

LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN Y PROCESO PENAL

Alfonso Zambrano Pasquel¹

RESUMEN:

La Corte Constitucional de Ecuador, viene utilizando en sus fallos conceptos como los de *proporcionalidad*, de un *uso racional del derecho*, o el *principio de ponderación* al que podíamos acceder en la *Teoría de la Argumentación Jurídica* del Prof. Robert Alexy de la Universidad de Kiel o en la *Teoría de los Derechos Fundamentales* del mismo autor. Hoy tienen carta de ciudadanía el *garantismo penal* del profesor de Camarino, Luigi Ferrajoli, autor de esa obra monumental como es *Derecho y Razón*; o el neoconstitucionalismo de Paolo Comanducci, de Manuel Atienza de la Universidad de Alicante, de Prieto Sanchís, de Miguel Carbonell de la UNAM de México, de Gustavo Zagrebelsky Presidente de la Corte Constitucional de Italia, entre otros, lo cual permite confiar en un mejor trato para los *principios* constitucionales, que están por encima del derecho positivo o escrito.

PALABRAS CLAVE:

Estado constitucional de derechos y justicia, neoconstitucionalismo, acción extraordinaria, corte constitucional, derechos constitucionales, principios y reglas, principio de proporcionalidad, principio de ponderación, inviolabilidad del derecho de defensa, principio de celeridad procesal.

¹ Profesor Titular de Derecho Procesal Penal en la Universidad Católica de Guayaquil. Profesor Honorario y Profesor de Post Grado en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega de Perú. Profesor de Política Criminal en Post Grado en Universidad de Guayaquil. Ex Profesor de Post Grado en Instituto Superior de Criminología en Universidad de Guayaquil. Ex Profesor de Post Grado en Universidad Central de Caracas en Venezuela. Ex Profesor de Post Grado en Universidad Andina Simón Bolívar de Quito.

Sumario: 1. Introducción. 2. Objeto jurídico del trabajo. 3. Notas sobre el Estado constitucional de derechos. 4. Algunas características del neoconstitucionalismo. 5. Un caso resuelto por la Corte Constitucional de Ecuador. 6. Argumentos y fundamentos de la Corte al resolver. 7. Comentario nuestro. 8. Entrevista al Prof. Robert Alexy. 9. Consecuencias del neoconstitucionalismo. 10. A manera de conclusión.

1. Introducción

Más por desconocimiento que por otra causa escuchamos decir a muchos comentaristas improvisados, que *por un acto de novelería* nuestra Constitución (la del 2008), proclama que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia (Art. 1), y que con la constitución de 1998 era suficiente la proclama de ser un Estado de Derecho. Estoy con quienes piensan que hay un antes y un después en Ecuador, pues antes de la Constitución vigente no había modo o mecanismo para reclamar por la violación a garantías del derecho al debido proceso, con el manido argumento de la independencia y autonomía de la función judicial –a lo que se agregaba– que con la Corte Constitucional se pretendería crear una instancia judicial superior, que afectaría a la intangibilidad de la cosa juzgada, a la seguridad jurídica, y en definitiva a la sabiduría de los jueces, pues es inadmisibles un control de constitucionalidad que afectare a la cosa juzgada. Pero esto es precisamente lo que viene ocurriendo desde 1991 en Colombia con la Corte Constitucional, y lo que ha venido ocurriendo con el Tribunal Constitucional español, o con el Tribunal constitucional alemán, y pasa con el control de constitucionalidad que efectúan la Suprema Corte de EE.UU., o la Corte Suprema de la nación argentina.

Genera no pocas discusiones la competencia de la Corte Constitucional para llegar incluso a declarar la inconstitucionalidad de las leyes, comentando a este respecto el Profesor Gustavo Zagrebelsky Presidente de la Corte Constitucional de Italia: “era necesario reconocer a la declaración de inconstitucionalidad algún tipo de eficacia respecto al pasado. Esto ha ocurrido con el artículo 30 párrafo III de la ley número 87 de 1953 (la ley orgánica de la Corte Constitucional) que ha sustituido “la cesación de eficacia” del artículo 136 de la Constitución con la prohibición de toda aplicación judicial ulterior de la ley inconstitucional, prohibición dirigida

naturalmente para aquellas situaciones futuras pero también para las pasadas que se encuentren o que puedan ser llevadas a sede judicial, particularmente aquélla que ha sido objeto del juicio a quo. Ésta aparentemente pequeña modificación (aplicación en lugar de eficacia) es en realidad una revolución: de la abrogación a la anulación con efectos plenamente retroactivos, con el límite único de la fuerza de cosa juzgada que impide volver a someter a un juez una cuestión ya decidida (límite, por otro lado, que supera el mismo artículo 30 párrafo IV de la misma ley, al establecer que en el ámbito penal las sentencias condenatorias, aun cuando sean irrevocables, puedan ser impactadas por la declaración de inconstitucionalidad de la ley que se encuentra en su base).

La lógica de la *saisine* incidental, sin embargo, va más allá. La Corte Constitucional es interpelada a partir de un juicio. Debe, por tanto, dar una respuesta al juez que la ha requerido. En otras palabras: el juicio abstracto de constitucionalidad tal cual fue imaginado por los constituyentes podría alcanzar plenamente su finalidad con la simple eliminación de la ley de inconstitucional, es decir, con la creación de una laguna en el derecho. En efecto, la Constitución prevé simplemente sentencias desestimatorias (cuando rechaza la duda de inconstitucionalidad) y estimatorias (cuando la ley es eliminada por estimar fundada la duda) a la Corte Constitucional. Pero el juicio concreto de constitucionalidad, es decir, el que se promueve por exigencias procesales prácticas no puede estar de acuerdo con ello. Necesita que al juez a quo le sea provista otra norma, constitucionalmente adecuada, en lugar de aquélla declarada inconstitucional, a efecto de que la pueda aplicar en el juicio. La pura y simple anulación sería suficiente en un ordenamiento de tipo radicalmente liberal en el cual cada norma de ley positiva pueda considerarse como una excepción al principio general de libertad: eliminada la ley inconstitucional se expandiría el principio de libertad y el juez podría hacer referencia a ello para decidir el caso. Empero, nuestros ordenamientos constitucionales son mucho más complicados; los derechos constitucionales no se reducen en absoluto a la defensa frente a la injerencia del poder público puesto que exigen, para valer, intervenciones positivas y normas que los protejan y los expandan. Éstos son, en síntesis, los motivos que explican el florecimiento de una tipología de decisiones (sentencias interpretativas, estimatorias y desestimatorias, parciales, aditivas, sustitutivas, correctivas, de principio, etcétera) inexplicable dentro

de la lógica del juicio abstracto de constitucionalidad, pero fácilmente comprensible en la lógica del juicio concreto".²

2. Objeto jurídico del trabajo

Los presentes comentarios están dirigidos a una de las nuevas instituciones que surgen de acuerdo con la Constitución vigente, la acción extraordinaria de protección prevista en el Art. 94 de la Constitución del 2008 de Ecuador, que dice: "La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado".

El Prof. Iván Castro Patiño, en el libro colectivo de autores de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, hace atinados comentarios en relación con esta naciente institución, y en la necesidad de que se determine la competencia de la Corte Constitucional para evitar un uso abusivo de la garantía en desmedro de la administración de justicia común u ordinaria (fallos judiciales), al tiempo que hace un importante estudio comparativo entre el documento o proyecto del CONESUP y el proyecto de Montecristi, que se convierte finalmente en la nueva Constitución del Ecuador del 2008, consignando:³

² GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Realismo y concreción del control de constitucionalidad de las leyes en Italia*, Publicado en Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Chile, año 6 No. 1, 2008. P. 325-335

³ IVÁN CASTRO PATINO, en libro *Análisis del proyecto de nueva Constitución*, Publicación de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Guayaquil, septiembre del 2008. Las acciones de garantía de los derechos en el proyecto de Constitución de Montecristi, ¿avance o retroceso? (p. 8, 9, 10).

“ IV. ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN.- (p.8, 9 y 10)

Esta es sin duda, una de las novedades del P.C.M. que más dificultades traerá en su aplicación práctica y que más comentarios produce entre los estudiosos del Derecho.

El P.C.M. establece que la Acción Extraordinaria de Protección procede contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado, por acción u omisión, derechos reconocidos en la Constitución y señala que se interpondrá ante la Corte Constitucional. Para su procedencia, se requiere que se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

En la Comisión de Juristas del CONESUP se debatió ampliamente este tema y se resolvió incorporar esta garantía al proyecto de Constitución pero, con algunas diferencias que cambian sustancialmente el alcance que tiene en el P.C.M.

En consecuencia, con respecto a esta Acción, que no existe en la C.98, el análisis comparativo lo voy a realizar en función del proyecto de Constitución que entregó la Comisión de Juristas del CONESUP.

Las diferencias primordiales son las siguientes:

1. Mientras el P.C.M. denomina a esta garantía *acción extraordinaria de protección*, el proyecto de la Comisión de Juristas del CONESUP lo denominó **recurso extraordinario de amparo** (Art 114 y 194 no. 7). La terminología usada en el proyecto del CONESUP es la correcta puesto que esta garantía constituye, efectivamente, un **recurso** que se plantea frente a sentencias o autos definitivos que violen los derechos consagrados en la Constitución.
2. El proyecto del CONESUP limita el recurso extraordinario de amparo exclusivamente a los casos en que el recurrente alegue que, dentro del proceso tramitado ante la justicia ordinaria y que haya concluido con sentencia o auto definitivo, se han violado las garantías constitucionales del debido proceso. El P.C.M., en cambio, no

limita la procedencia de la acción extraordinaria de protección exclusivamente a los casos en que se hayan violado las garantías constitucionales del debido proceso sino que, la amplía a todos los casos en que, por acción u omisión, se haya violado *“derechos reconocidos en la Constitución”*.

3. En el proyecto de la Comisión de Juristas del CONESUP se establece con claridad que, de proceder el recurso extraordinario de amparo, la Corte Constitucional declarará la nulidad que corresponda y devolverá el expediente a la función judicial para que la justicia ordinaria corrija la violación a las normas del debido proceso y resuelva sobre lo principal.

Esta importante precisión, no existe en el P.C.M., lo que ocasiona que exista el riesgo de una indebida injerencia de la justicia constitucional en aspectos fuera de su competencia, que corresponden a la justicia ordinaria. La ley que regule el funcionamiento de la Corte Constitucional y los procedimientos de control de constitucionalidad que, según la disposición transitoria primera deberá expedirse en el plazo de 360 días después de aprobado el P.C.M., necesariamente tendrá que regular este aspecto.

4. La experiencia española, que permite la interposición de las denominadas acciones de tutela o amparo ante el Tribunal Constitucional, acerca de sentencias dictadas por la justicia ordinaria, deberá ser profundamente analizada para lograr el buen uso de esta nueva garantía constitucional. Previendo su mal uso, el proyecto de Constitución elaborado por la comisión de juristas del CONESUP establecía expresamente que *“si el recurso extraordinario de amparo fuere presentado para obstaculizar la justicia o retardar la sustanciación de la causa, la Corte Constitucional deberá rechazar el recurso y, si fuere el caso, sancionar al infractor de conformidad con la ley”*. El P.C.M. no tiene una disposición similar”.

El reciente Código Orgánico de la Función Judicial del 9 de marzo del 2009, (Art. 285 numeral 3) ⁴ preserva el derecho a la defensa, que es

⁴ **“Art. 282. Funciones de la Fiscalía general del estado.-** A la Fiscalía General del Estado le corresponde:

una de las garantías del derecho al debido proceso, previsto en el Art. 76 numeral 7 de la Constitución que reconoce la inviolabilidad del derecho de defensa que implica contar con el tiempo necesario para poder ejercerla, esto forma parte de la normativa internacional de los derechos humanos, reconocido expresamente en el Pacto de San José o Convención Americana de DD. HH. (cfr. Art. 8 de la Convención).

Reconocemos el aporte importante que en la consolidación del Estado constitucional de derechos y justicia, como se proclama el Ecuador (Art. 1 de Constitución del 2008), constituyen los fallos de la Corte Constitucional⁵ de nuestro país.

La Corte Constitucional de Ecuador, viene utilizando en sus fallos conceptos como los de *proporcionalidad*, de un *uso racional del derecho*, o el *principio de ponderación* al que podíamos acceder en la *Teoría de la Argumentación Jurídica* del Prof. Robert Alexy de la Universidad de Kiel o en la *Teoría de los Derechos Fundamentales* del mismo autor. Hoy tienen carta de ciudadanía el *garantismo penal* del profesor de Camarino, Luigi Ferrajoli, autor de esa obra monumental como es *Derecho y Razón*; o el neoconstitucionalismo de Paolo Comanducci, de Manuel Atienza de la Universidad de Alicante, de Prieto Sanchís, de Miguel Carbonell de la UNAM de México, de Gustavo Zagrebelsky Presidente de la Corte Constitucional de Italia, entre otros, lo cual permite confiar en un mejor trato para los *principios* constitucionales, que están por encima del derecho positivo o escrito.

Ojalá que esa fuente de conocimientos en materia de garantías constitucionales y de lo que es el *neoconstitucionalismo*, que se trasunta en las resoluciones de la Corte Constitucional, sea un buen referente para la actuación de los jueces de nuestro país.

3. Garantizar la intervención de la defensa de los imputados o procesados, en las indagaciones previas y las investigaciones procesales por delitos de acción pública por delitos de acción pública, quienes deberán ser citados y notificados para los efectos de intervenir en las diligencias probatorias y aportar pruebas de descargo, cualquier actuación que viole esta Disposición carecerá de eficacia probatoria”.

⁵ En nuestra página web en www.alfonsozambrano.com hemos abierto recientemente un link dedicado a la Corte Constitucional de Ecuador, por el contenido de sus fallos.

3. Notas sobre el Estado constitucional de derechos

Un autor Gustavo Alberto Musumeci, nos recuerda en su trabajo *El control dual o paralelo de constitucionalidad como garantía de la jurisdicción constitucional en un Estado Constitucional de Derecho*, que el estado constitucional de derecho asienta su paradigma en la subordinación de la legalidad a Constituciones rígidas con un rango jerárquico superior a las leyes como normas de reconocimiento de su validez. Esto significa que:

- a) La validez de las normas no depende exclusivamente de la forma de producción sino además de la compatibilidad de sus contenidos con los principios constitucionales;
- b) La ciencia jurídica propone una visión crítica en relación con su propio objeto y propone la eliminación o corrección de las lagunas y antinomias que surgen de la violación de las prohibiciones y obligaciones de contenido establecidas por la Constitución;
- c) La actividad jurisdiccional se fortalece en la medida que debe aplicar las normas, y siempre que éstas sean formal y sustancialmente compatibles con la Ley Fundamental;
- d) Se configura un límite y un complemento para la democracia. Un límite, porque los derechos incorporados a la constitución implican prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes y a las mayorías, que de no mediar dicha interdicción, alcanzarían el grado de absolutos. Un complemento, porque estas prohibiciones y obligaciones se configuran como garantías de los derechos de todos frente a los abusos de tales poderes, que podrían de otro modo fagocitar el propio sistema democrático.

De ello se deduce que, si en el modelo de estado legislativo de derecho⁶, el poder emanado de la ley era soberano por cuanto representaba la

⁶ Ver GUSTAVO ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, p. 24, Trotta, España 1999. Dicho autor ha definido al Estado legislativo de derecho como: aquél que surge a partir de la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación de validez del derecho. La primacía de la ley conducía a la derrota de las tradiciones jurídicas del Absolutismo y del Ancien Régimen. El estado de derecho y el principio de legalidad

voluntad general, en el Estado constitucional de derecho queda sometido a la constitución y la decisión democrática que, por principio, es aquella adoptada conforme a un conjunto de reglas y no sólo a la acordada mayoritariamente.⁷

Por último, cabe destacar que en el Estado constitucional, los derechos fundamentales no son exclusivamente disposiciones jurídicas producto de la actividad política voluntarista y deliberativa sino que, desde su fundamentación interna, introducen en el sistema una sólida carga axiológica que pretende irradiarla en todo el ordenamiento jurídico.⁸

importaban la reducción del derecho a la ley y la exclusión o sumisión de la ley de todas las demás fuentes del derecho.

Ver, asimismo, LUIS PRIETO SANCHÍS, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, p. 65/92, Trotta España 2003

⁷ Ver LUIGI FERRAJOLI, *Los Fundamentos De Los Derechos Fundamentales*, p. 65, Trotta, España, 2001. En el paradigma del Estado Liberal, la ley, fuera cual fuera su contenido, era considerada fuente suprema e ilimitada del derecho. En el paradigma garantista no solamente se programan las formas de producción del derecho mediante normas procedimentales sobre la formación de las leyes, sino que además, se diseña sus contenidos sustanciales y se los vincula normativamente con los principios de justicia derivados de los derechos fundamentales inscriptos en las Constituciones definidas como un sistema de reglas formales y sustanciales, y que, en su naturaleza de pacto fundante, están dirigidos a asegurar la paz y la convivencia civil. En este contexto señala que: "La esencia del constitucionalismo y del garantismo" lo que denomina democracia sustancial, " reside precisamente en el conjunto de límites impuestos por las constituciones a todo poder, que postula en consecuencia una concepción de la democracia como sistema frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantías de los derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación contra sus violaciones. Un sistema en el cual la regla de la mayoría y la del mercado valen solamente para aquello que podemos llamar la esfera de lo discrecional, circunscripta y condicionada por la esfera de lo que está limitado, constituida justamente por los derechos fundamentales de todos: los derechos de la libertad, que ninguna mayoría puede violar, y los derechos sociales –derechos a la salud, a la educación, a la seguridad social a la subsistencia- que toda mayoría está obligada a satisfacer" (Ver Ferrajoli, Luigi, "La democracia constitucional", en Christian Curtis –Compilador- Desde otra mirada, p. 257, Eudeba, Argentina 2001.

⁸ Ver JOSÉ LUIS SERRANO, *Validez y vigencia*, p. 56, Trotta, España 1999. Y PAOLO COMANDUCCI, *Formas de Neoconstitucionalismo: un análisis metateórico*, - Compilador Migule Carbonel – en Neoconstitucionalismo (S), Trotta, España, segunda edición 2005.

Por de pronto agreguemos a lo dicho y con respecto al tema del *neoconstitucionalismo*, que es la aplicación inmediata de las garantías constitucionales que antes estaban en el marco dogmático de las constituciones sin aplicación práctica, y directa. Ya era un avance el reconocimiento que hacía la Constitución de 1998, que impedía invocar la falta de ley como argumento para irrespetar al mandato constitucional. Hoy el desarrollo y aplicación del *neoconstitucionalismo* es incuestionable en la Constitución del 2008, bástenos recordar los artículos 11^º, 75, 76, 77, 172, 424, 425, 426 y 427, que constituyen un sólido bloque de preeminencia constitucional.

4. Algunas características del neoconstitucionalismo

Luis Prieto Sanchís ha señalado que el neo constitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo alude a una nueva cultura jurídica y se identifica por cuatro acepciones principales.¹⁰

⁹ “ Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación, por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá invocarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4.- Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que mas favorezcan su efectiva vigencia.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución...“El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso”.

¹⁰ LUIS PRIETO SANCHÍS, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, p. 101, Trotta España 2003.

En primer lugar, se trata de cierto estado de derecho que define institucionalmente una determinada forma de organización política. Dicho modelo proviene de dos ramas del derecho constitucional: la norteamericana –la que vale aclarar, creó una Constitución sin contenidos normativos- y la europea: con un denso contenido normativo pero sin dotarle garantías. A partir de allí podríamos afirmar que el neoconstitucionalismo armoniza tales modelos y deriva como consecuencia de ello un sistema de constituciones normativas garantizadas en última instancia por el control de constitucionalidad, descansando, en forma exclusiva, en el Poder Judicial la última palabra en la definición de aquéllas cuestiones controvertidas que se susciten dentro del referido modelo.

En éste ámbito conceptual el neoconstitucionalismo presenta una faz estructural, presupuesto esencial de dicho modelo, que persigue los siguientes elementos caracterizadores. 1) carácter normativo o fuerza vinculante de la constitución; 2) supremacía de la constitución dentro del sistema de fuentes; 3) eficacia o aplicación directa de la ley fundamental; 4) Garantía judicial; 5) presencia de un denso contenido normativo que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones con el poder y con los particulares, integrados por principios, derechos y directrices más o menos precisos, pero que siempre que resulten relevantes, llamados a ser aplicados sólo en aquéllas cuestiones concretas; 6) rigidez constitucional, esto es cuanto más costosa sea la posibilidad de alterar el texto fundamental por la mayoría legislativa, mayor fortaleza tendrá el modelo constitucional.

Nos recuerda Gustavo Alberto Musumeci¹¹, que otro elemento esencial y constitutivo de este campo estructural es lo que Ricardo Guastini, ha llamado: “La constitucionalización del ordenamiento jurídico”. Su finalidad es lograr impregnar e irradiar en todo el ordenamiento jurídico las normas constitucionales. Para ello, según dicho autor, se tiene que dar las siguientes condiciones de constitucionalización: A) Una constitución rígida, si en primer lugar es escrita y en segundo término, está protegida –garantizada- contra la legislación ordinaria y en donde, además, se deben distinguir dos niveles en el que la Constitución está por encima de

¹¹ En opúsculo citado, p. 4 y siguientes.

la legislación común, no pudiendo ser derogada, modificada o abrogada por ésta última; B) la garantía jurisdiccional de la constitución: esta acepción requiere que aunque la rigidez de la ley fundamental esté formalmente estipulada, la misma no está asegurada si no existe algún tipo de control sobre la conformidad de la leyes con la constitución; C) la fuerza vinculante de la constitución: importa la difusión, en el seno de la cultura jurídica de un país, de la idea que toda norma constitucional - independientemente de su estructura o contenido normativo- es una norma jurídica genuina, vinculante y capaz de producir efectos jurídicos,¹² D) la sobre interpretación de la Constitución, lo que implica que no cabe lugar para la libre discrecionalidad del legislador y, consecuentemente, no existe materia por más política que revista su naturaleza, que quede al margen del control de un juez respecto a su legitimidad constitucionalidad; E) la aplicación directa de las normas constitucionales: importa la difusión de la cultura de un país en donde la función de la constitución es moldear las relaciones sociales, produciendo sus normas efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en las relaciones entre particulares en ocasión de cualquier controversia, siempre y cuando, la misma no pueda ser resuelta sobre la base de la ley, ya sea porque la misma ofrece lagunas, o porque su solución resultaría injusta; F) la interpretación conforme a la constitución, esto es, aquella que armonice la ley con la constitución -previamente interpretada- eligiendo, frente a una doble posibilidad interpretativa -el significado- la norma que evite toda contradicción entre la ley y la constitución; y G) implica la influencia de la Constitucionalización sobre las relaciones políticas, y depende de: el contenido mismo de la constitución, el rol de los jueces que ejerzan el control de constitucionalidad y la orientación de los órganos constitucionales y de los actores políticos.¹³

¹² Para el caso argentino es válida la cita del maestro GERMÁN BIDART CAMPOS, en su obra "El Derecho de la constitución y su fuerza normativa" Editorial Ediar, 1995, que desarrolló la tesis de la fuerza normativa de la constitución y su irradiación en el sistema jurídico argentino a través de las garantías y la jurisdicción constitucional.

¹³ Ver RICARDO GUASTINI, La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso Italiano", p. 49/73 en Neoconstitucionalismo (S) -editor Miguel Carbonell-, Editorial Trotta, 2005.- Dicho autor sostiene que, para que un ordenamiento jurídico sea considerado como impregnado por disposiciones constitucionales, se deben dar los dos primeros supuestos expuestos. Los restantes no son absolutos, aunque de darse en

El *neoconstitucionalismo* como teoría del derecho describe o explica los elementos caracterizantes del modelo y puede sintetizarse evolutivamente en:

- 1) Más principios que reglas: Corresponde señalar que tanto los principios como las normas son normas porque señalan lo que debe ser. Pero los principios son normas abiertas que presentan un condicionante fáctico –mandatos de optimización– fragmentado o indeterminado y que necesariamente serán cerrados por la justicia constitucional mediante los procesos de interpretación y ponderación. Los derechos fundamentales presentan, en general, la estructura de los principios, y posibilita que los procesos de determinación o delimitación de sus contenidos contemplen –en sentido plural– la mayor cantidad de opciones, visiones o planes de vida de los integrantes de una sociedad.¹⁴ En cambio, las reglas, son normas que pueden ser cumplidas o no y que contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posibles.
- 2) Más ponderación que subsunción; En un estado de derecho, todos los derechos fundamentales poseen a priori y en abstracto la misma jerarquía, caso contrario no habría que ponderar ya que se impondría el derecho de mayor importancia. Ponderar es buscar la mejor decisión cuando en la argumentación concurren razones justificadoras conflictivas del mismo valor.¹⁵
- 3) Omnipresencia de la constitución en todas las áreas jurídicas en lugar de espacios dejados a la discrecionalidad legislativa o reglamentaria; este precepto está estrechamente vinculado con la analizado en el punto C) y D) respecto los requisitos de la constitucionalización del ordenamiento jurídico propuesto por Guastini.

completitud, o no estaríamos ante un mayor o menor grado de constitucionalización de un determinado ordenamiento jurídico.

¹⁴ Ver ANDRÉS GIL DOMÍNGUEZ, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, p. 54, Ediar, 2005, Buenos Aires.

¹⁵ LUIS PRIETO SANCHÍS, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, p. 189, Trotta España 2003.

- 4) Omnipotencia judicial en vez de autonomía del legislador ordinario: este es un elemento esencial que define, por su importancia, al Estado Constitucional de Derecho. Es el órgano que detenta la última palabra, aún respecto de las decisiones colectivas, y están ligadas a los derechos fundamentales, lo que implica consecuentemente que hay un desplazamiento natural del legislador lo que conlleva a una elección a favor de la legalidad constitucional y la argumentación judicial respecto de la formulación del modelo de democracia deliberativa, siendo la mejor opción posible en torno a la custodia de la fuerza normativa constitucional. Esto no significa que desde la constitución se impongan límites sustanciales al legislador democrático, sino que en la determinación de los derechos se muta del procedimiento legislativo a la actividad jurisdiccional: en otras palabras, en lugar de ser la mayoría del parlamento la que dispone que derechos nos corresponden, es el tribunal en su voto mayoritario quién titulariza el control de constitucionalidad¹⁶. En expresiones del mismo Gustavo Alberto Musumeci¹⁷, cabe destacar que ante esta proposición, existe una corriente que señala al poder judicial como contra mayoritario y que por ende no reviste del valor epistémico suficiente, o más precisamente, carece de legitimidad democrática, para ser el titular de la última palabra.¹⁸
- 5) Coexistencia de una constelación plural de valores en lugar de homogeneidad ideológica. Esto implica que a partir de la incorporación de los derechos humanos en nuestro sistema de fuentes, trae aparejado un nuevo orden simbólico, además del jerárquico, ya que comparten con la Constitución Nacional su supremacía, que al complementar el sistema legal interno, expande “una constelación de opciones de vida en lugar de un supuesto de uniformidad e igualdad ideológica o pensamiento único”.¹⁹

¹⁶ Ver ANDRÉS GIL DOMÍNGUEZ, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, p.89 y vta. 54, Ediar, 2005, Buenos Aires.

¹⁷ En opúsculo citado, p. 6 y siguientes.

¹⁸ Ver ROBERTO GARGARELLA, *La justicia frente al gobierno* (sobre el carácter contra mayoritario del Poder Judicial), Ariel, España, 1996.

¹⁹ Ver ANDRÉS GIL DOMÍNGUEZ, *Neo constitucionalismo y derechos colectivos*, ob. cit., p.28

Creemos que es válido utilizar y aplicar el *principio de la ponderación* de los bienes jurídicos, de manera que estará por una parte el interés por buscar y encontrar la verdad, y por otras garantías como el *principio de presunción de inocencia*, y el de la *lealtad y buena fe procesal*, en constituciones como la nuestra se reconoce la preeminencia del *principio pro homine* o a favor del ciudadano y no del propio Estado como se consigna en el Art. 417 de la Constitución del 2008 de Montecristi.²⁰

5. Un caso resuelto por la Corte Constitucional de Ecuador

Nuestra Corte Constitucional viene dado ejemplo de una *racional utilización del derecho* y de la correcta aplicación de principios como los de *proporcionalidad* y de *ponderación*. El 19 de mayo de 2009 dicta la Sentencia No. 09-09-SEP-CC, en el CASO: 0077-09-EP. El proponente de la Acción Extraordinaria de Protección sostiene que fundamentado en las normas contenidas en el artículo 437 de la Constitución de la República vigente, así como en lo dispuesto en las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición, plantea acción extraordinaria de protección del auto ampliatorio del 23 de enero del 2009 dictado por el señor Juez Décimo Octavo de lo Penal del Guayas, con asiento en Durán, dentro del proceso penal de tránsito N.º 026-2007. El accionante, en su demanda, manifiesta lo siguiente:

“Que la acción extraordinaria de protección tiene por objeto preservar o restablecer cualquier derecho fundamental de libertad o de protección referido al debido proceso de toda persona. El artículo 437 de la Constitución de la República es claro al establecer los requisitos para la acción extraordinaria, indicando que el supuesto de procedibilidad es la existencia de una sentencia, un auto o una resolución firmes o ejecutoriados, por lo que se trata de una acción subsidiaria, pues previamente existe una decisión judicial, sentencia, auto o resolución firme, inimpugnable mediante recursos procesales, lo que produce, en forma directa, la

²⁰ “Art. 417: Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”

vulneración al derecho constitucional que se exige preservar o reparar a la Corte Constitucional”.

Señala que ante la segura conculcación grave de derechos fundamentales cuya preservación se ha frustrado en la vía judicial, la acción extraordinaria debe ser admitida sin aguardar el agotamiento de todos los recursos utilizables ante jueces y tribunales de la justicia ordinaria, previstos para todo el proceso en sí considerado, por lo que la Constitución admite la acción extraordinaria en contra de autos firmes aun cuando no hubiesen puesto fin al proceso.

Afirma el accionante que, doctrinariamente, la regla general es que procede la acción extraordinaria cuando el enjuiciamiento ha concluido y se han agotado los recursos procesales ordinarios y extraordinarios, pero la Constitución admite excepciones, por ejemplo, cuando se dicta un auto que se torna firme, ejecutoriado y definitivo en sede judicial, aun cuando no ponga fin al proceso, siempre que con éste se vulneren derechos fundamentales de una persona en forma grave e inevitable, sin que sea posible su reparación en la futura sentencia.

Sostiene que en el proceso penal de tránsito N.º 026-2007, que se sustancia en el Juzgado Décimo Octavo de lo Penal del Guayas, se dictó el auto ampliatorio del 23 de enero del 2009, disponiendo que se cumpla con el acto procesal más trascendente para el acusado, que es la audiencia de prueba y juzgamiento, aun en la hipótesis de que no estén presentes los testigos, los mismos que son insustituibles e irremplazables como medio de prueba. El auto impugnado señala que la audiencia oral y pública de prueba y juzgamiento señalada para el 15 de abril del 2009 a las 09h40: “se llevará a cabo con la presencia de los testigos y peritos que a ella concurran, por cuanto esta judicatura considera que no se puede dilatar en exceso la celebración de la referida audiencia de juzgamiento”, decisión que fue tomada por el juez de la causa, acogiendo un pedido de ampliación formulado por la Fiscalía, por lo que al haberse acogido el pedido de ampliación, el auto impugnado no es susceptible de ser revocado, está ejecutoriado.

Indica que acorde al acto impugnado, si los dos testigos residentes en el extranjero: señores L M y M M, que son fundamentales para su defensa, no están presentes en la audiencia de prueba y juzgamiento, de

igual forma se llevaría a cabo la misma, sin consideración alguna a que esos dos testimonios son claves para desvirtuar las imputaciones que se le hacen, por lo que de darse cumplimiento al acto impugnado, la audiencia, que podría efectuarse sin la presencia de los testigos mencionados, se tornaría inútil, pues la razón de ser de la misma es el ejercicio del principio de contradicción que es esencialmente bilateral.

Agrega el reclamante, que el auto impugnado dispone que la audiencia se celebre en el día y hora señalados en forma improrrogable, fatal y que se producirá la prueba que esté disponible en el tiempo de duración de ese acto procesal, sin que tenga relevancia para el juez, el que no esté físicamente disponible aun cuando sea de vital importancia para derrotar la prueba de cargo que exista. El auto impugnado es, pues, directamente contrario a lo prescrito en el artículo 75 de la Constitución de la República, pues se decidió ponderar como de mayor peso para la justicia procesal, el principio de celeridad de la norma que consagra el derecho de defensa y por el ejercicio de esa discrecionalidad, se lo enrumba ilegítimamente a una condena, pues se coarta su derecho a probar los hechos que lo absuelven (sic).

Dice el reclamante, que el principio de celeridad procesal ha sido utilizado como pretexto en el auto impugnado, casi sugiriendo que las postergaciones producidas en el proceso obedecerían a actuaciones del accionante, lo que no es verdad puesto que el artículo 76 numeral 7 de la Constitución señala que el derecho a la defensa de las personas incluye ciertas garantías, entre las cuales consta la de "Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder el interrogatorio respectivo", obligación de comparecencia que surge cuando el Estado cumple con la carga de notificar al testigo o perito para que comparezca, y tratándose de personas que residen en el extranjero, la norma aplicable es la del artículo 130, párrafo final del Código de Procedimiento Penal, que señala: "Si el testigo se halla en el extranjero, se debe proceder conforme a los Convenios de Cooperación Judicial suscritos por el Estado o la costumbre internacional", y precisamente por esa disposición legal, en el proceso se ha ordenado reiteradamente que a los señores M M y L M se los notifique mediante exhorto para que concurran a la audiencia, lo que no pudo llevarse a efecto, pues por ejemplo, mediante providencia del 17 de diciembre del 2007 a las 08h30, el Juez convocó a audiencia de juzga-

miento para el lunes 07 de enero del 2008, disponiendo que se envíe el respectivo exhorto para notificar a los testigos, pero por causas que no le son imputables, el oficio respectivo dirigido a la Corte Suprema fue enviado desde el juzgado con fecha viernes 04 de enero del 2008, por lo que no fue posible tramitar el exhorto y la audiencia no pudo efectuarse.

Consta también del expediente el Oficio N.º 114-SG-EXE-MN del 04 de marzo del 2008, con el que la Secretaría General de la Corte Suprema, en respuesta al Oficio N.º 31-2008-JPDOPG-D del 04 de enero del 2008 con el que se envió el exhorto, señala lo siguiente: “Por disposición del señor doctor José Vicente Troya Jaramillo, Presidente Encargado de la Corte Suprema de Justicia... le comunico: ...3. Para efectos de que lleguen a verificarse los actos procesales contenidos en los exhortos, es imprescindible que se concedan plazos lo suficientemente amplios, considerando que el promedio de tiempo entre el envío y devolución de los exhortos superan los sesenta días”, lo que no puede ser pasado por alto para entender que las demoras que puedan haberse producido en la tramitación de los exhortos ordenados en el proceso, no le pueden ser atribuidos. Indica que mediante providencia del 07 de agosto del 2008 a las 11h00, fue convocada nuevamente la audiencia de juzgamiento, la cual debía realizarse el 26 de noviembre del Caso N° 0077-2009-EP42008, pero nuevamente y conforme al artículo 130 del Código de Procedimiento Penal se dispuso el envío del respectivo exhorto.

Con fecha 02 de septiembre del 2008 el juez suplente, Aguilar Martillo, envió el oficio pertinente a la Corte Suprema (Oficio 3278-2008-JDOPG-D), que consta entregado el 04 de los mismos mes y año, pero la Corte Suprema no remitió el expediente del exhorto a la Cancillería para que el mismo se tramite, por lo que la audiencia convocada fue suspendida. Manifiesta que las agresiones al derecho de defensa y a la Constitución contenidas en el auto impugnado deben ser reparadas por la Corte Constitucional, para lo cual se deberá suspender en forma cautelar los efectos del acto impugnado, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 87 de la Constitución y, luego, en sentencia, anular el acto impugnado en cuanto a la no postergación de la audiencia en caso de que no estén los testigos necesarios para el acervo probatorio idóneo para un juzgamiento constitucionalmente plausible(sic).

Pretensión de las partes

El legitimado activo solicita que la Corte Constitucional en sentencia motivada anule el auto impugnado, y disponga que, en su lugar, el Juez Décimo Octavo de lo Penal del Guayas dicte otro que preserve y proteja el derecho a la tutela judicial con respeto al ejercicio pleno del derecho de defensa del acusado y a la total práctica de las pruebas trascendentes para el caso. De igual forma, amparado en el contenido del artículo 87 de la Constitución de la República, pide que en el auto de calificación de la demanda se disponga, como medida cautelar, la suspensión inmediata de los efectos jurídicos del auto impugnado.

En su descargo dijo el juez en concreto que la providencia, motivo de esta acción constitucional, no posee violación alguna al derecho de defensa del acusado, abogado E C V. Cabe indicar que el Art. 256 del Código de Procedimiento Penal, ley supletoria para los asuntos de tránsito, en su numeral 2 determina que la etapa del juicio se puede suspender excepcionalmente y sólo por una vez por un plazo máximo de cinco días, cuando no comparezcan los peritos, y si en la reanudación tampoco comparecen los peritos, el juicio debe continuarse sin su presencia. El Art. 271 del cuerpo de ley en mención se refiere a los testigos ausentes del lugar del proceso. En el caso actual, los testigos del accionado son personas que viven en el extranjero y es de suponer que así como el recurrente de la acción de protección los tuvo en el país al inicio de este proceso, también podría haberlo hecho ahora para que estén presentes en la Audiencia Oral Pública de Prueba y Juzgamiento, señalada mediante providencia del 05 de enero del 2009 a las 08h20, y ratificada mediante providencia del 23 de enero del 2009 a las 15h10, por lo que solicita se dicte la sentencia correspondiente conforme a derecho.

Consideramos por nuestra parte, que es importante reproducir los argumentos de la fiscalía porque probablemente se traten de utilizar en otros reclamos de tutela, para coartar legítimos procesos constitucionales como es la acción extraordinaria de protección.

Dice la Fiscal actuante: que la presente acción ha sido propuesta por el acusado, abogado E C V, de un decreto o providencia por la que el Juez Décimo Octavo de lo Penal sustancia la causa, esto es, que en dicho decreto el señor Juez ordena la práctica de una diligencia misma que

consiste en la audiencia oral de prueba y juzgamiento dentro de un proceso penal de tránsito, y esta definición se encuentra descrita en el artículo 271 del Código de Procedimiento Civil. No se trata de un auto como erróneamente lo ha planteado el accionante, ya que el auto es la decisión del Juez sobre algún incidente del juicio y en la especie, el decreto o providencia dictada no es una decisión sobre algún incidente, sino que es la mera sustanciación de la causa disponiendo que se efectúe la correspondiente audiencia oral de prueba y juzgamiento en un proceso penal de tránsito.

Afirma que no existe, en dicho decreto o providencia, violación alguna al derecho de la defensa del acusado, como se esgrime en la acción extraordinaria de protección, ya que el artículo 256 del Código de Procedimiento Penal, ley supletoria para asuntos de tránsito, determina en su numeral 2 que la etapa del juicio se puede suspender excepcionalmente y sólo por una vez por un plazo máximo de cinco días cuando no comparezcan los peritos, y si en la reanudación tampoco comparecen, el juicio debe continuar sin su presencia. Adicionalmente, el artículo 271 del mismo cuerpo legal se refiere a los testigos ausentes del lugar del proceso, y las personas a las que hace referencia el accionante son peritos presentados por parte suya, sin que estos estén acreditados por y ante la Fiscalía; y, el artículo 278, en la última parte del inciso primero, otorga una facultad discrecional al Juez a fin de que califique si la presencia de los peritos es indispensable en la audiencia, y ha hecho uso de tal facultad legal en la providencia que se impugna con esta acción, tomando en consideración que no se trata de un auto definitivo como lo interpreta el accionante, y no se ha violado ningún derecho constitucional del acusado en la tramitación del proceso cuando consta el informe presentado por los peritos que él ha solicitado dentro de la instrucción fiscal y éste alcanzará el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa de juicio, de acuerdo con lo que dispone el segundo inciso del artículo 79 del Código de Procedimiento Penal; es decir, que basta con la presentación de dichos informes periciales en la etapa de juicio para que éstos sean valorados por el Juez como prueba, sin que sea imprescindible la presencia de los peritos, por lo que la ausencia de ellos no viola el derecho a la defensa del acusado que ha sido respetado al incorporarse esta pericia al proceso y ya es de responsabilidad de su defensa el presentarlo en la etapa de juicio. Por lo manifestado, solicita que se declare sin lugar la acción extraordinaria de protección planteada,

tomando en consideración lo siguiente: a) El acto judicial impugnado no es un auto definitivo, sino un decreto de sustanciación de la causa; b) No existe violación al derecho a la defensa ya que el peritaje para que alcance el valor de prueba debe ser presentado en la etapa del juicio sin que sea imprescindible la presencia de los peritos que hayan realizado dicho peritaje, más aún si estos no son ni han sido acreditados por la Fiscalía(sic).

6. Argumentos y fundamentos de la Corte al resolver

En este caso se había pedido ya ampliación del auto de convocatoria para la audiencia del juicio por lo cual no se podía interponer recurso alguno, y con este antecedente dice la Corte Constitucional: siendo la providencia impugnada (del 23 de enero del 2009) un auto en el que se resuelve un incidente de ampliación y que, por tanto, al no ser legalmente posible interponer, respecto de tal auto, nuevos recursos verticales por expresa prohibición del artículo 291 del Código de Procedimiento Civil, tal auto del 23 de enero del 2009 quedó ejecutoriado y, en consecuencia, la Acción Extraordinaria de Protección es objetivamente procedente conforme al artículo 437, 1°, de la Constitución de la República (sic).

Al aplicar correctamente el *principio de ponderación*, dice la Corte Constitucional:

“Es evidente para esta Corte que el auto judicial impugnado pretende aplicar el principio de celeridad procesal consagrado en el artículo 75 de la Constitución de la República. Pero también resulta evidente que ese auto considera que el principio de celeridad debe aplicarse con supremacía sobre otros principios y garantías relativos al debido proceso que están igualmente establecidos en la Constitución de la República. Y es en ese punto en el que esta Corte considera que el auto judicial impugnado infringe la Constitución, pues si bien ésta establece en su artículo 75 que la celeridad es un principio que hace parte de la tutela judicial efectiva, también establece claramente que ese principio –el de celeridad– no puede jamás sacrificar el derecho a la defensa. Por eso, ese mismo artículo 75 agrega que es derecho de las personas a “en ningún caso” quedar en indefensión. La locución “en ningún caso” es tajante: si en un

caso concreto debe ponderarse el derecho a la defensa versus el principio de celeridad, éste último debe ceder en beneficio del primero. El auto judicial impugnado valoró las cosas a la inversa y de ahí su inconstitucionalidad”.

Continúa en sus valederos razonamientos nuestro tribunal de control constitucional, y expresa:

“Como anteriormente se ha dicho esta Corte afirmó que el auto judicial impugnado es violatorio del derecho a la defensa y de ahí su inconstitucionalidad. Corresponde profundizar en la cuestión: a) El artículo 76, 7°, de la Constitución de la República dice que el derecho a la defensa de las personas incluye ciertas garantías, entre las cuales, está, según el literal j, la de que “Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder el interrogatorio respectivo”; b) La norma constitucional citada consagra, pues, como parte de derecho a la defensa de una persona, que los testigos y peritos tengan la obligación de comparecer a responder los interrogatorios que planteen las partes procesales. Derecho de la parte y correlativa obligación del testigo o perito; c) Empero, para que surja la obligación constitucional del testigo o perito de comparecer –derecho de la parte– es indispensable un acto instrumental previo: la notificación oficial al testigo o perito para que comparezca. Ese acto instrumental previo –notificación– puede hacerse en las diversas formas previstas por la ley, pero lo fundamental es que el sujeto notificador no es la parte procesal, sino el sistema judicial. Este es un principio irrefragable, consignado en el Código de Procedimiento Civil (Art. 73), aplicable supletoriamente a los procesos penales. El indicado artículo 73 establece que la “Notificación es el acto por el cual se pone en conocimiento de las partes, o de otras personas o funcionarios, en su caso, las sentencias, autos y demás providencias judiciales, o se hace saber a quién debe cumplir una orden o aceptar un nombramiento, expedidos por el juez”. Y el artículo 74 del mismo Código, inciso final, agrega que el acta de notificación “será firmada por el actuario”; d) Corolario de todo lo expuesto hasta ahora es que la obligación que la Constitución impone, en beneficio de las partes procesales, para que los testigos o peritos comparezcan ante el juez y respondan los interrogatorios de las partes, solo se hace exigible cuando el sistema judicial, a través de las diversas formas previstas en la ley, notifica al testigo o perito la providencia judicial que dispone su

comparecencia. Hasta que la notificación no se realice en debida forma no se produce la obligación de comparecer del testigo o perito y por tanto no es exigible. En el caso concreto del proceso en que se expidió la providencia impugnada, la notificación a los testigos o peritos residentes en el extranjero debe hacerse mediante exhorto, conforme al artículo 130 del Código de Procedimiento Penal; e) Lo dicho en el literal precedente demuestra porqué la providencia judicial impugnada en esta causa es violatoria del derecho a la defensa: según la providencia impugnada, la audiencia oral y pública de prueba y juzgamiento señalada para el 15 de abril del 2009 a las 09h40, dentro del proceso penal de tránsito N.º 026-2007, “se llevará a cabo con la presencia de los testigos y peritos que a ella concurren, por cuanto esta judicatura considera que no se puede dilatar en exceso la celebración de la referida audiencia de juzgamiento”. Luego, según esa providencia, la referida audiencia pudiera celebrarse aun cuando no se hubiese notificado legalmente a los peritos y testigos para que comparezcan a ella; es decir, celebrarse antes de que se hubiese tornado exigible la obligación de tales peritos o testigos de comparecer; o, dicho de otro modo, se la pudiese realizar vulnerando el derecho de la parte a exigir su comparecencia, que solo se activa con la notificación apropiada. Eso coloca en indefensión al accionante, cuestión que “en ningún caso” puede suceder conforme al artículo 75 de la Constitución de la República, ni siquiera en beneficio del principio de celeridad procesal”.

7. Comentario nuestro

Consignamos que haciendo efectivo el derecho a la tutela y a la acción extraordinaria de protección, en acto que debe ser emulado por respeto al Estado de Derecho, la Corte Constitucional al sustanciar la demanda, de conformidad con el artículo 87 de la Constitución de la República, dispuso la suspensión inmediata de los efectos jurídicos del acto impugnado en la causa. Al resolver decidió, aceptar la Acción Extraordinaria de Protección deducida por el doctor E C V, y dejar sin efecto la providencia dictada el 23 de enero del 2009 por el Juez Décimo Octavo de lo Penal del Guayas, dentro del proceso penal de tránsito N.º 026-2007.

Este precedente es importante para preservar el derecho de defensa, y en tratándose de la llamada *prueba ilícita en el proceso penal*, de acuerdo

con las reformas del 24 de marzo de 2009, el juez de garantías penales debe calificar la *excepción procesal penal* de exclusión de la prueba ilícita, de acuerdo con lo previsto en el Art. 261.1. n. 4 de las reformas, al sustanciar la audiencia de preparación del juicio. Si se llegare a agotar el reclamo ante el mismo juez mediante la providencia de revocatoria o de ampliación, nos queda la vía de reclamar la acción de tutela mediante el mecanismo de la acción extraordinaria de protección, al que nos hemos referido en los párrafos que preceden. La propuesta es válida porque no se puede ni debe utilizarse una prueba que viola la previsión contenida en el Art. 76 n. 4 que consagra como una de las garantías del debido proceso, la *exclusión de la prueba ilícita*²¹. Aquí surge la aplicación del *principio o test de ponderación* entre el derecho a llegar a la verdad procesal y la obligación constitucional de acceder a la misma mediante procedimiento lícitos.²²

8. Entrevista al Prof. Robert Alexy

En una importante entrevista que realiza el Prof. Manuel Atienza de la Universidad de Alicante al Prof. Robert Alexy,²³ dice en diferentes momentos al referirse al *principio de ponderación* para hacer efectivo el respeto a los derechos fundamentales: “En mi concepción, los principios tienen el carácter de mandatos de optimización. Además los bienes colectivos pueden también ser objeto de regulación de los principios. Eso nos lleva a que en la contestación a la pregunta de si se ha lesionado un derecho fundamental juegue un papel central el principio de proporcionalidad y, con ello, la ponderación”.

En otro momento dice el Prof. Robert Alexy: “ En mi *Teoría de los derechos fundamentales*, he tratado de resolver el problema de las necesi-

²¹ Art. 226.1. “ Resolver sobre las solicitudes para la exclusión de las pruebas anunciadas, cuyo fundamento o evidencia que fueren a servir de sustento en el juicio, hubieren sido obtenidos violando las normas y garantías determinadas en los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos, la Constitución y éste Código;...”

²² El fallo de la Corte Constitucional comentado, puede ser revisado en nuestra página, www.alfonsozambrano.com en el link CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, de reciente creación.

²³ Publicada en el No. 24 de los CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO (DOXA) de la Universidad de Alicante.

rias demarcaciones de los derechos fundamentales con una teoría de los principios, cuya base es la tesis de que los derechos fundamentales en cuanto normas tienen la estructura de mandatos de optimización. Eso lleva a poner al principio de proporcionalidad en el centro de la dogmática de los derechos fundamentales, lo que tiene la consecuencia práctica de que en muchos casos lo decisivo sobre el contenido definitivo de los derechos fundamentales es la ponderación”.

Posteriormente nos dice el profesor de la Universidad de Kiel, Robert Alexy, que *no puede haber coherencia sin ponderación*²⁴, que ésta obedece a un procedimiento racional. Reconoce que en más de una ocasión entran en colisión diferentes principios, y para solucionar el conflicto debemos acudir a la *ponderación*.²⁵

Por nuestra parte destacamos que cuando se trata de intromisiones no autorizadas en la privacidad de los ciudadanos se lesiona el principio constitucional que reconoce el *derecho a la intimidad* propia y de la familia, cuya violación lesiona la *dignidad humana*²⁶, es posible encontrar un mecanismo lícito si se siguen las normas del código de procedimiento penal, que prevé en el Art. 155 la intromisión previa autorización de un juez de garantías penales que debe *ponderar* la necesidad de lesionar ese *derecho a la privacidad* que es una garantía constitucional y un bien jurídico protegido, frente a la necesidad de investigar un delito.

Sobre el punto es valedero recordar lo que nos dice el mismo Prof. Robert Alexy: “La dignidad humana tiene, como todos los derechos que están tanto en la bóveda como en el fundamento del edificio, una estructura distinta a la de otros derechos fundamentales. En los derechos fundamentales normales una intromisión no significa todavía una lesión. Una intromisión se convierte en una lesión cuando no está justificada. La dignidad humana carece de esa estructura de intromisión/límites. En ese sentido tiene un carácter de regla. Toda intromisión en la dignidad humana significa su lesión”.²⁷

²⁴ En entrevista citada, p. 15.

²⁵ En entrevista citada, p. 18.

²⁶ **Art. 66 numerales 20 y 21 de la Const. Pol. del 2008**

²⁷ En entrevista citada, p. 21.

9. Consecuencias del neoconstitucionalismo

- 1.- La Constitución del 2008 reconoce que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia (Art. 1). La concepción del *Estado garantista* es característica del *Estado constitucional de derechos*, construyéndose sobre la base de los derechos fundamentales de la persona, y al asumir el rol del *garantismo*, vincula los derechos fundamentales consagrados en la Constitución con todos los poderes públicos debidamente constituidos. En un Estado constitucional de derechos, el Derecho crea un sistema de garantías que la constitución preordena para el amparo y respeto de los derechos fundamentales. Esta es una vertiente del nuevo Constitucionalismo reconocido hoy como *neo constitucionalismo*.
- 2.- Este nuevo enfoque significa un cambio del paradigma, un salto cualitativo de un sistema constitucional que requiere para el respeto de sus derechos fundamentales la existencia de *principios* antes que de normas de derecho positivo, que no pueden ser invocadas para inaplicar (no aplicar) los *principios*, pues como viene reconociendo la Corte Constitucional de Ecuador se debe acudir a principios como los de *ponderación* y de *proporcionalidad*, para decidirse frente a un conflicto entre principios como los de buscar la verdad procesal vs. *La legalidad del debido proceso*, que se lesiona cuando se pretende utilizar una *prueba ilícita* u obtenida mediante una *fente ilícita*, fracturando *principios* y garantías fundamentales como *la inviolabilidad del domicilio*, *la inviolabilidad de la correspondencia*, el respeto al *derecho a la intimidad* y a la *dignidad del ciudadano*, entre otros.
- 3.- Recordemos que el Art. 11 de la Constitución vigente establece en su numeral 3, la aplicación directa e inmediata por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte, de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Expresamente se señala que para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley, que los derechos serán

plenamente justiciables, y que no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento (sic).

- 4.- El Capítulo Primero del Título II de la Constitución que se refiere a los DERECHOS, tiene como epígrafe **Principios de aplicación de los derechos**, y a más de lo expresado, en el numeral 4 reconoce que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales, en el numeral 5 prevé que en materia de derechos y garantías constitucionales las servidoras y servidores públicos, administrativos y los operadores de justicia, deberán aplicar la norma y la interpretación que mas favorezcan su efectiva vigencia. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, como señala el numeral 6. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas, siendo inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos (n. 8). El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, siendo además el Estado responsable por una inadecuada administración de justicia (n. 9).

- 5.- Por el momento consignamos la importancia de los *principios* que igualmente recogió el constituyente de Montecristi, a partir del Art. 424 para destacar la supremacía de la Constitución., reconociendo inclusive la preeminencia de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, que prevalecen frente a cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. El *principio pro homine* (a favor del ciudadano o ciudadana) está previsto con rango constitucional como se aprecia de los artículos 426 y 427, pues ante la duda las normas constitucionales deben aplicarse en el sentido que mas favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional. Al amparo del Art. 429 la Corte Constitucional es el máximo órgano de

control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia.

- 6.- El modelo *garantista* que es propio de la Constitución del 2008 proclama la invalidez de un derecho ilegítimo ante los derechos constitucionales de las personas. Para el valor constitucional de una norma se atiende no a su forma sino a su contenido, relacionándola con las determinaciones existentes en niveles superiores del ordenamiento constitucional. La vinculación a valores y principios constitucionales es lo que motiva que se deba recurrir a un juicio complejo de carácter jurídico antes que moral o político. El *Estado constitucional* se construye normativamente en un trípode: la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales enunciados en la propia constitución (o en los tratados internacionales de derechos humanos); el principio de la juridicidad o de la legalidad que somete a todo poder público al derecho; y, la adecuación funcional de todos los poderes públicos a garantizar los derechos de libertad y la efectividad de los sociales.²⁸

Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y solo falta que sean aplicados por los jueces a través de las distintas vías y acciones que le franquea la Constitución. Una vía legítima es la aplicación incluso de oficio de los *principios* previstos en la Constitución que no requieren de desarrollo normativo pues se aplica la exigibilidad del respeto al principio sin necesidad de norma expresa. El Art. 84 de nuestra Constitución expresa que la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar formal y materialmente las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

²⁸ JORGE ZAVALA EGAS. *Apuntes sobre neo constitucionalismo, Acciones de Protección y Ponderación, Acción de Inconstitucionalidad, Proceso Constitucional*. 2009, p. 20-21.

- 7.- Los derechos fundamentales son realidades jurídicas a favor de las cuales la Constitución ha diseñado importantes técnicas de protección. La Corte Constitucional Ecuador ha preferido antes que referirse a *derechos fundamentales*, referirse a los *derechos constitucionales*. Es importante el contenido de las *Reglas de procedimiento* publicadas en el RO S. 466 del 13-11-2008, que en su considerando tercero dice: “la finalidad primordial del nuevo Estado ecuatoriano es la garantía de los derechos fundamentales, los cuales de conformidad con los numerales 3 y 5 del artículo 11 de la Constitución son de directa e inmediata aplicación y plenamente justiciables por y ante cualquier servidor público, jueza o juez, sin que puedan establecerse o exigirse requisitos adicionales o argüirse falta de ley para justificar su desconocimiento o falta de aplicación”.²⁹

En palabras del Prof. Zavala Egas, “la *eficacia directa del derecho fundamental* debe entenderse como la precedencia lógica de éste a la actuación del legislador. Lo dicho es de toda evidencia y surge del propio texto constitucional (Art. 11.3) cuando prescribe que los derechos serán de *directa e inmediata aplicación*; sin embargo su *ejercicio* estará condicionado a los requisitos que establezcan la *Constitución o la ley*. No se debe asimilar la *eficacia directa* de los *derechos constitucionales* como una cualidad que crea la especie ‘*derechos fundamentales*’.³⁰

En lo que dice relación con los derechos constitucionales que se deben aplicar por sobre el argumento de que falta ley (para no aplicarlos), estos son los derechos de protección como los de tutela judicial, principio de presunción de inocencia, derecho de defensa, etc., que son estimados como autosuficientes. Todos los derechos constitucionales son fundamentales y están cobijados o protegidos por el *principio de su eficacia directa* que se traduce en la inmediata aplicación sin que fuese necesario que haya un desarrollo programático por parte del legislador, porque se trata de un *derecho funda-*

²⁹ En nuestra p. web en www.alfonsozambrano.com tenemos creado un link dedicado a la Corte Constitucional de Ecuador en que se puede acceder a los principales fallos de la misma.

³⁰ Ob. Cit. p. 23.

mental o *constitucional*. Esa es la importancia de la Constitución como la *norma de las normas* para cuya directa e inmediata aplicación basta su valor dogmático. Pudiera darse el caso en que se requiera del dictado de una ley, para hacer operativo el reclamo, por ejemplo, por la vulneración de un principio constitucional. Una primera consecuencia de que los derechos sean directamente aplicables es que siendo anteriores o preexistentes a la ley, no pueden ser restringidos por el legislador hasta el extremo de desvirtuar su contenido, pues si esto se pretendiere, las leyes que se expidan con tal finalidad resultan ser inconstitucionales conforme el Art. 11. n. 4 de la Const. Pol. Esto viene a ratificar el aserto de que los derechos son anteriores a la actividad del legislador que pretende coonestar o limitar su efectiva y directa aplicación.

- 8.- Cuando se trata de los derechos de desarrollo progresivo se hace necesario el dictado de la ley que tiene que guardar consonancia con el principio constitucional rector. Como dice Luis Prieto Sanchís, la cualidad de los derechos fundamentales como límites al poder exige, “que los derechos fundamentales sean directamente vinculantes para todos los poderes del Estado, es decir, que el desarrollo que pueda o deba efectuar el legislativo no se configure como una mediación necesaria e imprescindible para su efectiva vigencia. Los derechos reconocidos en la Constitución... forman parte del orden jurídico sin necesidad de ningún compromiso legal o reglamentario...”³¹

Esta aplicación directa de los *principios* que surgen del neoconstitucionalismo tiene incluso proyección en las prácticas jurisprudenciales, como dice el Profesor Miguel Carbonell de la Universidad Nacional Autónoma de México y con estudios superiores en la Complutense de Madrid.

“En parte como consecuencia de la expedición y entrada en vigor de ese modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando también de forma relevante. Los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros

³¹ *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid, 1990, p. 116.

interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos, el principio pro homine, etcétera.

Además, los jueces se las tienen que ver con la dificultad de trabajar con “valores” que están constitucionalizados y que requieren de una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos. Y todo ello sin que, tomando como base tales valores constitucionalizados, el juez constitucional pueda disfrazar como decisión del poder constituyente lo que en realidad es una decisión más o menos libre del propio juzgador. A partir de tales necesidades se generan y recrean una serie de equilibrios nada fáciles de mantener”.³²

- 9.- La Constitución del 2008 debe tener a corto plazo, expreso reconocimiento por sus propuestas *garantistas* y de consolidación de un Estado constitucional como ya ha ocurrido con Constituciones como la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991.

La correcta aplicación de esta corriente constitucional que es el *neoconstitucionalismo* tiene ya carta de residencia en los fallos que viene expidiendo la Corte Constitucional de Ecuador, nacida en octubre del 2008, lo que debe reflejarse en la calidad y en la certeza jurídica de los fallos de la justicia ordinaria, pues sus resoluciones tienen carácter vinculante como dice el Art. 436 n. 6, de la Constitución del 2008 que al determinar el ámbito de su competencia señala, “Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como a los casos seleccionados por la Corte para su revisión”.

³² *Que es el neoconstitucionalismo?* Publicaciones de la UNAM de México. s/f, p. 2.

Es válido dejar constancia de que la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de Administración de justicia en esta materia (Art. 429), que es la máxima instancia de interpretación de la Constitución y de los tratados internacionales de DD.HH. ratificados por el Ecuador (Art. 436 n. 1), que tiene facultad para declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando al resolver los casos sometidos a su competencia concluya que una o varias de las normas conexas son contrarias a la Constitución (Art. 436 n. 3), conocer y resolver la inconstitucionalidad de actos administrativos con efectos generales que nacen de la autoridad pública (Art.436 n.4), dirimir conflictos de competencia entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución (Art. 436 n. 7), declarar la inconstitucionalidad por omisión cuando las instituciones del Estado o autoridades públicas inobserven de manera parcial o total, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro de los plazos que prevé la Constitución o que señale razonablemente la misma Corte Constitucional.

- 10.- La acción extraordinaria de protección se viene ya presentando con resultados positivos frente a resoluciones judiciales en firme, en los casos en que por acción u omisión de han vulnerado garantías del debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución, como el *derecho a la defensa*, en que la Corte Constitucional ha aplicado correctamente el *principio de ponderación* del jurista alemán de la Universidad de Kiel, Prof. Dr. Robert Alexy, cuando ha tenido que resolver entre la preeminencia del *principio de la celeridad procesal* vs. *el principio del derecho de defensa*, resolviendo la aplicación del derecho a una tutela judicial efectiva a través de la inviolabilidad de la defensa, prevista en el Art. 75 de la Constitución vigente, resolviendo la declaratoria de nulidad de una resolución de llamamiento a audiencia de juicio, mientras no se cumpla con la comisión librada³³. Los fallos de la Corte Constitucional son definitivos e inapelables como dispone el Art. 440 de la Constitución vigente.

³³ Cf. Sentencia del 19 de mayo del 2009, No. 009-09- SEP. CC. Caso 0077-09- EP. Puede ser revisado íntegramente este caso, y acceder a otros fallos en nuestra página en www.alfonsozambrano.com, en el link CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR.

Como dice el Prof. Robert Alexy, en referencia a la máxima de proporcionalidad : “La máxima de la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas. Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión, es necesaria una ponderación en el sentido de la ley de colisión-. Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación en el caso de colisión se requiere una ponderación. El carácter de principio de, las normas ius fundamentales implica que cuando entran en colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación. Pero, esto significa que la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental”.³⁴

Para el Prof. Dr. Luigi Ferrajoli de la Universidad de Camarino, la ciencia jurídica no tiene una función meramente contemplativa de su objeto de estudio, sino que contribuye de forma decisiva a crearlo y, en este sentido, se constituye como una especie de meta-garantía del ordenamiento jurídico en su conjunto. La ciencia jurídica, dice Ferrajoli, puede concebirse hoy en día como “una meta-garantía en relación con las garantías jurídicas eventualmente inoperantes, ineficaces o carentes, que actúa mediante la verificación y la censura externas del derecho inválido o incompleto”³⁵. En Ecuador y para bien del constitucionalismo moderno, a mas de los profesores antes mencionados, contamos con un talentoso y jóven jurista el Prof. Dr. Ramiro Avila Santamaria, Catedrático de la PUCE de Quito y de la Universidad Andina Simón Bolívar en el àrea de Derechos Humanos, y Director de la Clínica de Derechos Humanos de la PUCE.³⁶

³⁴ ROBERT ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, Pág. 112.

³⁵ Derechos y garantías. La Ley del más débil. Madrid, Trotta, 1999, p. 33.

³⁶ Ramiro Avila Santamaria, es Master en Derecho por la Universidad de Columbia, y se desempeña como Subsecretario de Desarrollo Normativo del Ministerio de Justicia y

En palabras del Prof. Dr. Miguel Carbonell, “no es difícil imaginar las muchas posibilidades e implicaciones que derivan de este tipo de postulados. Aportaciones como las que han hecho en diferentes ámbitos culturales Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Carlos Nino, Luis Prieto Sanchís o el mismo Luigi Ferrajoli han servido no solamente para comprender las nuevas constituciones y las nuevas prácticas jurisprudenciales, sino también para ayudar a crearlas”.³⁷

- 11.- Estamos con la propuesta de quienes sostienen que las *normas* se pueden expresar como *reglas* y como *principios*. Incluso encontramos profundas diferencias entre el Estado de Derecho (propio de la Constitución de 1998) y el Estado Constitucional de derechos y justicia (propio de la Constitución del 2008), pues el primero se estructuraba y manifestaba como *derecho por reglas*, mientras que el vigente Estado Constitucional invoca un *derecho por principios*, lo cual tiene una gran importancia en el desarrollo de la actividad jurisdiccional, como cuando sostenemos la inconstitucionalidad de la prueba ilícita porque es lesiva del *principio constitucional del debido proceso* y del *derecho de defensa* que es uno de los pilares del derecho de tutela judicial efectiva (Art. 75 de la Constitución).

Nuestra Constitución es *normativa* y en virtud de tal reconocimiento no se trata de un conjunto de enunciados más o menos bien estructurados, pues se trata en verdad de normas (de principios y de reglas) vinculantes a todos los ciudadanos y poderes públicos, siendo sus preceptos exigibles y de aplicación inmediata y directa por parte de los distintos operadores del sistema de justicia. Su incumplimiento deviene en la antijuridicidad de tales conductas omisivas.

Derechos Humanos. Fue el instructor en un seminario sobre Neoconstitucionalismo, ponderación en el derecho y test de la proporcionalidad, dirigido al colectivo de profesores de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica, el día 31 de julio del 2009, habiendo explicado de manera erudita *La Fórmula del Peso* del Prof. Robert Alexy. Avila Sntamaria, es autor de algunas publicaciones en el área de su especialidad.

³⁷ Ob. Cit. p. 3.

Los llamados *principios constitucionales* que se traducen en lo que llamamos *Derecho de principios* que invocamos en defensa de nuestra tesis, no se contraponen con el *Derecho de reglas*. Las *reglas jurídicas* tienen su fuente de creación en el legislador en tanto que los *principios constitucionales* son anteriores y preeminentes a las *reglas jurídicas*, tanto que viven sin la existencia previa de tales reglas o de leyes expresas, por la aplicación directa e inmediata de tales *Principios* que consagran *derechos fundamentales*. Esta es la mejor herencia de las nuevas corrientes del constitucionalismo moderno en que se inscribe la Constitución Política del 2008 que reconoce al Ecuador como un *Estado constitucional de derechos y justicia* (Art. 1).

12.- Nuestra Constitución (la del 2008) se inscribe en el concepto de ser *norma específica*, distinta de otro tipo de normas como la *Ley*. Un importante referente del Constitucionalismo moderno, Paolo Comanducci³⁸, dice de este tipo de constituciones, que:

a.- Es el vértice de la pirámide jerárquica, siendo el sistema jurídico en su totalidad un reflejo de la identidad de esa Constitución, La Ley en este modelo deja de estar en el centro identificador de la razón y de la voluntad soberana porque la Constitución se vuelve omnipresente, informando y vinculando a todo el sistema. El modelo anterior le niega a la Constitución su carácter normativo específico propio, fuera del ámbito de la organización y las relaciones de los poderes superiores. Esto se concreta en que toda la parte material de la Constitución estaría conformada por principios únicamente *programáticos* que requieren de desarrollo en las leyes, sin cuya expedición los principios programáticos siguen teniendo el valor de enunciados constitucionales, sin aplicación directa e inmediata como se reconoce en la vigente.

Podemos encontrar pruebas inequívocas de la inserción en la corriente del neo constitucionalismo, en el Art. 426 que prescribe que todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución (sic), recordando que hoy el Ecuador es un

³⁸ *Modelos e interpretación de la Constitución*. En *Teoría del neoconstitucionalismo* TROTTA, Madrid, 2007, p. 41 y ss.

Estado constitucional de derechos (Art. 1 CR), que se deroga por ser inconciliable toda norma contraria a esta Constitución (en este caso la que estuviese relacionada con la aceptación de la *prueba ilícita*), insistiendo en que todos los contenidos de las normas constitucionales que consagran *principios* son directa e inmediatamente vinculantes a los poderes públicos, con tutela judicial efectiva (Art. 75 CR), e incluso con protección con acciones de ejercicio constitucional, mediante acción ordinaria o extraordinaria (Arts. 88 a 94 de la Constitución).

- b.- La Constitución es un conjunto de normas jurídicas que se concretan en *principios* y en *reglas*.
- c.- La aplicación de la Constitución a diferencia de lo que ocurre con la Ley, no se realiza por el método de la subsunción sino por la aplicación directa e inmediata de los *principios*. Vale decir que los *principios* tienen la característica de su operatividad inmediata que los hace más eficaces incluso que las *reglas*, porque estas requieren de un *supuesto* y como consecuencia de ello de un *precepto de conducta*. Por ejemplo cuando se trata de interrogar a un ciudadano con fines de investigación, en que hay este *supuesto*, del que surge el *precepto de conducta*, que es proveerlo de un abogado defensor, porque ésta es una garantía inviolable, y en ningún caso puede quedar en indefensión.

Los *principios* son en verdad las normas que reconocen los *derechos* de rango constitucional. Así es un *principio* de inmediata y directa aplicación el de la *legalidad del debido proceso* (Art. 76 n. 3), el de *presunción de inocencia* (Art. 76 n. 2), el de *garantía del cumplimiento de los derechos de las partes*, a que está obligado cualquier autoridad administrativa o judicial (Art. 76 n. 1). El *principio de la tutela judicial efectiva* que hemos invocado para que se reconozca la inaplicabilidad de la *prueba ilícita*, (sea por la *fuerza*, por su *modo de producción* o por una *pretendida aplicación*) es de aplicación directa e inmediata por expreso mandato del Art. 75 de la Constitución vigente, así como por lo dispuesto en el Art. 76 n. 4 de la misma Constitución, y por la normativa procesal consignada en los artículos 80 y 83 del Código de Procedimiento Penal.

10. A manera de conclusión

Con las reformas del Código de Procedimiento Penal del 24 de marzo del 2009³⁹, nos quedan algunas opciones más, podemos proponer la *excepción procesal penal de improcedencia y de exclusión de la prueba ilícita*, solicitando al juez de garantías penales que convoque a una audiencia oral para sostener y debatir sobre la exclusión (Art. 205.1, 205.2 y ss.), podemos plantear la *excepción procesal* en el decurso de la audiencia de preparación del juicio a propósito de las *exclusiones probatorias* de conformidad con el Art. 226.1, n. 4, que dice: “resolver sobre las solicitudes para la exclusión de las pruebas anunciadas, cuyo fundamento o evidencia que fueren a servir de sustento en el juicio, hubieren sido obtenidas violando las normas y garantías determinadas en los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos, la Constitución y éste Código”.

Si somos desatendidos nos queda la *acción extraordinaria de protección* de manera directa e inmediata ante la Corte Constitucional de acuerdo con el Art. 94 de la Constitución del 2008⁴⁰. Esto sin perjuicio de que en la interposición del *recurso de apelación* ante una Corte Provincial podamos sostener la ilicitud de la prueba, o que pudiésemos ser atendidos mediante el *recurso de casación* e incluso mediante el *recurso extraordinario de revisión*.

Como bien dice el Prof. Dr. Luigi Ferrajoli, “La tercera garantía procesal de segundo grado, apta para garantizar la satisfacción y el control de todas las demás, es el desarrollo de las actividades judiciales, y sobre todo de las probatorias, según formas y procedimientos predeterminados por la ley. Es claro que no quedaría asegurada la actuación de ninguna de las garantías procesales si no estuvieran prescritas y sancionadas sus modalidades. El conjunto de estas modalidades y formalidades que conforman el rito fue instituido, como dice

³⁹ Publicadas en RO-S- 555.

⁴⁰ **Art. 94:** “La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuere atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado”.

Carrara, para frenar al juez (...) Un código de procedimiento que prescribiera ciertas formas, sin decretar la anulación de los hechos con que a ellas se contraviniera, sería una mixtificación maliciosa por medio de la cual se pretendería hacerle creer al pueblo que se provee a la protección de las personas honradas, en tanto que a nadie se protege. Por ello, la observancia del rito no es sólo una garantía de justicia, sino también una condición necesaria de la confianza de los ciudadanos en la justicia”⁴¹

Insistimos en el sólido precedente que viene proporcionando la Corte Constitucional de Ecuador, que ha ponderado correctamente haciendo efectivo el respeto al *principio de proporcionalidad*, para pronunciarse por la búsqueda de la verdad procesal NO a cualquier precio, sino respetando la prevalente *dignidad del ser humano*, que implica el derecho a ser juzgado con respeto a los *principios del debido proceso*.

La Corte Constitucional tiene facultad para declarar la nulidad de un acto procesal que constituye *prueba ilícita*, y declarar su exclusión, pues la misma se encuentra proscrita constitucionalmente conforme lo dispone el art. 76 n. 4 de la Constitución Política del 2008.

Un aspecto que no puede pasarse por alto es el de la motivación de las decisiones judiciales, que surge como un principio constitucional de los que conforman el denominado *debido proceso* (artículo 76, n. 7, letra l) que impone como presupuesto de validez de las resoluciones de los poderes públicos, la motivación, la misma que debe contraerse a la enunciación de las normas o principios jurídicos en que se funda, debiendo explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. “Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos”, estableciéndose sanción para los servidores públicos responsables de tal omisión constitucional. Nosotros nos hemos referido en una primera publicación a la importancia de respetar el *derecho al debido proceso* y de cumplir con la obligación de la *motivación de las decisiones judiciales* que es importante para hacer efectivo

⁴¹ LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, 1995, Ed. Trota, España, Pág. 121

el derecho de defensa⁴². En un trabajo reciente de nuestra autoría nos hemos vuelto a referir a la *exigencia de la motivación* que es generalmente desatendida por jueces y fiscales⁴³, y con las reformas del 24 de marzo del 2009, la fiscalía tiene la obligación de fundamentar incluso los requerimientos para que se disponga un auto de prisión preventiva por parte de un juez de garantías penales, bajo prevención de inadmisión de tal requerimiento pues como dice el Art. 167.1 reformado: “*La solicitud de prisión preventiva será motivada y el fiscal deberá demostrar la necesidad de aplicación de dicha medida cautelar. El juez de garantías penales rechazará la solicitud de prisión preventiva que no esté debidamente motivada*”.

Agregamos a lo dicho la pertinencia de la acción extraordinaria de protección, cuando se trata de la *prueba ilícita* y de la pretensión de su exclusión en el proceso penal, conforme lo sostenemos en otros de nuestros trabajos de reciente publicación.⁴⁴

Es una novedad, que la fiscalía de acuerdo con las reformas, tiene la obligación de fundamentar o motivar *la necesidad* de que se dicte la prisión preventiva como medida de aseguramiento personal, o como dice a la letra la reforma, *demostrar la necesidad de aplicar dicha medida*. El Art. 167 reformado le exige al juez de garantías penales en los incisos 4 y 5 agregados, que debe dejar constancia de la existencia de *indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio*, y debe además consignar que existen, *indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio*. Si lo antes consignado no se cumple el auto de prisión preventiva puede ser impugnado y al agotarse los recursos judiciales, nos queda la acción extraordinaria de protección contra las decisiones judiciales desestimatorias de la pretensión de revocatoria, que nos fue negada.

⁴² ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL, *Proceso penal y garantías constitucionales*, primer número de la Biblioteca de autores de la Facultad de Jurisprudencia, Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2005, p. 39 y ss., p. 71 y ss.

⁴³ ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL, *Estudio introductorio a las reformas al Código de Procedimiento Penal*, Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009, p. 98 y ss.

⁴⁴ ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL, *La prueba ilícita en el proceso penal*, Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009, p. 42, y 228.

La motivación de las decisiones judiciales nosotros la entendemos bien como la *argumentación jurídica* que está obligado a consignar el juez de garantías penales en Ecuador. La *argumentación jurídica* es uno de los aspectos relevantes del neoconstitucionalismo no solo por ser ese el título de la tesis de Robert Alexy, sino por la atención y desarrollo que le dedica al tema el Prof. Manuel Atienza, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante y director de la Revista Doxa de reconocido prestigio, quien al referirse al *derecho como argumentación*, nos ilustra expresando: “así como el Estado constitucional, en cuanto fenómeno histórico, está innegablemente vinculado al desarrollo creciente de la práctica argumentativa en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, el constitucionalismo, en cuanto teoría, constituye el núcleo de una nueva concepción del Derecho que, en mi opinión, no cabe ya en los moldes del positivismo jurídico, y una concepción que lleva a poner un particular énfasis en el Derecho como práctica argumentativa (aunque, naturalmente, el Derecho no sea sólo argumentación). Quienes no aceptan esta nueva concepción (no son autores “constitucionalistas”) no dejan por ello de reconocer la importancia de la argumentación en el Estado constitucional.

En efecto, a diferencia de lo que ocurría en el “Estado legislativo”, en el “Estado constitucional” el poder del legislador y de cualquier órgano estatal es un poder limitado y que tiene que justificarse en forma más exigente. No basta con la referencia a la autoridad (al órgano competente) y a ciertos procedimientos, sino que se requiere también (siempre) un control en cuanto al contenido. El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado legislativo de Derecho). En realidad, el ideal del Estado constitucional (la culminación del Estado de Derecho) supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: la fuerza de la razón frente a la razón de la fuerza. Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de los órganos públicos”.⁴⁵

⁴⁵ MANUEL ATIENZA, *Constitución y argumentación*, material de lectura proporcionado el viernes 11 de sep. 2009, con ocasión de la visita del Prof. Atienza a la Universidad Católica de Guayaquil, p. 12-13.

Queda pendiente una inquietud que es responder al valor del precedente, cuando utilizando la *ponderación* se resuelve en sede constitucional una *colisión de principios* decidiéndose por el valor preeminente de uno frente a otro, u otros. Vale decir, que importancia tiene esa resolución como precedente vinculante o no frente a casos futuros? En nuestra opinión, una vez que se produce una resolución aplicando la *ponderación* entre diferentes principios, acudiendo como ocurre en mas de una ocasión al *principio de proporcionalidad*, esta resolución constituye un precedente obligatorio y es *regla para resolver casos futuros*. Carecería de lógica y sentido que frente a un caso exactamente igual se deba nuevamente construir el *test de ponderación*, pues si se trata de una situación igual se debe aplicar el precedente que se ha convertido ya en una regla. La *teoría de los pesos* (Robert Alexy) que aplica el juez para resolver un determinado conflicto de principios, debe ser el precedente para los casos futuros.