

Oficio N° **07017**

Quito, D.M., 13 DIC 2019

Señor Ingeniero
Ernesto Noboa Bejarano
DIRECTOR
JUNTA DE BENEFICENCIA DE GUAYAQUIL
Guayaquil -

Señor Director

Me refiero al oficio No OFC-DIR-DOF-281 de 17 de septiembre de 2019, ingresado en la Dirección Regional 1 de la Procuraduría General del Estado en la ciudad de Guayaquil, el mismo día, y recibido en este despacho el 18 de octubre del presente año, mediante el cual consultó lo siguiente

¿Debe entenderse que la prohibición resultante de la Consulta Popular del 7 de Mayo de 2011 y el tipo penal contemplado en el Art 236 del Código Integral Penal se extienden (sic) a TODAS las casas de apuestas, salas de juego o negocios con fines de lucro, dedicados a la realización de juegos de azar, que funcionan en el Ecuador?

1 - Antecedentes -

Anexo al oficio de consulta se remitió el criterio jurídico, contenido en documento sin número ni fecha, suscrito por el Procurador Alterno de la entidad a su cargo, en el cual manifiesta y concluye

La Ley Especial de Desarrollo Turístico (derogada por la vigente Ley de Turismo) contemplaba la actividad hípica como turística. Al amparo de aquella Ley, se expidió el **Reglamento Especial de Hipódromos y Carreras de Caballos de Pura Sangre**, para regular la actividad de los hipódromos a los que define como "establecimientos turísticos que prestan servicios de juegos de azar, mediante la realización de carreras de caballos, de manera habitual y mediante apuesta, con o sin servicios de carácter complementario", actividad que puede ser desarrollada por personas naturales y/o jurídicas que se dediquen de modo habitual o temporal a la prestación remunerada de servicios lícitos

() nuestra posición es que a consecuencia de la consulta popular del 7 de mayo de 2011 quedaron prohibidos TODA CLASE de locales de juegos y apuestas en el Ecuador que funcionan CON FIN DE LUCRO. Los casinos y salas de juego fueron mencionados en la pregunta como simples ejemplos (De ahí el vocablo "tales como"), pero la intención fue prohibir todo negocio lucrativo que consista en salas o locales donde existan juegos de azar y apuestas en general, incluyéndose aquellos locales donde existen máquinas electrónicas y televisiones a través de las cuales se efectúan virtualmente apuestas deportivas o de otra naturaleza, dado que el azar y lo aleatorio son consustanciales a estos negocios. En virtud de ello, estos locales no deberían contar con registros de turismo o con otro tipo de permisos o autorizaciones de instituciones públicas

2.- Análisis -

Su requerimiento se refiere al alcance del artículo 236 del Código Orgánico Integral Penal¹ (en adelante COIP) y tiene por finalidad establecer si la infracción tipificada en esa norma, que se incorporó como consecuencia de la consulta popular de 7 de mayo de 2011, da lugar a que esten

¹ COIP publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero del 2014

prohibidos en el Ecuador todos los negocios con fines de lucro, incluidos los regulados por la Ley de Turismo² (en adelante LT), como es el caso de los hipódromos, en tanto en ellos se realicen actividades que involucren el azar. El tenor de la mencionada norma es el siguiente:

Art. 236 - Casinos, salas de juego, casas de apuestas o negocios dedicados a la realización de juegos de azar - La persona que administre, ponga en funcionamiento o establezca casinos, salas de juego, casas de apuestas o negocios dedicados a la realización de juegos de azar, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

La persona que con afán de lucro lleve a cabo las actividades señaladas en el inciso anterior, simulando que las efectúa sin fines de lucro, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Serán comisados los instrumentos, productos o réditos utilizados u obtenidos por el cometimiento de la infracción.

Por su parte, la palabra "azar" es sinónimo de "casualidad" y "suerte" y se define jurídicamente como "Lo entregado en su decisión o curso a la suerte antes que a la destreza o el cálculo"³. De igual forma, el "juego de azar" se conceptualiza como "El ajeno en absoluto a la habilidad o destreza del jugador"⁴ (Lo resaltado me corresponde). Mientras que, un "hipódromo" es "El lugar destinado para carreras de caballos y carro"⁵.

Al respecto, es necesario precisar que el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República del Ecuador⁶ (en adelante CRE) incluye, entre las atribuciones de la Asamblea Nacional, la de "() Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio".

Asimismo, es pertinente considerar que en materia de tipificación de infracciones rige el principio de reserva de ley, conforme a lo prescrito por el numeral 2 del artículo 132 de la CRE:

Art. 132 - La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos:

() 2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes.

Adicionalmente, el numeral 2 del artículo 13 del COIP, en cuanto a la interpretación de las normas de ese código, dispone como regla que "Los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma".

En relación al principio de legalidad en materia penal, Jorge Zavala Baquerizo⁷ explica que:

() el principio de legalidad prohíbe la irretroactividad de la ley penal (en lo que no fuera favorable al acusado) sino que en la manifestación explícita de Feuerbach se amplía esta garantía en el sentido de que **queda prohibida también la interpretación analógica, capaz de crear nuevos tipos penales**.

² LT, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 733 de 27 de diciembre de 2002.

³ Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo I. Editorial Heliusa. Buenos Aires, 1997. pag. 438.

⁴ Cabanellas, Guillermo. ob. cit. Tomo V. pag. 17.

⁵ Diccionario Manual Ilustrado de la Lengua Española. Bibliograf S.A. Barcelona. pag. 602.

⁶ CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁷ Zavala Baquerizo, Jorge. El Debido Proceso Penal. pags. 83, 86-87.

07017

() Es decir que el aforismo enunciado originalmente por Feuerbach de “nullum crimen, nulla poena sine proevia lege”, es el que objetiviza el principio de legalidad, principio que se complementa, como anteriormente explicamos en la actualidad diciendo “nullum crimen, nulla poena, sine proevia lege scripta et stricta” es decir, no hay delito, ni pena sin que previamente se ha descrito la infracción y la pena enlazada con la misma, en una ley que debe ser escrita y que sólo puede ser interpretada literalmente y siempre a favor del acusado

() **El principio de legalidad es la garantía fundamental básica, concedida a las personas, porque es la garantía de su libertad y de su honor, pues a través de la misma el Estado advierte a los ciudadanos que el comportamiento que no está comprendido en la ley penal como infracción es permitido, no es pasible de sanción penal alguna ()** (Lo resaltado me corresponde)

Respecto a los tipos penales, Alfonso Zambrano Pasquel⁸ los define y diferencia de la siguiente manera

Abiertos, son los que describen la conducta o se refieren al resultado en forma llana sin exigir circunstancias especiales que acompañen a la conducta y sin mencionar la modalidad del comportamiento que ha de producir el resultado ()

Cerrados, son los tipos en que se hace expresa referencia a circunstancias de la conducta o expresan la forma como ha de producirse el resultado ()

Por otra parte, las actividades consideradas turísticas que los agentes económicos pueden realizar constan descritas en el artículo 5 de la LT, que fue promulgada antes de la consulta popular de 7 de mayo de 2013 y de la expedición del COIP. Dicha norma de la LT dispone

Art 5 - Se consideran actividades turísticas las desarrolladas por personas naturales o jurídicas que se dediquen a la prestación remunerada de modo habitual a una o más de las siguientes actividades

- a Alojamiento,
- b Servicio de alimentos y bebidas,
- c Transportación cuando se dedica principalmente al turismo, inclusive el transporte aéreo marítimo fluvial, terrestre y el alquiler de vehículos para este propósito,
- d Operación cuando las agencias de viajes provean su propio transporte, esa actividad se considerará parte del agenciamiento,
- e La de intermediación, agencia de servicios turísticos y organizadoras de eventos congresos y convenciones, y,
- f Casinos, salas de juego (bingo-mecánicos) **hipodromos** y parques de atracciones estables (Lo resaltado me corresponde)

Adicionalmente, se debe considerar que, según la letra g) del artículo 54 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización⁹ (en adelante COOTAD), es función de los gobiernos autónomos descentralizados (en adelante los GAD) “Regular, controlar y promover el desarrollo de la actividad turística cantonal”, en coordinación con los demás GAD municipales, promoviendo especialmente la creación y funcionamiento de organizaciones asociativas y empresas

⁸ Zambrano Pasquel Alfonso Derecho Penal pag 153

⁹ COOTAD publicado en el Suplemento del Registro Oficial No 303 de 19 de octubre de 2010

comunitarias de turismo. En ejercicio de dicha función, las municipalidades han expedido ordenanzas que exigen a los hipódromos contar con licencias de funcionamiento.

Concordante, la Resolución¹⁰ No 0001-CNC-2016 del Consejo Nacional de Competencias regula las facultades y atribuciones de los GAD municipales respecto al desarrollo de actividades turísticas y, en su Disposición General Cuarta, contiene la siguiente definición:

Actividad turística - Comprende el conjunto dinámico de operaciones turísticas, que conllevan a la prestación de servicios que se ponen a disposición de los visitantes.

Se consideran actividades turísticas las desarrolladas por personas naturales o jurídicas que se dediquen a la prestación remunerada, de modo habitual, de una o más de las siguientes:

() f **Hipódromos** y parques de atracciones estables. (Lo resaltado me corresponde)

Por su parte, el artículo 203 del Reglamento Especial de Hipódromos y Carrera de Caballos de Pura Sangre¹¹ al que se refiere el informe jurídico de la consultante, se expidió al tiempo en que regía la Ley Especial de Desarrollo Turístico¹², derogada y sustituida por la LT, cuerpo normativo anterior al COOTAD que, según consta en la norma transcrita en el párrafo anterior, al referirse a las actividades turísticas autorizadas, incluye a los hipódromos.

Con relación a los reglamentos de ejecución o de aplicación, Francisco Guerrero Celi¹³ expone:

En Ecuador los reglamentos de ejecución están previstos en el Art 147 numeral 13 de la Constitución, y son aquellos que puede expedir la Presidencia de la República 'para la aplicación de las leyes, sin contravenir las ni alterarlas'.

Esta clase de reglamentos tiene como objetivo facilitar la ejecución de las leyes, dentro de los lineamientos que estas imponen, **sin que puedan rebasar en lo más mínimo su alcance, ya que se encuentran subordinados a aquellas**, nacen en virtud de ellas y por tanto no pueden afectar su estructura, su contenido, su contexto ni sus límites, porque son una especie de apéndice, un complemento que no tiene autonomía y que no puede subsistir por sí solo. (Lo resaltado me corresponde)

Sobre la relación entre ley y reglamento, Jairo Ramos Acevedo¹⁴ manifiesta:

El principio de reserva de la ley establece que en lo que se refiere a los derechos de las personas, existe un campo específico que solo puede ser tratado y regulado por la ley en sentido formal y material, es decir, solo un acto del Congreso. ()

Sin embargo, mientras una ley este vigente, el Ejecutivo tendrá la obligación de respetarla y hacerla respetar.

() En efecto, si los reglamentos tienen como finalidad facilitar el cumplimiento de las leyes, el Ejecutivo provee las normas reglamentarias con el fin de que la aplicación de las leyes pueda

¹⁰ Resolución, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No 718 de 23 de marzo de 2016.

¹¹ Reglamento Especial de Hipódromos y Carrera de Caballos Pura Sangre, publicado en el Registro Oficial No 292 de 7 de abril de 1998. Artículo 203 Con la finalidad de proteger la actividad hípica, los Hipódromos serán los únicos en usar o generar señales de eventos deportivos que sean objetos de apuestas internacionales, pudiendo establecer agencias dentro del territorio nacional.

¹² Ley Especial de Desarrollo Turístico, publicada en el Registro Oficial No 113 del 28 de enero de 1997.

¹³ Guerrero Celi, Francisco. Nueva Visión del Derecho Administrativo, Editorial Cavallos. Primera Edición. Quito - Ecuador. 2019. pág. 96.

¹⁴ Ramos Acevedo, Jairo, Cátedra de Derecho Administrativo General y Colombiano. Editorial Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda. Medellín - Colombia. 2003. págs. 78-79 y 80.

07017

llevarse a cabo 'El sentido gramatical de la palabra 'proveer' es el de poner los medios adecuados para un fin en el caso, para facilitar la ejecución de las leyes (Gabino Fraga, pág 111) Esto nos lleva a diferenciar la autoridad de ambas normas la supremacía de la ley frente a lo secundario del reglamento, **por lo que ante dos normas, una reglamentaria y la otra legal, que regulen de manera diferente la misma cuestión, se aplicara la norma legal, ya que la reglamentaria no puede derogarla, ni ir más allá de aquella.** (Lo resaltado me pertenece)

Por su parte, el artículo 425 de la CRE establece el orden jerárquico de aplicación de las normas y la supremacía de la Constitución, determinando lo siguiente

Art 425 - El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente La Constitución, los tratados y convenios internacionales, las leyes orgánicas, las leyes ordinarias, las normas regionales y las ordenanzas distritales, los decretos y reglamentos, las ordenanzas, los acuerdos y las resoluciones, y los demás actos y decisiones de los poderes públicos

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior

La jerarquía normativa considerará en lo que corresponda, el principio de competencia en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados

En tal contexto, entre las atribuciones y deberes del Presidente de la República, el numeral 13 del artículo 147 de la CRE incluye "*Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlos ni alterarlos, así como los que convengan a la buena marcha de la administración*"

De la doctrina antes citada se desprende que los reglamentos ejecutivos o de ejecución tienen como objetivo facilitar la ejecución de las leyes, sin que puedan rebasar su alcance o realizar modificaciones a sus textos y que, en el derecho positivo ecuatoriano, el numeral 13 del artículo 147 de la CRE confiere potestad para expedir éstos reglamentos al Presidente de la República

Por otra parte, sobre las reglas para resolver los conflictos de normas, Norberto Bobbio¹⁵ explica

Tres son las reglas fundamentales para resolver las antinomias

- a) El criterio cronológico,
- b) El criterio jerárquico, y
- c) El criterio de la especialidad

El criterio cronológico, denominado también de la *lex posterior* es aquel según el cual entre dos normas incompatibles prevalece la posterior *lex posterior derogat priori* ()

El criterio jerárquico, denominado también de la *lex superior*, es aquel según el cual de dos normas incompatibles prevalece la norma jerárquicamente superior *lex superior derogat inferiori* ()

¹⁵ Bobbio Norberto *Teoría General del Derecho Segunda Edición Editorial Temis S A 1997 Bogotá-Colombia Pags 191 192 y 195*

El tercer criterio, llamado precisamente el de la *lex specialis*, es aquel con base en el cual de dos normas incompatibles, la una general y la otra especial (o excepcional), prevalece la segunda *lex specialis derogat generali* ()

Respecto de las antinomias que puedan existir entre una norma reglamentaria y una legal, que regulan de manera diferente la misma materia, corresponde aplicar la norma jerárquicamente superior, que es la ley, según el orden previsto por el artículo 425 de la CRE. Adicionalmente, se deben considerar las reglas que establece el numeral 1 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹⁶ que dispone "*Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior*" (Lo resaltado me pertenece)

De lo expuesto se aprecia que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano coexisten normas de distintos rangos, que han sido expedidas en momentos diferentes, y que, por un lado, regulan las actividades económicas permitidas en materia de turismo, incluyendo por ejemplo a las que realizan los hipódromos, en las que la habilidad o experiencia de las personas interviene en el resultado, sujetando su funcionamiento a la obtención de permisos y, por otro lado, normas que regulan la materia penal, existiendo una disposición en el COIP que contiene un tipo penal abierto, que se refiere a los negocios dedicados a la realización de juegos de azar, es decir aquellos que se definen, únicamente, por la suerte, sin que intervenga en absoluto la habilidad o destreza del jugador

3.- Pronunciamiento -

En atención a los términos de su consulta se concluye que, por el principio de legalidad que rige en materia de infracciones penales, como garantía de los derechos de las personas la prohibición de establecer negocios dedicados a la realización de "juegos de azar", resultante de la consulta popular de 7 de mayo de 2011 y el tipo penal contemplado en el artículo 236 del COIP, debe ser entendida en sentido literal, esto es referida a los negocios dedicados a la realización de juegos cuyos resultados se definen, en forma exclusiva, por la suerte. En consecuencia, dicha prohibición no se puede extender a actividades económicas no comprendidas expresamente en la ley penal y que, por el contrario, están reguladas por el ordenamiento jurídico y sujetas a la obtención de permisos y licencias de funcionamiento, que deben ser otorgadas por las autoridades públicas competentes, como aquellas sujetas a LT y el COOTAD

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación general de normas jurídicas, siendo responsabilidad exclusiva de la entidad consultante su aplicación a casos particulares

Atentamente



Dr. Inigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C c Ab Juan Emmanuel Izquierdo Intriago
Director Regional 1 de la Procuraduría General del Estado

¹⁶ LOGJCC publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 55 22 de octubre de 2009