



Quito, D. M., 15 de febrero del 2012

SENTENCIA N.º 010-12-SEP-CC

CASO N.º 1277-10-EP

CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERIODO DE TRANSICIÓN

Juez constitucional ponente: Patricio Pazmiño Freire

I. ANTECEDENTES

Resumen de admisibilidad

La Secretaría General de la Corte Constitucional, para el período de transición, en virtud de lo dispuesto en el artículo 437 de la Constitución, recibió el 10 de septiembre del 2010, por parte de la señora Graciela Susana Bores Jatton, una acción extraordinaria de protección signada con el N.º 1277-10-EP, mediante la cual se impugna la sentencia dictada el 12 de julio del 2010, por los señores jueces, doctores: Hernán Ulloa Parada, Luis Moyano Alarcón y Milton Peñarreta Álvarez, mediante la cual se desestima el recurso de casación interpuesto por la accionante y la Fiscalía General del Estado, y la sentencia absolutoria del Tribunal Cuarto de Garantías Penales de Pichincha, dictada el 25 de marzo del 2010, a favor de Víctor Hugo Serrano Duque, dentro del juicio penal que por atentado contra el pudor en la persona de la niña Sol Serrano Dorfflinger, era seguido en su contra.

La Sala de Admisión de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, conformada por los señores jueces, doctores: Nina Pacari Vega, Hernando Morales Vinuesa y Roberto Bhrunis Lemarie, avoca conocimiento de esta causa y luego de la revisión de la acción propuesta y de las piezas procesales adjuntas, la admite a trámite en base a lo que establece el artículo 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. El secretario general de la Corte Constitucional, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, certificó que no se ha presentado otra demanda con identidad de sujeto, objeto y acción.

El Dr. Patricio Pazmiño Freire, juez sustanciador de la Corte Constitucional, luego del sorteo correspondiente, avocó conocimiento de esta causa el 23 de noviembre del 2010 a las 11h00, notificando con el contenido de la demanda a los jueces que integran la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia.

Detalle de la demanda

El 27 de noviembre del 2008 la accionante presentó una denuncia ante la Unidad de Delitos Sexuales de la Fiscalía General del Estado, donde afirmaba que su hija, Samantha Dorfflinger Bores, había contraído nupcias con Víctor Serrano Duque, fruto de cuya relación nació su nieta, Sol Serrano Dorfflinger. Era del caso que luego de la muerte de su hija en mayo del 2004, el juez tercero de la Niñez y Adolescencia le otorgó la custodia a su padre, procediendo luego a llevársela a los Estados Unidos de América el 2 de junio del 2007, tiempo durante el cual perdió contacto con ellos. Sucede que el 14 de noviembre del 2008 su nieta llega de visita por permiso de su padre y le cuenta a su abuela que no era feliz con él, que le castigaba físicamente de manera frecuente y que tenía una conducta sexual inapropiada. La denunciante manifiesta que su nieta es víctima de atentado contra el pudor de acuerdo a un informe que adjunta realizado por Anita León del Centro de Prevención Psicológica de la Parroquia Conocoto del Cantón Quito. Solicitó que se ordene la prisión preventiva de Víctor Serrano Duque y se inicie la instrucción fiscal.



La Fiscal del Distrito de Pichincha, Paola Gallardo, solicitó que se ordene la prisión preventiva del denunciado, por lo cual el juez tercero de lo penal de Pichincha, dentro del proceso de indagación IP.27059-11-08-PGT, ordenó la captura del denunciado el 6 de marzo del 2009, dentro del juicio 2009-0023, luego de revocar la orden original, toda vez que no existía instrucción fiscal. Posteriormente, se dictan medidas alternativas a la prisión preventiva. El 27 de agosto del 2009, el Juzgado dicta el auto de llamamiento al juicio, pues considera que existen los indicios suficientes de la existencia de atentado al pudor, como presunciones graves y precisas de la participación de Víctor Serrano Duque.

La etapa del juicio la conoce el Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha y emite sentencia el 25 de marzo del 2010 a las 17h00. Ante este Tribunal se realizó la audiencia a la cual comparecieron la acusadora y el acusado y se rindieron los testimonios de las doctoras Anita León, psicóloga clínica de la Fundación Socorro de la Infancia; Eugenia Marcela Tello Guerra, perita de la Fiscalía General del Estado, y la licenciada Petita Elena Mora Cañizares, trabajadora social perita de la Fiscalía General del Estado. El Tribunal consideró en su sentencia que no existen testimonios directos que establezcan la ocurrencia del delito, que no existe en los testimonios objetividad temporal y espacial y que es notoria la inducción de las profesionales peritos en los testimonios presentados. El Tribunal confirma el estado de inocencia del procesado y dicta sentencia absolutoria a favor de Víctor Serrano Duque. Por su parte, la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional, con una argumentación parecida, desecha el recurso de casación presentado el 12 de julio del 2010.



Pretensión concreta

La accionante alega que en la sentencia impugnada los jueces de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia omiten explícitamente aplicar el principio de interés superior de niños y niñas, establecido en el artículo 44 de la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, los cuales tienen plena vigencia y aplicación de acuerdo a lo que establecen los artículos 417, 424 y 426 de la Constitución, lo cual vulnera, además, el principio de no discriminación del artículo 11 numeral 2 de la Constitución. Relaciona esta alegación, también, con el derecho de recibir atención prioritaria y especializada en los ámbitos públicos y privados de niños, niñas y adolescentes del artículo 35 de la Constitución y que desarrolla lo dispuesto en el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 3 de la Convención de los Derechos del Niño.

Con este fin, identifica la accionante en la sentencia impugnada pasajes y frases que, según lo planteado en la demanda, evidencian un trato discriminatorio, a través de un lenguaje inadecuado e innecesario y referencias particulares sobre los motivos personales que tendría la demandante respecto de la causa penal.

Por otra parte, se manifiesta en la demanda que se ha violado el derecho de la víctima a ser escuchada, artículo 76 numeral 7 literal c de la Constitución y el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, toda vez que no se tomó en cuenta, como parte integrante de la prueba, la versión rendida por la menor ante las peritas psicológicas de la Fiscalía General del Estado, la cual fue presentada y ratificada por las peritas en la audiencia del juicio. La negativa a la recepción del testimonio de la víctima fue para evitar su revictimización –alega la accionante–, lo cual constituye un derecho particular a favor de la víctima de acuerdo al artículo 78 de la Constitución.

Luego, afirma la accionante que la preeminencia del principio *in dubio pro reo* a favor de Víctor Serrano Duque, presentado en la argumentación de la sentencia impugnada, es inconstitucional, toda vez que según el artículo 44 de la Constitución, el principio de interés superior del niño debe prevalecer sobre cualquier otro derecho.

Finalmente, alega la accionante que los argumentos de la sentencia impugnada respecto de la falta de precisión sobre el lugar y circunstancias del delito acusado, así como la formación de la convicción del juez respecto de la responsabilidad penal no son admisibles, puesto que, precisamente, no se ha tomado en cuenta la versión de la víctima, lo cual generaría impunidad.

En consecuencia, la accionante solicita que se deje sin efecto la sentencia de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia del 12 de julio del 2010 y

la sentencia del Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha del 25 de marzo del 2010; el inicio de un nuevo juzgamiento con la participación de otros jueces que no sean los de las sentencias impugnadas, así como que se ordene a los jueces de la Niñez y Adolescencia y las juntas cantonales de Protección y todos los órganos del Sistema de Protección de la Niñez que tomen todas las medidas de protección que sean adecuadas para proteger los derechos de la víctima; que la víctima quede bajo custodia de la demandante o del tío Gerardo Dorfflinger, y que se suspendan los plazos y términos de prescripción y caducidad hasta que se inicie y realice el nuevo juzgamiento del agresor.

Contestación a la demanda: Planteamientos del sujeto pasivo de la acción extraordinaria de protección

En el expediente no aparece que los jueces nacionales de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional hayan contestado a la acción planteada, pese a estar notificados legalmente, según consta en el proceso, de la razón respectiva.

Determinación de los problemas jurídicos que se resolverán en el presente caso

Antes de particularizar los problemas jurídicos a ser resueltos en el presente caso, esta Corte procede a definir la acción extraordinaria de protección. Para esta Corte la acción extraordinaria de protección en el Ecuador es una garantía constitucional que se sustenta en la necesidad de abrir causas que permitan materializar el ideal de justicia acogido por el constituyente de Montecristi, cuando plasmó en la Constitución del 2008 que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia; que los derechos son plenamente justiciables, sin que pueda alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento; que el Estado es responsable de error judicial, violación a la tutela judicial efectiva y violación de los principios y reglas del debido proceso; que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, sin que se pueda sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades.

En cuanto al caso concreto, corresponde a esta Corte efectuar un análisis a través del cual se coteje los principios, normas y derechos constitucionales presuntamente violados, frente a los hechos materiales que subyacen del caso concreto y disponible en la documentación constante en el proceso, para así lograr plantear los problemas jurídico-constitucionales a ser descifrados, con la finalidad de encontrar una solución en apego al derecho y a la justicia.

De esta manera, considerando el núcleo argumentativo que esgrime la acción extraordinaria de protección, como los contenidos en las sentencias impugnadas,



esta Corte se plantea las siguientes interrogantes con el fin de alcanzar mayor inteligencia y claridad en el caso concreto, objeto de reflexión:

¿Cuál es el alcance de la competencia de la Corte Constitucional para analizar la prueba actuada en el juicio penal, dentro de la acción extraordinaria de protección?

¿Cuáles son los límites entre facultad probatoria frente a las pruebas periciales psicológicas y el interés superior de niños, niñas y adolescentes?

¿Representa violación de los principios de la valoración de la prueba en materia penal, la no comparecencia de la víctima a rendir su testimonio en el juicio, y en su lugar introducir los testimonios de las peritos psicólogas?

¿Cuáles son los límites de la facultad probatoria, para no revictimizar a la ofendida en la práctica de la prueba testimonial?

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia de la Corte

El Pleno de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, es competente para conocer y resolver las acciones extraordinarias de protección, conforme lo dispuesto en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República del Ecuador, así como lo establecido en los artículos 58 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N.º 52 del 22 de octubre del 2009.

Por lo tanto, es competente para conocer y pronunciarse sobre las acciones extraordinarias de protección, en este caso, la contenida en el proceso N.º 1277-10-EP, con el fin de establecer si en las sentencias emitidas, la primera, por el Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha del 25 de marzo del 2010, y la segunda, del 12 de julio del 2010, por la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, se han violado o no, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos fundamentales.

Argumentación de la Corte sobre cada problema jurídico

¿Cuál es el alcance de la competencia de la Corte Constitucional para analizar la prueba en la acción extraordinaria de protección?

Cabe establecer cuál es el alcance de la competencia de la Corte Constitucional respecto del análisis de la prueba en la acción extraordinaria de protección. Surge

este problema en tanto el artículo 62 numeral 5 establece textualmente:

“5. Que el fundamento de la acción no se refiera a la apreciación de la prueba por parte de la jueza o juez;”¹

Si bien es cierto, aunque no se puede deducir del texto de la demanda presentada que el interés central de la accionante es impugnar la valoración de la prueba, este interés puede notarse en la audiencia pública del 29 de junio del 2010 ante la Sala Primera de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación 319-2010WO (fs.14), lo cual significaría que al ser el interés la “valoración de la prueba” –en términos textuales, “apreciación de la prueba”, de plano debió ser inadmitida por esta Corte de acuerdo a una interpretación exegética y formalista. No obstante, esta Corte admitió este caso por dos razones: una de carácter subjetiva y otra objetiva.

En el primer caso (subjetivo), es necesario garantizar los derechos constitucionales aún cuando no hayan sido alegados o lo hayan planteado de una forma oscura, puesto que el sistema procesal, para el caso constitucional garantista, es un medio para la realización de la justicia². La doctrina y la práctica de los sistemas de protección internacional de derechos humanos han llamado a este principio concretamente *iura novit curia*, que significa que el juez subsana las omisiones de derecho que se encuentra desarrollado o puede tomar en cuenta otras disposiciones distintas a las alegadas por la persona accionante, incluso en los artículos 4 numeral 13 y 10 numeral 3 de la LOGJCC.

En el segundo caso (objetivo), la Corte debió analizar materialmente el mencionado artículo 62 numeral 5 de la LOGJCC, con el fin de delimitar su competencia sobre la prueba:

i) En la actividad probatoria hay que identificar dos momentos secuenciales en el razonamiento judicial. El primer momento es lo relacionado con los mecanismos que aseguren, material y formalmente, la igualdad procesal de las partes, de tal manera que sea posible el derecho de defensa del artículo 76 numeral 7 literal h de la Constitución:

“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”.

También, están dentro de este momento procesal material los fines generales del

¹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, RO-SII 52: 22-oct-2009, Art. 62.5.

² Constitución del Ecuador, Art. 169.

proceso y sus etapas concretas que deberán considerar, entre otros, el principio de contradicción, de acuerdo a lo que establece el artículo 168 numeral 6 de la Constitución.

Secuencialmente, el siguiente momento es la decisión judicial que opera sobre la relación objetiva entre los hechos presentados a su decisión y su convicción lógica, la cual deberá seguir un proceso lógico de argumentación congruente y coherente entre las partes motiva, considerativa y resolutive de la sentencia. El resultado será la decisión concreta de existencia, limitación, extensión de un derecho, obligación o situación jurídica, con lo cual se espera sea suficiente para resolver el conflicto o la (...) reparación de bienes jurídicos vulnerados.

ii) Respecto del primer momento y la parte estructural de la motivación de la sentencia, debe existir control constitucional necesariamente, puesto que está en juego el núcleo duro del debido proceso, y sin cuya protección se hace imposible garantizar la igualdad procesal. Nos encontramos ante una condición *ab initio*, sin la cual no es posible que el proceso judicial cumpla sus fines de garantía de igualdad y no discriminación.

iii) Luego, en relación con el segundo momento, corresponde, de igual manera, a la justicia constitucional garantizar que exista coherencia y congruencia en el orden lógico argumentativo en los actos impugnados. No obstante, no podrá valorar los criterios sobre el ideal de justicia tomado por el juez ya que esto sería una intromisión en el núcleo duro del derecho a la independencia judicial interna, garantizados por los artículos 76 numeral 7 literal k, 168 numeral 1 de la Constitución, y 8 y 123 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ)³.

iv) Finalmente, la decisión concreta del juez es parte del núcleo duro de la independencia judicial interna, lo que llama el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal “apreciación de la prueba”, de acuerdo a las “reglas de la sana crítica”⁴, y solo puede ser impugnado por los mecanismos ordinarios y extraordinarios que establece la ley. No obstante, tal como lo establece el artículo 58 de la LOGJCC, la acción extraordinaria de protección no es un mecanismo, ordinario o extraordinario, de impugnación, sino una garantía de protección de los derechos constitucionales, cuyo fin es reparar los derechos que fueron vulnerados en las decisiones ejecutoriadas del sistema ordinario de justicia:

“Art. 58.- Objeto.- La acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias,

3 Código Orgánico de la Función Judicial, RO-S 544: 9-mar-2009.

4 Código de Procedimiento Penal, RO-S 360: 13-ene-2000, sustituido por el artículo 21 de la Ley s/n, RO-S 555: 24-mar-2009.

autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución”.

En conclusión, esta Corte es competente para analizar desde la Constitución lo relacionado con los mecanismos que aseguren, material y formalmente, la igualdad procesal de las partes, y la regularidad de la estructura de la motivación judicial que asegure coherencia y congruencia argumental de las decisiones finales de la justicia ordinaria, en tanto aseguran los fines de garantía de los procesos judiciales. Al mismo tiempo, no puede decidir sobre la valoración de los argumentos de las decisiones judiciales ni tampoco del proceso de relación material entre los hechos judicializados y las convicciones judiciales, pues se lo impide el artículo 62 numeral 5 de la LOGJCC.

b) De los hechos planteados en la demanda, corresponde a esta Corte establecer ¿cuáles son los límites entre facultad probatoria frente a las pruebas periciales psicológicas y el interés superior de niños, niñas y adolescentes?

Interés superior de niños, niñas y adolescentes

El argumento principal de la accionante es que en la sentencia impugnada los jueces de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia omitieron explícitamente aplicar el principio de interés superior de niños y niñas establecido en el artículo 44 de la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, lo cual vulnera, además, el principio de no discriminación del artículo 1 numeral 2 de la Constitución.

En contraste, si se analiza la sentencia impugnada, el considerando cuarto cierra la posibilidad expresamente de aplicar el principio de interés superior (fs. 34):

“cabe señalar que en el expediente del caso no está en juego, en duda, ni se hace necesario la aplicación el principio en favor del niño o procesado, por lo que no cabe hacer un juicio de ponderación para establecer qué bien jurídico tutelado por el derecho tiene preeminencia como lo reclama la acusación, pues del estudio inextenso del expediente, así como del examen de la fundamentación del recurso, fácilmente se infiere lo que pretende en el caso, la acusación particular es acudir al derecho penal para resolver conflictos de índole eminentemente civil... [lo subrayado es nuestro]”.

De lo citado se advierte que la Sala Primera de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia no establece una motivación adecuada (...) como obligan los artículos 76 numeral 7 literal a de la Constitución y 4 numeral 9 de la LOGJCC:

“9. Motivación.- La jueza o juez tiene la obligación de fundamentar



adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica [el subrayado es nuestro]. En particular, tiene la obligación de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en el proceso”.

No obstante, de la lectura atenta de la sentencia en cuestión, **se nota que existe una colisión de principios** que la Primera Sala de la Corte Nacional de Justicia no cree necesario ponderar. De esta manera, por un lado, tenemos el principio de inocencia a favor del acusado particular, garantizados en el artículo 76 numerales 2 y 5 de la Constitución, y por el otro, el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes, dispuesto en el artículo 44 de la Constitución. **No obstante, resulta curiosa esta negativa, puesto que lo que normalmente ocurre en varios estamentos de la judicatura es que se aplica el interés superior como un principio de suma cero, es decir, incuestionable y con preeminencia natural frente a cualquier derecho o principio establecido en la Constitución**, tal y como, dicho sea de paso, pretende hacerlo valer la accionante en la presente acción. La **actitud de la Sala en frases tales como “no inventar falacias como equivocadamente vienen sosteniendo ciertos sectores interesados...”** hace notoria su inadecuada motivación.

El artículo 44 dice textualmente en su parte pertinente:

“Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; **se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas** [lo subrayado es nuestro].”

Resulta mucho más curiosa esta actitud fácil y superficial si se trata de la más alta Corte de la justicia ordinaria.

Frente a los principios en colisión, aparece lo establecido en el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal que (...) corresponde al principal fundamento – además, en concordancia con los artículos 119, 250 y 252 del mismo Código–, construcción ideológica implícito que lleva a la Sala a no tomar en cuenta el principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes, y que utilizará esta Corte para ponderarlos:

“Art. 79.- Las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales de garantías penales correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes, que serán practicadas por las juezas y jueces de garantías penales.

Las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción Fiscal

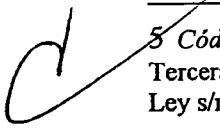
alcanzarán el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa del juicio [lo subrayado es nuestro]”⁵.

Utiliza la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, de manera parecida a lo determinado por el Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha, los argumentos subrayados y los relaciona con las disposiciones constitucionales y de los instrumentos internacionales de derechos humanos referentes a la presunción de inocencia y al debido proceso, y los fines de efectividad procesal que se persigue respecto de la práctica de la prueba de acuerdo al silogismo jurídico entre hechos, normas y las conclusiones dictadas por la sana crítica (fs. 30). A partir de esto, concluye la Sala que las investigaciones realizadas en la etapa de instrucción e indagación (...) previa solo tienen valor de prueba el momento que son sustentadas y valoradas en el juicio (fs. 31), y que las versiones recibidas por el fiscal solo alcanzan valor de prueba cuando son ratificadas por quienes las rindieron en el curso de la audiencia de juzgamiento, y los anticipos de prueba cuando son incorporados al juicio en base de prueba ante el tribunal (fs. 31).

Para decidir, esta Corte, en uso de su facultad correctiva de la extralimitación de la justicia ordinaria, considera:

i. Lo dispuesto en el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal tiene fines constitucionalmente válidos, puesto que busca garantizar, respecto de la práctica y valoración de la prueba, dos principios fundamentales para la garantía del debido proceso: permitir el control e intermediación judicial sobre la práctica de la prueba con el fin de que no se produzcan pruebas sin el conocimiento de la persona acusada, y asegurar que la persona acusada pueda contradecir en el juicio y bajo tutela judicial (...) los indicios y anticipos de prueba en su contra. Estos fines están consagrados en los artículos 76 numeral 7 literal h de la Constitución. La relación con el principio de inocencia del artículo 76 numeral 2 de la Constitución, como se puede observar, no es directa, puesto que este principio opera sobre todo el proceso hasta el momento de la resolución o sentencia y no únicamente durante la contradicción de la prueba. Resulta de esto que es un sofisma el argumento de la Sala Primera de lo Penal de Corte Nacional de Justicia, es decir, utiliza un argumento desconectado con los fines propios de la norma que le sirve de fundamento.

ii. Luego, la situación particular de la niña en el presente caso lleva a esta Corte a analizar el principio de interés superior de niñas, niños y

 ⁵ Código de Procedimiento Penal, RO-S 360: 13-ene-2000, reformado por la Disposición Reformatoria Tercera, num. 1 de la Ley s/n, RO-S 544: 9-mar-2009; y, por las disposiciones generales Quinta y Sexta de la Ley s/n, RO-S 555: 24-mar-2009.



adolescentes, el cual no puede ser leído solo a través de lo que indica el artículo 44 de la Constitución, donde se afirma que este principio debe prevalecer por sobre los derechos de las demás personas. Sostener este argumento que es muy recurrente cuando están en juego los derechos de otras personas o colectivos, sería desconocer la base fundamental del Estado constitucional, la igualdad de derechos y principios, garantizada en el artículo 11 numerales 2 y 6 de la Constitución vigente, que recoge lo determinado en la *Declaración de Derechos Humanos de Viena* (1993)⁶, y reproducir el formalismo jurídico frente a cuya superación se yergue el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Así lo determina el artículo 427 de la Constitución vigente en concordancia con el artículo 6 del COFJ y el artículo 2 numeral 1 de la LOGJCC, artículo constitucional que establece que “las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad”⁷. Esto significa que de encontrarse contradicciones aparentes en el texto constitucional, se tiene que hacer una interpretación que integre las normas constitucionales con el fin de que se establezca la interpretación que más favorezca a la vigencia de los derechos y respete la voluntad del constituyente. Por su parte, el artículo 2 numeral 2 de la LOGJCC determina que: “la creación, interpretación y aplicación del derecho deberá orientarse hacia el cumplimiento y optimización de los principios constitucionales”⁸, lo que, para esta Corte, significa encontrar la mejor manera de garantizar integralmente los derechos constitucionales hasta el máximo posible, sobre la base de la realización del Estado constitucional de derechos y justicia determinado en el artículo 1 de la Constitución.

- El artículo 44 realiza una simple transplatación del principio de la Constitución de 1998 a la del 2008, sin considerar las bases nuevas sobre las que se busca conseguir la realización integral de los derechos que consta en los artículos 1 y 11 de la Constitución vigente, toda vez que el interés superior fue tomado de la *Convención sobre los Derechos del Niño de 1959* cuando no existía la doctrina actual de la protección integral que se inauguró con la *Convención de 1989*⁹. En la Constitución vigente se da a los principios un valor sustancial como mandatos de optimización, integrados sobre su igualdad jerárquica e interdependencia. Por estas razones, la frase del artículo 44 “se atenderá al principio de su interés

6 *Declaración de Derechos Humanos y Plan de Acción de Viena*, 1993, párr. 5.

7 Constitución del Ecuador, 2008, Art. 424, Ley s/n, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, RO 52-SII: 22-oct-2009, Art. 2.1.

8 Ley s/n, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, RO 52-SII: 22-oct-2009, Art. 2.2.

9 Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, *Declaración de los Derechos del Niño*, 20-nov-1959, principios 2 y 7; y, Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, *Convención de los Derechos del Niño*, rs. 44/25: 20-nov-1989, Art. 3.1.

superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas...”, interpretada en su integralidad e interconexión es un principio rector-guía, en los términos que ha desarrollado esta Corte, una garantía social que obliga al Estado a una actuación concreta y efectiva para garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes, y a la vez, es un principio constitucional directamente aplicable y justiciable, pero en igualdad con otros principios y derechos de acuerdo a lo que establece el artículo 11 numeral 6 de la Constitución vigente. Esto es lo que *Atienza y Ruiz* llamarían la diferencia entre principios institucionales y principios sustantivos. Los unos tendrían como meta valiosos fines sociales y los otros la defensa concreta del individuo o colectividades. Lo ideal es que los principios sustantivos siempre prevalezcan, no obstante, se deberán ponderar para poder establecer si lo institucional adquiere para el caso concreto mayor peso¹⁰.

- El principio de interconexión de los derechos y principios se funda sobre la igual jerarquía de los principios y derechos constitucionales que consta en el artículo 11 numeral 6 de la Constitución vigente: “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía [el subrayado es nuestro]”. De esta manera, tal como dice la *Observación General No. 1*, si se considera que el interés superior es un principio general –por tanto, no declarativo sino justiciable y directamente aplicable (artículo 11 numeral 3 de la Constitución vigente)–, su primacía y los derechos relacionados con aquel no es absoluta, sino que debe aplicársela conectada y ponderada con otros principios y derechos para los casos concretos sobre la base de la situación particular de niñas, niños y adolescentes¹¹. Esta aseveración de la Corte encuentra correspondencia, además, en lo establecido por el *Comité de Derechos del Niño*:

“7. Los derechos del niño no son valores separados o aislados y fuera de contexto, sino que existen dentro de un marco ético más amplio que se describe parcialmente en el párrafo 1 del artículo 29 y en el preámbulo de la Convención. Muchas de las críticas que se han hecho a la Convención encuentran una respuesta específica en esta disposición. Así, por ejemplo, en este artículo se subraya la importancia del respeto a los padres, de la necesidad de entender los

10 Manuel Atienza, “La Dimensión Institucional del Derecho y la Justificación Jurídica”, en Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Para una Teoría Postpositivista del Derecho*, Perú, editorial Palestra-Temis, 2009, pp. 29 y 30.

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 17/2002: 28-ago-2002, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, párr. 60 y 61; y, Comité de Derechos del Niño de la ONU, *Observación General No. 1*, 26º período de sesiones, 2001, párr. 6.



derechos dentro de un marco ético, moral, espiritual, cultural y social más amplio, y de que la mayor parte de los derechos del niño, lejos de haber sido impuestos desde fuera, son parte intrínseca de los valores de las comunidades locales [lo subrayado es nuestro]”¹².

- La interpretación constitucional debe conectar en el caso *sub iudice* el interés superior de niñas, niños y adolescentes al estatuto específico de derechos, que busca el ejercicio progresivo de los derechos de niñas, niños y adolescentes en la medida que puedan asumir responsabilidad por las decisiones que afecten sus vidas¹³; y, e) a partir del Estado constitucional de derechos y justicia, es indispensable que respecto de niñas, niños y adolescentes se tomen medidas permanentes y estructurales de atención prioritaria, de acuerdo a lo que determinan los artículos 44 y 46 de la Constitución vigente y lo que el preámbulo de la *Convención sobre los Derechos del Niño* y el artículo 19 de la *Convención Americana de Derechos Humanos*, “Pacto de San José”, llaman “medidas especiales de protección”.

iii. Frente a lo establecido respecto del interés superior de niñas, niños y adolescentes, los fines, en términos absolutos y generales, del artículo 79 del CPP permitiría la vulneración del debido proceso y de otros derechos interrelacionados derechos de niñas, niños y adolescentes, tal como lo hace notar la accionante. Pero, al mismo tiempo, no puede aplicarse tampoco en términos absolutos dicho principio, sino de acuerdo a las características particulares de la víctima en el caso *sub iudice* y sin desconocer por completo los fines de efectividad del proceso penal ni los derechos del acusado. A este respecto, no es admisible *a priori* aceptar la simple preeminencia del principio *in dubio pro reo* [en verdad, esta Corte cree que se refiere al principio *favor rei* que opera sobre la duda razonable de la prueba que le favorecería al reo] a favor de Víctor Serrano Duque, presentado en la argumentación de la sentencia impugnada, ni del principio de interés superior del artículo 44 de la Constitución.

Aunque en el presente caso, la sola omisión (explícita) por parte de la Sala Primera de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, del principio de interés superior, sin intentar al menos ponderarlo, hace de su sentencia

12 Comité de Derechos del Niño de la ONU, *Observación General No. 1*, 26º período de sesiones, 2001, párr. 7.

13 Farith Simon, “Garantías de los Derechos de la Infancia y Adolescencia (de las legislaciones integrales al Estado constitucional de derechos). Algunas notas sobre los mecanismos de aplicación”, en Ramiro Ávila Santamaría y Belén Corredores, Ledesma, *Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia: hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 474.

inconstitucional y desactiva el principio *favor rei*, pues no existiría duda razonable sobre la prueba que pudiera crear convicción a favor del acusado, sino una certeza absolutamente injustificada. En los siguientes acápites, esta Corte va a ensayar establecer algunas de las medidas concretas que, a partir de la preeminencia del principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes en el caso concreto, pero sin afectar el núcleo esencial del principio de inocencia del acusado y los fines de garantía del proceso penal del artículo 79 del CPP, deberán ser aplicadas a la pretensión de la accionante, con el fin de garantizar el acceso a la justicia penal y la tutela judicial a favor de la víctima, Sol Serrano Dorfflinger. En definitiva, toda vez que el Estado y, particularmente el sistema de justicia, tiene una obligación positiva de tomar las medidas idóneas, necesarias y proporcionadas con el fin de garantizar materialmente los derechos constitucionales, de acuerdo a una interpretación integral de la normativa constitucional e internacional¹⁴, los jueces están obligados a tomar medidas específicas, aun cuando la normativa no lo establezca formalmente, para poder garantizar el derecho de niñas, niños y adolescentes a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia. Específicamente, esta obligación respecto de las/os niñas/os consta en el artículo 46 numeral 4 de la Constitución vigente y 24 del *Pacto de Derechos Civiles y Políticos*, no solo como medidas positivas, sino como especiales de protección:

“1. El artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho de todo niño, sin discriminación alguna, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y el Estado. La aplicación de esta disposición entraña, por consiguiente, la adopción de medidas especiales para proteger a los niños, además de las medidas que los Estados deben adoptar en virtud del artículo 2, [el subrayado es nuestro] para garantizar a todas las personas el disfrute de los derechos previstos en el Pacto”¹⁵.

Derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en un proceso judicial o administrativo

Por otra parte, se manifiesta en la demanda que se ha violado el derecho de la víctima a ser escuchada consagrado en el artículo 76 numeral 7 literal c de la

14 Constitución del Ecuador, Art. 1, 3.1; Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Art. 5, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de “San José de Costa Rica”), Art. 2, 26 y 29; Pacto Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pacto de “San Salvador”), Art. 1, 4 y 5.

15 Comité de Derechos Humanos de la ONU, 35º período de sesiones (1989), Observación general 7, Derechos del Niño, párr. 1.



Constitución, y el artículo 12 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, toda vez que no se consideró como prueba legalmente actuada la versión rendida ante las peritas psicológicas de la Fiscalía General del Estado, la cual fue presentada y confirmada por las peritas en la audiencia de juicio. La negativa a rendir el testimonio de la víctima fue para evitar su revictimización –alega la accionante–, lo cual constituye un derecho particular a favor de la víctima de acuerdo al artículo 78 de la Constitución.

La Sala Primera de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia establece que era necesario para que la prueba pericial tenga validez, no solo que sea presentada en la audiencia del juicio y que no habiendo en este caso un testigo directo, era indispensable la comparecencia de la víctima a la audiencia para que se corroboren las pruebas presentadas, de acuerdo al citado artículo 79 del CPP. Luego, la Sala establece en la misma sentencia que la revictimización es tolerada por la propia accionante al llevar el caso a la prensa (fs. 31).

Esta Corte para decidir considera:

- i. De acuerdo a lo que establecen los artículos 75 de la Constitución y el artículo 22 del COFJ, el principio de acceso a la justicia está conectado con la obligación positiva de garantizar los derechos por parte de juezas y jueces, en la medida que existen barreras que impiden la igualdad de acceso y de oportunidades de defensa en el proceso. Transcribimos el artículo 22 del COFJ que contiene esta obligación imperativa e ineludible.
- ii. La disposición citada considera dos supuestos. Por un lado que las barreras *ex ante* sean discriminatorias e impidan el acceso al proceso debido a condiciones materiales económicas, culturales, geográficas o de cualquier otra naturaleza. Y, por otro lado, que *ex post* dentro del proceso –por las mismas barreras– no se afecte la igualdad de oportunidades de defensa. En el caso, nos encontramos ante una barrera generacional *ex post*, toda vez que las formas probatorias no toman en cuenta las características generales y específicas de la víctima en el proceso penal por atentado contra el pudor, con lo cual se estaría vulnerando lo establecido en el artículo 35. El artículo 12 de la *Convención sobre los Derechos del Niño* (1989), por su parte, desarrolla el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchadas/os en dos dimensiones íntimamente relacionadas con el caso presente. El artículo 12.1 establece el derecho de formarse juicio y se tengan en cuenta sus opiniones “en función de la edad y madurez del niño”. Al mismo tiempo, el artículo 12 numeral 2 determina que en las/os niñas/os serán escuchadas/os en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte sus derechos “ya sea directamente, por su

representante o de un órgano apropiado”, tomando en cuenta su derecho a la intimidad¹⁶. En contraste, está el comentado artículo 79 del CPP que busca la verdad procesal a través del hallazgo de elementos objetivos en la práctica de las pruebas sobre la base del principio de inocencia del acusado. Por esta razón considera que es indispensable la comparecencia de la víctima con el fin de dar objetividad a esta realidad procesal, toda vez que la valoración de la prueba en nuestro derecho procesal penal descansa sobre un conjunto de pasos reglados de comprobación lógica (prueba material), y presentación ordenada para la conformación psicológica de la convicción del juzgador (prueba formal)¹⁷. Nuestro derecho procesal ha operado entre dos extremos: la prueba tasada o tarifaria, que entrañaba (...) la valoración de la prueba en la norma¹⁸ y la libre convicción que otorgaba total discrecionalidad al juzgador para establecer las formas de crearse convicción sobre la veracidad de los hechos probados. En medio de estas aparece la denominada como sana crítica, que supone la existencia de garantías de derecho sustantivo, pero da cierta libertad al juez para determinar algunas reglas adjetivas particulares del proceso para poder valorar la prueba, con el fin de comprobar y formarse convicción.

iii. Una cuestión que se debe tener en cuenta respecto al establecimiento de medidas especiales de protección respecto de niñas, niños y adolescentes (...) sobre del derecho a ser escuchados, es la referida a la prohibición del artículo 78 de la Constitución vigente de no revictimización en la práctica y valoración de las pruebas en los juicios penales. La afirmación de la Sala Primera de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, de que la revictimización es tolerada por la accionante, es inconcebible en boca de un juez garantista (fs. 31). Al respecto, es necesario establecer cuál es el alcance de esta prohibición. Primero, no solo se refiere a los procesos penales, sino a todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier índole, en donde se asegurará el debido proceso, puesto que lo determinado en el artículo 78 no puede leerse sino en relación con el encabezado del artículo 76 de la Constitución. Segundo, la prohibición hace referencia al proceso penal y no a su comunicación mediática por parte de la víctima o sus

16 Comité sobre los Derechos del Niño de la ONU, 33º período de sesiones (2003), Observación general N° 4, *La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*, párr. 9.

17 Jaime Guasp, “De la Prueba en General”, en Fernando Quiceno, comp., *Actos del Juez y Prueba Civil. Estudios de Derecho Procesal Civil*, Bogotá, Editorial Jurídica Bolivariana, pp. 545-547; Eduardo op.cit., pp. 9-12.

18 Couture, Eduardo, “Prueba y su Valoración”, en Fernando Quiceno, comp., *Valoración Judicial de las Pruebas*, Bogotá, Editorial Bolivariana, 2000, pp. 18-20.



familiares, sin perjuicio de la prohibición de difundir imágenes de niños, niñas y adolescentes que pudieran afectar los derechos establecidos en el artículo 46 numeral 7 de la Constitución.

iv. Si de acuerdo a lo anterior, la sana crítica es el mecanismo utilizado en la actividad judicial (...) práctica, y la valoración de las pruebas es un conjunto de pasos reglados de comprobación lógica (prueba material), y la presentación ordenada para la conformación psicológica de convicción del juzgador (prueba formal), esta Corte considera que la inclusión de determinadas medidas positivas para asegurar el derecho a ser escuchada a la víctima no lo afecta al punto de desnaturalizarlo o impedir que se cumplan sus fines de manera impropia, innecesaria y desproporcionada que, tal como quedó establecido, son constitucionalmente válidos para los casos en que los derechos de niñas, niños y adolescentes entren en conflicto.

Actuación discriminatoria en la sentencia y afectación de la igualdad procesal

La accionante, en la sentencia impugnada, relata pasajes y frases que, según lo planteado en la demanda, evidencian un trato discriminatorio, a través de un lenguaje inadecuado e innecesario y referencias particulares sobre los motivos personales que tendría la demandante respecto de los fines perseguidos en el proceso penal.

- i. El artículo 11 numeral 2 de la Constitución contempla el principio de igualdad y no discriminación que sería de dos tipos. La igualdad clásica o del derecho liberal, la igualdad formal, según la cual todos somos iguales ante la ley, con una diferencia, que la referencia del primer inciso de esta disposición no coloca como referencia de igualdad a la ley, sino a los derechos [constitucionales], deberes y oportunidades. Es decir, estaríamos ante un tipo de igualdad formal con una referencia normativa más amplia. Otro tipo emerge en el inciso segundo donde se establecen las condiciones de diferencia – cuya manifestación es legítima – que se vuelven ilegítimas en el momento que tienen como objeto o resultado menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. Esta disposición se debe relacionar con el artículo 11 numeral 8 de la Constitución, en donde se establece que no se puede menoscabar, restringir, disminuir o anular “injustificadamente” el ejercicio de estos derechos. Lo que quiere decir que existe un núcleo duro de los derechos que se está salvaguardando en la medida que sea imposible, de manera razonable, el ejercicio de un derecho, y que los derechos pueden ser justificadamente (motivadamente) limitados entre sí, y que es necesario examinar cada actuación, estatal y no estatal, para

determinar si es discriminatoria.

- ii. La sentencia cuestionada reproduce un sinnúmero de expresiones personales y subjetivas de parte de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia para deslegitimar las versiones presentadas como pruebas periciales por parte de la accionante. Así, constan frases tales como (1) “inventar falacias como equivocadamente vienen sosteniendo ciertos sectores interesados” (fs. 31), (2) “con su proceder [de la accionante] y la serie de acciones legales e incluso acudir hasta la prensa ha permitido la re victimización de su nieta...” (fs. 31); y, (3) “fácilmente se infiere que lo que pretende en el caso, la acusación particular es acudir al derecho penal para resolver conflictos de índole eminentemente civil lo que evidentemente no puede prosperar...” (fs. 34). Ahora corresponde analizar si estas expresiones que reflejan claramente prejuicios, son capaces de menoscabar injustificadamente el derecho a ser oído, en el sentido de considerar y valorar como prueba legalmente actuada lo expresado voluntaria y libremente ante los peritos, dentro del proceso penal de parte de la víctima. De lo citado, se puede aseverar que las expresiones no tienen un fundamento objetivo en los hechos del caso, las piezas procesales, los argumentos jurídicos o las normas jurídicas, por lo cual, además, eran innecesarios a más de discriminatorios y evidencian una inadecuada motivación.

III. DECISIÓN

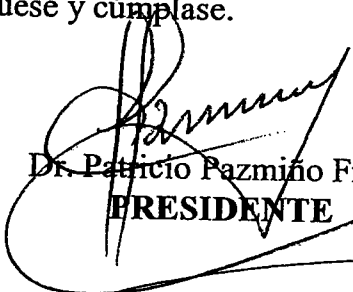
En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, expide la siguiente:

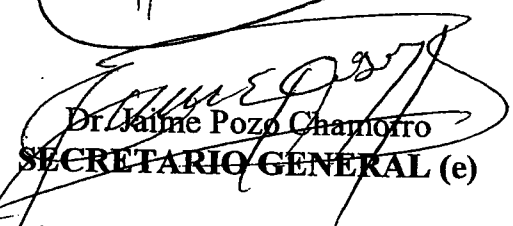
SENTENCIA

1. Declarar vulnerados los derechos constitucionales, previstos en los artículos 11, 44, 75, 76 numeral 1, 76 numeral 7, 78, 167 y 169 de la Constitución de la República.
2. Aceptar la acción extraordinaria de protección planteada por la accionante, señora Graciela Susana Bores Jatton, y en consecuencia, se deja sin efecto la sentencia de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia de 12 de julio de 2010 mediante la cual se desestima el recurso de casación interpuesto por la accionante y la sentencia absolutoria del Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha de 25 de marzo de 2010.

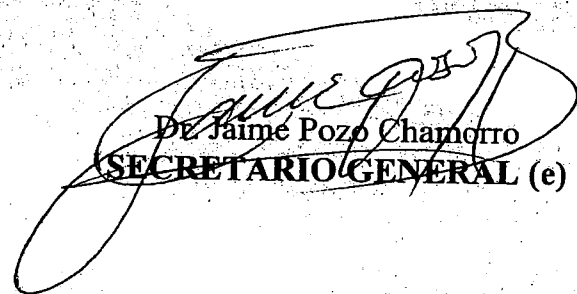


3. Ordenar que el proceso se retrotraiga hasta el momento en que se verifica la violación de los derechos constitucionales mencionados, debiendo sortearse otro Tribunal de lo Penal de Pichincha, a fin de que conozca y resuelva la presente causa.
4. Notifíquese, publíquese y cúmplase.


Dr. Patricio Pazmiño Freire
PRESIDENTE


Dr. Jaime Pozo Chamorro
SECRETARIO GENERAL (e)

Razón: Siento por tal, que la sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, con nueve votos de los doctores: Roberto Bhrunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes, Hernando Morales Vinuesa, Ruth Seni Pinoargote, Fabián Sancho Lobato, Manuel Viteri Olvera, Edgar Zárate Zárate y Patricio Pazmiño Freire, en sesión extraordinaria del día miércoles quince de febrero del dos mil doce. Lo certifico.


Dr. Jaime Pozo Chamorro
SECRETARIO GENERAL (e)

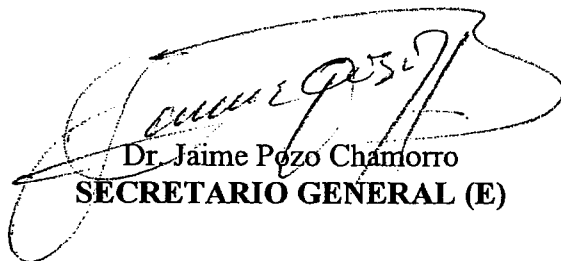
JPC/ccp/lmh



CORTE
CONSTITUCIONAL

CAUSA 1277-10-EP

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue suscrita por el doctor Patricio Pazmiño Freire, Presidente de la Corte Constitucional, el día sábado veinticinco de febrero de dos mil doce.- Lo certifico.


Dr. Jaime Pozo Chamorro
SECRETARIO GENERAL (E)

JPCH/lcca

