

ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN Y DEBIDO PROCESO PENAL

Alfonso Zambrano Pasquel*

RESUMEN:

La Constitución antes de la reforma del 2008, no tenía modo o mecanismo para reclamar por la violación a garantías del derecho al debido proceso, hoy con la acción extraordinaria de protección y con el argumento de la independencia, así como la autonomía de la función judicial; y, 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.

PALABRAS CLAVES:

Corte Constitucional; Inconstitucionalidad; Neoconstitucionalismo; Principios de Ponderación y Proporcionalidad; Estado Constitucional; Derechos Fundamentales,

SUMARIO:

1.- Prefacio. 2.- La razones de este trabajo. 3.- El Estado constitucional de derechos. 4.- Fundamentos del neoconstitucionalismo. 5.- Aporte del neoconstitucionalismo. 6.- Nuestro comentario. 7.- El derecho al debido proceso. 8.- El Prof. Manuel

* 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.

Atienza y el Prof. Robert Alexy. 9.- Sentencias de la Corte Constitucional de Ecuador en acciones extraordinarias de protección. 10.- Algunas conclusiones. Bibliografía.

1.- Prefacio

La Corte Constitucional de Ecuador, viene aplicando 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.

Cuando en Ecuador se señalaba la necesidad de contar con una Corte Constitucional, al tiempo de estructurarse la Constitución de Montecristi del 2008 surgieron voces de oposición a esta importante propuesta, que afirmaban sin fundamento cuestiones como las que resumimos: 1.- Que se estaba creando una instancia más en la administración de justicia que ya contaba con el recurso extraordinario de casación y en materia penal con el recurso excepcional de revisión. 2.- Que se pretendía afectar la cosa juzgada e incluso el derecho a la seguridad jurídica. 3.- Que la justicia se iba a volver más lenta y mucho más larga. 4.- Que no se sabía en verdad para que iba a servir la propuesta de una Corte Constitucional.

Los cuestionamientos antes resumidos carecían de fundamento alguno, pues el ciudadano ecuatoriano ante los errores y asumamos que de buena fe, que se producían en la administración de justicia y destacamos la penal, ya no tenía ante quien recurrir aunque las resoluciones afectaran garantías fundamentales de un Estado de Derecho, lo cual hacía suponer que los jueces eran infalibles. Instituciones como la acción extraordinaria de protección le permiten al ciudadano recurrir en sede

constitucional para reclamar por violaciones a garantías del debido proceso y de derechos fundamentales, siendo falso e infundado que la Corte Constitucional ante la comprobación de violación de derechos fundamentales, vaya a expedir sentencia de absolución. Dicha afirmación o respondía a un acto de desconocimiento de lo que es la acción extraordinaria de protección, o existía una evidente mala fe o malicia de parte de quienes sostenían tal afirmación. La acción extraordinaria de protección -cuando se declara con lugar el reclamo- permite que en sentencia se declare la nulidad del auto resolutorio o sentencia que causa agravio, y se dispone el reenvío de la causa a otro juez para que sustancie el proceso a partir del momento en que se ha producido la afectación o agravio.

No hay en consecuencia ninguna afectación a la cosa juzgada ni a la seguridad jurídica y de lo que se trata es de que ciudadano tenga la opción de reclamar por violación de garantías o derechos fundamentales. Los casos que se resuelven muchos de los cuales pueden ser consultados en nuestra página web¹, no están caracterizados por la lentitud en la sustanciación y tramitación, y precisamente la presencia de la Corte Constitucional en el Ecuador responde a un reto histórico, a una suerte de *vuelta de tuerca*, pues se trata de superar el *statu quo* mediante la aplicación del constitucionalismo moderno o neoconstitucionalismo. La proclama del Ecuador como estado constitucional de derechos y justicia, marca precisamente una ruptura con el *statu quo* pues hemos sido forjados en la cultura de la legalidad y de la rigurosidad de la norma escrita, sin preocuparnos del contenido de los *principios* frente a las *reglas*, y allí está la clave de este cambio del paradigma constitucional.

Para nosotros 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 lo dicho precedentemente, de 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

¹ www.alfonsozambrano.com

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 aquella 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.- La razones de este 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

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

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

“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.

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).

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 Constitu-

cional, 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 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 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. 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. Aunque aun son casos de excepción, apreciamos que algún juez se asoma no solo al garantismo penal, sino a la aplicación de principios del constitucionalismo moderno como el de la *ponderación* y con una correcta argumen-

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

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 un link dedicado a la Corte Constitucional de Ecuador, por el valor del contenido de sus fallos.

tación jurídica declara incluso la nulidad de un proceso, en el que la fiscalía irrespetando el *principio de la inviolabilidad del derecho a la defensa*, presenta una acusación en la audiencia de preparación del juicio por un delito diferente al que se constituyó en el *objeto jurídico* del proceso penal en el momento de la formulación o *intimación de cargos*, dejando en indefensión al justiciable pues se defendió por los cargos que habían sido formulados o *intimados*, y no por otros.

3. 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 voluntad general, en el Estado constitucional de derecho queda sometido a la constitución y la decisión democrática que, por principio, es aquélla 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,

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 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.

desde su fundamentación interna, introducen en el sistema una sólida carga axiológica que pretende irradiarla en todo el ordenamiento jurídico.⁸

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 11º, 75, 76,77,172, 424,425,426 y 427, que constituyen un sólido bloque de preeminencia constitucional.

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

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".

4. - Fundamentos del neoconstitucionalismo

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

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 de 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

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

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 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

¹¹ En opúsculo citado, p. 4 y siguientes.

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.

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

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 sociedad¹⁴. 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

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

¹⁴ Ver ANDRES 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.

- 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.
- 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

¹⁶ Ver ANDRES 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.

de opciones de vida en lugar de un supuesto de uniformidad e igualdad ideológica o pensamiento único".¹⁹

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.- Aporte 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 pre ordena para el amparo y respeto de los derechos fundamentales. Esta es una vertiente del nuevo Constitucionalismo reconocido hoy como *neoconstitucionalismo*.
- 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

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

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"

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 *f fuente 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.²¹

Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y solo falta que sean aplicados por los jueces a través de las distintas

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

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.

- 7.- Los derechos fundamentales son realidades jurídicas a favor de las cuales la Constitución ha diseñado importantes técnicas de protección. La Corte Constitucional de 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”.

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*’.²²

²² Ob. Cit. p. 23.

- 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...”²³

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 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

²³ *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid, 1990, p. 116.

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”.²⁴

- 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”.

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

²⁴ *Que es el neoconstitucionalismo?* Publicaciones de la UNAM de México. s/f, p. 2.

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 librada²⁵. Los fallos de la Corte Constitucional son definitivos e inapelables como dispone el Art. 440 de la Constitución vigente.

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

²⁵ 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.

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".²⁶

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".²⁷

- 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

²⁶ ROBERT ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, Pág. 112.

²⁷ Ob. Cit. p. 3.

incumplimiento deviene en la antijuridicidad de tales conductas omisivas.

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 Comanducci²⁸, 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.

²⁸ *Modelos e interpretación de la Constitución. En Teoría del neoconstitucionalismo* TROTTA, Madrid, 2007, p. 41 y ss.

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 Estado constitucional de derechos (Art. 1 CR), que se deroga por ser inconciliable toda norma contraria a esta Constitución (por ejemplo 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.

7. - El derecho al debido proceso

Cuando nos referimos al debido proceso entendemos por tal, a aquel en el que se respeten las garantías y derechos fundamentales, previstos en la Constitución, en las leyes que rigen el ordenamiento legal del país, y en los pactos, tratados y convenios que han sido ratificados y que en consecuencia forman parte de la normativa interna del país y que son de forzoso e incuestionable cumplimiento. El debido proceso penal por su especificidad, tiene que ver con el respeto a las garantías y derechos fundamentales, que le asisten a cualquier ciudadano que es objeto de una imputación delictiva o que es sometido a un proceso penal. La legalidad del debido proceso penal es un imperativo propio de la vigencia de un Estado de Derecho en el que deben hacerse efectivos los principios rectores del proceso penal, que en definitiva constituyen y dan contenido a la garantía del debido proceso; esos principios rectores son la columna vertebral de un sistema procesal penal determinado.²⁹

Hablar del debido proceso penal es referirnos igualmente al respeto a los derechos humanos en la Administración de Justicia Penal, que como sabemos se refieren a aquellos derechos fundamentales que le son reconocidos a cualquier persona que, por una u otra razón, justa o injustamente entran en contacto con los sistemas de justicia penal en un país, refiriéndonos a un concepto de justicia penal en sentido amplio; es decir teniendo en cuenta no solo la fase judicial - penal, sino que cubre la actividad de los órganos represivos del Estado.³⁰

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, se reconocen ya una serie de derechos estrechamente vinculados con la administración de justicia penal, pues se consagra el derecho a la vida, la seguridad e integridad personales, el derecho a no ser sometido a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes,

²⁹ JORGE ZAVALA BAQUERIZO, *EL debido proceso penal*, Edino, 2002, 351 páginas.

³⁰ ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Proceso penal y garantías constitucionales*. Biblioteca de Autores de la Facultad de Jurisprudencia. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito. 2005, p. 39-80.

se hace referencia al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la igualdad ante la ley, al derecho de recurrir a una autoridad competente en caso de considerarse violados los derechos fundamentales, el derecho a no ser arbitrariamente detenido o encarcelado, etc. Pero, para hacer efectivo el respeto a esos derechos fundamentales, han ido surgiendo una serie de instrumentos internacionales que en los últimos años, se han venido aplicando con marcada eficacia en el caso particular de nuestro país, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

Contenido del debido proceso penal. En un Estado de Derecho el perseguimiento y la sanción de los delitos es responsabilidad exclusiva del Estado, que debe ser el titular del ejercicio de la acción penal, sin que se menoscabe su titularidad por la posibilidad de que la acción penal en cierto tipo de delitos pueda ser ejercida por el particular ofendido, como acontece en los denominados delitos de acción penal privada.

La necesidad de juicio previo es importante para la legalidad del debido proceso, de manera que no se pueda condenar a nadie si no se ha tramitado un juicio respetando el procedimiento previo, esto es aquel previsto en las leyes. Participamos de la necesidad de que se separen las funciones de investigar o indagar, que debe quedar en manos del Ministerio Público, de la función de juzgar que debe seguir siendo de competencia de los jueces hoy de garantías penales, que deben ser al mismo tiempo los encargados del control de la instrucción o investigación fiscal.

El constituyente ecuatoriano tuvo mucho cuidado al enunciar los principios generales de los derechos, garantías y deberes, pues dice en el artículo 11 N. 9 de la Constitución del 2008: "El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución". El derecho a la libertad previsto como garantía constitucional, para el preso sin sentencia en el Ecuador, es uno más de los derechos humanos que le asisten, al igual que el derecho a la vida, a la honra, a la intimidad, a la propiedad, a la libertad sexual, a la libertad de credo religioso, el derecho a la inviolabilidad de la defensa, el principio de presunción de inocencia, etc.

Es suficientemente sabido que el Estado debe garantizar a todos sus habitantes (incluyendo a los que están en la cárcel), sin discriminación alguna (cualquiera que fuese el tipo de delito), el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos (Pacto de Costa Rica) convenios y mas instrumentos internacionales vigentes (El Pacto de San José está vigente).

Dice el art. 11 n. 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..." Directa e inmediatamente aplicables, significa la imposibilidad que se hable de plazos, y aquí en forma expresa se establece que no hay plazos, al afirmar que los derechos y garantías serán de aplicación directa e inmediata!

Y si esto no es suficiente, la misma Constitución expresamente con-signa que, *en materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que mas favorezca a su efectiva vigencia* (n. 5 *ibídem.*), el *indubio pro reo* o la interpretación más favorable al reo, es un principio de legislación universal que lo entiende incluso el no abogado. En el momento en que haya duda, oscuridad o dificultad para aplicar una ley, tiene siempre que aplicarse en el sentido más favorable al reo. Irrefutablemente, la interpretación en favor del reo debe cumplirse de manera estricta.

Como se infiere de la propia Constitución, *no puede alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en la Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos* (n. 3 *ibídem.*).

El Art. 76 de la Const. del 2008, que contiene también esta garantía (que es un derecho humano en general y en este caso particular del ecuatoriano) habla de asegurar el debido proceso, con lo cual se hace referencia a un juicio justo, un juicio imparcial, ágil, expedito, que requiere de una justicia que actúe con celeridad y en la que se respeten las garantías y derechos fundamentales inherentes al Estado de Derecho.

El Estado ecuatoriano es responsable por los supuestos de violación de las normas establecidas en el art. 76 *in fine*, y en cualquier momento

ante requerimiento de legítimo interesado va a tener que responder nuevamente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tiene competencia sobre el Estado ecuatoriano desde el año 1.984, en que Ecuador se allanó sin reserva a la competencia de la Corte. Por esta razón es que se indemnizó en el caso de los hermanos Restrepo (negociando), y se indemnizó en el caso de la profesora Consuelo Benavidez, (negociando), en el caso Suárez Rosero, en el caso Daniel Tibi, entre otros. La responsabilidad no está limitada solo a los actos de terrorismo de Estado o de un ejercicio abusivo de la fuerza pública que viola derechos humanos, sino que el Estado también es responsable por la violación de las Garantías Constitucionales que tienen que ver con el debido proceso.

8. - El Prof. Manuel Atienza y el Prof. Robert Alexy

En una importante entrevista que realiza el Prof. Manuel Atienza de la Universidad de Alicante al Prof. Robert Alexy,³¹ 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 necesarias 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”.

³¹ Publicada en el No. 24 de los CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO (DOXA) de la Universidad de Alicante.

Posteriormente nos dice el profesor de la Universidad de Kiel, Robert Alexy, que *no puede haber coherencia sin ponderación*³², 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*.³³

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*³⁴, 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”.³⁵

9.- Sentencias de la Corte Constitucional de Ecuador en acciones extraordinarias de protección

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*. Sin ser las únicas, consignamos algunas resoluciones importantes de seguido, relacionadas con el proceso penal:

³² En entrevista citada, p. 15.

³³ En entrevista citada, p. 18.

³⁴ Art. 66 numerales 20 y 21 de la Const. Pol. del 2008

³⁵ En entrevista citada, p. 21.

El 19 de mayo de 2009 dicta la sentencia no. 09-09-sep-cc, en el caso: 0077-09 -ep³⁶. 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 vulneración al derecho constitucional que se exige preservar o reparar a la Corte Constitucional”. En lo principal dice el accionante, que 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 antes que 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”. El legitimado activo solicita que la Corte

³⁶ Se puede revisar el fallo íntegramente en www.alfonsozambrano.com en el link Doctrina Penal

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.

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 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 irrefutable, 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 concurran, 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”. Haciendo efectivo el derecho a la tutela y a la acción extraordinaria de protección, 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.

En esta cita de fallos, mencionamos la sentencia n. 0010-10-sep-cc caso n. 0502-09-ep de la corte constitucional para el período de transición³⁷:

Este fallo es del 14 de abril del 2010, y dice la Corte: “se terminó por vulnerar una serie de garantías inherentes al derecho a la defensa, consagrado en el numeral 7 del artículo 76 de la Constitución, entre ellos los siguientes: a) *nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa del proceso.* b) *Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.* c) *Ser escuchado en el momento oportuno y en*

³⁷ Se puede revisar el fallo íntegramente en www.alfonsozambrano.com en el link Doctrina Penal

igualdad de condiciones. d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento. h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. i) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica 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. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. En virtud de lo expuesto, y de conformidad con el principio de interdependencia de los derechos constitucionales reconocido en el numeral 6 del artículo 11 de la Constitución, dicha vulneración al trámite previsto en la ley ha terminado por vulnerar otros tantos derechos, entre ellos, aquellos previstos en las garantías del debido proceso, en concreto, el numeral 1 del artículo 76 de la Constitución atinente a la responsabilidad de toda autoridad administrativa o judicial de garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. Y lo más preocupante, la omisión en la celebración de las audiencias correspondientes ha lesionado seriamente el derecho a una tutela judicial efectiva, imparcial y expedita en los términos previstos en el artículo 75 de la Carta Fundamental. Como consecuencia de estas omisiones en las que incurrió la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, *–plenamente comprobables en la motivación del auto de llamamiento a juicio–* el presente caso se adecua perfectamente al ámbito material de protección de esta garantía jurisdiccional de derechos constitucionales, puesto que lejos de analizar asuntos de mera legalidad, esta Corte se ha limitado a constatar aquellas vulneraciones a derechos constitucionales y debido proceso plasmadas en el auto, objeto de la presente acción. Asimismo, justifica plenamente el porqué un auto de estas características merece ser objeto de una acción extraordinaria de protección. Por otro lado, cabe señalar que aun en el evento no consentido de que se arguyere por parte de los accionados que dichas audiencias sí se celebraron conforme a la ley, el hecho de no remitirse a ellas en su decisión convierte a la misma en un auto carente de motivación y por consiguiente, contrario al derecho al debido proceso reconocido en el artículo 76 de la Carta Fundamental...”. En la parte resolutive dice la sentencia que reproducimos: “En virtud de ello, y al constatarse la

vulneración de derechos constitucionales y debido proceso en el momento de la sustanciación del recurso de nulidad, esta Corte deja sin efecto el auto de llamamiento a juicio dictado por la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas y retrotrae sus efectos al momento de la interposición de los recursos de nulidad y apelación. Por otro lado, ordena que los mismos sean conocidos y sustanciados nuevamente por los conjueces de la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, puesto que, como es evidente, los señores jueces que se pronunciaron en la causa, han hecho público su criterio, aspecto que privaría al accionante del derecho a una tutela judicial efectiva e imparcial. III. DECISIÓN. En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional, para el período de transición, expide la siguiente: SENTENCIA: 1. Conceder la acción extraordinaria de protección interpuesta por la Dra. M P F B contra el auto de llamamiento a juicio dictado por la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dentro del juicio Penal N.º 299 – B – 2009 del 26 de junio del 2009, en los siguientes términos: a) Se deja sin efecto el auto de llamamiento a juicio dictado por los señores jueces de la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas y se retrotraen los efectos del mismo al momento de la interposición de los recursos de nulidad y apelación del auto de sobreseimiento definitivo. b) Los señores jueces que conozcan la causa deberán sustanciar los recursos de nulidad y apelación, de conformidad con los artículos 335, 336 y 345 del Código de Procedimiento Penal vigente”.

Consignamos otro fallo, que nos permite tener una apreciación objetiva de la forma como viene actuando la Corte Constitucional, se trata de la resolución que motiva una acción extraordinaria de protección por una sentencia expedida en casación por delito de tránsito, por una Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia. Nos pareció oportuno insertarla porque la Corte Constitucional se refiere a aspectos importantes de la acción extraordinaria de protección, de la vulneración de derechos fundamentales, y de violaciones al debido proceso. Por la amplitud del fallo destacamos los aspectos relacionados con el tema que desarrollamos³⁸: “Sentencia N.º 002-10-SEP-CC. 13 de Enero de 2010. CASO N.º 0296-09-EP. La naturaleza, alcance y efectos de la acción

³⁸ Se puede revisar el fallo íntegramente en www.alfonsozambrano.com en el link Doctrina Penal.

extraordinaria de protección. El pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, sometiéndose a sus precedentes (0064-08-EP y 0084-09-EP) procede a delimitar la naturaleza, alcance y efectos de la acción extraordinaria de protección. La acción extraordinaria de protección procede exclusivamente en contra de sentencias o autos en firme o ejecutoriados. En esencia, la Corte, una vez superado el primer supuesto de procedibilidad, puede pronunciarse únicamente respecto a dos cuestiones principales: a) La vulneración de derechos fundamentales; y, b) Violaciones al debido proceso. La naturaleza de la acción extraordinaria de protección persigue, entonces, que la vulneración a derechos constitucionales o la violación de normas del debido proceso no queden en la impunidad, por lo que asumiendo el espíritu garantista de la Constitución de la República, mediante esta acción se permite que las sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriadas puedan ser objeto de revisión por parte del más alto órgano de control de constitucionalidad en el país, como en efecto es la Corte Constitucional. Por esta razón, los alcances que asume la acción extraordinaria de protección abarcan a las resoluciones ejecutoriadas, las mismas que como medida excepcional pueden ser objeto de análisis ante el supuesto de vulneración de los preceptos antes descritos, teniendo como efecto inmediato, si se constatare la vulneración, la reparación integral del derecho violado, reparación que abarca medidas positivas y negativas, materiales e inmateriales; finalmente, deja sin efecto la sentencia, auto o resolución firme o ejecutoriada de la autoridad impugnada.

Vulneración de derechos constitucionales...Bajo el régimen del nuevo modelo de Estado que rige al Ecuador, El Estado Constitucional de Derechos, cambia sobre todo la naturaleza misma de la democracia. La constitucionalización rígida de los derechos fundamentales –imponiendo obligaciones y prohibiciones a los poderes públicos– ha en efecto insertado en la democracia una dimensión sustancial, que se agrega a la tradicional dimensión política meramente formal o procedimental. En el Estado Constitucional los actores judiciales tienen la obligación de hacer respetar las normas constitucionales sustanciales, las mismas que no son otra cosa que los derechos constitucionales, siendo todos nosotros titulares de aquellos derechos, radicando en esta titularidad la verdadera esencia de la democracia y de la soberanía popular. [...] Son derechos fundamentales todos aquellos derechos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de

personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar; cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica. Violación de normas del Debido Proceso... Al respecto, resulta necesario destacar lo que señala el capítulo octavo del Título II de la Constitución de la República, que consagra en su artículo 76 las garantías básicas del debido proceso. Art 76.- En todo proceso en que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] Determinando a lo largo de los siete numerales de este artículo garantías afines a todo proceso en el país...

El debido proceso se constituye, así, como el eje articulador de la validez procesal; la vulneración de sus garantías constituye un atentado grave no sólo a los derechos de las personas en una causa, sino incluso al Estado y a su seguridad jurídica. Y es que precisamente estas normas del debido proceso son las que establecen los lineamientos que aseguran que una causa se ventile en apego al respeto de los derechos constitucionales y a máximas garantistas, como el acceso a los órganos jurisdiccionales y el respeto a los principios y garantías constitucionales. Es así que la acción extraordinaria de protección, como bien señala la parte accionada, no puede ni debe ser concebida como una instancia adicional encaminada a revisar aquellos aspectos de mera legalidad ya resueltos por parte de la justicia ordinaria. Se insiste, su procedencia se circunscribe en la constatación de vulneraciones a derechos constitucionales o, en su defecto, al debido proceso.

...2. El deber de toda autoridad administrativa o judicial de garantizar a partir de una sentencia adecuadamente motivada el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. En el caso sub iúdice, la decisión impugnada que ha vulnerado presuntamente derechos constitucionales es el fallo de casación dictado por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, conformada por los señores jueces: Dr. L A G, Dr. R R P y Dr. M O O. Bajo esa consideración, esta Corte concentrará su análisis en los argumentos previstos en la sentencia en mención. ...Desde el punto de vista constitucional e incluso legal, resulta preocupante que la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia haya sustentado sus argumentos y, por consiguiente, confirmado la responsabilidad penal y civil de los accionantes, en una disposición atinente a la Ley de Compañías. Es de conocimiento público que dicho

instrumento legal regula las relaciones entre compañías, y a su vez entre estas y sus socios o accionistas, es así que resulta improcedente desde todo punto de vista que haya sido uno de los fundamentos esenciales para confirmar una responsabilidad penal de los accionantes y para desechar un recurso de casación. Más aún si el tipo penal bajo el cual se estableció una responsabilidad penal sobre los accionantes es de tipo culposo (materia de tránsito), resulta inconcebible que se haya aplicado una disposición normativa que contempla supuestos relacionados a una acción dolosa, como es el caso de fraudes o abusos de vías de hecho que se cometan a nombre de compañías.

Se insiste, en materia penal no cabe interpretación extensiva. La actuación de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia se traduce en una auténtica y clara vulneración al debido proceso, concretamente al numeral 1 del artículo 76 de la Constitución de la República, que de manera contundente dispone que corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. En el caso sub iúdice, como se mencionó en líneas anteriores, el artículo 4 del Código Penal prohíbe expresamente cualquier tipo de interpretación extensiva en materia penal; dicha disposición, como se constata, ha sido completamente inobservada por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia. Lo mencionado no significa que esta Corte se esté pronunciando sobre la responsabilidad penal de los recurrentes, en su condición de administradores de la persona jurídica contratista, ni sobre la pertinencia o no de la aplicación del Art. 12 del Código Penal; esto es, el problema jurídico penal específico de la denominada “comisión por omisión” en el caso sub iúdice, lo cual, por su naturaleza, compete exclusivamente a los jueces penales al momento de resolver el recurso de casación, en los términos previstos en la parte resolutive de la presente sentencia.

...Cómo pudo la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia señalar que son infundadas las alegaciones de los recurrentes, si en su fallo jamás hicieron alusión a ellas? En efecto, ninguna de las pretensiones esgrimidas por los ahora accionantes, y que formaban parte del ámbito de procedencia del recurso de casación, fueron analizadas; por el contrario, el fallo se sustentó en instrumentos normativos que no fueron tomados en cuenta en los fallos emitidos, tanto por el Juez de

Instancia y por la Segunda Sala Especializada de lo penal de la Corte Provincial de justicia. Aquello, como es lógico, se traduce en una nueva vulneración al derecho al debido proceso de los accionantes previsto en el numeral 7 literal I del artículo 76 de la Constitución de la República. Los señores jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia jamás explicaron la pertinencia de la aplicación de las normas analizadas a los antecedentes de hecho, concretamente, a las pretensiones de las partes, y al hecho que generó el conflicto esencial del caso sub iúdice: el establecimiento de una responsabilidad penal a partir de la aplicación e interpretación del artículo 78 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre. Por consiguiente, se constata que el fallo dictado por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia ha vulnerado una serie de derechos al debido proceso en perjuicio de los accionantes, concretamente, los numerales 1 y 7 literal I del artículo 76 de la Constitución de la República. La Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia no cumplió con las normas que regulan la procedencia del recurso de casación –artículo 349 del Código de Procedimiento Penal– y con el artículo 4 del Código Penal –prohibición de interpretaciones extensivas en materia penal–. Aquello se traduce en una clara vulneración al derecho al debido proceso de los accionantes previsto en la Carta Fundamental...

SENTENCIA: 1. Aceptar la acción extraordinaria de protección planteada y, en consecuencia, se deja sin efecto el fallo de casación dictado por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia del 08 de abril del 2009. 2. Se dispone que sea la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, la que en base a los autos, sustancie nuevamente el recurso de casación interpuesto por los accionantes, observando el principio de celeridad procesal, a efectos de que no se vulnere la correcta administración de justicia ni los derechos de los sujetos procesales. 3. Notificar la presente sentencia a la Primera y Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia para los fines previstos en la ley y la presente sentencia..."

Hay un fallo igualmente importante no solo por la *inviolabilidad del derecho de defensa*, sino inclusive por los fundamentos doctrinarios de la acción extraordinaria de protección, que es una Sentencia de la Corte Constitucional en caso de INJURIAS.

El 03 de junio del 2010, la Corte Constitucional para el periodo de transición, emite la sentencia No. 024-10-SEP-CC, caso No. 0182-09-EP, del que destacamos³⁹:

Antecedentes.- El accionante MAMM, amparado en lo dispuesto en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República, presenta una acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia dictada con fecha 4 de febrero del 2009 a las 14h29, por el señor Juez Noveno de lo Penal de Pichincha, encargado, dentro del juicio por injurias, signado con el número 1196-2008-VM, mediante la cual se condena al accionante a seis meses de prisión, así como al pago de costas, daños y perjuicios, más una multa de USD 20 dólares. Afirma que fue privado del derecho a la libertad, vulnerando las normas del debido proceso consagradas en los artículos 75 y 76, numeral 7, literales a, b y c de la Constitución de la República; artículos 346, numeral 4, y 1014 del Código de Procedimiento Civil, y numeral 3 del artículo 330 del Código de Procedimiento Penal; puesto que jamás fue citado con el contenido de la querrela y en consecuencia no pudo ejercer su legítimo derecho a la defensa. Es decir, el accionante manifiesta que el juez debió declarar la nulidad del proceso por falta de citación con la querrela, tanto más considerando que en las razones de citación que obran de autos, consta que las mismas fueron realizadas los días 23, 24 y 25 de septiembre del 2007, cuando en la acusación particular se afirma que las injurias se profirieron el 17 de julio del 2008, es decir, se lo citó 10 meses antes de ocurrido el hecho que se le imputa, lo cual resulta imposible.

De la Contestación y sus argumentos.- El juez de garantías penales citado reconoce que hubo un error en la diligencia de la citación en que se consignó el año 2007 cuando debió decir año 2008, pero que ello no obsta para ratificar que fue citado legalmente. Que los querrelados no comparecieron a la audiencia de conciliación, y que luego se abrió la causa a prueba y se dictó la sentencia. Que se presentó un recurso de apelación rechazado por extemporáneo, y que igualmente se desestimó un recurso de revisión por indebidamente concedido el 3 de junio del 2009.

³⁹Se puede revisar íntegramente la sentencia en www.alfonsozambrano.com en el link DOCTRINA PENAL.

Se hizo conocer igualmente a la contraparte la acción extraordinaria de protección planteada de acuerdo con el literal b del artículo 56 de las reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional, sin que la contraparte se haya pronunciado de manera alguna.

Transcribimos la parte del fallo que estimamos importante en estos comentarios:

“II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Supremacía Constitucional

La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación y de administración de justicia constitucional, siendo, por tanto, indispensable que ejerza ese control y demás atribuciones en estricto término al señalado en la Constitución de la República, pues su función primordial es preservar la supremacía e integridad de la misma, y asegurar la efectiva aplicación de los derechos y principios constitucionales, conforme lo prescribe en su artículo 424. Sin embargo, no se puede desconocer lo dispuesto en los artículos 425, 426, 427 y 428 ibídem, ya que el control de constitucionalidad abarca a otros operadores, y sin distinción de quien lo aplique perseguirá igual fin, que es el de garantizar la supremacía de la Constitución, y por tanto, las decisiones judiciales adoptadas no pueden escapar a dicho control, y se sujetarán también a lo dictado por la Carta Suprema.

Naturaleza jurídica de la acción extraordinaria de protección

La acción extraordinaria de protección procede, exclusivamente, contra sentencias o autos definitivos en los que, por acción u omisión, se haya violado el debido proceso u otros derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, y procede una vez 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, conforme lo previsto en el artículo 94 de la Constitución de la República.

En este orden, todos los ciudadanos, en forma individual o colectiva, podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra las

sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, en los cuales se haya violado, por acción u omisión, derechos reconocidos en la Constitución; mecanismo previsto para que la competencia asumida por los jueces esté subordinada a los mandatos del Ordenamiento Supremo. Lo contrario sería que no existiera una acción o recurso al cual recurrir para impugnar las acciones u omisiones de los operadores judiciales que violan derechos fundamentales, resultando que aquellos funcionarios supremos no se encuentran vinculados o bajo el control de la Constitución. Sin duda, entonces, la “procedencia de las acciones constitucionales frente a las decisiones judiciales constituye un verdadero avance en esta materia. En efecto, el reconocimiento de la supremacía constitucional implica aceptar que todos los poderes del Estado, incluso el Poder Judicial, se encuentran sujetos a la Constitución y a los derechos humanos”.

“Problema jurídico planteado

La Corte Constitucional, para el periodo de transición, previo a resolver, analizará si efectivamente se produjeron violaciones del derecho al debido proceso y a la seguridad jurídica durante la tramitación del juicio de injurias seguido en contra del accionante, como así lo afirma. Por tanto, con el objeto de determinar la existencia o no de las referidas violaciones se examinará la actuación del juez en relación estricta con la citación de la querrela, elemento sustancial, a la luz de la doctrina.

La garantía jurisdiccional que preconiza, como valor fundamental de la sociedad, impregnar de justicia al ordenamiento jurídico, de tal manera que el acceso a los órganos judiciales sea expedito para los justiciables, es la denominada tutela judicial efectiva². De esta forma, “la constitucionalización y la internacionalización del derecho a una justicia accesible, oportuna, imparcial, eficiente y autónoma, concretan el concepto de tutela judicial efectiva en la solución de las controversias a través del proceso como instrumento fundamental de la paz social”. Es decir, el derecho que tiene toda persona a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, consagrado en el artículo 75 de la Constitución de la República, debe ser entendido como el derecho de toda persona “a que se le haga justicia”, mediante un proceso que reconozca un conjunto de garantías básicas, como son: “a) A ocurrir ante los tribunales de justicia y a obtener de ellos una sentencia útil; b) A acceder

a una instancia judicial ordinaria y a lograr un control judicial suficiente sobre lo actuado...; c) A un juez natural e imparcial; d) A la eliminación de las trabas que impidan u obstaculicen el acceso a la jurisdicción; e) A la interpretación de las normas reguladores de los requisitos de acceso a la jurisdicción en forma favorable a la admisión de la pretensión, evitándose incurrir en hermenéuticas ritualistas (in dubio pro actione); f) A que no se desestimen aquellas pretensiones que padecen de defectos que pueden ser subsanados; g) A la no aplicación en forma retroactiva de nuevas pautas jurisprudenciales con relación a los requisitos de admisibilidad, a fin de evitar situaciones de desamparo judicial; h) A petitionar y obtener tutela cautelar para que no se torne ilusorio el derecho que se defiende; i) Al cumplimiento de todas las etapas del procedimiento legalmente previsto, el cual deberá asegurar la posibilidad del justiciable a ser oído, y a ofrecer y producir la prueba pertinente antes de dictarse sentencia; j) A una decisión fundada que haga merito de las principales cuestiones planteadas; k) A impugnar la sentencia definitiva; l) A tener la posibilidad de ejecutar en tiempo y forma la sentencia y, por ende, a su cumplimiento por parte de la autoridad condenada; m) Al desarrollo del proceso en una dimensión temporal razonable; n) A contar con asistencia letrada”.

De la misma forma, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Respecto a tal garantía judicial, la Corte Interamericana ha manifestado: “...debe interpretarse de manera amplia de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de esa norma como en su espíritu, y debe ser apreciado de acuerdo con el artículo 29 (c) de la Convención Americana, según el cual ninguna disposición de la misma puede interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno”.

Por su parte, el derecho al debido proceso no es sino aquel que cumple con las garantías básicas establecidas en la Constitución de la República. Más concretamente, el artículo 76 ibídem consagra que en

todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se debe asegurar el derecho al debido proceso, que debe necesariamente incluir varias garantías básicas.

En este sentido, en la presente acción se consideran violadas las garantías del debido proceso previstas en los literales: a, b y c del numeral 7, que tienen relación al derecho a la defensa, y señalan expresamente: "7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento; b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa; y c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones".

De esta forma se establece constitucionalmente el derecho a la defensa de toda persona, y en tal sentido, todo tipo de actos que conlleven la privación o limitación del referido derecho producirá, en última instancia, indefensión. En otras palabras, esta garantía esencial es una manifestación del debido proceso. Como lo afirma la doctrina, la relación existente entre la tutela judicial efectiva y la prohibición de la indefensión, se configuran en un único derecho: el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

En este orden, la indefensión es un concepto "mucho más amplio, quizá también más ambiguo o genérico –que la tutela efectiva– pues puede originarse por múltiples causas. Sólo puede prosperar su alegación cuando de alguna forma, generalmente por violación de preceptos procedimentales, se impida al acusado ejercitar oportunamente su defensa, cuando se obstaculiza el derecho de defensa como posibilidad de refutar y rechazar el contenido de la acusación que en su contra se esgrime"⁵. Así lo delimita la Constitución de la República, al establecer en su artículo 75: Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión.

En razón de lo expuesto, toda persona tiene derecho a preparar su defensa con el tiempo necesario y contando con los medios adecuados, es decir, en igualdad de condiciones que la parte acusadora. Precisamente "uno de los pilares de este derecho es el deber de la acusación de

descubrir sustancialmente la fundamentación de su postura (hechos, pruebas materiales, declaraciones...), a la parte acusada, y ello para impedir situaciones de sorpresa o engaño que redundarían en una inadecuada preparación de la defensa, lo que supondría una violación del DPL (due process of law)...”.

En esta línea, otro derecho alegado por el accionante es aquel que tiene relación con el derecho que tiene el acusado de estar presente durante todas las fases del proceso, pero entendido no únicamente como una mera presencia física, la cual sin duda es de vital importancia, sino también como el derecho a comprender lo que se está actuando en el proceso, y con ello la relevancia que comporta la asistencia de un abogado o defensor público, así como de un traductor o intérprete, si éste no comprende el idioma en el cual se sustancia el procedimiento.

En cuanto a las actuaciones procesales in absentia, el Comité de Derechos Humanos ha manifestado en reiteradas ocasiones que no deben admitirse actuaciones en ausencia del acusado en los procesos penales, independientemente de las razones que existan para la no comparecencia, aunque se reconoce en última instancia que podrían admitirse siempre que se trate de alguna circunstancia excepcional, como una forma de tutelar el derecho a la defensa, y más concretamente al debido proceso.

En suma, el pleno ejercicio del derecho a la defensa es vital durante la tramitación del procedimiento, porque de ello dependerá en última instancia el resultado del mismo. Así, el derecho de hallarse en el proceso impone al juez el deber de: notificar al acusado y al abogado defensor, con la suficiente antelación, y no excluirlo indebidamente del proceso, puesto que de otro modo no se garantiza el derecho de las personas a exponer sus posiciones, a ser oídas por los tribunales, o a presentar sus argumentos o pruebas de defensa”.

Al analizar el tema del derecho a la tutela judicial efectiva y el incuestionable error en la citación de la querrela, dice la Corte Constitucional ecuatoriana:

“... es evidente la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por la indefensión causada al acusado proveniente de la práctica

defectuosa de un acto procesal, esto es, la citación con la querrela y posteriores notificaciones; hechos que debieron ser advertidos por el juez (nulidad del proceso). En tal virtud, nos encontramos frente a un hecho que afecta el ámbito de protección del derecho al debido proceso, que además se constituye en una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. En consecuencia, la falta de citación al acusado quiebra el principio: “común a todos los procesos, de contradicción o audiencia – nadie puede ser condenado sin ser antes oído y vencido en juicio– cuya falta genera indefensión y que por lo tanto incluimos como elemento específico e imprescindible del proceso debido”.

“Al respecto, el Tribunal Constitucional de España, en sentencia 31/1989, manifestó: “Una manifestación singular y precisa de la indefensión constitucionalmente relevante es la constituida por la falta de citación o emplazamiento de aquellos que puedan resultar afectados por las decisiones o pronunciamientos del órgano judicial, sin que pueda justificarse la resolución judicial «inaudita parte» más que en el caso de incomparecencia por voluntad expresa o tácita o por negligencia imputable a alguna parte”.

Bajo estas consideraciones, dentro del proceso, la estricta observancia, tanto del derecho a la tutela judicial efectiva como el derecho al debido proceso son de vital importancia, “pues de nada vale acceder al órgano jurisdiccional, si el proceso conforme al cual se va a dilucidar una pretensión, no reúne los supuestos que garanticen una correcta administración de justicia, pero tampoco podrá pregonarse el respeto de las categorías procesalmente debidas cuando aquello que se va a conocer por intermedio del proceso es, por voluntad misma del Estado, deficientemente planteado o una vez resuelto, ineficazmente cumplido”.

En definitiva, y luego del análisis del expediente, no es posible determinar que durante todas las fases sustanciadas se hayan garantizado a las partes los derechos: a la tutela judicial efectiva y debido proceso; puesto que el encargado de velar por el estricto cumplimiento de la Constitución y de los derechos en ella consagrados, ha omitido la aplicación de normas legales sustanciales, provocando indefensión al acusado; tornándose por tanto viable la excepcional acción extraordinaria de protección, razones por las cuales emite la siguiente:

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, expide la siguiente:

SENTENCIA

1. Declarar vulnerados los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y al debido proceso del accionante, y en consecuencia, aceptar la acción extraordinaria de protección planteada y dejar sin efecto la sentencia dictada con fecha 4 de febrero del 2009 a las 14h29, por el señor Juez Noveno de lo Penal de Pichincha, encargado, dentro del juicio por injurias, signado con el número 1196-2008-VM, sin que esta decisión implique pronunciamiento de esta Corte sobre la responsabilidad penal del accionante”.

En esta reseña de sentencias de la Corte Constitucional, destacamos la del 10 de junio de 2010, signada como Sentencia N.º 027-10-SEP-CC, CASO N.º 0579-09-EP, misma que tiene como antecedente la acción extraordinaria de protección propuesta por el doctor WFA el 31 de julio del 2009, fundamentado en el Art. 437 de la Constitución del Ecuador.⁴⁰

Se expresa en la sentencia mencionada:

“De conformidad con el artículo 7 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, el Secretario General, el 31 de julio del 2009 a las 17h30 certificó que no se ha presentado otra solicitud con identidad de sujeto, objeto y acción, como se advierte de la razón actuarial constante a fojas 250 del expediente.

Mediante auto de fecha 13 de octubre del 2009 a las 15h30, la Sala de Admisión calificó y aceptó a trámite la presente acción extraordinaria de protección (fojas 255 y vta.). Admitida a trámite, se procedió al sorteo

⁴⁰ Se puede revisar la sentencia en www.alfonsozambrano.com en el link DOCTRINA PENAL.

correspondiente, radicándose la competencia en la Tercera Sala de la Corte Constitucional para el periodo de transición.

La Tercera Sala de Sustanciación de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, mediante providencia expedida el 06 de enero del 2010 a las 09h50 avocó conocimiento de la presente acción, correspondiendo al Dr. Manuel Viteri Olvera actuar como Juez Sustanciador. En esta misma providencia se dispuso notificar a los Jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, a fin de que presenten sus informes de descargo, debidamente motivados, sobre los argumentos de la presente acción, así como comunicar a la contraparte que ha intervenido en el proceso judicial cuya decisión se impugna, para que defienda sus derechos ante la Corte Constitucional.

DETALLES DE LA ACCIÓN PROPUESTA

Antecedentes de hecho y fundamentos de derecho

El compareciente impugna la sentencia expedida por los Jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia el 1 de julio del 2009 a las 10h00, dentro del juicio N.º 368-LN-09, mediante la cual se aceptó el recurso de casación interpuesto por el Dr. FAN G (contraparte en el juicio) y condenó al accionante a tres meses de prisión.

En lo principal, el compareciente manifiesta: Que en la ciudad de Cuenca, ante él y otros médicos oftalmólogos, llegaron varios pacientes que habían sido operados en sus ojos por un colega de especialización (Dr. F N G), algunos de ellos con la vista perdida o muy disminuida en uno o en sus dos ojos; que con otros médicos oftalmólogos investigaron y mediante pruebas científicas, llegaron a la conclusión de que dichos pacientes padecían de QUERATOCONO, para lo cual no era recomendable la cirugía con la técnica denominada LASIK, es decir, el uso de láser en la córnea, por los graves efectos que ocasiona a los pacientes.

Que el Dr. N G, sin hacer caso de las recomendaciones y solicitudes que le hizo la Sociedad Oftalmológica del Azuay, continuó su labor, perjudicial para sus propios pacientes que padecían del referido mal (Queratocono); ante lo cual, tuvo que encarar el problema en una reunión académica y científica, y exigir al Dr. N que no cometa más equivo-

caciones; que se convocó a una reunión de la Sociedad Oftalmológica del Azuay, la cual se llevó a cabo el 5 de julio del 2007 sin la asistencia del Dr. F N G, pues antes había sido amonestado por escrito y excluido por seis meses de dicho organismo, por actos que podrían considerarse como mala práctica médica. Que asistió al evento académico con la debida documentación científica para demostrar lo que, a criterio de varios colegas, podía tratarse de una auténtica mala práctica médica.

Que la Sala de lo Penal de la anterior Corte Superior de Justicia de Cuenca lo absolvió en base a los méritos del proceso, pues entre los testigos hubo una señora que contó cómo trató de auto eliminarse, por lo que ella consideró una “tragedia irreparable”. Pero –añade– la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, sin informar que el proceso estaba en sus manos y sin permitirle el derecho a la defensa ante eventuales dudas, revocó la sentencia absolutoria dictada por el tribunal de segunda instancia y lo sancionó con tres meses de prisión y multa de seis dólares.

Señala que fue acusado por el delito de difamación, sin que la querrela prospere en las instancias anteriores, ya que el acusador (Dr. F N G) no probó sus afirmaciones, pues no cometió delito alguno, sino que su exposición ante la Sociedad Oftalmológica del Azuay era imprescindible, académica y científicamente para evidenciar prácticas médicas terriblemente equivocadas; que además la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia lo sancionó por un delito distinto, tipificado en el artículo 422 del Código Penal (interrupción de comunicaciones), sin que haya podido ejercer el derecho a la defensa por este nuevo delito que se le imputó.

Que la sentencia expedida por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia vulnera sus derechos consagrados en los artículos 76, numerales 1, 4, 6, 7 literales a, b, c, h, k, y l; 77, numeral 14; 82; 83, así como el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (libertad de expresión).

Petición Concreta

Con estos antecedentes, propone la presente Acción Extraordinaria de Protección y solicita que se deje sin efecto la sentencia expedida por la

Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia del 1 de julio del 2009 a las 10h00, dentro del juicio N.º 368-LN-09.

INFORME DE LOS JUECES DEMANDADOS Y DE LA CONTRAPARTE DEL ACCIONANTE

Jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia

Los doctores L A G y M O O, Jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, mediante escrito que obra de fojas 274 a 276, exponen: Que la acción se basa en la falsa afirmación de que se ha juzgado al ahora accionante por el delito tipificado en el artículo 422 del Código Penal, cuando de la lectura de la parte resolutive se establece que el delito referido en el fallo es el de injurias, tipificado en el artículo 489 del Código Penal, con la concurrencia de las circunstancias previstas en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 490 ibídem, por lo que se impuso la pena prevista en el artículo 495, además de la prisión de tres meses, conforme el artículo 492 del mismo cuerpo legal. Que el accionante trata de aprovecharse de un error mecanográfico cometido en la Secretaría, al hacer constar el artículo 422 en lugar de 492, lo que no tiene incidencia alguna, pues la pena impuesta para este tipo de delitos (injurias) está prevista en el artículo 495 del Código Penal.

Que no se trata de un error de fondo sino mecanográfico, que no altera el significado del fallo, pues se ha sancionado las imputaciones calumniosas graves realizadas privadamente, de conformidad con las disposiciones legales ya enunciadas; por tanto, señalan, no se ha vulnerado ningún derecho, más aún si se considera que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 161 de la Constitución de la República, no se debe sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades.

Que el ahora accionante efectuó una falsa imputación de mala práctica profesional a un colega oftalmólogo (Dr. F N G), sin probar un solo caso, lo que ha ocasionado perjuicio al agraviado ante las Asociaciones Oftalmológicas a nivel nacional, al mantener sus imputaciones que las ratifica en el escrito de presentación de esta acción extraordinaria de protección, afectando el derecho al honor y buen nombre, consagrado en la Constitución de la República. Que tanto el juez de primer nivel como el

tribunal de apelación cometieron un error de derecho, al afirmar que no se había probado el delito de difamación tipificado en el artículo 501 del Código Penal y absolviendo al querellado, cuando en realidad el delito acusado fue de injuria no calumniosa grave, tipificado en el artículo 489, inciso tercero del Código Penal. Solicitan que se rechace la presente acción.

Dr. F N G (acusador particular)

De fojas 282 a 287 vta., comparece el Dr. F A N G, acusador particular en el juicio penal tramitado contra el Dr. W F A J por el delito de injurias, quien manifiesta: Que es médico oftalmólogo especializado, de reconocida solvencia científica y moral en la ciudad de Cuenca, en el país y en círculos científicos extranjeros; que posee títulos académicos de cuarto nivel y experiencia profesional de varios años.

Que al parecer sus logros académicos han incomodado al Dr. W A J, quien ha tratado de menospreciarlo, otorgando certificados con contenidos falsos a varios de sus pacientes, induciéndoles a que presenten denuncias en su contra; que desde hace más de diez años viene sufriendo persecución por parte del querellado, que pretende desprestigiarlo ante la Sociedad Oftalmológica del Azuay, en el austro, y en todo el país, por lo cual tuvo que proponer la acción penal por injurias.

Que dicho proceso penal se desarrolló con respeto al debido proceso y que el recurso de Casación que interpuso se lo tramitó en forma constitucional y legal, pues no se vulneró derecho constitucional alguno, por lo que solicita que se rechace la acción”

Luego de asegurar su competencia para conocer y resolver la acción extraordinaria de protección propuesta, y de que no existe causa que afecte a la validez del proceso, la Corte Constitucional, expresa:

“ TERCERA.- El artículo 1 de la actual Constitución de la República establece que: “el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia...”, calificativo que denota a la Constitución como determinadora del contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura del poder, siendo los derechos de las personas, a la vez, límites del poder y vínculos, por lo que la Constitución de la República es de

directa e inmediata aplicación, y los derechos y garantías en ella contenidos justifican el orden institucional.

El objeto de la acción extraordinaria de protección es el aseguramiento y efectividad de los derechos y garantías fundamentales, evitando un perjuicio irremediable, al incurrir el accionar de los jueces en violación de normas fundamentales, sea por acción u omisión en una sentencia, auto o resolución, en ejercicio de su actividad jurisdiccional.

CUARTA.- Se impugna en la presente acción la sentencia expedida el 1 de julio del 2009 a las 10h00 por los Jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, en el juicio penal N.º 368-LN-09, por la cual se aceptó el recurso de Casación interpuesto por el Dr. F A N G (acusador particular) y se revocó la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Penal, Colusorio y Tránsito de la anterior Corte Superior de Justicia de Cuenca, resolviendo, en su lugar, declarar al querellado (Dr. W F A J) autor del delito de injuria no calumniosa grave, tipificado en el tercer inciso del artículo 489 del Código Penal, en concordancia con los numerales 1, 2 y 3 del artículo 490 ibídem, como se advierte de fojas 182 a 184 vta.

QUINTA.- La acción extraordinaria de protección no constituye una instancia adicional a las previstas para la justicia ordinaria, por tanto, no compete a la Corte Constitucional analizar la conducta, presuntamente delictiva, atribuida al querellado (Dr. W A J) en la causa penal cuyo fallo se impugna, sino observar si en la sustanciación del proceso penal ha existido o no vulneración del derecho al debido proceso y otras garantías consagradas en el artículo 76 de la Constitución de la República, pues éste es el objeto de la nueva garantía constitucional, que conlleva el control de constitucionalidad de las actuaciones de los jueces, que con anterioridad a la vigencia de la actual Constitución de la República se encontraban exentos del mismo; control que deviene del carácter normativo de la Carta Fundamental y del principio de supremacía constitucional, según el cual, toda autoridad se encuentra sujeta al control de constitucionalidad mediante las diversas acciones de jurisdicción constitucional.

SEXTA.- El accionante afirma que se le ha juzgado y sancionado por un delito totalmente diferente al que dio origen a su enjuiciamiento, pues

se le ha imputado responsabilidad en el ilícito tipificado en el artículo 422 del Código Penal, norma que dispone:

“Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que interrumpiere la comunicación postal, telegráfica, telefónica, radiofónica o de otro sistema, o resistiere violentamente al restablecimiento de la comunicación interrumpida.

Si el acto se realizare en reunión o en pandilla, o la interrupción fuere por medios violentos, vías de hecho o amenazas, la pena será de prisión de tres a cinco años.

Quienes ofrezcan, presten o comercialicen servicios de telecomunicaciones, sin estar legalmente facultados, mediante concesión, autorización, licencia, permiso, convenios o cualquier otra forma de la contratación administrativa, salvo la utilización de servicios de internet, serán reprimidos con prisión de dos a cinco años.

Estarán comprendidos en esta disposición, quienes se encuentren en posesión clandestina de instalaciones que, por su configuración y demás datos técnicos, hagan presumir que entre sus finalidades está la de destinarlos a ofrecer los servicios señalados en el inciso anterior, aún cuando no estén siendo utilizados.

Las sanciones indicadas en este artículo, se aplicarán sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y civiles previstas en la Ley Especial de Telecomunicaciones y sus Reglamentos”.

De la documentación constante en el proceso se advierte que se acusó al Dr. A J por el delito de injurias no calumniosas graves, razón por la cual los jueces de la Segunda Sala de la Corte Nacional de Justicia le atribuyeron la autoría de dicha infracción –y no de otro delito– que es sancionada de conformidad con el artículo 495 del Código Penal, en concordancia con el artículo 492 del mismo cuerpo normativo. En consecuencia, al expedirse la sentencia que se impugna, se ha deslizado un error mecanográfico –al citar el artículo 422– que en nada altera el contenido del referido fallo, pues es evidente que la conducta ilícita atribuida al ahora accionante es la de injuria no calumniosa grave.

SÉPTIMA.- Consta de fojas 186 a 196 el escrito de fecha 5 de julio del 2007, presuntamente suscrito por el querellado (accionante en la presente causa) Dr. W F A J, el mismo que se reputa injurioso por parte del acusador particular (Dr. F A N G); si bien no corresponde a la Corte Constitucional analizar su contenido, es necesario advertir que en dicho documento, el querellado, W F A, solicita al Dr. N G que ante la Sociedad Oftalmológica de Azuay (entidad especializada en esa rama médica), explique sus argumentos científicos respecto al procedimiento empleado en pacientes afectados por el queratocono, debido a que varias personas atendidas por el referido profesional médico resultaron afectadas en su salud visual, como consecuencia de presuntas prácticas, sin que el Dr. N G haya comparecido ante ese organismo especializado de oftalmología.

OCTAVA.- En el evento de que el escrito presentado por el Dr. W A J ante la Sociedad Oftalmológica del Azuay contenga expresiones injuriosas en contra del Dr. F N G, su responsabilidad debió ser acreditada mediante la correspondiente diligencia de reconocimiento pericial del escrito en referencia, que debió ser incorporada al proceso penal (juicio de injurias) en la respectiva etapa probatoria y cumpliendo las formalidades previstas en la normativa procesal.

Al respecto, el artículo 373 del Código de Procedimiento Penal, vigente al momento de tramitarse el proceso penal de acción privada contra el ahora accionante, disponía lo siguiente:

“Procedimiento posterior.- Si no se logra la conciliación en la audiencia el juez recibirá la causa a prueba por el plazo de quince días, durante el cual se practicarán todas las que pidan las partes.

Concluido el término probatorio, el juez ordenará que el acusador formalice su acusación en el plazo de tres días. Del escrito de formalización se correrá traslado al acusado, para que lo conteste en igual plazo.

Si el acusador particular no formaliza la acusación dentro del plazo indicado en el inciso anterior, el juez de oficio, la declarará desierta, con los mismos efectos del abandono, sin perjuicio de calificarla de temeraria o maliciosa, si es que hubiera mérito para ello” (lo resaltado es nuestro).

En la sentencia de segunda instancia (fojas 87 a 99), los jueces de la Segunda Sala de lo Penal, Colusorio y Tránsito de la Corte Superior de Justicia de Azuay, a fojas 89 vta., al analizar el informe pericial grafológico practicado respecto al documento que sirvió de base para la querrela seguida contra el Dr. W A J, advierten que dicho informe ha sido presentado extemporáneamente, fuera del plazo otorgado para la práctica de la referida diligencia, además que el nombramiento del perito designado se encontraba caducado, por lo cual indicaron que el informe pericial en referencia, "...debido a que fue presentado extemporáneamente, es decir prueba indebidamente actuada vulnera los Arts. 80 y 83 del Código de P. Penal".

El artículo 83 del Código de Procedimiento Penal dispone lo siguiente:

"Legalidad de la prueba.- La prueba sólo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de este Código...".

Si la legislación procesal penal disponía que en los casos de juicios por delitos de acción privada, si no se lograba conciliación de las partes se abría la causa a prueba por el plazo de quince días, en el cual –y solo dentro de dicho plazo– se debían practicar todas las que sean solicitadas por los litigantes; sin embargo, al haberse presentado un informe pericial fuera de dicho plazo, y por un perito cuyo nombramiento se encontraba caducado, no es procedente incorporarlo como prueba, pues en estricto derecho, la misma carece de eficacia jurídica, como acertadamente se señaló en la sentencia de segunda instancia.

NOVENA.- La Constitución de la República, al señalar las garantías del debido proceso, consagra en el artículo 76 lo siguiente:

"En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 4.- Las pruebas obtenidas o actuadas con violación a la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria".

Sin embargo, los Jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia han afectado las garantías del debido proceso en

perjuicio del accionante, vulneración que nace a partir de incorporar como prueba la actuada en contravención de la Constitución y la ley, lo que evidencia una transgresión al precepto constitucional ya invocado (artículo 76, numeral 4).

Esta vulneración de derecho atenta además contra la seguridad jurídica, consagrada también en el texto constitucional (artículo 82), la que se fundamenta en “el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”, lo que no ha sido observado en el fallo impugnado.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional, para el periodo de transición, expide la siguiente:

SENTENCIA

1. Aceptar la acción extraordinaria de protección deducida por el Dr. W F A J y, en consecuencia, dejar sin efecto la sentencia expedida el 1 de julio del 2007 a las 10h00, por los Jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, en el Juicio N.º 368-LN-09.

2. Disponer que la Corte Nacional de Justicia, a través de otra de sus Salas Penales, conozca y tramite el caso N.º 368-LN-09 y de ser procedente emita el fallo que en derecho corresponda”.

Comentarios de nuestra autoría

- 1.- La Corte Constitucional reconoce que la acción extraordinaria de protección no es una instancia más sino un mecanismo de reparación de violaciones a garantías del derecho al debido proceso.
- 2.- Se analiza correctamente el respeto a la legalidad de la prueba, misma que tiene que ajustarse a la normativa constitucional y procesal durante su ejecución o práctica. De manera que carece de valor o eficacia alguna la prueba indebidamente practicada.

- 3.- Aunque no se consigna de manera expresa la existencia de *prueba ilícita*⁴¹, se termina por dejar sin efecto la sentencia condenatoria expedida en sentencia de casación por una sala penal de la Corte Nacional de Justicia, desestimando la prueba que se habría actuado violando los artículos 76 n. 4, y 82 de la Constitución, así como los artículos 80 y 83 del Código de Procedimiento Penal.
- 4.- Es importante destacar que en sede de control de constitucionalidad y de respeto a las garantías del derecho al debido proceso, la Corte Constitucional ha entrado a la *revalorización de la prueba* indebidamente practicada o actuada, con lo cual sienta un positivo precedente pues a diferencia de las limitaciones que tiene el *recurso de casación* que impide una *nueva valoración o revalorización de la prueba practicada*, la Corte Constitucional mediante la acción extraordinaria de protección, ha apreciado y valorado nuevamente la totalidad de la prueba practicada para concluir que ha sido indebidamente practicada la prueba de sustento de la condena, y en mérito del reconocimiento de la *ilicitud* de tal prueba, ha dejado sin efecto la sentencia condenatoria de la Segunda Sala de la Corte Nacional de Justicia que había actuado como juez de casación.

10.- Algunas conclusiones

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 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*

⁴¹ Cf. ALFONSO ZAMBRANO, en libro *LA PRUEBA ILÍCITA*, Corporación de Estudios y Publicaciones, ob. Cit.

justicia, sino también una condición necesaria de la confianza de los ciudadanos en la justicia"⁴²

La Corte Constitucional tiene facultad para declarar la nulidad de un acto procesal que constituye por ejemplo *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, -que es igual a argumentación jurídica- de las decisiones judiciales, que surge como un principio constitucional de los que conforman el denominado *debido proceso* (artículo 76, n. 7, letra I) 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 el derecho de defensa⁴³. 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 fiscales⁴⁴, 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*

⁴² LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, 1995, Ed. Trota, España, Pág. 121.

⁴³ 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.

⁴⁴ 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.

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.⁴⁵

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.

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

⁴⁵ ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL, *La prueba ilícita en el proceso penal*, Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009, p. 42, y 228.

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".⁴⁶

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, qué 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 más 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

⁴⁶ 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.

debe aplicar el precedente que se ha convertido ya en una regla. La *teoría de los pesos* (de Robert Alexy) que aplica el juez para resolver un determinado conflicto de principios, debe ser el precedente para los casos futuros.

BIBLIOGRAFÍA

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

ATIENZA MANUEL, *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.

CARBONEL MIGUEL, *Que es el neoconstitucionalismo?* Publicaciones de la UNAM de México. s/f.

CASTRO PATIÑO IVÁN, 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?

CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, *fallos en www.alfonsozambrano.com*

COMANDUCCI PAOLO, *Formas de Neoconstitucionalismo: un análisis metateórico*, - Compilador Miguel Carbonel - en *Neoconstitucionalismo* (S), Trotta, España, segunda edición 2005.

COMANDUCCI PAOLO, *Modelos e interpretación de la Constitución*. En *Teoría del neoconstitucionalismo* TROTTA, Madrid, 2007

CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO (DOXA) No. 24, de la Universidad de Alicante. Entrevista del Prof. Manuel Atienza al Prof. Robert Alexy.

DOMÍNGUEZ ANDRES GIL, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Ediar, Buenos Aires, 2005.

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

FERRAJOLI LUIGI, *Los Fundamentos De Los Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, España, 2001.

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

GUASTINI RICARDO, *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso Italiano*", en *Neoconstitucionalismo (S)* – editor Miguel Carbonell-, Editorial Trotta, 2005.

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

SERRANO JOSE LUIS , *Validez y vigencia*, Editorial Trotta, España 1999.

ZAGREBELSKY GUSTAVO, *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, España, 1999.

ZAGREBELSKY GUSTAVO *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.

ZAMBRANO PASQUEL ALFONSO, *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.

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

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

ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL

ZAVALA EGAS JORGE. *Apuntes sobre neoconstitucionalismo, Acciones de Protección y Ponderación, Acción de Inconstitucionalidad, Proceso Constitucional*. 2009.

ZAVALA BAQUERIZO JORGE, *EL debido proceso penal*, Edino, 2002