Quito, D. M., 05 de agosto del 2010

Sentencia N.° 019-10-SCN-CC

CASO N.° 0024-09-CN

LA CORTE CONSTITUCIONAL para el período de transición:

Juez Constitucional Ponente: Dr. MSc. Alfonso Luz Yunes

I. ANTECEDENTES

Resumen de Admisibilidad

El caso N.° 0024-09-CN fue presentado ante la Corte Constitucional, para el período de transición, el día 19 de agosto del 2009.

El Secretario General de la Corte Constitucional, el día 19 de agosto del 2009 certificó que no se había presentado otra demanda con identidad de sujeto, objeto y acción.

La Secretaria Relatora de la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en oficio N.° 412-09 CPJP-TSP del 18 de agosto del 2009, dando cumplimiento a la consulta dispuesta en providencia del 29 de julio del 2009 por la Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, remitió a la Corte Constitucional el juicio N.° 381-09 JLL, que por el delito de presunto ilícito aduanero se sigue contra Marlon Herrera Pazmiño.

Detalle de consulta sobre constitucionalidad

En el acta de audiencia dentro del proceso penal N.° 381-09-JLL que por presunto

ilícito aduanero se sigue en contra de Marlon Herrera Pazmiño, consta la intervención del doctor García, quien señala que: *"Esta causa ha generado a la Sala varios cuestionamientos, especialmente de índole constitucional, pues independientemente del caso específico, consideramos necesario que debe dilucidarse, en materia penal tributaria toda vulneración del bien jurídico independiente de su monto o entidad debe ser susceptible de intervención penal, consideramos que los artículos contenidos en el Capítulo II del Título II de la Ley Orgánica de Aduanas debe ser entendido de manera restrictiva de conformidad a los fines de la Constitución, en un estado social democrático de derecho, la libertad es la regla y la intervención penal es la excepción. En un estado social y democrático social se justifica la detención de las personas de manera excepcional y como última ratio, esto es, último recurso de la sociedad para la protección de bienes jurídicos. En razón de que en los Arts. 82 y 83 de la Ley Orgánica de la Ley de Aduanas, no se contempla un monto mínimo que permita diferenciar lo vagatelar de lo que no es, esta Sala ha decidido consultar la constitucionalidad de dichos artículos a la Corte Constitucional, de manera que de acuerdo al Art. 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, ésta se pronuncie sobre los límites constitucionales que la aplicación de estos tipos de objetivos deben tener".*

Los señores doctores Eduardo Ochoa Chiriboga, Conjuez Titular; Isabel Ulloa Villavicencio, Jueza, y Ramiro García Falconí, Conjuez Permanente de la Tercera Sala Especializada de lo Penal, en providencia del 29 de julio del 2009, disponen que por existir cuestionamientos sobre los límites constitucionales de las normas a aplicarse dentro de la causa N.° 381-09 y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 428 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, remiten el proceso a consulta a la Corte Constitucional.

II. PARTE MOTIVA

Competencia de la Corte Constitucional para el período de transición

La Corte Constitucional, para el periodo de transición, es competente para conocer y resolver la presente causa, de conformidad con lo previsto en el artículo 428 y 429 de la Constitución de la República, y el artículo 27 del Régimen de Transición

incorporado a la misma, publicados en el Registro Oficial N.° 440 del 20 de octubre del 2008, en concordancia con los artículos 39 y 40 de la Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, publicado en el Registro Oficial N.° 466 del 13 de noviembre del 2008, y con la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N.° 52 del 22 de octubre del 2009.

Finalidad y objeto del control concreto de constitucionalidad

El artículo 141 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dispone que:

> "El control concreto tiene como finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales.
>
> Los jueces aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido".

El objeto o propósito del control concreto de constitucionalidad está direccionado a que las normas secundarias del ordenamiento jurídico guarden conformidad con las constitucionales, es decir, que en la aplicación que hagan los jueces de esas disposiciones no se vulnere derechos consagrados en la Constitución de la República.

Resulta evidente que un sistema de control de esta naturaleza somete la conducta de todo juez a la rigurosidad de la norma constitucional, lo cual resulta beneficioso para el mantenimiento de la hegemonía de aquella sobre la secundaria, y también podría, a través de la jurisprudencia, desarrollar las garantías constitucionales. Es evidente entonces, la necesidad de este control.

Al respecto, son concluyentes las valiosas opiniones de Claudia Escobar García, expuestas en el Compendio de la Constitución del 2008 en el Contexto Andino, cuando sostiene: *"Que existe consenso sobre la necesidad de garantizar la supremacía y fuerza normativa de las constituciones políticas, para que pasen de ser un documento meramente político a un texto jurídico en el sentido pleno de la*

palabra"; y que: *"En el denominado control concreto de constitucionalidad, todos y cada uno de los jueces son considerados constitucionales, y en este sentido cada uno de ellos debe asegurar que la aplicación de las normas jurídicas que sirven de base a la resolución de los problemas jurídicos sometidos a su conocimiento, se ajusten a los preceptos constitucionales; por este motivo, cuando la aplicación de una norma jurídica al caso particular genera una situación de inconstitucionalidad, el juez debe inaplicarla".*

El asunto objeto de la consulta por parte de la Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha

El día 29 de julio del año 2009, ante la Juez y Conjueces de la Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, se celebró la audiencia oral pública y contradictoria para conocer los fundamentos del recurso de apelación interpuesto por Marlon Mauricio Herrera Pazmiño del auto de llamamiento a juicio, dentro de la causa N.° 381-09-JLL, que se le sigue en dicho tribunal por delito aduanero, como también para oír a las demás partes procesales.

Concluida la participación de los sujetos participantes en la diligencia, el Dr. Ramiro García Falconí, Conjuez Permanente de la Sala, solicitó la palabra y dijo: *"Esta causa ha generado a la Sala varios cuestionamientos especialmente de índole constitucional, pues independientemente del caso específico, consideramos que debe dilucidarse, si en materia penal tributaria toda vulneración del bien jurídico independientemente de su monto o cantidad debe ser susceptible de intervención penal, consideramos que los artículos contenidos en el Capítulo 2 del Título 2 de la Ley Orgánica de Aduanas debe ser entendida de manera restrictiva de conformidad a los fines de la Constitución, en un Estado social democrático de derecho, la libertad es la regla y la intervención penal es la excepción. En un Estado social y democrático se justifica la detención de las personas de manera excepcional y como última ratio, esto es, el último recurso de la sociedad para la protección de bienes jurídicos. En razón de que los Arts. 82 y 83 de la Ley Orgánica de Aduanas, no se contempla un monto mínimo que permita diferenciar lo vagatelar de lo que no lo es, esta Sala ha decidido consultar la constitucionalidad de dichos artículos a la Corte Constitucional, de manera que de acuerdo al Art. 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, ésta se pronuncie sobre los límites constitucionales que la aplicación de estos tipos de objetivos deben tener..."*.

Así, entonces, en palabras de los jueces provinciales, la materia de consulta se refiere a las normas del Capítulo II, Título II y concretamente los artículos 82 y 83 de la Ley Orgánica de Aduanas.

El origen constitucional y legal de la consulta respecto de la constitucionalidad de una norma secundaria

a) El artículo 428 de la Constitución de la República del 2008 dispone que:

> "Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente".

La Constitución Política de la República del año 1998, contenía ya una norma aproximada a la antes transcrita, con la diferencia de que en ésta se concedía facultad al juzgador para no aplicar una norma que a su juicio fuese inconstitucional, sin perjuicio de fallar sobre el asunto principal, decisión que sólo tenía fuerza obligatoria en el trámite concreto, debiendo el operador de justicia enviar informe al órgano de control constitucional para que éste decida con el carácter de general y obligatorio.

La modificación que realiza la actual Constitución es un cambio de control difuso, que se origina en el hecho de que cualquier juez puede inaplicar una norma que considere inconstitucional dentro de una causa cualquiera puesta a su conocimiento, a un control concentrado, en el que es el órgano constitucional el que tiene la facultad de decidir sobre la inconstitucionalidad de la norma secundaria, sistema en el cual sólo le está permitido al juez, en caso de duda sobre la constitucionalidad de la disposición legal, suspender la tramitación de la causa y remitir los antecedentes al órgano constitucional para que adopte la decisión que se aplicará en el futuro, desde el punto de vista constitucional.

b) Los dos primeros incisos del artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional disponen que:

> *"Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.*
>
> *En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma".*

Hablando siempre de la supremacía de la norma constitucional, el inciso segundo del artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone que:

> *"...cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional... ".*

El contenido de esta disposición, que es eco de la norma del artículo 428 de la Constitución, confirma en todo caso el celo garantista de ésta, desde el punto de vista del control al que somete a todos los jueces y a otros en el desempeño de sus cargos.

Las disposiciones legales que originaron la consulta de su constitucionalidad

Las normas que la Jueza y Conjueces de la Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha estiman que podrían conllevar inconstitucionalidad, son las del Capítulo II, Título II, y en especial los artículos 82 y 83 de la Ley Orgánica de Aduanas, por lo que suspendieron la causa N.° 381-09-JLL que, por la supuesta comisión de delito aduanero, se sigue en dicha Sala en

contra de Marlon Mauricio Herrera Pazmiño. Estas disposiciones textualmente son:

El artículo 82 de la Ley Orgánica de Aduanas define:

> *"Art. 82.- Delito Aduanero.- El delito aduanero consiste en el ilícito y clandestino tráfico internacional de mercancías, o en todo acto de simulación, ocultación, falsedad o engaño que induzca a error a la autoridad aduanera, realizados para causar perjuicios al fisco, evadiendo el pago total o parcial de impuestos o el cumplimiento de normas aduaneras, aunque las mercancías no sean objeto de tributación".*

Y el artículo 83 de la misma dice:

> "**Art. 83.- Tipos de Delitos Aduaneros.-** Son delitos aduaneros:

a) La entrada de mercancías al territorio aduanero, o la salida de él sin el control de la Administración Aduanera;
b) La carga o descarga de mercancías de un medio de transporte sin control de la Administración Aduanera;
c) El lanzamiento de mercancías de un medio de transporte, eludiendo el control aduanero;
d) La modificación del estado de las mercancías entre el punto de franqueamiento de la frontera aduanera y el distrito de destino;
e) La utilización no autorizada de un lugar, puerto o vía no habilitado para el tráfico internacional de mercancías salvo los casos fortuitos o de fuerza mayor;
f) El abandono de mercancías en lugares contiguos o cercanos a las fronteras;
g) La venta, transferencia o el uso indebido de mercancías importadas al amparo de regímenes suspensivos de pago de impuestos, o con exoneración total o parcial, sin la autorización previa del Gerente competente;
h) La tenencia o movilización de mercancías extranjeras sin la documentación que acredite su legal importación;
i) La falta de presentación del manifiesto de carga total o la tenencia de mercancías no manifestadas a bordo de un transporte internacional;
j) La falsa declaración aduanera respecto del tipo, naturaleza, peso, cantidad, valor, origen y procedencia de las mercancías, cuando la diferencia de los tributos causados exceda del diez por ciento; la falsa declaración aduanera respecto del tipo, naturaleza, peso, cantidad, valor, origen y procedencia de las mercancías, cuando la

diferencia de los tributos causados exceda del 10% será sancionada con la pena establecida para el delito de falsedad de instrumentos públicos, de conformidad con el código penal, en cuyo caso no se requerirá declaratoria judicial previa en materia civil para el ejercicio de la acción penal prevista en el articulo 180 del Código de Procedimiento Civil.
k) La falsificación o alteración de los documentos que deben acompañarse a la declaración aduanera;
l) La sustitución de mercancías para el aforo físico;
m) La violación de sellos o precintos u otras seguridades colocadas en los medios y unidades de transporte;
n) La salida de mercancías de las bodegas de almacenamiento temporal o de los depósitos, sin el cumplimiento de las formalidades aduaneras;
o) La ejecución de actos idóneos inequívocos dirigidos a realizar los actos a que se refieran los literales anteriores, si éstos no se consuman por causas ajenas a la voluntad del infractor; y,
p) La falsa declaración sobre los valores del flete y del seguro relacionados con el tipo, naturaleza, peso, cantidad, valor, origen y procedencia de las mercancías".

La transcripción de las dos disposiciones de la Ley Orgánica de Aduanas, de las que se afirma emerge inconstitucionalidad, resulta necesaria a fin de establecer con plena objetividad donde está la desarmonía con las normas supremas. Las otras normas del Capítulo se refieren a las penas, al delito agravado, a la competencia, al procedimiento y al decomiso judicial.

Consideraciones sobre el contenido de la consulta

En primer lugar, conviene analizar los términos expuestos por el Conjuez ponente de la consulta. Dice que la causa –o más propiamente su contenido– ha generado cuestionamientos de índole constitucional, considerando que debe dilucidarse si en materia penal tributaria toda vulneración de un bien jurídico, sin considerar su monto, debe ser susceptible de intervención penal, si los artículos del Capítulo II del Título II de la Ley Orgánica de Aduanas deben ser entendidos de manera restrictiva, según los fines de la Constitución. Que en el Estado social democrático de derecho, la libertad es la regla y la intervención penal es la excepción, en el cual se justifica la detención como último ratio. Además, que en los artículos 82 y 83 de la Ley Orgánica de Aduanas no se contempla un monto mínimo que permita diferenciar lo "vagatelar" de lo que no lo es.

En suma, los miembros de la aludida Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha pretenden un pronunciamiento de la Corte Constitucional que permita aclarar si en materia tributaria la vulneración de un bien jurídico, independientemente de su monto, debe ser susceptible de intervención penal; si los artículos del Capítulo II del Título II de la Ley Orgánica de Aduanas, deben ser entendidos de manera restrictiva, según los fines de la Constitución; que en el Estado social democrático de derecho la libertad es la regla y la intervención penal es la excepción; y, por último, que los artículos 82 y 83 de la mencionada Ley no contemplan un monto mínimo que permita diferenciar entre bienes de mayor o menor valor.

Si bien la Jueza y Conjueces consultantes han mencionado las normas de la Ley Orgánica de Aduanas que a su juicio son de aplicación dudosa, en razón de que podrían conllevar inconstitucionalidad por atentar contra los fines de la Constitución, lamentablemente no han mencionado cuál o cuáles son las normas de la Constitución que podrían ser vulneradas con la aplicación de dichas disposiciones. Con todo, teniendo en consideración los conceptos que emiten para fundamentar la consulta, conviene confrontarlos con normas constitucionales que consagran derechos a favor de los ecuatorianos, fundamentalmente en el ámbito financiero-impositivo penal.

El Estado y las leyes

El Estado es la superestructura que nace y se desarrolla en un espacio y tiempo determinado. Las personas son su componente básico. Éstas, con el ánimo de imponer orden, expiden normas para cumplir este propósito; a la cabeza de esas normas está la Constitución, es decir, es la norma suprema. A este Libro se incorporan disposiciones para establecer derechos a favor de las personas, como también las funciones, órganos e instituciones para la administración del Estado con sus deberes y obligaciones y otros particulares. Una de estas funciones, claro está dentro de las democracias, es la encargada de elaborar las leyes que permitan el normal desenvolvimiento de todas las actividades que se desarrollan en la sociedad. Ahora bien, la organización del Estado tiene un fin bien definido, esto es, proporcionar condiciones adecuadas en todos los campos, para la existencia del orden y brindar bienes y servicios a la sociedad. Pero para cumplir este objetivo, las funciones e instituciones del Estado necesitan recursos, entre éstos, los de carácter económico, mismos que deben ser contribución de todos, lo cual se obtiene a través

Av. 12 de Octubre N16-114
Telfs: (593-2) 2565-177 / 2563-144
e-mail info@cc.gov.ec
Quito - Ecuador

de reglas que se hacen tangibles a través de leyes. Hay, pues, en todo Estado, leyes para normar las relaciones entre órganos del poder público, esto es, el conjunto de funciones e instituciones para regular las relaciones entre administrador y administrados, y entre éstos; leyes que de manera general mandan, prohíben o permiten. Así, hay leyes penales, que describen infracciones y determinan penas, civiles, comerciales, financieras, etc.

Las normas respecto a las que se formula la consulta, si bien no se encuentran en los cuerpos legales básicamente penales, no por ello dejan de tener esa naturaleza, porque en la del artículo 82 se determina en qué consiste el delito aduanero; en tanto que en el artículo 83 se describen los tipos de delitos aduaneros. De manera general, la doctrina reconoce que es ley penal la que establece la conducta típicamente antijurídica y la correspondiente consecuencia en el evento de que se encuadre la conducta en el tipo descrito. Así, existe una determinación clara en que las normas que originan la consulta son penales.

En la vida diaria se realiza todo tipo de actividades que, generalmente, están normadas. Sostiene el profesor Luis Jiménez de Asúa que: *"Todos nosotros vivimos en nuestra existencia realizando derecho: compramos, vendemos, inscribimos un hijo, una defunción... infringimos o no el orden jurídico;..."* (Cuestiones de Derecho Penal, conferencias dictadas en el país). El ordenamiento de todas estas actividades se encuentran en leyes diferentes.

La doctrina penal, sin duda, ha nacido y se ha desarrollado sobre temas como: el delito y la pena. Esta corresponde a las infracciones que las leyes han configurado como tales, pues sin ésta tipificación no existe sanción. La elaboración obedece al control que el Estado impone para que no se alteren las relaciones en este ámbito. Con justeza sostiene el profesor José Miguel Zugaldia Espinar, en los "Fundamentos de Derecho Penal", que: *"El control social-jurídico-penal se circunscribe a ciertos comportamientos no deseados o intolerables para la convivencia que reciben el nombre de delitos. El delito, en una primera aproximación sociológica, puede ser considerado como un comportamiento desviado respecto de determinadas normas de conducta".*

Dentro de este marco, la legislación ecuatoriana, a través del órgano respectivo, dicta leyes, entre éstas, la Orgánica de Aduanas. Esta ley tiene como ámbito básico regular las relaciones jurídicas entre el Estado y las personas que operan en el tráfico

internacional de mercancías. Entre estas regulaciones, la ley mencionada contiene título aparte respecto a las probables infracciones aduaneras. Es decir, establece hipótesis; tipos en los que podrían encuadrar su conducta las personas que ejercen el comercio u otros que no estando inmersos en éste, incurrieren en "comportamientos desviados".

Resulta normal que en la elaboración de la ley penal, al describir la conducta antijurídica, el legislador incorpore en la misma la pena, aún cuando puede hacerlo en norma aparte. En esta construcción pueden originarse graves problemas, entre otros, la proporcionalidad entre la pena y el hecho antijurídico, y en legislación como la que motiva la consulta, sí cabe la intervención penal en la vulneración de todo bien jurídico, independientemente de su monto o cantidad. Tal es entonces, la materia de consulta.

De aplicarse las normas del Título II, Capítulo II de la Ley Orgánica de Aduanas, habría vulneración de derechos

Como se vio, los jueces provinciales consultantes no especificaron las normas de la Constitución que pudieren ser vulneradas de aplicarse las normas a las que aluden de la ley mencionada; simplemente dijeron que su aplicación vulneraría los fines de la Constitución. No hay norma específica en ésta que determine cuáles sus fines. No obstante, como se dijo, teniendo en consideración los conceptos que exponen, conviene confrontarlas con algunas disposiciones constitucionales, para determinar si resultan verdaderas sus apreciaciones.

La Constitución, en el artículo 76, dice:

> "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:
>
> 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza".

Y, en el campo del ejercicio de la potestad de administrar justicia, los jueces y tribunales deben tener presente lo que dispone el artículo 77 de la Constitución vigente, cuyo texto en la parte pertinente dice:

> "*En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona,*

se observarán las siguientes garantías básicas:
11. *La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada".*

El artículo 81 de la Ley Orgánica de Aduanas dice que las infracciones aduaneras se clasifican en delitos, contravenciones y faltas reglamentarias, y en el segundo inciso se determina que para la existencia del delito se requiere que haya dolo que, como se sabe, debe ser demostrado por quien ejerce la acción o la acusación.

Sin duda, para comenzar, la ley determina ya una clara diferencia en cuanto a las infracciones aduaneras, lo cual se hace tangible, en cuanto a la proporcionalidad entre la sanción y el tipo, la pena aplicable a los delitos, contravenciones y faltas reglamentarias, artículos 84, 89 y 91, respectivamente, de la mentada ley. Mas, si la proporcionalidad se refiere a las penas que se imponen por la comisión de los delitos aduaneros, debe tenerse presente que el artículo 84 sí las establece.

Haciendo un breve paréntesis respecto del tema tratado y retomando el alusivo a las contribuciones que los ecuatorianos deben hacer al erario nacional, para costear los gastos de la administración y, fundamentalmente, para las obras y servicios que la sociedad demanda, es preciso decir que así como la ley penal castiga severamente la apropiación de fondos y bienes públicos por parte de quienes los manejan, teniendo como fundamento que son valores de propiedad de todos y que sus administradores son sólo eso, igual debe ocurrir contra quienes conocen las obligaciones que imponen las leyes tributarias y de Aduana para el ingreso de mercancías al país. Es decir que, a través de conductas antijurídicas, fraude o engaño, pretenden perjudicar al Estado. Así, la existencia de hipótesis que describen tipos antijurídicos y penas es parte del control que ejerce el Estado, que sólo son aplicadas a quienes encuadran su conducta en ellas; esto es, que la fuerza coercitiva de la ley es una mera expectativa.

El artículo 83 de la Ley Orgánica de Aduanas describe los casos en que existe delito aduanero, si se parte del criterio de que los hechos ocurren antes que la existencia de la regla, seguramente el legislador abarcó en un catálogo hechos hipotéticos que pudieren ocurrir. No determinó la sanción en las mismas, sino que lo hizo en norma aparte. En el caso, en el artículo 84, ¿qué es lo que se legisla en esta norma? Sin

discusión, establece las sanciones o penas aplicables a las personas que encasillan su conducta en esas descripciones. Respecto a las penas establecidas, como toda norma penal, abarca las que inciden en la libertad de las personas y las de carácter pecuniario.

Respecto a la pena, la doctrina penal no agota su tratamiento. Existen estudios dedicados sólo a ella. A manera de ejemplo de lo expresado, el profesor José Zugaldia, en la obra mencionada antes dice que: "Esta cuestión puede considerarse como la central y básica del derecho penal. No en vano se la ha repetido hasta la saciedad que el problema del derecho penal todo, en el fondo, comienza y se agota en el fundamento y fin de la pena".

Sin entrar a revisar consideraciones sobre las teorías de las penas, se dirá que ha de tenerse a ésta, en primer lugar, como una medida disuasiva para la voluntad del hombre; y, en segundo lugar, como una respuesta de la sociedad a una conducta no deseable, frente a tipos preestablecidos.

La proporcionalidad que guarda el contenido de la norma del artículo 84 de la Ley Orgánica de Aduanas, en cuanto a la pena, está concebida dentro de los parámetros que permiten al juzgador, en cuanto a la privación de la libertad, moldear el tiempo de privación de ésta, de acuerdo a la gravedad del delito. Y, en cuanto a la parte pecuniaria, tal también está condicionada al monto del perjuicio que se pudiere irrogar a la comunidad, es decir, mayor será el resultado del comiso y la multa, mientras más sea el objeto del delito, en tanto que será menor la sanción si menor daño causa el delito aduanero. Así, no existe vulneración alguna al principio de proporcionalidad entre la pena y el delito cometido, si se aplican las normas que, los consultantes sostienen, les ha generado dudas.

La Constitución vigente contiene una enorme gama de derechos particulares, civiles, económicos, culturales y sociales; pero no sólo eso, sino que consagra garantías procesales que permiten hacerlos efectivos. En esta línea existen garantías como el debido proceso, que sirve para regular constitucionalmente los trámites judiciales y administrativos, exigiendo el cumplimiento de sus normas básicas. Pero no sólo esto, ya particularmente en el ámbito penal, el artículo 77 de la Carta Magna contiene otro conjunto de normas que deben ser observadas por toda autoridad de la naturaleza que sea. Entre estas garantías los juzgadores pueden contar con la que se determina en el numeral 11 del artículo mencionado.

La disposición que fue transcrita en líneas anteriores contiene una herramienta importantísima para uso de los jueces y tribunales. En primer lugar, tratando de desterrar la vieja práctica de los jueces de privar de la libertad a las personas, sin que existan elementos de prueba, siquiera a veces, respecto de la materialidad de la infracción, consagra la garantía de que "la jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley". La reforma al Código de Procedimiento Penal del año 2009, ubica la prisión preventiva como última medida cautelar. Adicionalmente, dentro del mismo espíritu garantista, la Constitución no se quedó sólo en el campo de las medidas cautelares, sino que avanzó también al ámbito de las resoluciones, disponiendo también que en las sentencias cabían tales medidas alternativas, teniendo en consideración los particulares que la norma constitucional determina.

Sin duda, la aplicación de estas medidas alternativas, concedidas específicamente a los jueces y tribunales, demanda actualización de parte de ellos, y fundamentalmente, tener presente que la norma constitucional tiene supremacía sobre cualquier otra secundaria. Además, si bien la norma concede discrecionalidad a los jueces para la aplicación de medidas alternativas, exige también de mucha imaginación y creatividad por parte de los jueces, a fin de no sobreponer normas de menor jerarquía a las constitucionales y para buscar hallar tales medidas.

Por otro lado, procede tener presente, en cuanto a una parte de la consulta, esto es, respecto de que *"...si en materia penal tributaria toda vulneración del bien jurídico independientemente de su monto o cantidad (sic) debe ser susceptible de intervención penal..."*. El legislador, en la formación de la ley, de manera general elabora la hipótesis del hecho, que podría ser objeto de una conducta ilegítima, considerando circunstancias de carácter sociológicas, cualitativas antes que cuantitativas, puesto que al determinar la consecuencia de la vulneración de la norma, establece márgenes que permiten al juzgador graduar la pena, según la mayor o menor gravedad observada en el cometimiento de la infracción. Ocurre normalmente en el campo penal común, salvo en el caso del hurto, en donde se legisla que constituye contravención si el valor del objeto de la infracción "...no supere el cincuenta por ciento de una remuneración básica unificada del trabajador en general."; a contrario sensu es delito si lo supera. Así, para ejemplificar, hay intervención penal si el hurto es de $300.oo como lo hay si es por $10,000.oo.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República, el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, en ejercicio de sus atribuciones, expide la siguiente:

SENTENCIA

1. Desechar la consulta formulada por la Jueza y los Conjueces de la Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, respecto de una eventual inconstitucionalidad de la aplicación de las normas del Título II, Capítulo II, especialmente de los artículos 82 y 83 de la Ley Orgánica de Aduanas, en razón de que no contradicen las normas constitucionales.

2. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

Dr. Patricio Pazmiño Freire
PRESIDENTE

Dr. Arturo Larrea Jijón
SECRETARIO GENERAL

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, con siete votos de los doctores: Roberto Bhrunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Hernando Morales Vinueza, Diego Pazmiño Holguín, Fabián Sancho Lobato, Ruth Seni Pinoargote y Patricio

Pazmiño Freire, sin contar con la presencia de los doctores Alfonso Luz Yunes y Manuel Viteri Olvera, en sesión del día jueves cinco de agosto del dos mil diez. Lo certifico.

Dr. Arturo Larrea Jijón
SECRETARIO GENERAL

ALJ/cpy/cc