Por tanto, lo expresamos como sigue en su versión definitiva:

«Si el Tribunal Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones, llegara a constatar la incompatibilidad de una disposición legal (sentido amplio) con la Constitución, deberá declarar la consecuente inconstitucionalidad, sin efectos retroactivos sobre el particular de que se trate, salvo que en relación con la eficacia temporal del fallo concurre otro principio que ordene otra cosa y que, según las propiedades del caso, tenga un mayor peso».

Esta enunciación de la disposición constitucional estudiada, nos permite ya dimensionar adecuadamente su estructura y su operatividad en el razonamiento práctico, donde el valor institucional de la seguridad jurídica aporta para el sujeto destinatario una razón categórica y operativa *no perentoria* o *no protegida*. Con esta información podemos ahora ejercitar un esquema de argumentación sobre la base de un caso real.

II.A.- Análisis de la Resolución del Tribunal Constitucional No. 002-2005-TC.-

La Resolución a la cual nos referiremos declaró la inconstitucionalidad de varios artículos de una ley reformativa al Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, contradictorios con algunas garantías constitucionales del debido proceso. Sin embargo, lo llamativo de esta sentencia no se encuentra en su parte resolutive propiamente dicha -que con un razonamiento aceptable declaró la pertinente inconstitucionalidad- sino en una posterior "providencia" publicada conjuntamente con la Resolución principal. Es en esta decisión ulterior donde el Tribunal, con gran ambigüedad, determinó los efectos temporales de la

declaratoria de inconstitucionalidad realizada, que es lo que nos interesa a efectos de este trabajo. Pero veamos sucintamente algunos antecedentes.

II.A.1) Antecedentes.-

La ley declarada inconstitucional en varios de sus artículos (Ley No. 2003-101)³², introdujo en el Código de Procedimiento Penal (CPP) una figura jurídica denominada *detención en firme*, llamada a ser una medida cautelar de carácter personal que asegure la presencia del acusado en la etapa del juicio. Su peculiaridad radicaba en dos rasgos: a) no obstaba, y más bien “confluía” simultáneamente con la *prisión preventiva*, medida cautelar personal por antonomasia en la legislación procesal; y, b) al contrario de ésta, la detención en firme no tenía límite de caducidad, pues una vez que era impuesta sólo podía revocarse con el dictado de la sentencia.

A simple vista, la Ley reformativa había duplicado las medidas cautelares de orden personal, asegurando que la nueva *detención en firme* se prolongara en el tiempo indefinidamente; esta fue la solución ideada por los legisladores para combatir el catalogado “problema social” de los reos que legalmente recuperan su libertad al caducar la prisión preventiva y no obtener una sentencia oportuna³³.

Pues bien, después de casi cuatro años de vigencia de las reformas procesales y de la detención en firme –lapso en el que no faltaron las críticas, las argumentaciones a favor, las recomendaciones de organismos internacionales de derechos humanos, un precedente de inaplicación en

³² Ley publicada en el Registro Oficial No. 743 del 13 de Enero de 2003. Disponible para consulta en:
<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/Ley.Ref.Cod.Proc.Penal.htm>

³³ Cfr. CPR, 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: (...) 8. La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. Si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa”.

una causa concreta³⁴, el cambio de todos los vocales del TC en dos ocasiones, e incluso la paralización de las actividades de éste durante 11 meses-, es que viene a resolverse la cuestionada legitimidad de aquellas disposiciones, por vía de un recurso de inconstitucionalidad que promovió una colectividad de mil cuatrocientos ciudadanos.

En la Resolución No. 002-2005-TC³⁵, la fundamentación medular del fallo identificó en la *detención en firme* los mismos fines de la prisión preventiva, por lo que se descarta su justificación en el sistema procesal y se subraya la no velada intención del legislador en suprimir los límites temporales de la medida precautoria, soslayando una garantía del debido proceso y provocando un «fraude al espíritu constitucional» contenido en el numeral 8 del Art. 24 de la CPR³⁶. Asimismo el TC, luego de reproducir fragmentos de un Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos referente a Ecuador³⁷, recalca que las disposiciones legales impugnadas contravienen los artículos 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establecen el derecho de todas las personas a ser juzgadas dentro de un plazo razonable o a ser puestas en libertad, sin perjuicio del decurso del proceso penal³⁸.

Decidiendo en consecuencia, el TC declaró la inconstitucionalidad por razones de fondo y expulsó del ordenamiento jurídico a las normas de la Ley No. 101-2003 que introdujeron la *detención en firme* en el CPP.

³⁴ Un Juez de lo penal provincial, invocando el artículo 274 CPR, declaró inaplicable en un caso concreto la detención en firme, por estimarla inconstitucional; surgida la *cuestión de inconstitucionalidad*, el pleno del TC la desestimó en una reñida y escueta decisión: cuatro de los nueve vocales (minoría) habían votado para declarar la inconstitucionalidad. *Cfr.* Resolución 002-2003-DI, publicada en el Registro Oficial No. 230 del 11 de diciembre de 2003. Disponible para consulta en:

<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/R.O.Diciembre.11.2003.htm#anchor413534>

³⁵ Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 382, del lunes 23 de octubre del 2006:

<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/R.O.Octubre.23.2006.Sup.htm#anchor83118>

³⁶ *Cfr.* Considerando Décimo Séptimo de la Resolución.

³⁷ *Cfr.* Considerando Décimo Cuarto, *ibídem*. En dicho informe se expresa que las detenciones preventivas prolongadas de forma irrazonable incrementan el riesgo de invertir la presunción de inocencia, violando el derecho a la libertad.

³⁸ *Cfr.* Considerando Décimo Noveno, *ibídem*.

Pero es de destacar que esta Resolución, aprobada por mayoría del pleno del TC el 26 de septiembre de 2006, no fue publicada en el Registro Oficial sino hasta casi un mes después, el 23 de Octubre del mismo año.

¿A qué se debió esta demora? Pues la respuesta podría hallarse en el intenso debate público que produjo el conocimiento de la decisión, apenas aprobada; lejos de imaginar que ésta vendría a ser el remedio contra una clara injusticia, las opiniones mayoritarias más bien eran críticas con el nuevo estado de cosas y con el supuesto revés que, en su criterio, se había dado a la seguridad ciudadana. Estas muestras lo dicen todo:

«No conozco tal resolución, porque aún no se publica en el Registro Oficial, sin embargo la eliminación de la detención en firme implicaría que queden en la impunidad los delitos de narcotráfico, violación, asesinato y robo. Sería un atentado contra la seguridad de los ciudadanos, pues miles de presos saldrían en libertad»³⁹

«Lamentablemente, el primer síntoma que se va a dar es un problema delincencial, porque van a salir miles de presos que no van a conseguir trabajo por sus antecedentes y volverán a delinquir»⁴⁰.

«Simplemente me parece terrible. Si todo el esfuerzo ciudadano y conjunto hecho en beneficio de las víctimas de la inseguridad se tuerce y se nota en un recrudecimiento de la delincuencia, ya sabemos a dónde ir a reclamar: al Tribunal Constitucional»⁴¹.

«Creo que el Congreso debió preocuparse primero de hacer reformas en el Código Penal antes de que se suspenda la detención en firme, para así agilizar el trabajo de los juzgados que están abarrotados de juicios. Ahora se puede producir un caos social»⁴².

³⁹ Gustavo Von Buchwald, Ministro de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, en *"TC derogó figura de detención en firme"*. Nota del Diario "El Universo", edición del 28 de septiembre de 2006, Sección Sucesos.

⁴⁰ Carlos Achi, Subsecretario de Seguridad Ciudadana, en *"Fallo del TC genera dudas en su aplicación"*, nota publicada en Diario "El Universo", edición del 29 de septiembre de 2006, Sección Sucesos.

⁴¹ Jaime Nebot, Alcalde de Guayaquil. Ídem.

⁴² Miguel Félix López, Presidente (e) de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil. Ídem.

«Con la decisión del TC nos cayó una montaña encima. ¿Cuántos detenidos que no tienen sentencia irán a salir?»⁴³

Respuesta: «6.172 hombres y 630 mujeres que están presos sin sentencia en las cárceles del país, podrían recuperar su libertad»⁴⁴. Así informaba un medio de prensa local, con fuente en la estadística oficial de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social, el número de ciudadanos detenidos y no sentenciados para ese entonces.

No obstante, la causa central del retardo del TC en publicar su Resolución obedeció a que, inmediatamente después de aprobada la declaratoria de inconstitucionalidad, tanto el Presidente del Congreso Nacional como el Procurador General del Estado presentaron sendos petitorios de “aclaración y ampliación” sobre aquella, que aun no había sido publicada. Solicitudes dirigidas a que el TC aclare, principalmente, cuáles serían los efectos temporales de este fallo y cuál debía ser la posición jurídica de los jueces ordinarios en torno al mismo.

No hizo falta esperar a que el TC se pronuncie oficialmente sobre estos pedidos, pues sus presionados vocales tampoco tardaron en hacer declaraciones a la prensa. Así, se dijo que «la derogatoria de la detención en firme no tiene efecto retroactivo pues así lo establece claramente la Constitución», agregando que «no es una amnistía ni una orden de libertad para la mitad de la población carcelaria»⁴⁵. El Presidente del TC, por su parte, explicaba que esta declaratoria de inconstitucionalidad «solo se aplicará en beneficio de las personas que cometan delitos con posterioridad a la publicación [de la Resolución] en el Registro Oficial»⁴⁶; «Desde allí –dijo en otra ocasión a los medios- se contarán los plazos de seis meses y el año para que los internos se puedan acoger a la norma constitucional que permite la libertad de los presos sin sentencia»⁴⁷.

⁴³ Jaime Velasco Dávila, Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en “Fallo del TC se debatirá hoy en Corte Superior”. Nota del diario “El Universo”, edición del 2 de Octubre de 2006, Sección Sucesos.

⁴⁴ “TC derogó figura de detención en firme”, nota periodística antes citada.

⁴⁵ Enrique Tamariz, vocal del TC, en “Derogatoria de medida cautelar no es amnistía”, nota publicada en Diario “El Universo”, edición del 29 de septiembre de 2006, Sección Sucesos.

⁴⁶ Santiago Velásquez, Presidente del TC, en “Fallo del TC genera dudas en su aplicación”. Nota periodística antes citada.

⁴⁷ “No será retroactiva eliminación de la detención en firme”, nota publicada en Diario “El Universo”, edición del 11 de Octubre de 2006, Sección Sucesos.

Estos criterios anticipados, luego –y como ya se tenía previsto- son los mismos que se expusieron el 17 de Octubre de 2006 cuando el pleno del TC, con voto de mayoría de 5 de los 9 vocales y con un “voto concurrente”, aprobó la “providencia” que, a guisa de resolver los petitorios de aclaración y ampliación planteados por el Congreso y la Procuraduría, determinó los efectos irretroactivos de la declaratoria de inconstitucionalidad de la detención en firme, así como la sujeción de los jueces y tribunales penales a la disposición constitucional de irretroactividad. La demora, pues, obedecía a que esta decisión accesoria sea publicada conjuntamente con la principal.

II.A.2) Identificación esquemática de los *argumentos* empleados por el TC.⁴⁸

- Consideración central, sobre los efectos temporales de la Resolución:

«2.- El artículo 278 de la Carta Política señala que la declaratoria de inconstitucionalidad no tiene efecto retroactivo y entrará en vigencia desde la fecha de su promulgación en el Registro Oficial; a su vez el inciso segundo del artículo 22 de la Ley Orgánica de Control Constitucional establece que la declaratoria de inconstitucionalidad de la resolución no afectará las situaciones jurídicas surgidas al amparo de tales normas antes de la declaratoria de inconstitucionalidad, precepto que precautela la seguridad jurídica garantizada en el artículo 23 numeral 26 de la Constitución; y por ende la declaratoria de inconstitucionalidad no modifica las situaciones procesales surgidas durante la vigencia de la norma. En consecuencia, vistas las normas citadas, tampoco procede ampliación y aclaración, de textos constitucionales y legales»

(El subrayado es mío).

- Consideración final, sobre la posición jurídica de los jueces en torno al fallo:

«3.- El inciso segundo del artículo 199 de la Constitución Política señala que: “Los Magistrados y Jueces serán independientes en el ejercicio de su potestad jurisdiccional aún frente a los demás órganos de la Función

⁴⁸ Reproducimos sólo los argumentos centrales del TC vertidos en la “providencia” accesoria a la Resolución 002-2005-TC, que es el objeto de nuestro estudio.

LA DETERMINACIÓN DE LOS EFECTOS TEMPORALES EN LA SENTENCIA...

Judicial; sólo estarán sometidos a la Constitución y a la Ley”, consecuentemente están obligados a cumplir con lo dispuesto en el artículo 278 de la Carta Fundamental, norma especial para el caso de declaratoria de inconstitucionalidad de una norma. Se entiende así que cada juez es responsable en el ejercicio de su jurisdicción y competencia, respecto de las materias sometidas a su juzgamiento, debiendo cumplir para el efecto con el ordenamiento constitucional y legal vigente. En los términos señalados quedan atendidos los pedidos formulados.- NOTIFÍQUESE Y ARCHÍVESE» (El subrayado es mío).

- Extracto del “voto concurrente” en la “Providencia”:

«[El] Tribunal Constitucional pues como órgano de control constitucional debe garantizar los derechos fundamentales del ser humano y considerar por tanto como excepcionales, a las medidas restrictivas del derecho que en un proceso se dicten contra el ciudadano atacado por el Estado a través de una imputación penal. Es dentro de este marco, que las decisiones del Tribunal Constitucional deben considerarse equilibrando mediante la aplicación del principio de ponderación la tensión producida entre los derechos de la sociedad y del individuo»

(El subrayado es mío).

II.A.3) Evaluación y crítica de la decisión del TC.-

Para empezar, debemos coincidir en que esta singular providencia del TC es preocupantemente escueta en sus razonamientos. No sin méritos se dijo en su momento que «Para vergüenza de la razonabilidad jurídica que debe acompañar a todas las decisiones que toman las autoridades públicas, el TC despachó su decisión de irretroactividad en un solo párrafo en el que a duras penas cita dos normas jurídicas y un principio, los que son la base de una conclusión que no explica los caminos argumentativos que se recorrieron para alcanzarla»⁴⁹. Y decimos preocupante por cuanto la libertad de millares de ciudadanos - conculcada ya únicamente en virtud de la inconstitucional *detención en*

⁴⁹ FLORES AGUIRRE, Xavier, “La Detención en Firme: Crítica de un Continuo Fraude a la Constitución y a la Ley en la República del Ecuador”, publicado en “URVIO, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana” No. 1. Ediciones de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), Mayo de 2007, p. 8

firme- imponía al TC una actitud centralmente deliberativa en torno a los derechos en juego, lo que le impedía manejar el asunto «como si se tratara de una cuestión de mero trámite cuando, en realidad, un análisis adecuado implicaba cuando menos una cuidadosa ponderación...»⁵⁰.

Situándonos ya en la consideración central de la “providencia” (numeral 2), lo único que atina a decir el TC –aparte de reproducir los artículos que nosotros también transcribimos al inicio de este trabajo- es que «la declaratoria de inconstitucionalidad no modifica las situaciones procesales surgidas durante la vigencia de la norma»; lo cual no deja de ser una mera aseveración, pues no encontramos ni un solo argumento que encadenar a tal aserto. Simplemente el Tribunal se limitó a parafrasear las normas jurídicas invocadas para poder subsumirlas mecánicamente en el caso, sin expresar de ninguna forma razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión⁵¹.

La total ausencia de motivación jurídica⁵² en la providencia de marras es notoria; fruto de este vicio serán las serias dificultades en la aprehensión de sus alcances, que han quedado desperdigados en un oscuro panorama de arbitrariedad. Es de lamentar que siendo una decisión privativa y restrictiva de derechos, el TC haya *olvidado* esta sustancial exigencia que aquí adquiere una intensidad máxima⁵³, donde la sola invocación de las normas aplicables⁵⁴ resulta jurídicamente insuficiente.

Esta pobreza de razones esgrimidas por el TC tampoco encuentra una hipotética justificación en las declaraciones (antes citadas) de sus vocales. Decir que el fallo no tiene efecto retroactivo porque así lo establece la CPR, no nos dice nada que no provenga de una interpretación –o mejor dicho, de una lectura- literal de la norma constitucional; y decir que tal decisión no es una amnistía ni una orden de libertad, y que

⁵⁰ Ídem.

⁵¹ *Cfr.* Art. 19 del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, sobre el concepto de motivación.

⁵² Ídem, Art. 20.

⁵³ *Ibidem*, Art. 22

⁵⁴ *Ibidem*, Art. 24. *Cfr.* Art. 24, núm. 13, CPR: «Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho...»

de sus efectos se beneficiarán solamente las personas que cometan delitos con posterioridad a la publicación de aquella, pues de ningún modo es aportar argumentos que sustenten la decisión, sino limitarse a explicar sus consecuencias.

El gran inconveniente de la primera declaración radica en que una lectura fría de la norma constitucional, al estilo de un «jurista con anteojeras», no puede dar cuenta del principio de unidad de la Constitución ni de su concordancia práctica, que obligan a considerarla como un complejo normativo coherente y armónico⁵⁵; la inutilidad de las otras aserciones, en cambio, viene a ser el resultado de que aquellas no corresponden a un contexto de justificación: explican, pero no justifican nada.

Luego, y mediando la inexistencia de justificación de la “providencia” accesoria, el TC ha dado por sentada una interpretación literal del Art. 278.1 CPR según la cual debe entenderse a la irretroactividad de las declaratorias de inconstitucionalidad como un efecto de máximo grado que no admite matices; de ahí que textualmente haya consignado que las situaciones procesales surgidas durante la vigencia de la norma inconstitucional, no serán modificadas. Pues bien, valdría ahora preguntar si las *consecuencias* derivadas de este automático encuadramiento guardan coherencia con los principios fundamentales sustentados por la propia Constitución.

Ante todo, éstas son las consecuencias:

- Casi 7000 ciudadanos -entre hombres y mujeres- procesados pero no sentenciados, seguirían siendo privados de su libertad individual en virtud de una figura legal ya declarada inconstitucional (la detención en firme), lo cual supone la aplicación de una norma jurídica inexistente;

⁵⁵ Resulta curioso que el TC, en la propia Resolución principal, haya expresado en el Considerando Octavo lo siguiente: «OCTAVO.- El método sistemático de interpretación constitucional, guía al intérprete para entender a la Constitución como un todo orgánico, es decir, que no se puede analizar a la norma en su forma individual, sino que se la tiene que comprender prestando atención a la finalidad que persigue el conjunto normativo. Al efecto, para nadie es ajeno que el Estado ecuatoriano se ha dado un ordenamiento jurídico, cuya cúspide es la Constitución Política del Estado, que tiene como fin la protección de los derechos, libertades y garantías del ser humano».

- Contrastando ello con las garantías del Debido Proceso, se soslayaría la exigencia constitucional de limitar la privación de libertad *en los casos y por el tiempo prescrito en la ley*, según el Art. 24, núm. 6, CPR;
- Asimismo, la continuada eficacia de la norma inexistente conllevaría un extraño caso de *ultractividad* de la ley penal en perjuicio del imputado (*ultractividad im pejus*)⁵⁶, con lo cual se invierte el principio de *interpretación más favorable al reo*, extraído del Art. 24, núm. 2, CPR;
- Esta *ultractividad* desfavorable, por otro lado, impondría una manifiesta desigualdad ante la ley entre los ciudadanos a quienes se haya enjuiciado penalmente antes o después de la publicación del fallo del TC: los primeros, sujetos a una inconstitucional detención en firme que no tiene límites en el tiempo mientras no exista sentencia; los segundos, sólo afectos a la prisión preventiva como medida cautelar limitada constitucionalmente. O lo que es lo mismo: el derecho a ser juzgado en un tiempo razonable sería reconocido en partes desiguales por el sistema jurídico;
- Asimismo, continuaría irrazonablemente invertida en el tiempo la *presunción de inocencia* de toda persona no condenada, acorde al Art. 24, N. 7, CPR; y,
- Se seguiría consumando el «fraude al espíritu constitucional» al eludirse la limitación temporal de las medidas cautelares personales, dada por el Art. 24, núm. 8, CPR.

Estas abrumadoras consecuencias jurídicas responden claramente a nuestra inquietud: la decisión del TC que ha otorgado efectos absolutamente irretroactivos al fallo de inconstitucionalidad, no se compadece de ninguna manera, ni remotamente, con el contexto de un Estado Constitucional. La interpretación y aplicación literal de la norma constitucional ha llevado a que el TC, paradójicamente, desbarate el sistema de derechos fundamentales instaurado en la CPR: pues ni en su actividad interpretativa ha tomado en cuenta el principio de máxima favorabilidad

⁵⁶ «La verdad es que no conocemos teoría de la ley penal alguna que pueda amparar ello. Cuando la *ultractividad* de una ley se admite, es excepcionalmente y ello ocurre (...) sólo cuando la norma derogada es más favorable para el justiciable (*ultractividad im melius*), pero no a la inversa». Vid. CABALLERO BRUN, Felipe, "Derecho penal sustantivo y efectos en el tiempo de la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal" en Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XIX N°2, diciembre 2006, p. 170. Web: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v19n2/art08.pdf>

para la efectividad de los derechos y garantías constitucionales⁵⁷, ni con su decisión ha permitido que el libre y eficaz goce y ejercicio de los derechos humanos se encuentre ya garantizado a todas las personas sin discriminación alguna⁵⁸; así como tampoco quedan ya en pie –para los ciudadanos perjudicados por esta decisión– aquellas garantías mínimas que respaldan el derecho al Debido Proceso y a una justicia sin dilaciones⁵⁹.

Lo anterior es desconcertante: en este particular, el TC no sólo que ha sido esquivo en mostrar razones para justificar su decisión, sino que también ha olvidado el análisis valorativo de las consecuencias que aquella traería aparejadas⁶⁰, difícilmente admisibles desde el propio programa constitucional. Siendo más grave por la importancia de los derechos afectados, es notorio que esta falta de razonabilidad en las consecuencias⁶¹ desemboca en otro desacierto del TC; tanto como la falta de prudencia de quienes siendo jueces constitucionales no tuvieron reparos en decidir sin justificar, sin meditar y sin valorar.

Y si lo anterior es desconcertante, lo que aquí hemos identificado como consideración final de la “providencia” (numeral 3), nos muestra un párrafo ininteligible. Después de señalar la disposición de la CPR que somete a los magistrados y jueces exclusivamente «a la Constitución y a la Ley», el TC expresa que éstos, *consecuentemente*, «están obligados a cumplir con lo dispuesto en el artículo 278» CPR, por ser una «norma especial» para el caso de declaratoria de inconstitucionalidad; finalizando que «cada juez es responsable en el ejercicio de su jurisdicción y competencia», respecto de las materias sometidas a su juzgamiento.

⁵⁷ CPR, Art. 18.2

⁵⁸ CPR, Art. 17. *Cfr.* Art. 23, núm. 3, Ídem.

⁵⁹ CPR, Art. 23, núm. 27

⁶⁰ *Cfr.* Art. 71 del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial.

⁶¹ «...Parece sin duda esencial que la justificación de cualquier decisión en un área no gobernada por una regla obligatoria concreta, o cuando dicha regla sea ambigua o incompleta, deba proceder comparando y evaluando las decisiones propuestas a la luz de las consecuencias». Neil MACCORMICK, citado por BENGOETXÉA, Joxerramón, en “Una defensa del consecuencialismo en el derecho”. *Télos*, Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas, N° II/2 (1993), pp. 31-68.

De la lectura de este ambiguo considerando, saltan al menos dos alternativas –disyuntivas- para los tribunales penales: obrar vinculados solamente a la Constitución y a la Ley y, en consecuencia, decidir de forma independiente según su libre criterio judicial; o, acatar la disposición del TC y aplicar con carácter obligatorio la “norma especial” del Art. 278.1 CPR (con el sentido interpretativo dado por aquél). Como fuere, el hecho es que según el TC, cada órgano juzgador tiene la responsabilidad de ejercer su potestad jurisdiccional según su competencia (una auténtica verdad de Perogrullo).

Para concluir nuestro análisis, diremos que esta enredada ambigüedad viene a cerrar dificultosamente el texto de una providencia altamente contradictoria con los fundamentos jurídicos en que descansaba la Resolución principal a la que accede, que en su diminuto contenido retuerce la razón y los valores últimos del sistema jurídico (Justicia, Igualdad, Libertad); en fin: un vergonzoso precedente en la interpretación constitucional y en el entendimiento del Derecho.

II.B) Ejercicio argumentativo.-

Partiremos de una primera duda que se cierne sobre el análisis anterior, cual es, si el sacrificio de los derechos fundamentales de esos miles de detenidos sin sentencia se encontraría justificado por el mayor peso de algún otro valor constitucional. Sabemos que el TC cargó todo el peso de su decisión accesoria por precautelar la *seguridad jurídica*; pero nos llama la atención que la haya identificado dentro del catálogo de derechos de la CPR (Art. 23, núm. 26)⁶² sin especificar quiénes serían los sujetos titulares de ese derecho que se verían afectados de no contemplarse la interpretación literal de irretroactividad en grado máximo.

En este sentido, si el TC sublimó el desmedro –o la negación, con más propiedad- de los derechos de libertad individual, igualdad y debido proceso de ley, por preferir *el derecho a la seguridad jurídica* (como lo configura la disposición constitucional invocada), su decisión no sólo sería injustificada o inconsecuente, sino también absurda; ello porque una eventual decisión en contrario, que haya pesado mejor a esos derechos de

⁶² Cfr. “Consideración Central”: Numeral 2 de la Providencia.

los ciudadanos detenidos, *no afectaba el derecho a la seguridad jurídica de nadie*. Éstas son las razones:

- Si nos referimos a los propios 7000 detenidos, es paradójico afirmar que *su* seguridad jurídica se estaría afectando; conculcados en su libertad por efectos de una norma inexistente que se aplica con efectos perjudicialmente ultractivos, es justamente ese derecho el que se vacía con esta decisión;
- Si nos referimos a las víctimas de los delitos por los que se acusa a los detenidos sin sentencia, valdría decir que su seguridad jurídica - entendida aquí dentro de la ramificación con la tutela judicial efectiva- tampoco se ve afectada, ya que no se trata de que el juicio penal concluya ni de que la pretensión punitiva se interrumpa; se trata de que debe existir un tiempo razonable de privación cautelar, en subsidio del cual existe el derecho a esperar el resultado final del enjuiciamiento en libertad⁶³;
- Y si nos referimos, agotando ya una última opción, al derecho a la seguridad jurídica “de la sociedad”, como parece indicar el vocal que emitió el “voto concurrente” cuando consignó que las decisiones del TC deben considerarse equilibrando «la tensión producida entre los derechos de la sociedad y del individuo», diremos que ello a más de impreciso resulta falso: Para empezar, la seguridad jurídica no es

⁶³ «[E]l problema que se presenta, es que una vez que obtiene libertad el procesado, este desaparece, fuga del país y no se vuelve a saber de él, especialmente si el delito que se le atribuye es grave y llegará el momento en que no comparezca al juzgamiento, ni mucho menos a cumplir la pena (...)». Fragmento de la contestación de la demanda de inconstitucionalidad de la Ley 2003-101, por parte del Subsecretario Jurídico de la Presidencia de la República. *Cfr.* Resolución 002-2005-TC, antes citada, acápite “Contestaciones a la Demanda”. En esta crítica, cabe descubrir una clara falacia: de las limitaciones temporales a una medida cautelar de orden personal no se sigue que aquellas sean la causa de la frustración del proceso penal, como parecería indicar el interlocutor (“si no hay justicia penal es porque los detenidos a quienes liberamos se fugan; luego, no los liberemos”); Esta argumentación falaz no toma en cuenta que existen otros factores que verdaderamente influyen en el mentado fracaso de la jurisdicción penal y en la ausencia de tutela judicial efectiva para las víctimas del delito, entre ellos: «...el mal funcionamiento del sistema procesal penal, la ausencia de una verdadera defensa pública, el mal manejo del sistema acusatorio, el poco manejo de las herramientas de la oralidad por parte de todos los actores del sistema, las formalidades excesivas de los procesos, las prácticas abusivas de los abogados defensores, el abuso de la prisión preventiva, la lentitud de fiscales, jueces y tribunales, etc. ». Vid. SIMON, Farith, “Sobre el fallo del Tribunal Constitucional respecto a la detención en firme”, comentario publicado en: <http://www.lexis.com.ec/lexis/archivosNoticiasHome/SOBRE%20EL%20FALLO%20DEL%20TRIBUNAL%20CONSTITUCIONAL.htm>

un derecho de ejercicio colectivo sino individual; y en segundo término, la seguridad jurídica de cada uno de los ciudadanos ecuatorianos –a menos que formen parte de los dos anteriores grupos de quienes ya nos hemos referido– en nada se compromete por una decisión judicial de la que no forman parte y respecto de la cual no reciben sus efectos, que por cierto no modifican en lo absoluto su situación jurídica⁶⁴.

En consecuencia, es patente que la seguridad jurídica -vista desde la dimensión de los derechos públicos subjetivos- no constituía contrapeso alguno para justificar los desequilibrios ocasionados por la decisión de irretroactividad máxima del TC; sencillamente nadie se hubiera visto afectado en ese derecho. Pero, recordemos, los jueces constitucionales no siquiera sopesaron valores: más bien tomaron el *derecho* a la seguridad jurídica como razón operativa perentoria que no admitía deliberaciones en torno al Art. 278.1 CPR, al que dieron aplicación absoluta.

Se tiene entonces que hasta interpretando literalmente la Constitución, el TC yerra en dar la respuesta propia del autómata; pues una defensa de corte mecanicista no se fundamentaría en la seguridad jurídica como *derecho*, sino como valor institucional *del Derecho* y «principio informador supernormativo del ordenamiento jurídico»⁶⁵, en virtud del que no se podría permitir la revisión de los actos y relaciones pretéritas que componen la compleja fenomenología jurídica, porque pondría en entredicho el funcionamiento de las pautas razonables de previsibilidad como presupuesto del Estado de Derecho. Añadiendo, claro está, un carácter absoluto a ese valor institucional.

⁶⁴ Otra interpretación sobre la vaguedad del término “derechos de la sociedad” empleado en el “voto concurrente”, consistiría en la apelación a un atípico “derecho a la seguridad ciudadana” –noción reciente que expresa un interés colectivo a vivir con la mayor protección del Estado ante los embates de la delincuencia-. Sin embargo, tampoco existe una conexión directa entre la inseguridad ciudadana y la exigencia de limitar razonablemente en el tiempo las medidas cautelares. Sostener esta conexión dentro de la decisión accesoria del TC –a efectos de poner en la balanza a la *seguridad ciudadana*- implicaría el grave error de abrir los parámetros deliberativos de un concreto conflicto de derechos, a los intereses que cualquier persona o colectividad pueda crear comprometidos por futuras y eventuales posibilidades (la posibilidad de que los detenidos sin sentencia vuelvan a delinquir). Se trataría de una falsa ponderación.

⁶⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 7 (1990), p. 331.

Lo anterior no es ya absurdo, pero en cambio sí que nos plantea serios inconvenientes si vemos tal argumento desde el paradigma de un Estado Constitucional. En el presente ejercicio vamos a reproducir las posiciones con las que se ha tratado de resolver este dilema, confrontando los argumentos vertidos, y -al final- intentando nosotros mismos sustentar una propuesta de solución.

II.B.1) Primera posición: La irretroactividad es absoluta.-

«Soy del criterio de que la norma que se debe aplicar es, en todo caso, la del inciso primero del Art. 278 de la Carta Constitucional, por las siguientes consideraciones: 1) Porque las providencias de detención en firme que hayan sido dictadas con anterioridad al 26 de Octubre en que se publicó en el Registro Oficial la declaratoria de inconstitucionalidad (...), lo fueron con apego a la ley vigente al momento en que se las dictó y, por consiguiente, son absolutamente legales en su origen; 2) Porque la irretroactividad prevista en el mencionado Art. 278, inciso primero, de la Ley Fundamental ecuatoriana, es absoluta y no relativa (...) En efecto, la norma invocada dispone con norma de imperio, que la declaratoria no tendrá efecto retroactivo, sin sujetarla a condición o circunstancia alguna que amengüe la rigidez de tal norma mandatoria, como podría ser el que se hubiera contemplado algún caso de excepción para ella (...) Es, insisto, una irretroactividad absoluta...»⁶⁶

No compartimos esta posición en ninguna de sus partes, por cuanto su visión coincide con la clásica identificación del Derecho como un sistema de reglas, cuyo carácter “todo o nada” es la materia propia del razonamiento subsuntivo y del silogismo racionalista. No nos parece que debamos extendernos, toda vez que a lo largo de este trabajo hemos expuesto nuestra opinión en contrario. Sin embargo, y siendo justos, cabe admitir que la solución ofrecida por el autor en cita termina decantándose por la libertad de los detenidos, aunque el recorrido argumentativo es -cuando menos- contradictorio.

Dicha propuesta de solución consiste en que cada detenido solicite al juez competente que dictamine su libertad, al no existir ya ningún

⁶⁶ SERRANO PUIG, Armando, *cit.*, p. 66

fundamento legal de su detención; aclarando -el autor- que no se trata de un pedido de revocatoria, pues en este caso sí se generaría «el efecto retroactivo que no permite el Artículo 278 Constitucional»⁶⁷. Lo que no queda claro es cómo se compagina el carácter absoluto de la irretroactividad con la procedencia de la libertad; pues el dictado de una providencia que decreta la excarcelación del reo (solución) desde luego que modifica la situación procesal surgida durante la vigencia de la norma inconstitucional (la detención en firme), en tanto constituye un nuevo estado de cosas que difiere del pasado (y la irretroactividad absoluta consiste precisamente en no tocar el pasado). No parece coherente, luego, sostener ambas cosas a la vez.

II.B.2) Segunda posición: La irretroactividad es excepcional.-

«...La irretroactividad se aplica solo en los casos de situaciones jurídicas que surgieron al amparo de las normas cuya inconstitucionalidad se declara, cuando tales situaciones han sucedido de manera íntegra con anterioridad a la declaratoria de inconstitucionalidad, con lo cual se excluye, por supuesto, todas las situaciones jurídicas que tengan vigor al momento de la declaratoria, *i.e.*, durante la entrada en vigor de la misma».

«...Sobran las razones para no aceptar la interpretación de irretroactividad que el TC hizo en la aclaración de marras (...) Las detenciones en firme que se mantienen actualmente en vigor (...) no se encuadran en el presupuesto que establece el artículo 22 LOCC (“y antes”) porque se mantienen vigentes *durante* la declaratoria de inconstitucionalidad del TC y, entonces, al borrar éste la detención en firme del ordenamiento jurídico ecuatoriano, necesariamente debería dejar[las] insubsistentes...»⁶⁸

Con esta posición coincidimos plenamente en el resultado, más no tanto en el razonamiento empleado como medio. El autor sostiene –en una interpretación que armoniza la CPR con la Ley Orgánica de Control Constitucional (LOCC)- que la irretroactividad que tratamos sólo es predicable de las situaciones jurídicas consumadas, vale decir, las que se

⁶⁷ *Íd.*, p. 67.

⁶⁸ FLORES AGUIRRE, Xavier, *cit.*, p. 7 y 8

han suscitado y agotado antes de la declaratoria de inconstitucionalidad, y no de las que se encuentran vigentes, como es el caso de las detenciones en firme.

Sin embargo, cabe apostillar lo siguiente. Las relaciones jurídicas difícilmente se agotan -sin más- en un punto muerto en el tiempo; por el contrario siempre es posible advertir efectos prospectivos⁶⁹, lo que dificulta -en la mayoría de los casos- definir cuándo una situación se encuentra consumada para el Derecho. Pero aun allanándonos a esta tesis, encontramos que si así fuesen las cosas, la norma constitucional quedaría vaciada de contenido, dado que: a) una situación jurídica que ya no produzca ningún efecto en la actualidad y se haya consumado «de manera íntegra» antes de la declaratoria de inconstitucionalidad, no necesitaría de regulación específica que prohíba que ser alcanzada posteriormente, porque simplemente ya no habría materia sobre la cual retrotraerse⁷⁰; y, b) si todo lo demás puede ser objeto de retroactividad, ya no cabría hablar en ningún sentido de irretroactividad de los fallos de inconstitucionalidad (no siquiera como excepción). La norma del Art. 278.1 CPR, así interpretada, contendría un enunciado tautológico (“no se podrá afectar retroactivamente las situaciones que no se pueden afectar”) y, además, permitiría en la práctica todo lo que sus términos prescriptivos prohíben. La disposición constitucional, luego, carecería de utilidad.

Lo que sostiene el autor en cita es que en tiempo actual ya no existe impedimento legal para que los detenidos obtengan su libertad, porque éste, básicamente, no es un caso de irretroactividad.

⁶⁹ Piénsese, por ejemplo, en una sentencia ejecutoriada que deba ser revisada por efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley penal en que se funda la condena.

⁷⁰ En el ejemplo de situación jurídica consumada dado por el mismo autor, la condena ejecutoriada del otrora “detenido en firme” ocurrida antes de la declaratoria de inconstitucionalidad no suscitaría ninguna relevancia en la problemática de la irretroactividad de la detención en firme; pero no porque así lo prescriba ninguna norma sino porque sencillamente la condición *cautelar* del procesado ha pasado a ser un momento histórico sobre el que fácticamente ya no es posible volver. Así, el condenado no podría solicitar que se deje sin efecto la inconstitucional detención en firme que alguna vez se le aplicó, porque ésta ya no existe y ahora forma parte de la condena que está cumpliendo.

Nosotros dudamos de que no lo sea, aun cuando compartamos la búsqueda de la libertad de los detenidos, pues al modificar la situación procesal de éstos -aquí y ahora- necesariamente se afecta el estado de cosas pretérito que encontraba su sustento en la norma inconstitucional. Ello es así porque la actual privación de libertad no obedece a ningún fenómeno independiente sino que es un *efecto* derivado de un vicio del pasado⁷¹, lo que impide considerar o calificar las circunstancias presentes independientemente de su causa jurídica.

Ahora bien, si además de ello consideramos que la existencia de los actos procesales que impusieron las detenciones en firme en cada enjuiciamiento penal concreto, constituyen efectivamente un impedimento legal que condiciona la libertad de los detenidos, la identificación de un problema de irretroactividad se advierte palmariamente. La única forma de destruir este obstáculo es considerar que tales providencias judiciales, dictadas con anterioridad al fallo del TC, son inválidas por haber devenido su inconstitucionalidad; pero eso sería, justamente, apreciar los efectos jurídicos retroactivos de la sentencia.

II.B.3) Nuestra posición: La irretroactividad es un principio *prima facie*.

No es difícil advertir en las anteriores posiciones un esfuerzo por evitar la contradicción con el principio de irretroactividad inserto en el Art. 278.1 CPR, sea buscando su armonía, o sea escapando del sitio donde éste dirige sus prescripciones. Nosotros no vamos a eludir la concurrencia con aquel principio, porque simplemente éste, al no ser absoluto, no está por encima de otros principios que en este particular pueden presentar razones de mayor peso. El valor institucional de la seguridad jurídica apunta a preservar la certeza del Derecho, pero en ningún caso su interpretación debiera ser tan exorbitante como para enervar valores de corrección que fundamentan en último término los cimientos del Estado Constitucional.

⁷¹ De hecho este es el fundamento de la retroactividad penal favorable, que opera -por ejemplo- cuando de la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley se deriva una reducción o eliminación de una pena o sanción, o la exclusión, exención o limitación de responsabilidades.

Nuestra posición consiste en sostener que la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley reformativa al CPP debió tener efectos *retroactivos*, a pesar del Art. 278.1 CPR. Consecuentemente, los efectos *ex tunc* de tal decisión hubieran dejado radicalmente inválidas todas las providencias judiciales por las que se impuso la inconstitucional medida cautelar de la “detención en firme”, siendo el último paso la revocatoria de aquellas, de oficio o a petición de parte, a partir de la vigencia del fallo.

¿Significa ello que los vocales del TC debían obrar en contra de la Constitución, particularmente de la prohibición constitucional de retroactividad de los fallos de inconstitucionalidad? De ningún modo. Dicho principio institucional, como antes analizamos, no puede operar consistentemente en el razonamiento jurídico como una regla atrincherada con perfecta autonomía semántica respecto de sus razones subyacentes; éstas deben ser sopesadas deliberativamente antes de aplicar la norma, y es en este examen donde la necesaria remisión a juicios de valor puede traer como resultado que una norma jurídica -no obstante estar autoritativamente identificada como Derecho- sea excluida en su aplicación en orden a evitar insuficiencias o excesos⁷².

Tal como dejamos delineado en la reconstrucción final del enunciado jurídico extraído del Art. 278.1 CPR, tal irretroactividad es en nuestra opinión un principio *prima facie*, que debe ser aplicado con toda plenitud salvo que en relación con la eficacia temporal del fallo concurra otro principio que ordene otra cosa y que, según las propiedades del caso, tenga un mayor peso. El principio de legalidad y, en último término, el principio de justicia material, exigían que el TC excluya la aplicación del Art. 278.1 CPR, evitando así las perniciosas consecuencias para el mantenimiento de la unidad de la Constitución y para la vigencia del sistema de derechos fundamentales, que ya antes hemos detallado. ¿Pero cuáles eran los caminos que se debían haber recorrido?

En primer lugar, debían haberse tomado en serio las consecuencias. Un mínimo de prudencia exigía que el TC valore los impactos de su decisión en relación con los derechos de las personas involucradas y con

⁷² RÓDENAS, Ángeles, *cit.*, p. 447 y 448.

la coherencia del sistema jurídico; de lo cual – a menos que se quiera negar lo evidente- se hubiera identificado los principios en concurrencia que juegan en sentido contrario a la alternativa adoptada.

En segundo término, se debía haber practicado el *test de razonabilidad* en orden a determinar si efectivamente resultaba equilibrado aplicar en grado máximo el principio de irretroactividad, frente al desmedro de los derechos fundamentales de los ciudadanos detenidos sin sentencia. Así, no hubiese sido difícil encontrar que la exagerada intensidad de tal medida no era necesaria para alcanzar la satisfacción de un valor de seguridad jurídica que en este caso no siquiera demandaba la adopción de ninguna medida limitativa o restrictiva de derechos; en consecuencia, no se hubiera podido demostrar la urgente necesidad o importancia de satisfacer tal principio, ni por ende se hubiera hallado justificación alguna para sostener el grado de insatisfacción y detrimento de los derechos fundamentales.

Dentro del mismo ejercicio de razonabilidad, y luego de descartar la injustificada medida de irretroactividad máxima, correspondía al TC encontrar dentro del Derecho una alternativa viable que -sin enervar la seguridad jurídica como valor institucional- procurase la armonización de los derechos fundamentales en concurrencia. Dicha medida tendría que haber sido, bajo nuestro criterio, la determinación de efectos *retroactivos* para la sentencia de inconstitucionalidad de la detención en firme, con fundamento jurídico en:

- A) El principio de legalidad: El Art. 24, núm. 6, CPR, dispone que «Nadie será privado de su libertad sino por orden escrita de juez competente, *en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley*». Al no existir ya la ley inconstitucional que determinó el sustento jurídico de las detenciones en firme, las personas detenidas exclusivamente en tal virtud no podrían haber seguido privadas de su libertad: no hay ley que justifique su estado. Sin embargo, la sola declaración de inconstitucionalidad con efectos *ex nunc* o pro futuro, no alcanza para que los detenidos puedan lograr su libertad: la existencia de actos del poder judicial, no revocados, que en cada proceso penal disponen la detención en firme, viene a ser un obstáculo que sortear. Luego, para evitar una contradicción indeseable

entre el mandato constitucional aquí transcrito y tales actos jurisdiccionales, es necesario que éstos también sean afectados con la invalidez radical dimanante del fallo de inconstitucionalidad; en otras palabras, esta declaración de inconstitucionalidad no sólo debe proyectarse al futuro, sino que debe tener efectos retroactivos.

Una decisión contraria (irretroactiva), por supuesto, dejaría en evidencia la ruptura de la unidad de la Constitución: existiría un supuesto en el cual la libertad individual, a pesar de no existir ninguna ley, pudiera mantenerse privada de su goce y sin lograr nada a cambio: sería el caso de las leyes inconstitucionales en materia procesal penal, a las que se premiaría con la aceptación de su continuada eficacia jurídica.

- B) El principio de justicia material. Si la finalidad del sistema procesal es la realización de la justicia (Art. 192 CPR), la decisión más justa que debió haber adoptado el TC era la determinación de los efectos retroactivos, lo cual también haya su fundamento jurídico en una elemental herramienta hermenéutica: el principio de interpretación más favorable para la vigencia de los derechos y garantías constitucionales (Art. 18.2 CPR). Solamente a través de esta interpretación es que se puede ser coherente con la propia decisión central del fallo de inconstitucionalidad, que ante todo debe perseguir la cesación eficaz de aquellas injusticias que motivaron el recurso (prolongación irrazonable del tiempo de juzgamiento, de privación cautelar de la libertad y de inversión de la presunción de inocencia); consecuentemente, el fallo que declara la inconstitucionalidad de la detención en firme no puede ser indiferente con los efectos jurídicos que haya acarreado la norma expugnada. Es un imperativo, pues, que la exterminación del vicio de inconstitucionalidad sea desde su germen (efectos *ex tunc*), invalidando todos los actos de aplicación de la ley inconstitucional y negando a ésta cualquier resquicio de eficacia y, por ende, de injusticia.

Como también hemos visto, la decisión contraria (irretroactividad) no sólo que no pone remedio a las injusticias ocasionadas por la inconstitucionalidad declarada, sino que las agrava: muestra de ello es la desigualdad jurídica que causa una sentencia que olvida, con seguridad, la dimensión de los derechos.

La determinación de los efectos retroactivos, por otra parte, no afecta el valor institucional de la seguridad jurídica, que en este caso carece de finalidad protectora. La disposición constitucional de irretroactividad busca la certeza del Derecho y la conservación de los actos para no perjudicar a quien actuó de buena fe, pero este no es el caso: el sistema jurídico no corre el riesgo de desestabilizarse por la anulación de la ley procesal penal y de todos sus efectos (lo que sí podría ocurrir en otros supuestos). Más bien podría decirse que los principios sustantivos que hemos cotejado, y particularmente los derechos fundamentales que subyacen en aquellos, tienen la suficiente relevancia axiológica como para relegar a la seguridad jurídica a un segundo plano, donde su valor ínsito para el Derecho en nada se ve comprometido.

Finalmente, la retroacción de los efectos jurídicos anulatorios tendría que haber sido clara y expresamente determinada en el contenido de la propia sentencia de inconstitucionalidad, otorgando de esta forma el fundamento jurídico para que los tribunales de justicia ordinarios, competentes en materia penal, puedan revocar legalmente sus propios actos –ahora también afectados con invalidez radical- y en consecuencia otorgar la libertad a los ciudadanos detenidos únicamente por causa de la inconstitucional medida cautelar de orden personal.

III. Conclusiones.-

La solución dibujada en líneas anteriores es la que, en este particular conflicto jurídico, y bajo nuestro criterio, resultaría más adecuada en relación al funcionamiento de un sistema jurídico evolucionado en el interior de un Estado Constitucional. Sin embargo, y conscientes de que la compleja fenomenología jurídica no siempre encuentra puntos de similitud, no hemos pretendido fundamentar una respuesta recurrente para todos los casos de inconstitucionalidad de leyes procesales penales.

En la problemática de la determinación de los efectos jurídicos que en el tiempo tendrán las sentencias de inconstitucionalidad, nuestra observación es que no se pueden construir taxonomías cerradas, ni menos reconducir todos los casos posibles a una respuesta única, aun cuando se señale que esa respuesta está dada por el texto constitucional. El ejercicio de la jurisdicción constitucional no puede limitarse a la mera

función de “legislador negativo”: la valoración y pacificación del ordenamiento jurídico, constituyen también funciones esenciales que el Tribunal Constitucional debe asumir con convicción y con actitud crítica.

Lo antes dicho es derivación de una realidad latente, y es que las razones que el Derecho proporciona a los operadores jurídicos *no son* independientes del contenido de sus prescripciones; por el contrario, las naturales tensiones internas que afronta el Derecho son justamente el reflejo del carácter dual de las razones autoritativas y valores jurídicos que éste incorpora.⁷³ La deliberación sobre las razones que juegan a favor o en contra de realizar una determinada acción prescrita, pues, viene a ser la única vía capaz de ofrecer una reconstrucción satisfactoria de los casos difíciles, y también una inmejorable opción de evitar aquellos desajustes llamados *experiencias recalcitrantes*⁷⁴.

Es en esa argumentación deliberativa donde la práctica constitucional debería dar cuenta del cambio de concepción acerca de la dimensión regulativa de la Constitución y de la conexión interna entre los derechos constitucionales y el orden jurídico; donde, a la par de utilizar la exigencia de coherencia valorativa como test de corrección normativa, se dimensione que el orden jurídico se edifica, centralmente, con la razonable determinación y concreción de los derechos fundamentales.⁷⁵

¿Qué hace falta para empezar dicho recorrido? Pues un buen comienzo sería que los operadores jurídicos –especialmente los jueces constitucionales– estén al tanto del correcto funcionamiento de las piezas del Derecho y del importante rol que juega la argumentación jurídica como instrumento para alcanzar la razonabilidad de sus decisiones, conforme el contemporáneo paradigma del Estado Constitucional lo exige. Son estas prácticas las que podrán definir el cambio de cultura jurídica dominante y, en último término, el efectivo tránsito hacia la constitucionalización del orden jurídico.

⁷³ RÓDENAS, Ángeles, *cit.*, p. 420.

⁷⁴ *Íd.*, p. 432.

⁷⁵ AGUILÓ REGLA, Josep, *Sobre la Constitución del Estado Constitucional*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 24 (2001), p. 454 y 455.

JORGE BAQUERIZO MINUCHE