

**Suplemento -- Registro Oficial N° 577 -
- Viernes 24 de Abril del 2009**

Nro. 0040-2007-TC

Juez Constitucional Ponente: **Dr. Roberto Bhrunis Lemarie**

“LA CORTE CONSTITUCIONAL, para el período de transición

En el caso signado con el **Nro. 0040-2007-TC**

I.- ANTECEDENTES

Luis Angel Saavedra Sáenz, en su condición de representante legal de la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH); Ruth Elizabeth García, Coordinadora del Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Andrés Borja Ortiz y David Cordero Heredia, procuradores comunes de más de mil ciudadanos y ciudadanas y con fundamento en lo dispuesto en los artículos 276 numeral 1 y 277 numeral 5 de la Constitución Política de 1998 en concordancia con los artículos 12 numeral 1 y 18 literal d) de la Ley de Control Constitucional, comparecen con la siguiente demanda de inconstitucionalidad por el fondo de las siguientes normas:

Normas Acusadas

Ley No.- 095-1982, Última codificación Ley 2006-30 “Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social” (Registro Oficial No.- 282, 9-7-1982 y la Codificación Suplemento de Registro Oficial No.- 399 de 17-11-2006)

Artículo 27.- “La libertad controlada no se concederá a los reincidentes, a los habituales; ni a quienes se hubieran fugado o intentado fugarse.”

Decreto Ejecutivo No.- 1674-2001 “Reglamento al Código de Ejecución de Penas y de Rehabilitación Social” (Registro Oficial No.- 379 de 30-07-2001)

El literal d) del artículo 38 que dice:

Artículo 38.- “Para la concesión de la prelibertad, los internos deberán acreditar los siguientes requisitos:

[...]

d) “Certificación de no ser reincidente, conferida por la Función Judicial.”

Argumentos Jurídicos planteados en la demanda

Los demandantes solicitan la inconstitucionalidad

por el fondo de los artículos citados por ser contrarios al principio de igualdad y no discriminación contenido en el numeral 3 del artículo 23 de la Constitución Política de 1998. Del contenido de los artículos 19, 22, 24 y 25 del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social señalan que se puede observar que la prelibertad y la libertad controlada son fases del régimen de rehabilitación, se fundamentan en la preparación del interno para ser reinsertado en la sociedad; tal es así, que para gozar de este derecho el detenido debe cumplir cuatro condiciones a fin de acreditar su buena conducta, su capacidad para ganarse la vida mediante la realización de algún trabajo u oficio honrado y la cancelación de las deudas a las que fue condenado, incluso, mediante un informe favorable del Presidente de la Corte Superior, quien quizás nunca haya conocido al interno, ni pueda dar fe de su comportamiento. En todo caso, estas características le permiten al interno demostrar que es un ser apto para la reinserción social y que el sistema de rehabilitación social ha sido efectivo, cumpliendo de esta forma el propósito para el cual fue creado; pues, las penas antes de ser una sanción punitiva y cruel propias de un régimen policíaco, constituyen un mecanismo para asegurar el bienestar social, mediante la separación temporal de uno de sus miembros, quien con su comportamiento ha transgredido las normas básicas de convivencia y debe, por tanto, ser objeto de un proceso de readaptación a fin de asegurar que no volverá a repetir aquellas conductas impropias y contrarias a los “supuestos de normalidad” establecidos y protegidos por el legislador en el Código Penal.

El principio de igualdad y de la prohibición de discriminación está estipulado en el artículo 23 numeral 3 de la Constitución, como en la Convención Americana de Derechos Humanos¹ en su artículo 1 sobre el principio de no discriminación, establece que:

“Los estados partes de esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y ha garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que este sujeta a su jurisdicción, son **discriminación alguna** [...] *(resaltado de los peticionarios)*”

Así mismo, los solicitantes citan detalladamente la interpretación, el alcance y la importancia del principio de igualdad y no discriminación, desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la doctrina. La igualdad, constituye una norma imperativa del Derecho Internacional, reconocida por la Comunidad Internacional en su conjunto y no pueden ser

¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 24. “todas la personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

derogadas ni admiten acuerdo en contrario. El derecho a la igualdad, no solo está protegido por la Convención Americana de Derechos Humanos de la que el Ecuador es parte; sino también del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y además de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como por la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La Constitución Política (1998) establece en su artículo 17 que el Estado es garante de los Derechos Humanos protegidos por la misma Constitución o por Tratados Internacionales de los que el Ecuador es parte. Estos, una vez promulgados en el Registro Oficial son parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.

La Constitución Política al establecer la finalidad del Sistema Penitenciario determina que: “El sistema penal y el internamiento tendrán como finalidad la educación del sentenciado y su capacitación para el trabajo a fin de obtener su rehabilitación que le permita una adecuada reincorporación social”, es decir, todos los sentenciados sin hacer distinciones entre reincidentes o no, son parte del sistema de rehabilitación social que tiene por objetivo su preparación para ser reinsertados en la sociedad, es decir, que tanto los reincidentes como los que no lo son, se encuentran en una situación similar al interior del sistema penitenciario que busca el mismo objetivo para ambos grupos: su rehabilitación. Pese a esta similitud de condiciones ante la ley y ante los principios del sistema penitenciario establecido en la Constitución, el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, establece una distinción en el tratamiento que reciben ambos grupos, al determinar que los reincidentes no tienen derecho o no pueden acceder a la libertad controlada, aún cuando cumplieren los requisitos exigidos por la ley; el trato desigual se basa en una condición prohibida; el tratamiento diferenciado carece de un propósito legítimo, objetivo y razonable; el tratamiento desigual no guarda relación con el fin que persigue.

Por la incompatibilidad demostrada con el artículo 23 numerales 1 y 3 de la Constitución que protegen el derecho a la vida y fundamentados en el artículo 272 y 277 de la Constitución solicitan, se declare la inconstitucionalidad por el fondo de los artículos 27 del Código de Ejecución de Penas y de Rehabilitación Social y del artículo 38 del Reglamento de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social.

II. CONTESTACIONES A LA DEMANDA

Intervención del Representante del Procurador General del Estado

Dr. Luis Jaramillo Gavilanes, Director Nacional de

Patrocinio, Delegado del Procurador General del Estado, en relación a la demanda de inconstitucionalidad planteada, dentro del término legal, en lo principal alega: ilegitimidad de personería activa en razón de que en la demanda no consta la determinación o voluntad expresa de los “supuestos representados” de nombrar a sus procuradores comunes; y, de que en el encabezado de las hojas contentivas de las firmas de los ciudadanos que se han anexo a la misma, tampoco consta la voluntad de designarlos procuradores comunes; invalidez de las supuestas “firmas de apoyo” a la demanda por la imprecisión e incluso inexistencia de la norma demandada como artículo 28 del Código de Ejecución de Penas (Según el encabezamiento de las listas contentivas de las firmas), toda vez que este artículo, al tenor del reconocimiento que efectúan los propios actores en su demanda, fue reformado desde el 17 de Noviembre del 2006 con el número 27, habiendo por tanto transcurrido desde entonces y hasta la fecha más de un año.

Además alega, violación al precepto previsto en el artículo 277 numeral 5 de la Constitución como la letra d) del artículo 18 de la Ley de Control Constitucional; improcedencia de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; inexistencia de normas constitucionales que hayan sido violadas por parte de las normas materia de impugnación; priorización de los intereses personales y gremiales privados de los actores de esta demanda, frente al interés público ciudadano en materia de seguridad y protección social; afán de protagonismo con una supuesta “defensa de los derechos de la población a vivir en un ambiente seguro y protegido de la criminalidad y la delincuencia habitual reiterativa; desenfoque total de la demanda al no considerar que la igualdad ante la ley debe partir, a su vez, de presupuestos que establezcan iguales condiciones y comportamiento de los ciudadanos para acogerse a dicho principio; y, violación de la disposición contenida en el inciso segundo del artículo 20 de la Ley de Control Constitucional en razón de que los actores han presentado su demanda únicamente alegando la inconstitucionalidad de los artículos demandados, sin acompañar ningún tipo de prueba técnica, jurídica, estadística o de estudio psicológico que demuestre sus asertos. En lo principal, la demanda planteada es definitivamente improcedente y carece de argumentos de fondo y elementos probatorios de sus aseveraciones, por las siguientes razones: Ninguno de los artículos materia de impugnación violan algún precepto constitucional, ni por la forma ni por el fondo, ni parcial ni totalmente.

El contenido textual de dichas normas, en ningún momento generan o efectúan desigualdades o discriminaciones respecto de los elementos constitutivos del precepto constitucional establecido en el numeral 3 del artículo 23 de la Constitución, pues el hecho de que el Código de

Ejecución de Penas y Rehabilitación Social y su reglamento a través de las normas aludidas disponen que la libertad condicional no se otorgará a los delincuentes reincidentes, habituales o que se hubieren fugado o intentado fugarse de las cárceles no constituye generar desigualdades por sexo, etnia, color, idioma, religión, filiación política, discapacidad, posición económica u orientación sexual.

Los actores desconocen que, por pura lógica, el principio de igualdad ante la ley opera frente a un conglomerado social que posee y parte de las mismas condiciones, circunstancias, características, oportunidades e incluso comportamiento en un determinado ambiente o universo social; en el caso que nos ocupa no se presentan porque estamos hablando de *dos tipos de delincuentes*; el ocasional o circunstancial y el reincidente o habitual. El propio Código Penal define y determina a la reincidencia como agravante que incrementa las penas, así se desprende del texto de los artículos 77 y 80 respectivamente. Esto quiere decir entonces, que, aceptando el criterio de los demandantes en el sentido de que la reincidencia no sería un elemento a tomarse en cuenta para conferir la libertad controlada, el legislador, la doctrina, la jurisprudencia y la esencia misma del Derecho Penal o punitivo estarían errados en sus consideraciones y conceptos.

De otra parte, y en razón de que la presente demanda no cumple con los requisitos previstos tanto en el artículo 277 numeral 5 de la Constitución, como el artículo 18 letra d) de la Ley de Control Constitucional, no debió siquiera haberse calificado. Solicita se rechace la demanda.

Intervención del Representante del Señor Presidente Constitucional de la República

Por su parte, el Dr. Alexis Mera Giler, Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República y como delegado del señor Presidente Constitucional de la República, se allana a la demanda de inconstitucionalidad presentada, por lo tanto solicita se acepte la misma.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERIODO DE TRANSICION

Competencia y homologación de las normas acusadas con la Constitución de la República del Ecuador vigente

La Corte Constitucional para el periodo de transición, cumpliendo con la Disposición Derogatoria única contenida en la Constitución vigente que dice:

“Se deroga la Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en Registro Oficial número uno del día once de agosto de 1998, y de toda norma contraria a esta Constitución. El resto del ordenamiento prevalecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución.”

Conforme esta disposición, se identifica la relación que debe existir entre las leyes viejas y la nueva Constitución, o respecto de las leyes promulgadas bajo la Constitución anterior. La Constitución vigente es una -constitución rígida- es decir, limita el ingreso de las normas del sistema anterior. Este límite no se refiere de modo alguno al procedimiento de formación de las leyes es claro que las leyes viejas no son formalmente válidas según el parámetro de la nueva Constitución.²

El límite más bien se refiere al contenido de las leyes viejas y, más precisamente, no a los supuestos de hecho regulados en aquellas, sino a las consecuencias jurídicas conectadas a tales supuestos. En suma, las leyes viejas no pueden entrar de “*pleno derecho*” en el nuevo ordenamiento constitucional cuando contradicen sustancialmente cualquier norma de la Constitución o cuando violan cualquier prohibición dirigida al legislador. “¿Pero en qué sentido las viejas leyes no pueden entrar de Pleno Derecho al nuevo ordenamiento?”³ existen dos principios que responde a esta pregunta: a) Las leyes viejas pueden considerarse abrogadas en virtud del principio “*lex posterior*”; y, b) La leyes viejas pueden ser consideradas inválidas (materialmente inválidas), en virtud del principio “*lex superior*”. Que es aplicada por parte de la Corte Constitucional para el periodo de transición, para eliminar del sistema jurídico las normas que sean contrarias a la Constitución vigente.

Conforme con lo previsto en los artículos 436 inciso 2 de la Constitución de la República del Ecuador y del artículo 27 del Régimen de Transición,⁴ y la Resolución publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 451 de 22 de octubre de 2008, en concordancia con las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición, publicado en Registro Oficial No.- 446 de 13 de Noviembre del 2008, la Corte Constitucional para el periodo de Transición, es competente para determinar la constitucionalidad por el fondo del artículo 27 del Código de Ejecución de Penas y del literal d) del artículo 38 del Reglamento al Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, conforme la

² GUASTINI, Ricardo *Estudios de Teoría Constitucional*, México, Edt., Doctrina Jurídica Contemporánea, 1edc. 2001 segunda reimpression, 2007. p. 49

³ *Ibidem*, p. 50

⁴ Publicados en Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008

demanda de inconstitucionalidad presentada por los recurrentes. Sobre esta base, y del respeto del marco jurídico constitucional, se homologará el análisis de las normas acusadas por el fondo, con la Constitución vigente.

Legitimación Activa

Los peticionarios se encuentran legitimados para interponer la presente acción de inconstitucionalidad en virtud de cumplir con los requerimientos que establece el artículo 439 la Constitución vigente que expone: “Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano”. Así como, se consideran legítimas las firmas de los mil ciudadanos ya que igualmente se cumplía con el requisito que fue indispensable para la acción de inconstitucionalidad; aclarando, que las firmas de respaldo eran válidas para impulsar la presente demanda en el modelo constitucional derogado por el constituyente; se considera que, al expresar su voluntad de impugnar los artículos 27 del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social y la Letra d) del artículo 38 de su Reglamento, cumplieron con un requerimiento, que en la actualidad no es indispensable (establecido en el numeral 5 del artículo 277 de la Constitución y letra d) del artículo 18 de la Ley de Control Constitucional.) Las excepciones alegadas a este respecto, carecen de sustento jurídico; por lo tanto, es procedente el análisis sobre el fondo de la pretensión.

Control Abstracto de Constitucionalidad

En sentido amplio, el control abstracto de constitucionalidad es una actividad relacionada con la revisión, verificación o comprobación de las normas jurídicas, que se encuentran dentro de un marco de referencia. Esta referencia es la Constitución, en la cual consta como uno de sus principios el control de normas (Art. 436.2.3), tanto de actos de aplicación (436.4).

En sentido estricto, el control constitucional es un mecanismo que sostiene la Supremacía de la Constitución (Art. 424) y produce un equilibrio entre los derechos fundamentales y la división de poderes.⁵ Cabe mencionar que en esta materia existe un cambio esencial, respecto de la constitución anterior, dado que existe una ampliación de la legitimación activa establecida en el artículo 439 de la Constitución. Mientras que el artículo 277 de la Constitución de 1998 lo limitaba (*supra*), hoy se ha transformado en una “acción

⁵ HUERTA Ochoa Clara, *Acción de Inconstitucionalidad Como Control Abstracto de Conflictos Normativos*, Investigación del Instituto de ciencias jurídicas UNAM. p. 4, en, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cn/108/art/art6.pdf>

popular”,⁶ que puede ser propuesta por cualquier ciudadana o ciudadano, en un sistema nuevo y más abierto de acceso a la justicia constitucional en esta materia.

La Corte Constitucional para el periodo de Transición, luego de haber verificado su incompatibilidad con la Constitución; de ser así, decretará la “invalidez del acto jurídico impugnado”⁷, es decir, la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico.

Examen de Constitucionalidad por el fondo

La Corte Constitucional para el periodo de Transición, definirá en el análisis, el derecho a la igualdad en las normas impugnadas: Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social

Artículo 27.- “La libertad controlada no se concederá a los reincidentes, a los habituales; ni a quienes se hubieran fugado o intentado fugarse.”

El literal d) del artículo 38 del Reglamento al Código de Ejecución de Penas y de Rehabilitación Social que dice:

Artículo 38.- “Para la concesión de la prelibertad, los internos deberán acreditar los siguientes requisitos:

[...]

d) “Certificación de no ser reincidente, conferida por la Función Judicial.”

Conforme lo solicitado por los recurrentes, es el principio de igualdad el que se encuentra intervenido injustificadamente, ya que al existir normas (*supra*), que tratan a los individuos que se encuentran en una condición similar, de forma diferente (afectando sus derechos), es una circunstancia discriminatoria. La misma, que se encuentra prohibida por la Constitución de la República, pues, conforme el artículo 11.3 expresa: “todas las personas son iguales y gozan de los mismo derechos, deberes y oportunidades.” Así como, dice: “nadie podrá ser discriminado [...]”.

El principio de igualdad, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, representa a uno de los pilares de toda sociedad bien organizada. Este principio impone el deber al Estado, que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos. Una vez,

⁶ GRIJALVA, Agustín, “*Perspectivas y Desafíos de la Corte Constitucional*”, En, “Desafíos Constitucionales de la Constitución Ecuatoriana del 2008 en Perspectiva”. Edt. Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Martínez Dalmau, Serie de Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Publicado por el Ministerio de Derechos Humanos y el Tribunal constitucional, 1ed, Quito, p. 262

⁷ *Ibidem*, p. 263.

concretado este mando corresponde identificar adecuadamente en el caso en concreto, que mandato es el que la Corte Constitucional para el periodo de Transición va utilizar, y los que la doctrina describe: “a) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; b) un mandato de trato enteramente diferenciado cuyas situaciones no comportan ningún elemento común; c) un mandato de trato prioritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); d) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyos casos las diferencias sean más relevante que las similitudes (trato diferenciado a pesar de la similitud).”⁸

El derecho a la igualdad, proyecta dos mandatos distintos: “la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley.”⁹ El primero se refiere a la eficacia vinculante de los mandatos de igualdad en la aplicación de la administración de justicia y en relación de los particulares. El segundo nivel, alude al carácter que define al derecho como fundamental, es decir con eficacia vinculante frente al legislador.¹⁰

Ahora bien, es evidente que las normas impugnadas (*supra*), identifican un universo de destinatario que se encuentran en condiciones evidentemente similares (privados de la libertad), en este sentido, la Corte procederá a elegir para el análisis con el respectivo juicio de especialidad, el mandato (a), para lo cual se verificara en el caso concreto si las normas impugnadas son una medida proporcional. El análisis se hará en relación a que el derecho a la igualdad es eficaz frente a la legislación dictada con anterioridad a la vigencia de la constitución actual, a la luz de este principio se procede a enjuiciar la constitucionalidad de las siguientes leyes:

1) Ley 2006-30, Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social (Registro Oficial No.- 282, 9-7-1982 y la Codificación Suplemento de Registro Oficial No.- 399 de 17-11-2006) su artículo 27.- “La libertad controlada no se concederá a los reincidentes, a los habituales; ni a quienes se hubieran fugado o intentado fugarse.”

2) El Decreto Ejecutivo No.- 1674-2001 “Reglamento al Código de Ejecución de Penas y de Rehabilitación Social” (Registro Oficial No.- 379 de 30-07-2001). Sobre, los requisitos para la concesión de la prelibertad, el literal d) del artículo 38 que dice: “Certificación de no ser reincidente,

conferida por la Función Judicial.”

Estas normas respecto de su finalidad, se interrelacionan: la primera, describe un supuesto de hecho considerado como criterio sospechoso, respecto de los reincidentes y de quienes hubieran fugado, en tanto que limita el acceso a la libertad controlada que es una fase de la rehabilitación conforme lo establecido en el artículo 19 del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social. La segunda, es un requisito para verificar el supuesto de hecho que es producto del criterio sospechoso identificado en la primera.

La Rehabilitación Social, contenida en el artículo 19 dice: “libertad controlada constituye una fase dentro del régimen de rehabilitación social que se implementan progresivamente, así: 1.- La internación para el estudio criminológico y clasificación secuencial; 2.- Rebajas; 3.- Prelibertad; 4.- Libertad Controlada; y, 5.- Ubicación poblacional tratamiento.”

Según el artículo 24 *Ibidem*, “*La libertad controlada es la fase del tratamiento mediante la cual el interno convive en su medio natural, bajo la supervisión del régimen y será concedida por el Director del respectivo Centro de Rehabilitación Social, siempre que se cumplan los requisitos exigidos en esta Ley y en sus reglamentos*”; y, el artículo 25 *Ibidem*, determina los requisitos para que un interno pueda gozar de la “libertad controlada”, así: “*Para hacerse acreedor a pasar, dentro de la **progresión**, a la **fase de libertad controlada**, el interno deberá haber cumplido, por lo menos, las tres quintas partes de la pena impuesta, y reunir las siguientes condiciones: a) Haber observado, durante su internación, buena conducta, no sólo limitándose al cumplimiento de los reglamentos, sino procurando el mejoramiento cultural, perfeccionamiento en el servicio y superación en el trabajo, que demuestren un afán constante de readaptación social; b) Que acredite tener profesión, arte, oficio o industria, u otro medio que le permita vivir honradamente; c) Que, al haber sido condenado al pago de indemnizaciones civiles, acredite haber cumplido esta obligación, a menos de haber comprobado imposibilidad para hacerlo; y, d) Obtener informe favorable tanto del correspondiente Departamento de Diagnóstico y Evaluación, como del Presidente de la Corte Superior y del Ministro Fiscal respectivos*”.

Por su parte, el artículo 22 del mismo Código en relación a la fase de “prelibertad” determina que es “*La parte del tratamiento en la que el interno que ha cumplido los requisitos y normas del sistema progresivo, desarrolla su actividad controlada por el régimen, fuera del centro de rehabilitación social, conforme al reglamento pertinente*”; en

⁸ BERNAL, Pulido Carlos, *El Derecho de los Derechos*, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 1ra ed., 2005, 4ta., reimpresión, p.257

⁹ *Ibidem*, p. 258

¹⁰ *Ibidem*, p. 258

este sentido, el artículo 38 del Reglamento al Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, determina los requisitos que un interno debe acreditar para acceder a la prelibertad, así: “a) *Hallarse en un centro de seguridad mínima o en las secciones equivalentes de los centros mixtos o especiales;* b) *Haber cumplido cuando menos las dos quintas partes de la pena impuesta;* c) *Haber obtenido informe favorable del Departamento de Diagnóstico y Evaluación, de acuerdo con el reglamento interno correspondiente;* y, d) **Certificación de no ser reincidente, conferida por la Función Judicial**”.

Del contenido de las normas transcritas, se desprende con absoluta claridad que el interno para ser considerado en la fase de *prelibertad* y *libertad controlada* como mecanismos de preparación para ser reinsertado en la sociedad, deben cumplir varias condiciones que acrediten la buena conducta.

Estos requisitos permiten por un lado, evidenciar que el interno se encuentra apto para ser reinsertado en la sociedad; y por otro, demostrar que el Sistema de Rehabilitación Social es eficaz y se encuentra cumpliendo el objetivo para el cual fue creado. Finalmente, la libertad constituye el derecho de los internos que han cumplido los requisitos exigidos por la ley, como forma del proceso de Rehabilitación Social.

La Corte Constitucional para el periodo de Transición, mediante el estudio comparado trae varias realidades sobre la “reincidencia” dentro del proceso en América Latina, que tiende a desaparecer, si tomamos en cuenta que en 1980 se la eliminó del Código Colombiano; en 1984, se redujo sus efectos al eliminarse las medidas “post – delincuenciales”, del Código Brasileño; en 1985, del Código Uruguayo; y, en 1984, se redujo el efecto de la “reincidencia” en Argentina. El restringir el proceso de Rehabilitación, evidentemente priva a estas personas de la garantía a una existencia digna; en efecto, si analizamos cada una de las fases durante su internación, esto es, buena conducta, sometimiento a la reglamentación interna, procura del mejoramiento cultural, perfeccionamiento del servicio y trabajo, así como tener profesión, arte u oficio, así como otro medio que le permita vivir honradamente, son demostraciones que suponen un afán de cambio y rehabilitación social; mismas que por un lado, sugieren el éxito del sistema; y por otro, el otorgamiento de mecanismos que abriguen la esperanza de que los internos opten una mejor calidad de vida. Consecuentemente, la negativa de otorgar la “prelibertad” y “libertad controlada” a los reincidentes, a los habituales, los que hubieren fugado o intentado fugarse, significa negarles también, la posibilidad del acceso a una vida digna, que asegure la salud, la alimentación, empleo, educación, vestido, entre otros, que el

Estado ecuatoriano reconoce y garantiza a toda persona sin distinción alguna, y se encuentra determinados en el numeral 2 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador.

Por decir lo menos, resulta injusto pensar que el hecho de que una persona sea “reincidente” de un delito, no sea susceptible de formar parte del proceso de rehabilitación social establecido en nuestro sistema penitenciario; cuando por el contrario, quién ha reincidentido, con mayor razón, debe participar de fases como la “prelibertad” y “libertad controlada”, como garantía para la sociedad misma, que requiere que los internos entren en un procesos de reinsertarse nuevamente en la sociedad.

En este sentido, la Corte Constitucional para el periodo de Transición, incorpora en el presente análisis el desarrollo normativo del principio de igualdad en el sistema internacional de Derechos Humanos.¹¹ Es así, que la Convención Americana de Derechos Humanos ha reconocido la igualdad ante la ley como un derecho fundamental que establece:

“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

Además, en su artículo 1 determina que las obligaciones generales de respeto y garantía de todos los derechos humanos protegidos por la Convención se realizarán con fundamento en el principio de *no discriminación* al determinar que:

“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que este sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna”.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que:

“El principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que pertenece a todo ordenamiento jurídico [...]. Así como, forma parte del Derecho Internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus Cogens*”¹²;

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y

¹¹ Demanda de inconstitucionalidad No.-040-2007-TC. INREDH

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva No.- 18 de 17 de septiembre del 2003, sobre condición jurídica de migrantes indocumentados párrafo.19

Políticos, en su artículo 26 señala que:

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley.

A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”; y,

La Declaración Universal de Derechos Humanos, por su lado, en el artículo 7 ha dispuesto:

“Todos son iguales ante la ley, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra la discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

Esta corriente internacional, de la cual, el Ecuador es partícipe ha sido recogida por la Constitución del Ecuador al establecer que:

Artículo 11.2: “Todas las personas son iguales ante la ley y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades [...] Nadie podrá ser discriminado por [...] pasado judicial, [...] ni por cualquier otra distinción individual o colectiva.”

Art.66.4 “Derecho a la igualdad formal e igualdad material y no discriminación”

Es menester, identificar otros derechos fundamentales que se interconectan con el derecho a la igualdad; entendiendo, que este principio en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, debe ser desarrollado no solo de manera formal sino también sustancial (art. 66.4), así también el artículo 35, sobre los grupos de atención prioritaria que dice:

“Las personas [...] privadas de la libertad, [...], recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado “[...] El estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad”

Cabe identificar que el derecho a la igualdad es ampliamente reconocido por la Constitución de la República, como un derecho fundamental; debe ser entendido como la prohibición de la discriminación y comporta la exigencia de un trato igualitario. Es evidente, que la universalidad del principio no es absoluta, sino relativa a los argumentos con fundamento en las cuales se predica. En efecto, el <<todos>> de quienes tales

derechos permiten predicar igualdad es lógicamente relativa a las clases de sujetos y su titularidad esta normativamente reconocida, así la intención de igualdad depende de la cantidad y de la calidad de los intereses protegidos como derechos fundamentales.¹³ En consecuencia, La Corte Constitucional para el periodo de Transición considera que las normas impugnadas poseen un criterio sospechoso por parte de Estado, dirigidos a las personas privadas de su libertad; así es evidente que se debe justificar este criterio para ejercer un trato diferente a las personas que se encuentran en las mismas circunstancias (privadas de su libertad).

Conforme estas disposiciones se evidencia que las restricciones contenidas en las leyes (*supra*), intervienen gravemente en los derechos de las personas privadas de la libertad, vulnerando su derecho a la igualdad; así como del trato prioritario que otorga, lo que constituye una doble protección constitucional a este grupo (discrimen positivo).

Juicio de Igualdad

En este sentido, la Corte Constitucional para el periodo de Transición, procede a realizar el juicio de igualdad con un criterio estructural, adecuado para aplicar tanto la prohibición de discriminación como el deber de igualdad que consiste en la “promoción” y “protección”, de los desfavorecidos. De esta forma, Carlos Bernal Pulido identifica a través de estudios comparados entre el sistema estadounidense, europeo y colombiano, y establece que el juicio no puede ser estático, sino, que se puede adoptar en relación a la gradualidad o la intensidad de la medida que afecta a un derecho fundamental, para lo cual se relaciona con las siguientes presupuestos: si la injerencia de la medida adoptada por una norma, interviene directamente en los principios constitucionales y, si ésta se encontraba prohibida de forma expresa por la Constitución (Art. 11.2 CRE), como es el caso de la discriminación, el examen de igualdad, será estricto; es decir, el principio se aplica *prima fase*; y, cuando exista el deber de proporcionar una protección (Art. 35 CPR); el derecho a la igualdad, es exigible.¹⁴

Las normas acusadas, conforme lo establecido por el representante del Procurador General del Estado, es de pura lógica, y el principio de igualdad ante la ley opera frente a un conglomerado social que posee y parte de las mismas condiciones, circunstancias, características, oportunidades e incluso comportamiento en un determinado

¹³ FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los Fundamentales*, Madrid, editorial Trotta, Edc., Antonia Gerardo Pisarelo, p. 21

¹⁴ BERNAL, Pulido, *el Derecho de los Derechos...* p. 274. Cabe mencionar que este autor, identifica un estudio profundo sobre el tema que en esta oportunidad la Corte se informa de esta investigación.

ambiente o universo social, el caso que nos ocupa estamos hablando de “*dos tipos de delincuentes*”; el ocasional o circunstancial y el reincidente o habitual. El propio Código Penal define y determina a la reincidencia como agravante que incrementa las penas, así se desprende del texto de los artículos 77 y 80 respectivamente.¹⁵

En el argumento presentado por el representante del Procurador General del Estado, se pretende unificar la categoría agravante contenida en la legislación penal con las normas que regulan las condiciones de la rehabilitación social, es claro que tal argumento no incorpora *in dubio pro reo*, y el principio *pro homine*, de fuente constitucional que informa al derecho penal; estos principios, comportan una directriz o son una forma de orientar en los casos concretos a los Jueces, así como reconocen, que al existir una situación de desventaja (persona privada de la libertad) el sistema preponderantemente actuara a favor del más débil. Igualmente, es evidente que esta situación de desventaja no puede ni debe ser agravado, por ninguna norma jurídica. Aclarando, que el derecho penal posee sus propios mecanismos tanto de agravantes como de atenuantes, en el presente caso es una ocasión para que La Corte Constitucional para el periodo de Transición, aclare que las normas del derecho penal subjetivo, que restrinjan derechos, no deben ser utilizadas como parámetros de las normas de Rehabilitación Social para vulnerar normas constitucionales.

Ahora bien, ¿existe justificación de trato diferenciado en las leyes impugnadas? Para responder esta pregunta, se debe tener presente, una diferencia de trato en relación con el principio de igualdad: “[...] el principio de igualdad de trato se viola si la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el propósito y los efectos de la medida en consideración, tomando en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas.

Una diferencia [...] no solo debe buscar un fin legítimo, cuando se establece de manera clara que no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se busca llevar a cabo”.¹⁶

¹⁵ En este punto, cabe reflexionar que la “reincidencia tradicional”, entendida como concepto jurídico, ha sido justificada con una mayor dureza en la pena, lo cual no es lo lógico, ya que lo que se sanciona debería ser el “derecho penal del acto”, y no el “derecho penal del autor”, así lo expone Zaffaroni, al señalar que: “*La recuperación del pleno derecho penal de garantías daría un paso sumamente significativo con la abolición definitiva de la reincidencia y de sus cercanos conceptos, evocativos en todos los tiempos de las desviaciones autoritarias respecto de los principios fundamentales del derecho penal liberal y, especialmente, del estricto derecho penal del acto*”.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva No.- 18 de 17 de septiembre del 2003, sobre condición jurídica de migrantes indocumentados párrafo. 90

Partiendo del supuesto, que el “objetivo legítimo” que se persigue al negar la libertad controlada a los reincidentes, es la protección de la sociedad, podemos concluir sin lugar a dudas que no existe una razonable proporcionalidad entre “negar la prelibertad y la libertad controlada” con el fin que se busca: “la seguridad de la sociedad”; es decir, el medio utilizado no conduce necesariamente al fin perseguido.

Ciertamente, el hecho de que una persona haya recuperado su libertad, no es garantía de que al salir, éste no vuelva a cometer otro u otros delitos; mucho menos, si es proveniente de un sistema penitenciario y de rehabilitación que tiene falencias, en el cual, las cárceles constituyen verdaderos centros de adiestramiento de los delincuentes; lo cual obviamente, no puede ni podría subsanarse por la prohibición del uso de las fases de “prelibertad y libertad controlada”, y antes que castigar a esa persona, limitándole en lo que es su derecho, es obligación del Estado impulsar verdaderas políticas de Rehabilitación que impidan la repetición de conductas delictivas.

En conclusión, la interrupción al sistema progresivo inherente al régimen de Rehabilitación Social en sus fases “prelibertad” y “libertad controlada” a quienes hayan reincidido, sean habituales o que hayan intentado fugarse, si bien es un asunto vinculado con el problema delincencial; insistimos son reos de la justicia que se encuentran en el proceso de cumplimiento de una condena, que de ninguna manera y en virtud de los principios *non bis in ídem*, *pro-reo*, proporcionalidad y culpabilidad pueden ser objeto de otra medida sancionatoria sobre el mismo tema.¹⁷

Es así que en el supuesto de hecho: si los “reincidentes habituales” y “fugados”, solicitan libertad controlada no se los concederá y el requisito de “no ser reincidente” evidencian un trato discriminatorio, que no es proporcional considerando la desventaja en la que se encuentran los internos e internas de los Centros de Rehabilitación Social del Ecuador; en consecuencia, no posee un fin constitucionalmente justo, conforme la Constitución vigente, que mandan proteger a las personas que se encuentran en situación de desventaja. En este sentido, es deber de la Corte Constitucional para el periodo de Transición, exigir un trato igualitario a las personas que encuentran privadas de la libertad, en

¹⁷ En ese sentido, es menester que en un gesto de reconocimiento o mea culpa los mas altos operadores de la justicia en el país han reconocido que en la generalidad de los casos, el propio Estado y el sistema penal son aparatos que fabrican reincidencias, y que los centros de internamiento – eufemísticamente llamados Centros de Rehabilitación Social – son campos de entrenamiento para reincidentes o habituales.

virtud de que encuentra prohibida la discriminación y la revictimización; así como, a través del control abstracto de constitucionalidad.

En mérito de lo expuesto, el Pleno de la Corte Constitucional para el periodo de Transición, en uso de sus atribuciones constitucionales

RESUELVE:

1.- En aplicación de la Disposición Derogatoria de la Constitución de la República del Ecuador, declarar que por ser contrarios a la Constitución, se encuentran derogados:

El artículo 27 del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, publicado en el Registro Oficial No. 282 de 9 de julio de 1982, cuya última codificación se realizó mediante Ley 2006-30, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 399, de 17 de noviembre del 2006; y, el literal d) del artículo 38 del Reglamento al Código de Ejecución de Penas y de Rehabilitación Social, creado mediante Decreto Ejecutivo 1674 y publicado en el Registro Oficial 379 de 30 de julio del 2001.

2.- La presente declaratoria tendrá efecto a partir de su publicación en el Registro Oficial.

3.- Notifíquese y publíquese”.

f.) Dr. Patricio Pazmiño Freire, Presidente.

Razón: Siento por tal, que la Resolución que antecede fue aprobada por la Corte Constitucional, para el período de transición, con ocho votos a favor de los doctores Roberto Bhrunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes, Hernando Morales Vinuesa, Ruth Seni Pinoargote, Nina Pacari Vega, Edgar Zárate Zárate y Patricio Pazmiño Freire, sin contar con la presencia del doctor Manuel Viteri Olvera, en sesión del día martes treinta y uno de marzo de dos mil nueve.- Lo certifico.

f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General.

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.-

Revisado por f.) Ilegible.- Quito, 20 de abril del 2008.- f.) El Secretario General.