

DR. ARMANDO SERRANO PUIG

IRRETROACTIVIDAD DE LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD, EN EL ECUADOR

INTRODUCCIÓN.-

Debo comenzar por agradecer la distinción de que he sido objeto por parte del señor doctor Santiago Velásquez, Presidente del Tribunal Constitucional, al invitarme para que en esta oportunidad, en que este Alto Tribunal está festejando a Quito con motivo del cuadringentésimo septuagésimo segundo (CDLXXII) aniversario de su fundación española, haga una exposición sobre algún tema relacionado con su actividad.

Obviamente, de inmediato acepté tan gentil invitación, no sólo por provenir del señor Presidente del Tribunal Constitucional, sino por el aprecio enorme que tengo para esta institución, de la que por aquellos azares que tiene la vida fui parte al haberme integrado como Vocal Magistrado de la Primera Sala y haber actuado en ella por el cortísimo lapso de diez meses, cuando por la renuncia del señor doctor Luis Chacón Calderón, Vocal Principal designado de la terna propuesta por las Cámaras de la Producción, fui llamado a reemplazarlo permanentemente.

En consulta con el propio Dr. Santiago Velásquez resolví que el tema a tratar debía ser uno del que se ha hablado mucho en estos días con motivo de la declaratoria de inconstitucionalidad de la detención en firme efectuada por el Pleno del Tribunal el pasado día 26 de septiembre de 2006, publicada en el Registro Oficial No. 382 del 23 de octubre de este mismo año, esto es, el de "**La irretroactividad de la declaratoria de inconstitucionalidad en el Ecuador**".

En verdad, mi experiencia al haber actuado como Vocal de éste el más alto Tribunal de Justicia del país, ha sido única e inigualable, pues, con criterios expuestos y sobre todo con votos emitidos en los distintos casos en los que tuve la suerte de intervenir, no hice otra cosa que buscar la manera de hacer patria y mejorarla, de hacer que se respete el orden constituido y sobre todo los preceptos y normas contenidos en la Ley Suprema, al tiempo que velar por el respeto a los derechos en la misma Norma Fundamental reconocidos a favor de las personas. Contribuimos, entonces, en la medida de nuestra capacidad, a la existencia y respeto del Estado de Derecho concebido como el de la sumisión de todos a la ley y al Derecho, sumisión sobre todo por parte de la autoridad, entendiendo que mientras mayor o más alta es la autoridad o su investidura, mayor debe ser su respeto al ordenamiento jurídico establecido, a la ley y al derecho de los ciudadanos y habitantes de esta sufrida República.

Fue durante esta enorme y enriquecedora experiencia personal que pude aplicar los que para mi fueron principios fundamentales, rectores de lo que debía ser mi misión en tan alta magistratura: **No firmar sin leer, no firmar sin comprender y nunca firmar sin estar de acuerdo.**

Duro y difícil ha sido el camino que le ha tocado en suerte correr al Tribunal Constitucional desde el 14 de marzo de 2003 en que me separé de tan altas funciones. Todos sabemos lo que aconteció un nefasto 26 de noviembre de 2004 en cuya consecuencia de desinstitucionalizó el país, comenzando por el Tribunal Constitucional y continuando con la Corte Suprema de Justicia.

Pero basta ya de estas evocaciones que por las circunstancias me he visto obligado a hacer, pues no he sido invitado a narrar la triste historia de los más oscuros episodios vividos por la democracia ecuatoriana desde su reinstalación en 1979, y pasemos, entonces, a lo que es materia de la presente ponencia.

LA SEGURIDAD JURÍDICA:

Obviamente que antes de hablar de la irretroactividad de las declaratorias de inconstitucionalidad en el Ecuador, y para poder hacerlo, debemos previamente referirnos al aspecto básico en cuya defensa se ha previsto en el ordenamiento constitucional y legal de un Estado la irretroactividad de las leyes, esto es, la seguridad jurídica, que es el bien último que se persigue con muchas instituciones como ésta de la irretroactividad que vamos a comentar más adelante.

Comencemos, pues, revisando un importante concepto sobre este tan trascendente tema, que dice así:

«seguridad jurídica.

Derecho Constitucional

Cualidad del ordenamiento que produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es Derecho en cada momento y sobre lo que, previsiblemente lo será en el futuro (SAINZ MORENO). La seguridad jurídica “establece ese clima cívico de confianza en el orden jurídico, fundada en pautas razonables de previsibilidad, que es presupuesto y función de los Estados de Derecho (PÉREZ LUÑO). Supone el conocimiento de las normas vigentes, pero también una cierta estabilidad del ordenamiento. La Constitución Española (art. 9.3) garantiza la seguridad jurídica junto a otros principios del Estado de Derecho” (jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad), cuya suma constituye, según ha declarado el Tribunal Constitucional (S.T.C. 27/1981), “equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad”. No obstante, el Tribunal ha señalado también (S.T.C. 126/1987) que el principio de seguridad no puede erigirse en valor absoluto, por cuanto daría lugar a la congelación del ordenamiento, y éste debe responder a la realidad social de cada momento (V. Estado de Derecho; publicidad de las normas). [P.G.E.]

BIBLIOGRAFÍA:

PÉREZ LUÑO, A. E.: *La seguridad jurídica*. Barcelona, 1991.

© Espasa Calpe, S.A.»¹

¹ **Diccionario Jurídico Espasa**, soporte en CD-Rom, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 2001.

Como se puede apreciar de esta definición, la seguridad jurídica, en síntesis, constituye aquel elemento de *certeza* o *certidumbre* en la efectividad de las disposiciones del ordenamiento jurídico, que permite que los ciudadanos puedan actuar con confianza en los efectos jurídicos que el ordenamiento prevé para un acto, relación o situación jurídica, sin temor a que dichos efectos determinados sean modificados arbitrariamente. Por ello, una de las primeras exigencias del principio de seguridad jurídica es que la ley sea dada a conocer (publicación), y en lo que nos interesa, que la ley *no sea retroactiva*, porque de serlo, nadie podría confiar en el orden jurídico.

Como también dice la definición transcrita, el principio de seguridad jurídica es propio del Estado de derecho que, en contraposición al Estado absoluto, se caracteriza por la universalidad de la ley y la seguridad en las consecuencias jurídicas previstas para las conductas sociales. Cabe destacar que el Estado absoluto (anterior a la Revolución Francesa de 1789) se caracterizaba por la inexistencia de limitaciones jurídicas al poder regio, de tal modo que el monarca podía excepcionar las leyes a capricho, e incluso, disponer a los jueces que dicten una sentencia con el contenido que a él le placiera². Es fácil darse cuenta que en estas circunstancias nadie podía confiar en las leyes, es decir, no había seguridad jurídica. Por el contrario, en el Estado de derecho, la ley tiene una estabilidad que garantiza la sumisión de la autoridad pública a un ordenamiento jurídico *cierto*, con la consecuencia de que «...ninguna autoridad, ningún organismo del Estado puede “apartarse” de la ley, aun cuando el gobierno así lo reclamara, y por otra parte, constituye (la ley) una base para el control de las autoridades por medio de los tribunales»³.

Según Néstor Pedro Sagüés, la seguridad jurídica implica la *previsibilidad de la conducta de las autoridades estatales*, en cuanto aquella seguridad demanda que los actos de esos órganos se conformen *en procedimiento y contenido* a la

² Cfr. José Eugenio Soriano García, *Los fundamentos históricos del Derecho Administrativo en Francia y Alemania*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994, pp. 13 y ss.

³ Roman Herzog, “El Estado servidor del ciudadano”, en Josef Thesing compilador, *Estado de Derecho y Democracia*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, CIEDLA, 1999, p. 24.

Constitución. Desde esta perspectiva, dice Sagüés, hay seguridad jurídica en los siguientes casos:

a) Cuando el habitante sabe que las decisiones de los poderes públicos se adoptarán según el esquema constitucional de asignación de competencias (es decir, según el principio de división de funciones), de tal modo que no habrá invasión de una función en lo que es propio de la otra (como sucedería, por ejemplo, si el Presidente de la República se permitiese dictar sentencias). Esto crea un clima de seguridad en la misma estructura jurídica estatal, que impide que un órgano constitucional realice cometidos impropios (en el ejemplo, el ciudadano sabe que quien ejerce jurisdicción es el juez y no el administrador).

b) Cuando se respeta el contenido de la Constitución, en cuanto ésta es la norma fundamental que guía y orienta al ordenamiento jurídico y a la actuación de la autoridad pública, de tal forma que habrá confianza en la vigencia de los derechos fundamentales.⁴

Aplicando el principio de seguridad jurídica al tema específico de la irretroactividad de la ley, éste opera como correctivo a la desconfianza que existiría respecto de situaciones o relaciones jurídicas consumadas según disposiciones precisas y vigentes en un momento dado. Hacemos más adelante la remisión a los derechos adquiridos, sobre todo en materia civil, porque un derecho que se adquirió válidamente según las disposiciones de la ley anterior, no podría, por efecto de una norma posterior, ser invalidado o derogado por las modificaciones que las nuevas disposiciones traen. Esto significaría un caos absoluto en las relaciones jurídicas y, sobre todo, un atentado al orden que el Derecho pretende crear en la sociedad.

Pero además de los derechos adquiridos, la seguridad jurídica también se aplica a un sin número de vivencias sociales. Por ejemplo, un contrato al que no se le exigía inscripción para su validez, y que fue celebrado según las disposiciones vigentes al momento en que las partes lo suscribieron, no podría ser declarado

⁴ Néstor Pedro Sagüés, *Elementos de Derecho Constitucional*, II, 3ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2001, pp. 372-373.

nulo porque una ley posterior exija la inscripción. O un matrimonio que podía celebrarse ante un funcionario administrativo y así se celebró, no podría calificarse de inválido si una nueva ley exige que sólo se celebre ante un juez, so pena de nulidad. Si la ley fuera retroactiva, eso significaría una falta de certeza sobre el estado civil, con la absurda consecuencia de que quienes en un momento fueron casados –con todas sus implicaciones-, luego sean calificados como solteros.

En suma, la seguridad jurídica trae como consecuencia ineludible y necesaria la irretroactividad de la ley, salvo ciertos excepciones que más adelante se anotan. Por ello, admitir la retroactividad de la ley, sin más, es fomentar la incertidumbre en la vigencia de los derechos, y aun más, en las relaciones y situaciones jurídicas, con la consecuencia de un grave desorden en la sociedad, contrario al fin último del Derecho que es, precisamente, crear un orden en ella.

En materia constitucional consideramos que lo expuesto es aplicable con ciertas precisiones. Es evidente que una reforma constitucional o la expedición de una nueva constitución –dado que no se trata de cualquier ley, sino de una Ley Fundamental o Súper Ley- implica serias modificaciones en *todo* el ordenamiento jurídico, pero no se podrá, por ejemplo, anular sentencias dictadas según las leyes dictadas en el imperio de las disposiciones constitucionales anteriores. En cuanto a las normas jurídicas, se impone su derogatoria o reforma por la vigencia de la nueva estructura constitucional, que fundamenta el ordenamiento jurídico, pero siempre respetando lo que está consumado y los derechos adquiridos, o situaciones jurídicas firmes ya creadas.

Caso especial es el de los derechos fundamentales, los cuales, a pesar del principio de seguridad jurídica, merecen una muy seria y especial reflexión.

Para quienes partimos de las verdades derivadas de la *dignidad humana*, con el sólido fundamento de la Fe y Moral Cristianas, sabemos que los denominados

“derechos fundamentales” no son *creados* por el Estado a través de la Constitución, sino *reconocidos* por él a través de ella. Dichos derechos son expresión de bienes o valores propios de la naturaleza humana, por lo cual el Constituyente no crea derechos fundamentales, sino que simplemente afirma su existencia en consideración a lo que es propio de la persona. En síntesis, en un orden lógico, los derechos fundamentales preexisten al texto positivo de la Constitución, porque el ser humano no muta por obra del legislador, ni adquiere o pierde nada que sea propio de su naturaleza por un acto de autoridad del Constituyente. Sólo Dios, y no los hombres, pueden cambiar al ser de la persona y a su naturaleza.

En virtud de esta apreciación, consideramos que la seguridad jurídica tiene otra dimensión en materia de derechos fundamentales, pues la certeza y confianza ciudadana en sus derechos se manifiesta no en función de lo que dice la ley anterior o posterior, sino en función del mantenimiento de la dignidad humana, y por tanto, en la confianza en unos derechos que tienen relación con el *ser*, a diferencia de aquellos que nacen de un acto jurídico (verbigracia el contrato) y que no provienen del *ser*, sino del *actuar*. Por ello, una ley posterior que deroga una anterior que violaba derechos fundamentales, podría tener efecto retroactivo sin violar el principio de seguridad jurídica, y antes por el contrario, para hacerlo efectivo.

Lo dicho comporta un especial problema jurídico cuando existe un acto humano o jurídico que, garantizado por la ley inconstitucional (violatoria de un derecho fundamental), ya ha sido consumado. Por ejemplo, cuando se permite solapadamente la prisión por deudas, si el ciudadano ya cumplió con la condena, y luego se deroga la ley inconstitucional, es imposible remediar la violación al derecho a la libertad en su esencia misma, porque el atentado está consumado. Aquí solamente cabría aplicar los principios de la responsabilidad extracontractual del Estado, en el concreto aspecto de la indemnización, siempre y cuando se hubiere previsto dicha reparación por responsabilidad legislativa, que en el caso del Ecuador no existe, sino sólo para la Administración y para los jueces (artículos 20 y 21 de la Constitución Política de la República).

El panorama general expuesto se refiere a la *irretroactividad de la ley*. Ahora bien, siendo nuestro tema el de la *irretroactividad de la declaratoria (sentencia) de inconstitucionalidad*, ésta merece precisiones ya que se regularía por ciertos principios singulares, aunque tenga muchas relaciones con la irretroactividad de la ley, precisamente porque el proceso y la sentencia constitucionales juzgan a las normas jurídicas, y tienen por efecto declararla nula y suspender definitivamente su vigencia (o como se dice en nuestro país, su “expulsión del ordenamiento jurídico”).

Las llamadas “resoluciones” del Tribunal Constitucional –entre las que se encuentran las declaratorias de inconstitucionalidad- son en verdad sentencias en toda la extensión de esta palabra, pese a lo que en contra de esta afirmación digan respetables profesionales ecuatorianos, con quienes por supuesto disentimos. Por ello, a estas “resoluciones” se les aplica los principios básicos que el Derecho Procesal expone sobre toda sentencia, y en especial, las enseñanzas sobre la cosa juzgada.

Justamente, el artículo 278 de la Constitución dice que la declaratoria de inconstitucionalidad (sentencia) causará ejecutoria, es decir, gozará de autoridad de cosa juzgada.

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, en consideración a que una norma jurídica tiene por atributo la generalidad. 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 y la confianza que éste debe provocar en la ciudadanía.

Este es el principio general. Sin embargo, reiteramos lo dicho sobre las particularidades de una sentencia de inconstitucionalidad que trate sobre una ley violatoria de derechos fundamentales. En nuestra opinión, pese a la categórica disposición del artículo 278 constitucional, hay que tener también presente el artículo 18 y, en general, los principios propios que el Constituyente estableció para los derechos fundamentales.

Hay que tener presente que la Constitución es un todo orgánico, y que por tanto entre sus disposiciones debe existir la debida correspondencia y armonía. Ahora bien, el artículo 278 dice que la declaratoria de inconstitucionalidad no tendrá efecto retroactivo, lo cual aparentemente choca y contrasta con el artículo 18 Constitucional, que dice que la ley no podrá restringir el ejercicio de los derechos fundamentales, y que en caso de duda, se estará a la interpretación que favorezca su efectiva vigencia. En suma, una disposición constitucional garantiza la efectiva vigencia de los derechos constitucionales, pero otra dice que la sentencia de inconstitucionalidad no tiene efecto retroactivo. Aplicada esta última disposición (la del artículo 278) a los derechos fundamentales, implicaría que no podría repararse su violación, o lo que es lo mismo, que sobreviva la ley inconstitucional que atentó contra su efectiva vigencia, lo que no tendría sentido.

Dado que los derechos fundamentales se guían por principios propios, es nuestra opinión que cuando una ley viola derechos fundamentales, pese a la norma referida del Art. 278 y sin perjuicio de ella, la declaratoria de inconstitucionalidad debería tener efectos retroactivos justamente para reparar dichos derechos y garantizar su efectiva vigencia, como dice el artículo 18. Si no se llegase a esta conclusión, la Norma Fundamental propiciaría su propia violación, y mucho más aun, en su aplicación práctica daría lugar a serias situaciones de contradicción.

Si la violación al derecho fundamental está consumada y la reparación natural del derecho es imposible, como lo dijimos anteriormente, cabe únicamente la reparación indemnizatoria, pero esto no es posible en Ecuador porque no se ha previsto la responsabilidad pública extracontractual por acto legislativo.

LA RETROACTIVIDAD:

Corresponde ahora, entonces, hablar de la retroactividad, para luego referirnos al principio contrario, esto es, a la irretroactividad, y concluir con su aplicación a la declaratoria de inconstitucionalidad a la luz de la legislación vigente en el Ecuador, empezando por la definición que sobre el vocablo **retroactivo** nos da el Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, en los siguientes términos: “**retroactivo, va.** (Del lat. *Retroactum*, supino de *retroagêre*, hacer retroceder), adj. Que obra o tiene fuerza sobre lo pasado”⁵.

Ya en el campo de Derecho, partimos de la definición propuesta por el Dr. Juan Carlos Smith, para quien “*Denominase retroactividad a la traslación de la vigencia de una norma jurídica creada en un determinado momento histórico, a un momento anterior al de su creación. Desde el punto de vista lógico, esta operación implica subsumir ciertas situaciones de hecho pretéritas que estaban reguladas por normas vigentes al tiempo de su existencia, dentro del ámbito regulativo de las nuevas normas creadas*”⁶. Sostiene este autor, a continuación, que “*Racionalmente es inadmisibles que un acto de voluntad pretenda modificar el pasado, como lo es también que el precepto por el cual se instrumenta lógicamente aquel acto, regule situaciones de hecho ya realizadas que en la dinámica existencial son irreversibles*”⁷, de donde concluye que “*las leyes retroactivas implican en el fondo, una contradicción con ese principio, toda vez que no puede imponerse a los individuos otro conocimiento jurídico que no sea el*

⁵ Vigésima Segunda Edición, Editorial Espasa Calpe, Madrid, España, 2001, Tomo 9, p. 1335.

⁶ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXIV, Editorial Driskill S.A., Buenos Aires, Argentina, 1977, Monografía sobre la voz o tema: Retroactividad e Irretroactividad de las Normas Jurídicas, p. 1000.

⁷ Op. Cit., p. 1000.

*del Derecho vigente*⁸, y explica la existencia de normas retroactivas diciendo que “cuando ciertas razones político-jurídicas prevalecen, la retroactividad es empleada por el legislador como un recurso técnico ... con el objeto de asegurar determinado status social”⁹.

En el desarrollo de su monografía cita Smith a varios autores, unos contrarios a la retroactividad de las leyes y otros favorables a ella. Así, dice que para **Portalis** “es contrario a la razón y a un elemental sentido de seguridad, imponer a los individuos leyes retroactivas”, que “las leyes positivas que son obra de los hombres, no existen sino cuando se las promulga y no pueden tener efecto sino cuando existen”; que “la promulgación de leyes retroactivas significa, a la vez, una injusticia y un desorden en cuanto afecta a los derechos establecidos por leyes anteriores”. Cita Smith también al escritor y político francés, **Benjamín Constant**, (autor de la novela psicológica *Adolfo*), de quien dice que “señala que la ley retroactiva significa el mayor atentado que puede cometer el legislador contra la sociedad, toda vez que representa la negación del pacto social y la nulidad de las condiciones fijadas a los individuos para que éstos presten obediencia a las leyes”. Refiriéndose poco más abajo a la teoría de los derechos adquiridos expuesta por **Blondeau** en 1826, dice que según este autor “para solucionar el problema es necesario distinguir entre derechos adquiridos y simples esperanzas”, y continúa explicando sus diferencias. Menciona, luego, a otros pensadores tales como **Duvergier**, de quien dice que definió al derecho adquirido como aquel “que, en caso de agresión, merece la protección del poder público”; o como **Gabba**, para quien –dice- “derecho adquirido es el que entra a formar parte del patrimonio de una persona como consecuencia de un acto idóneo susceptible de producir efectos jurídicos según la ley vigente al tiempo de su realización”; o como **Savigny**, que dice que “lo caracterizó –al derecho adquirido- como el derecho fundado en un hecho jurídico ya acaecido, pero que aún no ha sido hecho valer”; o ya también como **Baudry Lacatinerie** y **Houques-Fourcade**, para quienes, dice, derecho no es sino la aptitud o facultad reconocida por la ley, que puede o no ser usada, y que mientras no sea usada constituye un derecho solo

⁸ Idem

⁹ Op. Cit., p. 1000.

en el sentido de ser apto para adquirirlo según ciertos modos determinados, y se lo adquiere solo si se recurre a tales modos, es decir, que “*el ejercicio de la facultad legal, que en cierto modo se ha materializado en ese acto ... es constitutivo del derecho adquirido*”; o como **Planiol**, de quien dice que critica la distinción entre derecho adquirido y simples esperanzas, diciendo que “*no es posible encontrar un criterio válido para determinar objetivamente qué es un derecho adquirido*”, y que expresa que “*La ley es retroactiva cuando ella actúa sobre el pasado; sea para apreciar las condiciones de legalidad de un acto, sea para modificar o suprimir los efectos de un derecho ya realizado. Fuera de esto no hay retroactividad, y la ley puede modificar los efectos futuros de hechos o de actos anteriores sin ser retroactiva*”; y, por último, a **Salvat**, de quien dice que concluye que tanto la teoría de los derechos adquiridos como la tesis de Planiol conducen ambas al mismo resultado; y luego de todo este análisis concluye expresando que en todo “*la fórmula de Planiol*” le parece “*científicamente preferible, porque al tomar como la distinción entre efectos producidos y efectos futuros, se coloca en un punto de vista más objetivo y, por lo mismo, más fácil de apreciar*”.

LA IRRETROACTIVIDAD:

Comenzamos también en este caso consultando el Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, y encontramos que define a este vocablo en la siguiente forma: “**irretroactividad**. *Falta de retroactividad*”¹⁰, esto es, que según esta definición irretroactivo es aquello que no puede tener retroactividad, o sea, que no obra ni tiene fuerza sobre lo pasado, según la definición ya transcrita del Diccionario de la Lengua Española sobre la palabra retroactividad.

“*La irretroactividad de la ley es una medida técnica escogitada (sic.) (error por «escogida») para dar seguridad al ordenamiento jurídico. Su zona ontológica no*

¹⁰ Op. Cit., Tomo 6, p. 883.

está, pues, en la filosofía jurídica sino en la jurisprudencia o ciencia del Derecho”, sostiene el Dr. Juan José Soler¹¹, quien afirma, además, que: “la irretroactividad no es uno de los llamados principios generales del Derecho ... encaminado a evitar los trastornos económicos y sociales emergentes de toda regresión al pasado. La irretroactividad es –dice- dentro de la técnica jurídica, un principio de aplicación más que de interpretación de la ley, por lo mismo que no busca desentrañar el sentido de la ley sino medir sus efectos en el tiempo. Pero no hay aplicación sin interpretación previa”. Sostiene este mismo autor, además, que “La irretroactividad es un principio que reza con la relación jurídica, la cual es siempre intersubjetiva. De donde resulta un pleonasma, decir que a la ley no hay que dar efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna ... porque los beneficios o perjuicios ... recaen exclusivamente sobre las personas”.

En su monografía sobre la Irretroactividad en el Derecho Público Americano, su autor, Dr. Juan José Soler, sostiene que si la irretroactividad está consignada en la ley fundamental, entonces es constitucional, y si lo está en las leyes ordinarias, entonces es meramente legislativa¹²; sostiene, además, que la irretroactividad puede ser absoluta o relativa, absoluta si en la Constitución se dice que ninguna ley puede tener efecto retroactivo, y relativa si “*se circunscribe a una materia determinada o aparece atemperada por excepciones*”¹³. En esta misma monografía se dice que en ninguna de las constituciones ecuatorianas hasta la de 1946 se hace referencia al efecto retroactivo de las leyes¹⁴, lo que es errado, como se puede advertir poco más adelante en este trabajo.

En el Apéndice, Tomo VIII-II, de la misma Enciclopedia Jurídica Omeba, se dice de la **Irretroactividad** que es el “*Principio según el cual la ley rige para el futuro sin que pueda aplicarse a situaciones resueltas con anterioridad ni relativas a*

¹¹ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XVI, Editorial Driskill S.A., Buenos Aires, Argentina, 1978, Monografía sobre el tema: Irretroactividad en el Derecho Público Americano, p. 881.

¹² Op. Cit., p. 881.

¹³ Op.Cit., p. 882.

¹⁴ Op. Cit., p. 884.

*hechos del pasado*¹⁵. Se dice, además, en esta obra, que con la irretroactividad se pretende la seguridad jurídica, y que ello tiene el carácter de garantía individual. Se dice, también, que se produce el problema de que existen situaciones jurídicas bajo el imperio de una ley que continúan surtiendo efectos bajo el imperio de la nueva ley, y que para resolver este problema se han planteado diversas teorías, como **a)** la de “*los derechos adquiridos*”, que obliga a distinguir los derechos adquiridos de las meras expectativas; como **b)** la *de las facultades ejercitadas*, que deben distinguirse de aquellas no ejercitadas; como **c)** la *del sentido de las normas*, que distingue entre las leyes relacionadas a la adquisición de derechos, que no pueden aplicarse retroactivamente, de aquellas que se refieren a la existencia o inexistencia de instituciones, que admiten la retroactividad; como **d)** la *teoría de Planiol*, para quien cabe la retroactividad para apreciar la legalidad de un acto o modificar o suprimir los efectos ya producidos; o **e)** la teoría de *Roubier*, quien coincidiendo con Planiol afirma que cabe la retroactividad si la nueva ley se aplica a hechos consumados en el pasado y a sus efectos ya producidos bajo la ley anterior sobre situaciones en curso durante la vigencia de la nueva ley; como **f)** la *de las situaciones jurídicas*, que las distingue entre situaciones abstractas y concretas, admitiendo la retroactividad cuando se afectan las situaciones concretas¹⁶.

Historia de la retroactividad e irretroactividad en el Derecho Constitucional Ecuatoriano.

Desde el inicio del Derecho Constitucional ecuatoriano encontramos en él disposiciones que prohíben la retroactividad de las leyes, sobre todo en materia penal, salvo en cuanto sean favorables al reo.

En efecto, ya en el Art. 167 de la Constitución Grancolombiana de 1821 encontramos vigente el principio constitucional conocido como “*nullum crimen*,

¹⁵ Enciclopedia Jurídica Omeba, Apéndice, Tomo VIII-II, Bibliográfica Omeba, México D.F., 2005, p. 1149.

¹⁶ Op. Cit., p. 1150.

nulla poena sine lege", y a partir de ella lo encontramos presente en todas las constituciones ecuatorianas que se han dictado hasta el momento. Así, se contiene en el Art. 58 de la Constitución de 1830 (Juan José Flores); en el Art. 92 de la de Constitución de 1835 (Vicente Rocafuerte); en el Art. 90 de la Carta Magna de 1843 (también de Juan José Flores); en el Art. 90 de la Constitución Política de 1845 (Vicente Ramón Roca); en el Art. 124 de la de 1851 (Diego Noboa); en el Art. 109 de la Constitución de 1852 (José María Urbina); en el Art. 105 de la Constitución de 1861 (Gabriel García Moreno); en el Art. 90 de la Constitución Garciana de 1869 (Gabriel García Moreno); en el Art. 17 numeral 6to. de la Constitución de 1878 (Ignacio de Veintemilla); en el Art. 22 de la Norma Fundamental de 1884 (José María Plácido Caamaño); al igual que en las Constituciones Alfaristas de 1897 (Art. 27) y 1906 (Art. 26, garantía No.10); en la Constitución Política de Isidro Ayora, de 1929 (Art. 151, derecho No. 7º); en las Constituciones de 1945 (Art. 141, No. 6º) y de 1946 (Art. 169), sancionadas por Velasco Ibarra; en el Art. 28, Nº 18 literal c) de la constitución de 1967; en el Art. 19 Nº 16 literal c) de la Constitución de 1978, aprobada en el Referéndum de enero de dicho año; y, en el texto constitucional que se halla vigente desde el 10 de agosto de 1998, en su Art. 24 Nº 1.

En verdad, como hemos visto, este principio de irretroactividad de la ley penal ha sido incorporado en todas las constituciones que se han dictado en el Ecuador; sin embargo, es preciso señalar que en las últimas constituciones, comenzando desde la de 1929 (Isidro Ayora) y pasando por las de 1945, 1946, 1967 y 1978 hasta el texto constitucional aprobado y vigente desde 1998, que es el que nos rige al momento (Art. 24 No. 2), se ha recogido también y expresamente el principio opuesto, esto es, el de la retroactividad de las leyes penales cuando son en beneficio del reo.

También es indispensable advertir que las constituciones de 1967 (Art. 98), de 1978 (Art. 53) y de 1998 (Art. 257), han prohibido que se expidan leyes tributarias con efecto retroactivo en perjuicio de los contribuyentes.

Por último, volviendo al asunto materia de nuestra preocupación, esto es, la irretroactividad de la declaratoria de inconstitucionalidad de fondo o de forma,

sobre leyes (orgánicas y ordinarias), decretos-ley, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos y resoluciones, debemos decir que el texto constitucional actual, esto es el que entró en vigencia el 10 de agosto de 1998, en su Art. 278, prescribe que esta declaratoria de inconstitucionalidad que haga el Tribunal Constitucional no tendrá efecto retroactivo, es decir, que tal declaración rige sólo para lo futuro y no modifica nada de lo que con anterioridad a ella se haya hecho al amparo de la norma legal declarada inconstitucional. En similar sentido se pronunció ya la Constitución aprobada en el referéndum de 1978, en su Art. 138, norma según la cual corresponde a la Corte Suprema de Justicia declarar la inconstitucionalidad de leyes, ordenanzas y decretos, y someter tal resolución a la Cámara Nacional de Representantes (Congreso) o al plenario de las Comisiones Legislativas en receso de aquella, y concluye expresando que ni la resolución de la Corte Suprema, ni la de la Cámara Nacional de Representantes, ni la del plenario de las Comisiones Legislativas, tienen efecto retroactivo. Esta solución no fue nueva en aquella oportunidad, pues ya la trajo el Art. 225 No. 4 de la Constitución de 1967, que entre los deberes y atribuciones conferidos a la Corte Suprema de Justicia se hallaba la de suspender total o parcialmente, en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, los efectos de una ley, ordenanza o decreto que fuere inconstitucional por la forma o por el fondo, hecho lo cual debía someter su decisión al Congreso; pero previó expresamente esta norma fundamental mencionada, que ni la resolución de la corte Suprema de Justicia ni la del Congreso tendrían efecto retroactivo. Pero es más, la norma que acabamos de mencionar, de la Constitución de 1967, se inspiró en la norma del Art. 76 de la Constitución Política de 1946, según la cual, si en la formación de una ley se hubiere omitido alguno de los requisitos constitucionales de forma, y, sin embargo, se la hubiere promulgado como Ley, la Corte Suprema se hallaba facultada para suspender, en cualquier tiempo, con conocimiento de causa, los efectos de tal promulgación, y hecho que fuere, debía ponerlo en conocimiento del Congreso siguiente, el que, en Pleno y en una sola discusión, debía resolver lo conveniente; todo lo cual debía publicarse en el Registro Oficial; norma a la que aludimos, que concluye expresando que ni la resolución de la Corte Suprema, ni la del Congreso, surtirán efecto retroactivo. No hemos encontrado en las constituciones anteriores que se han expedido en el Ecuador, disposición similar, lo que nos permite afirmar que el principio de

irretroactividad de la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos, reglamentos, etc., hoy vigente en el Ecuador, nació al Derecho Constitucional ecuatoriano con la Constitución de 1946.

La Irretroactividad en el Derecho Civil.-

Dice, al respecto, el Art. 7 del Código Civil (vigente codificación): “**Art. 7.-** *La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes*”, y consigna al efecto 23 reglas para superar los problemas que puedan presentarse por la contradicción que surjan de la aplicación de la ley anterior y la nueva ley, señalando en cada caso en ella consultado, cuál es la norma que debe aplicarse, si la nueva o la anterior, dependiendo de la naturaleza del asunto de que se trate, aspecto sobre el que no nos detenemos a tratar, por ser extraño al tema de esta charla.

Se advierte del texto transcrito del Art. 7 de nuestro Código Civil, que con él se pretende resolver el problema conocido como *conflicto de leyes en el tiempo*¹⁷, que es como en criterio de los profesores Georges Ripert y Jean Boulanger se denomina “*a los conflictos nacidos de la aptitud de las leyes sucesivas para regir una situación jurídica determinada. Respecto a los actos o hechos jurídicos realizados bajo el imperio de la ley antigua, se plantea la cuestión de saber si caen bajo el imperio de la ley nueva ... Esto se conoce tradicionalmente como el problema de la no-retroactividad de las leyes*”¹⁸.

Pero lo que aquí como importante debemos destacar, es el principio general que adopta nuestra legislación civil, esto es, el de la irretroactividad de la ley, y lo hace en su Art. 7, con el siguiente texto: “*La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes:...*”. De este primer inciso del Art. 7, la que nos

¹⁷ Ver: Burgoa O., Ignacio, “**Las Garantías Individuales**”, 31ª edición Actualizada, Editorial Porrúa, México D.F., México, p. 506.

¹⁸ **Tratado de Derecho Civil**, según el Tratado de Planiol, Tomo I, Parte General, El Derecho – Instituciones Civiles, Traducción de la doctora Delia García Daireaux, Supervisión por el doctor Jorge Joaquín Llambias, Ediciones La Ley, Buenos Aires, Argentina, 1979, p. 216.

interesa es la primera parte, esto es, la que contiene el principio del que estamos tratando: “La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo”, que fue lo que decía el proyecto de Bello, pues todo lo demás que actualmente se ha agregado a este precepto, lo fue por ley posterior y como reforma al Código Bello, introducido en nuestro Código tomado también de la legislación chilena, por Decreto expedido por Gabriel García Moreno en 1869, con la que se adicionó a este artículo las 25 originales que luego quedaron en 23 reglas de solución a los problemas de conflicto entre leyes anteriores y posteriores que hoy en día contiene el Art. 7 de nuestro Código Civil.

“Se desprende de la naturaleza misma de la ley esta característica de ser norma de los actos futuros, es decir, de los actos subsiguientes a su entrada en vigencia”, manifiesta el ilustrísimo Juan Larrea Holguín, quien además expresa que: *“Esta característica de la ley, consistente en que rige para lo venidero, para lo futuro, se llama irretroactividad de la ley o no retroactividad. Se dice que la ley es irretroactiva porque su acción no se extiende normalmente a hechos, actos o situaciones anteriores al momento en que la ley entró en vigencia”*¹⁹, pronunciamiento que es similar al expuesto por el maestro emérito de la Universidad nacional Autónoma de México, Dr. Ignacio Burgoa O., quien al respecto manifiesta que: *«...toda ley, a partir de su promulgación, o mejor dicho, del momento en que entra en vigor, rige para el futuro, esto es, está dotada de validez de regulación respecto de todos aquellos hechos, actos, situaciones, etc., que se suceden con posterioridad al momento de su vigencia (facta futura)»*²⁰.

Por su parte, comentando esta disposición, dice don Luis Felipe Borja que se trata de *“un principio a primera vista muy obvio; pero su aplicación á infinidad de casos que en la vida diaria ocurren á cada instante, presenta muy graves obstáculos; y esta materia es una de las más complicadas y difíciles de las comprendidas en el vastísimo dominio de la jurisprudencia”*²¹ (El resaltado es nuestro).

¹⁹ **Derecho Civil del Ecuador**, Tomo I, Parte General y Personas, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tercera Edición, Quito, Ecuador, 1978, p. 121.

²⁰ Op. Cit., p. 506.

²¹ **Estudios sobre el Código Civil Chileno**, Título Primero (Título Preliminar), A. Roger y F. Chernoviz, Impresores-Editores, París, 1901, p. 90.

L. F. Borja dice, también, que *“De los escritores modernos, Savigny es quien ha fundado sobre solidísimas bases el sistema de los efectos que surte la ley, atendiéndose á la época en que es obligatoria. Por lo cual hemos seguido su sistema al estudiar los conflictos entre los límites temporales de la ley”,* y transcribe la Nota que el autor del Código Civil Argentino, Vélez Sarsfield, pone al Art. 3 de dicho cuerpo de leyes, refiriéndose al mismo Savigny, así: *“... y demuestra sin dejar la menor duda, que en todas las relaciones de derecho: derecho de las personas, derecho de la familia, derecho de las cosas, derecho de las obligaciones, derecho de sucesión, etc., las leyes no pueden tener efecto retroactivo ni alterar los derechos adquiridos ... mientras que el principio contrario dejaría insubsistente y al arbitrio del legislador, todas las relaciones de derecho sobre que reposa la sociedad”*²²; y luego afirma que *“en esta materia se establece casi siempre un principio que puede reducirse á las dos siguientes fórmulas: –Las leyes posteriores no tienen efecto retroactivo, y –Las leyes posteriores no pueden alterar los derechos adquiridos”,* y también que es *“De todo punto necesario distinguir dos especies de leyes: 1° Las concernientes á la existencia de los derechos, ó, en otros términos, las leyes sobre las instituciones mismas, prescindiéndose de las personas á quienes se refieren; y, 2° Las leyes concernientes á la adquisición de los derechos, esto es, el vínculo que refiere á un individuo una institución de derecho, ó la transformación de una institución de derecho (abstracta) en un hecho jurídico (personal). Esta distinción que, hecha por Savigny, no vemos ni mencionada por ninguno de los escritores que después han tratado del asunto, es de lo más fundamental; y sin ella, casi imposible explicar los efectos de las dos especies de leyes”*²³.

Dice, más adelante en su obra citada, el ilustre civilista ecuatoriano, don Luis Felipe Borja, que: *“Muchos jurisconsultos afirman que la regla sobre la no retroacción de la ley, es un precepto á los jueces, mas no al legislador. Pero nos parece que tal opinión es en extremo absoluta, y que es necesario distinguir entre los derechos garantizados, ya por la Constitución, ya por la ley. Si la Constitución*

²² Op. Cit., pp. 91 y 92.

²³ Op. Cit., pp. 92 y 93.

los garantiza, y el legislador los altera dando á la ley efecto retroactivo, la ley es inconstitucional, y, por lo mismo, los jueces no pueden aplicarla ...”²⁴.

Juan Larrea Holguín comparte el criterio de L. F. Borja, de que el texto del Art. 7 del Código Civil es más bien una norma para el juez y no para el legislador²⁵, pues así expresamente lo dice y, además, para reforzar su criterio transcribe la siguiente cita de Eugenio Vergara: *“En consecuencia, el principio de la no retroactividad, es simplemente una regla de interpretación para el magistrado”²⁶* que es también criterio expuesto, entre otros, por los profesores de la Facultad de Derecho de París, Georges Ripert y Jean Boulanger²⁷.

LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD.-

Habiendo ya aclarado en algo el problema de la irretroactividad, debemos ahora concentrarnos en el estudio de la declaratoria de inconstitucionalidad para luego referirnos a su irretroactividad.

Dice el ordinal primero del Art. 276 de la Constitución, que *“Competerá al Tribunal Constitucional conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de fondo o de forma, que se presenten sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos-ley, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos y resoluciones, y suspender total o parcialmente sus efectos”*.

Cuando el Tribunal Constitucional, frente a la demanda respectiva o frente al informe recibido de algún juez o tribunal que haya declarado la inaplicabilidad por inconstitucional, de una norma en un caso o proceso determinado, declarare con efecto *erga omnes* la inconstitucionalidad de una norma jerárquicamente inferior a la Constitución, lo que está haciendo es expulsar dicha norma del ordenamiento

²⁴ Pág. 97.

²⁵ Op. Cit., p. 126

²⁶ **Efecto retroactivo de la Ley**, en el Código ante la Universidad, o sus comentarios por los más distinguidos juriconsultos del Foro Chileno. Bogotá, 1887.

²⁷ Op. Cit., p. 219

jurídico vigente. No la está declarando derogada, pues la derogación no puede venir del Tribunal Constitucional sino del mismo legislador y mediante nueva disposición de al menos similar categoría, o superior, que puede ser expresa o tácita. Está declarando que la norma impugnada, por hallarse en contradicción con los preceptos constitucionales, queda sin efecto ni valor alguno para nadie en lo posterior. Está diciendo que a partir de aquel momento, la norma así declarada inconstitucional, desaparece, por ese mismo motivo, esto es, por falta de validez por su contradicción con la Carta Fundamental, del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Que deja de tener efecto ni valor legal alguno en lo futuro, cual si no existiera más. Se trata no de otra cosa que de un saneamiento o de una verdadera eliminación de la norma por no hallarse conforme con los preceptos superiores de la Constitución Política²⁸.

Por supuesto, si la norma inferior ha sido declarada inconstitucional y por ello deja de existir y desaparece del ordenamiento jurídico ecuatoriano, es obvio que deja de tener efecto y desaparece solamente desde que ha sido declarada inconstitucional y tal declaratoria ha sido puesta en conocimiento del público – para todos los efectos legales pertinentes-, a partir de su publicación en el Registro Oficial; y, por consiguiente, es también obvio que sus efectos serán solamente para lo posterior no pudiendo producir efecto retroactivo alguno, pues de pretender darle este carácter se pondría en grave problema y angustia por absurda inseguridad jurídica a todos los actos y situaciones jurídicas creadas o nacidas de la norma declarada inconstitucional, a partir del momento de su vigencia (si se trata de una norma postconstitucional) o a partir del momento en que se produjo la colisión con la norma constitucional (en el supuesto de normas preconstitucionales). Y hacemos énfasis y repetimos en que en caso contrario, esto es, en el evento de que se diera a la declaratoria de inconstitucionalidad efecto retroactivo, en lugar de solucionar problemas los crearía, pues dándole este efecto de retracción estaría sacando del ordenamiento jurídico situaciones ya pasadas, hechos ya consumados y superados, derechos o responsabilidades ya declarados judicialmente en sentencias judiciales pasadas en autoridad de

²⁸ Tomado de la obra "**Derecho Constitucional**", Tomo I, del Dr. Jorge Zavala Egas, Editorial EDINO, Guayaquil, Ecuador, 1999, pp. 174 y sgts.

cosa juzgada. Sería crear un verdadero caos jurídico cuyas dimensiones serían harto difíciles de avizorar en un estudio tan limitado y corto como el presente.

Por lo anotado, la declaratoria de inconstitucionalidad sólo puede tener efecto para lo futuro, y no para lo pasado. Es a partir de tal declaratoria que la norma involucrada en ella ha desaparecido del ordenamiento jurídico vigente, no pudiendo en lo posterior ser aplicada, por inexistente e inválida, ni por autoridad del orden administrativo, ni por juez alguno, y si lo hicieran, tal aplicación quedaría sujeta a los recursos de anulación o casación, según corresponda, previstos en la legislación procesal nacional.

Y esta declaratoria de inconstitucionalidad que afecta la validez de la norma que contradice a la Constitución, puede ser de una norma preconstitucional o postconstitucional, es decir, de una norma anterior o posterior a la vigencia de la Constitución. Si se trata de una norma preconstitucional, como por ejemplo, la disposición del numeral 3. del Art. 237 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, que dispone:

“**Art. 237.-** Para la realización de los diferentes proyectos de que constan los planes reguladores de desarrollo urbano, la municipalidad coordinará la participación de los propietarios de terrenos, personas naturales o jurídicas que hubieren sido influenciados por las operaciones que prevén dichos planes o tengan interés en el desarrollo de las mismas, para lo cual: (...) **3. Impondrá a los propietarios la obligación de ceder gratuitamente los terrenos** comprendidos en el sector en que se han de ejecutar obras municipales de urbanización en las siguientes proporciones:

a) Cuando se trate de ensanchamiento de vías y de espacios abiertos, libres o arborizados o para la construcción de acequias, acueductos, alcantarillados, a **ceder gratuitamente hasta el cinco por ciento de la superficie del terreno de su propiedad**, siempre que no existan construcciones.

Si excediere del cinco por ciento mencionado en el inciso anterior, se pagará el valor del exceso y si hubiere construcciones, el valor de éstas, considerando el valor de la propiedad determinado en la forma prevista en esta Ley; y,

b) Cuando se trate de parcelaciones, **a ceder gratuitamente la superficie de terreno** para vías, espacios abiertos, libres y arborizados y de carácter educativo, **siempre que no exceda del treinta y cinco por ciento de la superficie total**” (el resaltado y el subrayado son míos),

debe declararse su inconstitucionalidad (que puede declararse únicamente por el fondo y no por la forma, pues la forma de la ley obedece a los preceptos al respecto vigentes al momento en que se la expidió, que pueden diferir incluso grandemente de la forma prevista en la Constitución bajo la cual se analiza la constitucionalidad impugnada), que en este caso es sobreviniente, ya que la transcrita disposición de la Ley Orgánica de Régimen Municipal contiene una verdadera confiscación, pues no otra cosa es que un bien privado pase a poder del fisco –entendiendo por tal en este caso a la municipalidad que expropia-obligatoria (impondrá, dice esta norma) y gratuitamente, sin pago o retribución alguna por el bien confiscado. La norma de la Ley Orgánica de Régimen Municipal a que aludimos se halla en plena y total colisión con el precepto contenido en el Art. 33 de la Constitución Política, que prohíbe toda confiscación, pese a que ya el Tribunal Constitucional se pronunció sobre este asunto en Resolución No. 111-2000-TP, de 6 de julio de 2000, publicada en el Registro Oficial Suplemento Nro. 117, de julio 11 de 2000, con una declaratoria muy parcial de inconstitucionalidad por el fondo, y dejando con vida todo el resto del numeral 3 de este Art. 237 (actual codificación) de la ley mencionada, pronunciamiento que a nuestro entender es totalmente equivocado y en el cual, para poder llegar a ese resultado, es evidente que se han hecho antojadizas interpretaciones de varias normas de la Ley Orgánica de Régimen Municipal e incluso de la propia Constitución Política; pero creo que en el futuro podrá perfectamente plantearse una nueva acción de inconstitucionalidad para arrojar o expulsar del ordenamiento jurídico ecuatoriano a estas normas que contradicen abierta y desembozadamente a la Constitución, máxime si por el hecho de no haberlas declarado inconstitucionales en el proceso concluido el 6 de julio de 2000, tampoco se las declaró **constitucionales**, pues es la declaratoria de inconstitucional lo que es de facultad del Tribunal Constitucional, no la declaratoria de constitucional, declaratoria que en efecto no se contiene en la resolución aludida, por lo que no se podrá alegar cosa juzgada o *res iudicata*, y si se la alega, no tendrá trascendencia alguna, como en efecto se ha pronunciado ya este mismo Tribunal Constitucional en la resolución sobre la declaratoria de inconstitucionalidad de la detención en firme, en resolución del 26 de septiembre de 2006, al analizar la alegación que en este sentido fue presentada por el Presidente del Congreso Nacional, y respecto de la cual el Tribunal Constitucional

dijo, en el considerando cuarto: «...cabe recordar que el Art. 278 de la Constitución Política del Estado dice: “**La declaratoria de inconstitucionalidad causará ejecutoria ...**” Las resoluciones del Tribunal Constitucional en esta materia deciden la inconstitucionalidad de precepto impugnado o desechan la demanda, pero en ningún caso declaran la constitucionalidad de la norma impugnada, por no ser de su competencia, por lo que las normas cuya inconstitucionalidad se ha demandado, de haber merecido un pronunciamiento anterior del Tribunal Constitucional desechando la demanda, pueden volver a ser demandadas ya que respecto a ellas no existe cosa juzgada»²⁹. Difícil es conseguir un pronunciamiento más claro, categórico y concluyente al respecto, y que halla respaldo, además, en el pronunciamiento de Rubén Hernández Valle, para quien «ningún pronunciamiento jurisdiccional puede conferirle un sello de legitimidad constitucional ad-perpetuum a una norma jurídica, dado que siempre subsiste la posibilidad de comprobar su confirmación con el parámetro de constitucionalidad y, por tanto, de anularla por ser contraria a éste ...las sentencias desestimatorias de inconstitucionalidad no tienen la virtud de impedir la presentación de nuevas acciones o consultas de inconstitucionalidad contra la misma norma impugnada, ya sea a base de los mismos argumentos rechazados o bien fundados en otras razones jurídicas diversas»³⁰.

Elvito A. Rodríguez Domínguez, refiriéndose a la constitución peruana, afirma que «No tienen efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara

²⁹ En el Derecho Constitucional peruano, de conformidad con lo expuesto por el profesor Elvito A. Rodríguez Domínguez, en su obra: “**Derecho Procesal Constitucional**, Editora y Distribuidora Jurídica Grijley, Primera Edición, 1997, Lima, Perú, pp. 85 y 86”, el Tribunal Constitucional puede confirmar la constitucionalidad de una norma impugnada por vicio de inconstitucionalidad, en cuyo caso también esta sentencia surte efecto de cosa juzgada o res iudicata, lo que impediría que se la vuelva a proponer; pero no es el caso del Derecho ecuatoriano, en el que, como se ha visto, no se halla entre las facultades del Tribunal Constitucional declarar la constitucionalidad de una norma, o confirmarla, sino solamente declarar su inconstitucionalidad, y es esta declaratoria la que surte efecto de cosa juzgada o res iudicata.

³⁰ Monografía sobre “**Los efectos de las Sentencias en los Procesos de Inconstitucionalidad**”, publicada en la obra: “**Derecho Procesal Constitucional**”, en el No. 12 de la Serie: Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, dentro del Proyecto Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, con el auspicio de: Instituto de Derecho Público Comparado Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Carlos III, de Madrid, España; la Iniciativa Europea para la Democracia y los Derechos Humanos de la Comisión Europea; y, el Tribunal Constitucional del Ecuador; Pablo Pérez Trempe, Coordinador, Corporación Editora Nacional, Quito, 2005, pp. 200 y 201

inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal (Art. 204, segunda párrafo de la Constitución). Las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad no permiten revivir procesos fenecidos en los que se haya hecho aplicación de las normas declaradas inconstitucionales»³¹.

Y decimos que se trata de una inconstitucionalidad sobreviniente, en razón de que la disposición legal transcrita es anterior en el tiempo a la Constitución Política que al momento nos rige, pues esta última se halla vigente desde agosto 10 de 1998, mientras que la norma del Art. 237 de la Ley de Régimen Municipal estuvo vigente con anterioridad a dicha fecha, pues formaba ya parte de la codificación de la Ley de Régimen Municipal, publicada en el Registro Oficial No. 331, de 15 de octubre de 1971.

Declaratoria de inconstitucionalidad de norma postconstitucional es la que se produce respecto de una norma sancionada y promulgada con posterioridad a la vigencia del actual texto constitucional, en este caso, después del 10 de agosto de 1998, claro ejemplo de la cual es la declaratoria de inconstitucionalidad de la detención en firme, esto es, de los artículos de la Ley No. 101-2003 reformativa al Código de Procedimiento Penal, señaladas en el numeral 1 de la Resolución del Tribunal constitucional No. 0002-2005-TC, de 22 de septiembre de 2006, publicada en el Registro Oficial No. 382, Suplemento, del 23 de octubre de 2006.

CONCLUSIÓN:

En mi criterio, luego de todo lo expuesto, debo necesariamente concluir que ninguna declaratoria de inconstitucionalidad que haya sido efectuada o que en lo posterior haga este Tribunal, puede tener efecto retroactivo alguno, pues así expresamente lo manda el Art. 278, inciso primero, de la Constitución Política, con el siguiente texto:

³¹ Op. Cit, p. 85.

“**Art. 278.-** La declaratoria de inconstitucionalidad causará ejecutoria y deberá ser 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 resaltado y el subrayado son míos).

Esto significa, entonces, que declarada inconstitucional una norma, siendo indiferente que lo haya sido por la forma o por el fondo, por el mismo hecho de la promulgación de la pertinente Resolución del Tribunal Constitucional en el Registro Oficial, deja en ese mismo instante la disposición impugnada de tener validez pues ha sido así expulsada del ordenamiento jurídico ecuatoriano, y los efectos de esta invalidez por declaratoria de inconstitucionalidad empiezan a regir solamente en ese momento, y lo hacen para el futuro, sin que quepa hacer retroacción de ella, pues no cabe que con tal declaratoria de inconstitucionalidad puedan afectarse derechos ya adquiridos, o sentencias ejecutoriadas pasadas en autoridad de cosa juzgada, o hechos acaecidos en consonancia con la legislación vigente al momento de su producción.

Le es aplicable a esta disposición que prohíbe la retroacción de la declaratoria de inconstitucionalidad, todo lo que arriba quedó dicho y mencionado respecto de la irretroactividad de las leyes, lo que se fundamenta e incide sobre todo en la seguridad jurídica.

Sin embargo, e incluso frente a norma tan clara y expresa como esta del inciso primero del Art. 278 del Código Constitucional, que aparentemente no presenta dudas ni alternativas, advertimos que podemos encontrar problemas en su aplicación, como por ejemplo, en lo que se refiere a la inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional el 26 de septiembre de 2006 respecto de las disposiciones reformativas del Código de Procedimiento Penal que en el año 2003 introdujeron en dicho cuerpo de leyes la novísima institución de la ***Detención en Firme***, disposiciones que a partir de octubre 26 de 2006 en que esta Declaración de Inconstitucionalidad se publicó en el Registro Oficial, quedaron definitivamente excluidas del Código de Procedimiento Penal en particular y expulsadas, por tanto, del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Y es que se puede argüir que la misma Constitución Política de la República del Ecuador prevé también, en la segunda garantía de su Art. 24, que “*En caso de conflicto entre dos leyes que contengan sanciones, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación fuere posterior a la infracción; y en caso de duda, la norma que contenga sanciones se aplicará en el sentido más favorable al encausado*”.

Esta argumentación nos pone, entonces, frente al dilema constitucional de saber cual es la norma que debe aplicarse: si aquella del inciso primero, *in fine*, del Art. 278 de la Ley Fundamental, o la del ordinal 2º del Art. 24 de la misma Carta Magna ecuatoriana. Y el problema es que nos hallamos, entonces, frente a dos normas de igual jerarquía constitucional, una de las cuales debe aplicarse; pero ... ¿cuál?, y ¿por qué?

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 de esta nueva figura del Derecho Procesal Penal, 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 (con la salvedad de lo dicho respecto del Art. 18 cuando tratamos de la seguridad jurídica). 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. No se trata, como en el caso de la irretroactividad de las normas tributarias prevista en el inciso primero, *in fine*, del Art. 257 de la Carta Constitucional, de una irretroactividad relativa, que es tal sólo respecto de leyes tributarias que vayan en perjuicio de los contribuyentes, pudiendo darse, entonces, leyes tributarias retroactivas en beneficio de los contribuyentes. Es, insisto, una irretroactividad absoluta (con la salvedad antes indicada); y,

3) Porque no nos encontramos en el caso previsto en la segunda garantía constitucional del debido proceso, esto es, la contemplada en el numeral 2 del Art. 24 de la Constitución Política, ya que no se presente el caso fáctico en dicha garantía previsto, o sea, la de existencia de dos leyes que contengan sanciones, primeramente, porque la detención en firme no es ni se la legisló como sanción, sino como medida cautelar; y luego, porque la declaratoria de inconstitucionalidad no es una ley (aunque pueda surtir efectos similares), por no haber sido dictada por el órgano legislativo pertinente (Congreso Nacional). Debemos recordar, al respecto, que de conformidad con el inciso primero del Art. 119 de la propia Constitución Política, *“Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley ...”*, y sucede que entre las competencias o atribuciones que al Tribunal Constitucional le asignan el Art. 276 del Código Político y el Art. 12 de la Ley del Control Constitucional, no se encuentra la de dictar leyes, facultad asignada en forma exclusiva al Congreso Nacional.

Pero, entonces, ¿qué va a suceder con la detención en firme que ha sido ya dictada en contra de muchos presos sin sentencia? ¿Cómo solucionar el problemas fáctico y jurídico que ahora se plantea?

Soy del criterio de que la solución va por la aplicación de los principios contenidos en el Art. 18 de la Constitución Política de la República. Y es que en verdad no creo que sea concebible siquiera que los jueces de lo penal puedan dictar de oficio autos revocando las providencias por las que ordenaron la detención en firme, pues hacerlo sería dar a la declaratoria de inconstitucionalidad el efecto retroactivo que el inciso primero del Art. 278 de la Carta Política prohíbe expresa y absolutamente. Entonces, ¿qué hacer?

Creo que cada persona que se encuentre afectada por una orden de detención en firme debería presentar a su juez competente una petición expresa, fundada en la expulsión del ordenamiento jurídico ecuatoriano de la institución o figura jurídica de la detención en firme, por su declaratoria de inconstitucionalidad, no que se revoque el auto por la que se ordenó tal medida cautelar en su contra, sino que por haber cambiado las circunstancias fácticas y jurídicas, ha quedado sin

fundamento o base legal su actual situación de prisión por una detención en firme que ya no existe (no existe al momento de presentar tal petición) en el Código de Procedimiento Penal ni en ningún otro cuerpo legal ecuatoriano, esto es, que carece de sustento legal su situación fáctica de encontrarse privado de su libertad sin que exista disposición en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que justifique tal privación de libertad. Y frente a un pedido de esa naturaleza, el juez deberá aceptar la petición y simplemente dictar una providencia (no revocando, porque sería dar a la declaratoria de inconstitucionalidad el efecto retroactivo que no permite el Art. 278 Constitucional) motivada en la ausencia de norma legal que sustente la privación de libertad del procesado, y ordenar en forma inmediata su libertad o excarcelación.

Dr. Armando Serrano Puig

Quito, diciembre de 2003.