

Quito D.M., 14 de mayo del 2009

SENTENCIA N.º 0001-09-SCN-CC

CASO N.º 0002-08-CN

LA CORTE CONSTITUCIONAL, para el período de transición

Juez Sustanciador: doctor Roberto Bhrunis Lemarie

I. ANTECEDENTES

El doctor Alberto Moscoso Serrano, en su calidad de Presidente subrogante de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha, mediante oficio N.º 606-08-CPJP-SSPCT del 23 de diciembre del 2008, solicitó al Presidente de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición *“pronunciarse respecto de la constitucionalidad de los artículos 210 y 80 del Código de Procedimiento Penal.”* En tal virtud, se procede con lo establecido en los artículos 428 y 436.2 de la Constitución vigente y artículos 39 y 40 de las Reglas del Procedimiento para la Ejecución de las Competencias de la Corte Constitucional, para el periodo de transición.

La Secretaría General de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, certificó que la consulta de constitucionalidad N.º 0002-2008-CN no ha sido presentada anteriormente con identidad de sujeto, objeto y acción, en consecuencia, la solicitud no contraviene la norma citada.

Igualmente, la Sala de Admisión conformada por el doctor Patricio Pazmiño, Presidente, Dra. Nina Pacari Vega y Ruth Seni Pinargoti, el 11 de marzo del 2009, de conformidad con la Resolución del 20 de octubre publicada en el Suplemento del Registro Oficial N.º 451 del 22 de octubre del 2008 y en base a las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de Competencias de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición, consideró en lo principal: que por reunir los requisitos formales contenidos en el artículo 39 de las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición, se admite a trámite la acción N.º 0002-08-CN.- Procédase al sorteo correspondiente para la sustanciación de la acción.

CASO N.º 0002-08-CN

El 13 de marzo del dos mil nueve se realizó el sorteo de rigor, tal como lo establecen los artículos 8 y 9 de las Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición, y como consecuencia se radicó el caso en la Segunda Sala de Sustanciación de la Corte Constitucional para el Período de Transición designando, luego del sorteo correspondiente, como Juez Constitucional Sustanciador al doctor Roberto Bhrunis Lemarie.

Normas cuya constitucionalidad se consulta

Ley No.- S/N

Código de Procedimiento Penal

(Suplemento de Registro Oficial No.- 360 de 13 de enero del 2000)

Ley No.- S/N, Reformatoria al Código de Procedimiento Penal y Código Penal

(Suplemento de Registro Oficial No.- 555 de 24 de marzo del 2009)

“Artículo 210.- Actos probatorios urgentes.- En caso de urgencia, la policía debe requerir directamente al juez que practique algún acto probatorio, sin perjuicio de notificar de inmediato al Fiscal.

Artículo 80.- Ineficacia probatoria.- Toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías.”

II. PETICIÓN DE CONSULTA DE CONSTITUCIONALIDAD

El doctor Alberto Moscoso Serrano, en su calidad de Juez Presidente Subrogante de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Distrito Pichincha, afirma que la consulta plantea un asunto que se relaciona al principio de legalidad penal, que implica tanto una garantía de seguridad jurídica, que conlleva a la aplicación del *ius puniendi* imprescindible para la sociedad, como de la garantía de libertad y los posibles abusos derivados de ello. Efectivamente, es necesario que todos los aspectos formales del trámite se cumplan y específicamente en cuanto a la obtención y ejercicio de los elementos y medio probatorios, conforme lo prevén los artículos 210 y 80 del Código de Procedimiento Penal; no se puede desconocer que ello podría llevar a dejar en la impunidad los delitos que alarman a la sociedad, y a los que ella exige la aplicación del derecho sancionador estatal.

El peticionario en relación al límite de libertad sancionadora de la administración, manifiesta que es el propio principio de legalidad el que exige que no se pueda imponer pena alguna, sino en virtud del procedimiento establecido en la ley. En tal razón se procede a consultar sobre la constitucionalidad de los artículos antes señalados. Finalmente, señala el accionante que la Segunda Sala de lo Penal de la

CASO N.º 0002-08-CN

Corte Provincial de Pichincha, venía aplicando las referidas normas procesales penales.

III. CONSIDERACIONES Y COMPETENCIA

Competencia

El Pleno de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición es competente para conocer y pronunciarse sobre consultas constitucionales, en este caso, de los artículos 210 y 80 del Código de Procedimiento Penal, en virtud de lo contenido en los artículos 428 y 436.2 de la Constitución vigente, así como de los artículos 39 y 40 de las Reglas del Procedimiento para la Ejecución de las Competencias de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición y de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el suplemento del Registro Oficial N.º 544 del 09 de marzo del 2009.

El objeto de la consulta constitucional es que la Corte Constitucional para el Periodo de Transición, se pronuncie respecto de las normas establecidas en el ordenamiento jurídico interno, que sean o puedan ser contrarias a la Constitución o a los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador. En efecto, se encuentra suspendido el trámite de la causa y encontrándose dentro del plazo, se procede a revisar la constitucionalidad de los artículos consultados.

Legitimación activa

El peticionario, en representación de la Segunda Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, se encuentra legitimado para interponer la presente consulta, en virtud de cumplir con los requerimientos establecidos en los artículos 428 de la Constitución de la República y 39 y 40 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición y conforme también a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en suplemento de Registro Oficial N.º 544 del 09 de marzo del 2009. Cabe resaltar, que el sistema constitucional vigente es abierto en el acceso a la justicia constitucional. La incorporación de estas acciones constitucionales implican un cambio de modelo jurídico y justifican su existencia, toda vez que buscan la coherencia del ordenamiento jurídico y la materialidad de la Supremacía Constitucional. Es así que los jueces, al encontrarse permanentemente en uso de leyes orgánicas, ordinarias, reglamentos, jurisprudencia, resoluciones y la Constitución (aplicándolas a los casos concretos), tienen la potestad de realizar

CASO N.º 0002-08-CN

consultas motivadas respecto de la constitucionalidad de las normas. En relación a la Constitución anterior, se aclara que no existía la acción de consulta de constitucionalidad.

Consideraciones de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición e identificación de los problemas jurídicos

Una vez determinada la procedencia de la consulta, la Corte Constitucional debe tener presente, consideraciones que trascienden cuestiones meramente formales y se relacionan con las características que ha reconocido al ejercicio de su función consultiva; se debe ir más allá del formalismo rígido que impediría consultas que revisten interés jurídico para la protección y promoción de los derechos fundamentales.¹

La Corte Constitucional para el Periodo de Transición, al afirmar su competencia sobre este asunto, recuerda el amplio alcance de su función consultiva, única en el derecho constitucional vigente. Esta constituye “un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes de la justicia ordinaria, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de los mandatos constitucionales y tender a la coherencia del ordenamiento jurídico” sobre derechos constitucionales. Con ello se favorece a los órganos en la aplicación de derechos constitucionales y tratados relativos a derechos humanos, sin someterlos al formalismo y a las sanciones inherentes al proceso contencioso.

Para ilustrar sobre el alcance de las funciones atribuidas a la Corte Constitucional, relativas a garantizar los derechos constitucionales mediante consulta, se procederá a la luz de las normas constitucionales e instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Se aclara que esta figura es vinculante y permite la aplicación de la Constitución de forma directa, ya que mediante el control abstracto de constitucionalidad, las normas, sobre cuya consulta se absuelve, podrán ser expulsadas del ordenamiento jurídico. Facultad que, conforme a lo establecido en el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador, al auto definirse como Estado “Constitucional de Derechos”, el constituyente dejó fuera de toda duda el sentido estricto de la Constitución, que al vincularse con la Supremacía de la Constitución (Art. 424), comprende una garantía y un deber. Es así que el órgano que custodia la Supremacía Constitucional es la Corte Constitucional, en dos latitudes: como garantía, en relación al control difuso de constitucionalidad; y el control abstracto de constitucionalidad mediante el cual procede el análisis de fondo y forma de las normas,

¹ Sobre la consulta de constitucionalidad el Art. 39 de las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el periodo de Transición, expone: La consulta deberá ser remitida a la Corte debidamente motivada sobre la norma que se considera inconstitucional.

CASO N.º 0002-08-CN

cuya consulta se realiza, así como es deber establecer la eficacia de los derechos constitucionales. En el marco de estas competencias, se procede a resolver el problema jurídico planteado.

La consulta plantea, a la Corte Constitucional para el Periodo de Transición, dos cuestiones surgidas dentro de la causa penal N.º 249-2008 sobre presunto delito de violación en los actos relacionados con la práctica de prueba, en el debido proceso penal y sus efectos:

Auto de 03 de Diciembre de 2008. Vistos: “ [...] Primero: de la revisión del proceso [...] se revela una prematura realización de diligencias, que atentan a la legitimidad, pues sobre esta situación la Sala señala que la práctica de actos probatorios urgentes ha de hacerse por parte de la Policía previo requerimiento al Juez, de acuerdo con lo previsto en el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, sin que exista norma en este ni en otro cuerpo legal que faculte a los Agentes Fiscales para hacerlo, advirtiendo que al tratarse derecho público, los fiscales han de atender exclusivamente a las facultades que la ley les confiere; esta situación trae como consecuencia, además, que la diligencia así realizada, pueda no tener efecto alguno, si se toma en cuenta lo previsto en el artículo 76 numeral 4 de la Constitución y el 80 del Código de Procedimiento Penal.

Segundo: La Sala en auto de 26 de septiembre del presente año dentro de la causa 391-08 igualmente sobre violación, decretó la nulidad de lo actuado precisamente por haberse efectuado el examen médico legal ginecológico antes inclusive de que exista denuncia lo que ha ocasionado preocupación en los grupos feministas y de derechos humanos, pues efectivamente esta situación prematura de realización de diligencias y declaratoria de nulidad o la de desestimación de tales elementos de convicción o medios probatorios, dará lugar a que se deje en la impunidad este tipo de delitos que causan gran alarma social.”

En relación a este auto, la Segunda Sala Penal de la Corte Provincial manifestó (*supra*) que estas circunstancias se relacionan con el principio de legalidad que implica la garantía de seguridad jurídica que lleva a la aplicación del *ius puniendi*, imprescindible para la sociedad; así como hace referencia a la garantía de libertad, frente a los posibles abusos derivados de ello. Igualmente, manifiesta que es indispensable que se cumplan los aspectos formales y específicamente lo previsto en los artículos 210 y 80 del Código de Procedimiento Penal, al tiempo que advierte que no se puede dejar en la impunidad delitos que alarman a la sociedad.

Este cuestionamiento jurídico plantea un análisis de los derechos constitucionales de las víctimas y del debido proceso. En esencia, la Corte responderá las siguientes cuestiones: *¿Qué derechos prevalecen ante el caso concreto de la violación: los del debido proceso o los de la víctima?; y, si ¿son inconstitucionales los artículos 210 y 80 del Código de Procedimiento Penal por ser contrarios a la Constitución de la República?* Esencialmente, sobre la constitucionalidad de los artículos 210 y 80 del Código de Procedimiento Penal dentro del marco normativo en el que se encuentran desarrolladas estas normas procesales, es decir, de los principios constitucionales que informan al derecho procesal penal. Estas circunstancias se definirán a la luz de la Constitución y a través de los métodos de interpretación

CASO N.º 0002-08-CN

constitucional, como la proporcionalidad que a su vez se remite a tres sub-principios: la idoneidad, razonabilidad y la ponderación, a fin de realizar una decisión constitucionalmente justa.

Al respecto se analizará:

- La Justicia en el Estado; (Art. 1, 83.9 CRE)
- Derechos de las víctimas; (Art. 78 CRE)
- Impunidad
 - Principio de legalidad (Art.76.3. CRE)
 - El debido proceso penal (Art. 77. CRE)
 - La prueba en materia penal (Art. 76.4 CRE)
 - Control abstracto de constitucionalidad

La Corte Constitucional y el valor *Justicia* en el Estado

Conforme a los artículos 1 y 83.9 de la Constitución de la República del Ecuador, se establece como uno de los fines primordiales del Estado *la justicia*, considerada dentro del marco jurídico, democrático y participativo que garantiza el orden jurídico y político. Ahora bien, sobre la definición de ¿qué es *justicia*?, el profesor Carlos Santiago Nino, manifiesta:

“Entre los discursos que emiten juicios de justicia, el de índole moral tiene una posición dominante en nuestra cultura. La justicia de acuerdo a reglas de juegos, sociales, religiosos y jurídicas, están supeditadas a las reglas en cuestión de que a su vez sean justas. Las únicas reglas o principios de los que no tiene sentido preguntarse si son justos son los de la moral ideal. Esto implica el concepto de justicia el cual debe analizarse en el contexto de la moral, es allí donde esta en su casa, en donde interactúa con otros valores [...]”²

La justicia, definida por Rawls, como la capacidad moral que tenemos para juzgar las cosas como justas, apoyar esos juicios en razones, actuar de acuerdo con ellos y desear que otros actúen de igual modo. Así, considera que el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad, o sea, el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes constitucionales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social. Que las cargas y obligaciones sean distribuidas de forma equitativa. Por grandes instituciones, Rawls entiende la Constitución y las principales instituciones económicas y sociales.

² NINO, Carlos, “*Justicia*”, en:

http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_05.pdf

CASO N.º 0002-08-CN

Ahora bien, al ser uno de los principales objetivos la realización de la justicia, corresponde precisar a la luz de las posiciones subjetivista como la objetivista antes explicadas, que los actos sobre los cuales se juzga deben determinar la verdad o falsedad de los hechos que se desarrollan en los juicios de justicia y, en definitiva, todos dependen de las actitudes, criterios y creencias del juzgador. Un buen ejemplo de una visión meta-ética³ subjetivista y relativista de la justicia, es la de Hans Kelsen, que luego de señalar las concepciones más conocidas de justicia, como la de dar a cada uno lo suyo, o la regla de oro que no se debe hacer a los otros lo que no se quiere que nos hagan a nosotros, o el imperativo categórico kantiano, que prescribe que debe operar de acuerdo a la máxima que uno desearía que se convirtiera en ley universal- son bien expresiones vacuas que remiten al orden positivo; Kelsen afirma lo siguiente:

“[...] si hay algo de la historia que el conocimiento humano puede enseñarnos, es la inutilidad de los intentos de encontrar por medios racionales una norma de conducta justa que tenga validez absoluta, es decir, una norma que se excluya la posibilidad de considerar como justa la conducta opuesta. Si hay algo que podemos aprender de la experiencia espiritual del pasado es que la razón humana sólo puede concebir valores relativos, esto es que el juicio con el que se juzga algo como justo no puede pretender jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto. La justicia como absoluta es un valor irracional [...]”⁴.

Según este autor, es tan subjetivo definir a la justicia que resulta imposible que forme parte de la ciencia jurídica.⁵ Esta afirmación, para el profesor Carlos Nino, confirma una visión relativista de la justicia, que lejos de ser moral supone una moral de tolerancia democrática.

En sí, la justicia reconocida constitucionalmente (Art. 1. Constitución de la República del Ecuador) sin duda es un pilar fundamental sobre el cual se forma la sociedad ecuatoriana; posee un sentido estructural que pretende la realización de la libertad e igualdad, así como de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los Derechos de la Naturaleza, como el de acceso al agua, los cuales forman la estructura de bienes primarios que proyectan una vida digna: el *sumak kawsay* (Preámbulo de la Constitución de la República) propio de nuestros pueblos diversos que buscan el cumplimiento de un principio hipotético de transformación, de propender al bienestar interaccionado con la armonización equilibrada de la vida humana y su integral contacto con la naturaleza y la suma de las condiciones que propician una vida adecuada y digna de forma general. Así, la Corte Constitucional para el Periodo de Transición considera que la visión kelseniana fue un paso necesario ya superado. Para

³ Por metaética se entiende la reflexión sobre los problemas fronterizos que constituyen el horizonte último de la reflexión ética y señalan la línea de demarcación entre la reflexión puramente filosófica y la teológica.

⁴ Ver, Que es la Justicia, Trad, Garzón Valdez de Córdova, 1957, p 30., en Santiago Nino *op. Ibídem*.

⁵ KELSEN, Hans ¿Que es justicia?, México Fontamara, citado por Ramiro Ávila, Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia, Quito, constitución del 2008 en el Contexto Andino, edt. Ramiro Ávila, 1ª edic, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p 22

CASO N.º 0002-08-CN

la proyección de un *Estado de Justicia*, la aproximación a la libertad como principio, no nos dice nada de quiénes y en qué medida deben ser beneficiados de ella; y, de la igualdad, es un principio adjetivo que no nos dice nada de quiénes y en qué medida deben ser beneficiados por ella; y de la igualdad como principio adjetivo, no nos dice nada respecto de qué, las personas iguales. Es deber de la justicia constitucional materializar esas asignaciones de cargas y ventajas sociales para que se distribuyan equitativamente entre ellas.⁶ Esto sugiere la combinación de estos valores bajo la idea de justicia, que consiste en una distribución de libertad e igualdad, libertad igualitaria; así como, la condición de exigible de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, que no son considerados como programas políticos, sino como derechos judicialmente exigibles,⁷ en virtud de la denominada igualdad material de los derechos en la Constitución y la Ley.

Un principio que suele entrar en tensión con la justicia, tanto en la teoría como en la práctica, es el de *eficiencia* de la justicia. Esta suele ser, en definitiva en términos de los criterios de un óptimo de Pareto, uno de los cuales define a un estado de la sociedad como eficiente, que un individuo pueda estar mejor sin que otro no esté peor. Este valor eficiencia (Art.172 Constitución de la República del Ecuador), en la administración de justicia, comprende la debida diligencia en los procesos, constituye una base axiológica del llamado “análisis económico del derecho”. Como este valor debe relacionarse con la justicia, es motivo de controversia y hay variaciones interesantes. Algunos subsumen a la eficiencia en la justicia. Otros subsumen la justicia en la eficiencia, ya que ven a la justicia como el objeto de preferencias individuales que deben ser tomadas en cuenta en el cálculo de la eficiencia. En fin, otros conciben a la justicia y a la eficiencia como valores independientes; en este caso, se tiene que dar prioridad a la justicia sobre la eficiencia,⁸ se define así porque se le asigna un peso superior a la justicia de índole constitucional, por ser un fin primordial por la naturaleza a la cual pertenece el modelo de Estado ecuatoriano.

El Estado de Justicia, definido por Ramiro Ávila Santamaría, no significa otra cosa que el resultado del quehacer del estatal, al estar condicionado por la constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede ser sino la organización social, política y justicia.⁹

⁶ BERNAL Pulido Carlos, *El derecho de los Derechos*, Bogotá, Universidad Externado Colombia, 2007, 4ª Edc. 7ª Reimpresión, p. 257.

⁷ ARANGO, Rodolfo, “*El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*”, Colombia, 2005, 1ª Edc. 2001 Alemania, 1ª Reimpresión en español, LEGIS S.A., p.1

⁸ NINO, Carlos, “*Justicia*”, *Ibidem*.

⁹ *Cfr.* Ávila Ramiro, *Ibidem*. P.28

Derechos de las víctimas

La incorporación y desarrollo de estos derechos fue un logro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que surgen como consecuencia de la impunidad degenerada en la región latinoamericana a finales del siglo XX, entre 1960 y 1990, específicamente de hechos que impidieron a las víctimas el acceso a la verdad y justicia. Estos hechos, específicamente, se relacionan con las detenciones sin proceso, las ejecuciones sumarias, la tortura y la desaparición forzada de personas que, en sí, constituyen graves e intolerables violaciones a los derechos humanos, calificados en el Estatuto de Roma como delitos de lesa humanidad.

En ese sentido, se creó el derecho a la verdad como un derecho de las víctimas que exigen, en el caso concreto, que se haga justicia. Sin duda alguna ha generado tensiones con los sistemas de justicia internos, ya que los procesos judiciales lejos de proporcionar justicia, sacramentan la mera legalidad, sin que necesariamente determinen resultados justos, ya que mediante providencias y autos definitivos, ponen fin a los procesos, obstaculizando el conocimiento de la verdad de los hechos.

Al respecto, es menester identificar este desarrollo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, para incorporar al bloque de constitucionalidad, que es un instrumento que se pone de relieve en la Constitución en los artículos 10, 11.3, 11.7, 57, 93, 156, 172, 416, 417, 426 y 436.1, normas que buscan generar una interrelación con los derechos desarrollados en latitudes reconocidas por el sistema internacional de Derechos Humanos y en los tratados e instrumentos internacionales de la misma naturaleza, de los cuales el Ecuador es parte. En ese sentido, se permite incorporar al nivel de la Constitución los desarrollos normativos o normas establecidas en el sistema universal o regional de protección de los Derechos Humanos, como es el caso de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se deja claro que en ningún caso significa que todos los tratados internacionales formen parte del bloque, sino aquellas normas que no existen en la Constitución o desarrollos normativos que tienen la finalidad de mantener la fisonomía indiscutible de la Constitución. Debe existir remisión expresa a normas superiores y que su contenido material permita realizar una protección a un derecho. Así, se incorpora el desarrollo del Derecho a la Verdad, a fin que forme parte de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana:

La sentencia de Manfredo Velásquez Rodríguez contra Honduras, al tratar sobre desaparición forzada de personas, sentó un importante precedente respecto al deber del Estado de investigar y de proporcionar verdad a las víctimas. En ese sentido dice:

“En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad [...]”¹⁰

Casos contra Perú: La Cantuta¹¹ y Barrios Altos:¹² En el primero se reconoce el Derecho a la Verdad y la responsabilidad del Estado en la matanza del profesor Hugo Muñoz Sánchez y de nueve estudiantes de la Universidad Nacional «Enrique Guzmán Valle» ocurrida el 18 de julio de 1992 durante la presidencia de Fujimori. En el segundo, se reconoce el Derecho a la Verdad en el contexto de la aniquilación cometida por el grupo “Colina del ejército peruano” a un grupo de personas que se encontraban en una casa de Barrios Altos, Perú. Se interpretan las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, de las cuales surge el Derecho a la Verdad de la siguiente manera:

“El Derecho a la Verdad se fundamenta en los artículos 8 y 25 de la Convención, en la medida que ambos son instrumentales en el establecimiento judicial de los hechos circunstancias que rodean la violación de un derecho fundamental. Así mismo, [...] este derecho se enraíza en el artículo 13.1 de la Convención, en cuanto reconoce el derecho a buscar y recibir información. Se agrega que en virtud de ese artículo, sobre el estado recae la obligación positiva de generar información esencial para preservar el derecho de las víctimas, asegurar la transparencia de la gestión estatal y la protección de los derechos humanos.”¹³

¹⁰ Ver: Tesis del Derecho a la verdad, UASB, 2008, por Escudero Jhoel, cita: Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988, párrafo. 177 y Caso Godínez Cruz, sentencia de 20 de enero de 1989, párrafo. 198

¹¹ Corte IDH, sentencia de 29 de noviembre del 2006, caso la Cantuta contra Perú. “La matanza de «La Cantuta» es uno de los crímenes por los cuales el Gobierno peruano solicitó en 2003 la extradición del ex-presidente Alberto Fujimori al Japón y posteriormente en enero de 2006 al gobierno de Chile. El caso había sido presentado a la Comisión Interamericana en 1992 por petición de la APRODEH, denunciando que los autores intelectuales de la matanza nunca fueron investigados y que los autores materiales, condenados en 1994, fueron liberados en 1995, después que fueron aprobadas las leyes de amnistía, las cuales conceden amnistía al personal militar, policial o civil involucrado en violaciones de los derechos humanos cometidas desde 1980 hasta el 14 de junio de 1995. Otros casos: Cantoral Benavides contra Perú, 03 de Diciembre del 2001.

¹² Corte IDH, Sentencia Caso Barrios Altos contra Perú, 14 de marzo del 2001.- El “Grupo Colina” El ejército peruano llevaba a cabo su propio sistema de aniquilación de personas por sospechar que pertenecen a Sendero Luminoso, este grupo irrumpió en una casa de Barrios Altos, Lima- Perú, y aniquiló a un grupo de personas violentando los derechos reconocidos en la Convención Americana de los Derechos Humanos y las obligaciones internacionales del Perú, párrafo. 43 y 48

¹³ Corte IDH. Caso Barrios Altos contra Perú,... párrafo, 45.

CASO N.º 0002-08-CN

Además, la Corte IDH, en los dos casos, declaró que el Derecho a la Verdad es un instrumento que sirve para la realización de la justicia y es indispensable para las víctimas y sus familiares, por tanto es deber preservarlo:

“[...] **el Derecho a la Verdad** se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención.”¹⁴

El caso Tibi contra Ecuador:¹⁵ no se trata de una desaparición o muerte violenta, sino del arresto al señor Daniel Tibi sin que existiera orden de juez competente, como lo establece el Código de Procedimiento Penal y sin que mediara delito flagrante, conforme el mismo cuerpo de leyes. Estos hechos, en el presente caso, determinan la existencia de vulneración al debido proceso. En relación con los responsables de las violaciones cometidas, no fueron sancionados después de más de nueve años de ocurridos los hechos, es decir, no se ha investigado ni sancionado a los responsables de la detención ilegal y arbitraria y de las violaciones a las garantías judiciales del señor Tibi, así como tampoco a los responsables de las torturas ocasionadas a la víctima, de lo que se infiere que el presente hecho se encontraba en la impunidad.

La sentencia de la Corte IDH, en relación al caso Tibi contra Ecuador, citó la jurisprudencia de este órgano para garantizar el derecho que asiste a las víctimas y sus familiares, de conocer lo que sucedió con los hechos que rodearon las violaciones de los Derechos Humanos y saber quiénes fueron los agentes responsables de los hechos. Las víctimas de violaciones de Derechos Humanos y sus familiares, en su caso, tienen el derecho de conocer la verdad, es decir, conocer quiénes fueron los responsables de la detención ilegal y arbitraria, la tortura y la violación al debido proceso y a las garantías judiciales en agravio del señor Daniel Tibi.

Conforme el precedente se genera el contenido del Derecho a la Verdad, ya reconociendo en las distintas realidades de los países de la región latinoamericana, se identifica una tendencia fuerte sobre la necesidad de que se vaya incorporando el Derecho a la Verdad en los sistemas nacionales de justicia y constituya una directriz útil para el sistema de justicia y una herramienta para las víctimas.¹⁶

Debido a la precisión del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, queda claro que el derecho a la verdad es de fuente internacional,

¹⁴ Corte IDH, Caso Barrios Altos contra Perú... párrafo, 48.

¹⁵ Corte IDH, Caso Daniel Tibi, contra Ecuador, Sentencia 07 de septiembre de 2004, párrafos, 256 y 257. Otros casos Consuelo Benavides y en la CIDH Hermanos Restrepo contra Ecuador.

¹⁶ Corte IDH, casos que refieren al Derecho a la Verdad a más de los ya señalados: Caso Carpio Nicolle y otros, sentencia de 22 de noviembre de 2004, párrafo, 128; Caso Masacre Plan de Sánchez, Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párrafo, 257. En: Escudero Jhoel, Tesis: el derecho a la Verdad, UASB, 2008. p. 34-39

CASO N.º 0002-08-CN

destacando el hecho de haber sido incorporado en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Justicia. El reconocimiento Universal de este derecho, relativo a la protección de las víctimas, consta en la Resolución N.º 2005-66 de la comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Igualmente, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó la decisión N.º 2-105 y resolvió:

“Reconocer la importancia de respetar y garantizar el Derecho a la Verdad para contribuir acabar con la impunidad y promover y proteger los Derechos Humanos”¹⁷.

Las sentencias que hacen referencia al derecho a la Verdad dentro de los Estados, que combinan a la justicia y a la verdad, entendida como la de los hechos y la procesal, se señalan históricamente los siguientes ejemplos: a) cuando la Corte de apelaciones de Argentina en el caso del Sr. Masera, que tenía responsabilidades por las muertes, torturas, desapariciones y alteraciones de identidad. Por un lado, el acusado esgrimía la prescripción de la acción penal y el principio *nos bis in idem*, que tenía un sustento en el principio de seguridad jurídica; por otro lado, las víctimas exigían el derecho a la tutela efectiva de los derechos. Si el juez aplicaba el derecho esgrimido por Masera, el resultado era injusto; así en el presente caso concreto, se determinó que el cumplimiento de las reglas positivas tenía como fin la injusticia. Finalmente, Masera fue condenado. b) Otro caso fue el denominado ESMA, que se fundamentó en el criterio sostenido por un Amicus Curie, presentado por varias organizaciones de derechos humanos en la demanda introducida por el señor Emilio Mignone, cuya hija desapareció y surgió la tensión entre el cumplimiento estricto de la legalidad y la justicia que implicaba la prescripción de la acción y el cumplimiento de las leyes de *punto final y debida obediencia*; la Corte Suprema de Argentina propendió por la efectiva realización de la justicia. Igualmente, en el caso conocido como el de “las Juntas”, que resolvió 700 causas de desaparición forzada, dispuso que no podía existir prescripción de los delitos de desaparición forzada, ya que son de lesa humanidad y no prescriben y que en virtud “del derecho a la verdad- que no es otra cosa que la obligación del Estado de proporcionar a través de todos los medios posibles el destino final de los desaparecidos entre 1976-1983”¹⁸. Igualmente, se registra el desarrollo de la jurisprudencia de países como Perú¹⁹ y Colombia²⁰, que decidieron, inclusive, abrir

¹⁷ Concejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Trigésimo Octavo Periodo Ordinario de Sesiones de las Naciones Unidas, del 01 de junio de 2008 en Medellín, Colombia.

¹⁸ Corte de Justicia de Argentina, caso Lopacó ...

¹⁹ Tribunal constitucional del Perú. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen. La afirmación de que la sentencia de inconstitucionalidad de una ley, sentencia No. 00005-2007-AI; La amnistía, el **indulto**, el sobreseimiento definitivo y la prescripción. La demanda de **inconstitucionalidad** promovida contra las **leyes** aludidas, sentencias No. 00679-2005-AA y No. 0013-1996-I.

²⁰ **Corte Constitucional de Colombia**, sentencias relacionadas **1.** Derecho a la Verdad de las Víctimas de Delitos (S. C-871/03); **2.** Derecho a la Verdad, en Delito de Desaparición Forzada-Implica El Derecho A Conocer El Destino Final De La Persona Desaparecida (S. C-370/06); **3** Derecho a la Verdad en Ley de Justicia y Paz-Acceso Público a Los Registros de Casos Ejecutoriados (S. C-575/06); **4.** Derecho a la Verdad en Ley de Justicia y Paz-Desconocimiento en Norma que No Establece la Pérdida de Beneficios por no Confesión de Todos

CASO N.º 0002-08-CN

sentencias que causaban impunidad. Finalmente, los derechos de las víctimas se encuentran reconocidos en la Constitución ecuatoriana en su artículo 78, que dice:

“Las víctimas de las infracciones penales gozarán de la protección especial, se les garantiza su no revictimización, **particularmente en la obtención y valoración de las pruebas**, y se les protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, **el conocimiento de la verdad de los hechos** y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y garantía del derecho violado.” (Énfasis en las negritas y cursivas).

En ese sentido, garantiza el cumplimiento de tres deberes: a) la promoción y protección de los derechos constitucionales y humanos a través de medios adecuados de justicia; en caso de violación de esos derechos, es deber del Estado investigar los hechos que rodean tal violación -verdad-; b) garantizar el efectivo acceso a la justicia sin dilaciones con información real de los hechos y sancionar a los responsables de la violaciones -justicia-; c) el deber de informar a las víctimas o sus familiares, de la totalidad de los hechos que perpetraron la violación de los derechos constitucionales o humanos; d) la reparación material e inmaterial, de daños causados y, en lo posible, la restitución del derecho (reparación). En sí, la norma constitucional analizada permite identificar un trato preferente a las víctimas y hace énfasis en la obtención y valoración de pruebas, constituyendo a la investigación como un deber de medio o de compartimiento por parte del Estado, de investigar seriamente los hechos, que no se satisfase por el solo hecho de investigar, sino que busca producir resultados satisfactorios a través de la realización de una investigación seria, la cual debe tener sentido y ser asumida como un deber jurídico propio, que proporcione información real de los hechos a las víctimas y sus familiares.²¹ Es así que la actitud procesal que causa incertidumbre en las víctimas, activa el derecho a la verdad.

los Delitos (S. C-370/06); **5.** Derecho a la Verdad en ley de Justicia y Paz-Suministro de Información a Familiares de Víctima (S. C-575/06); **6.** Derecho a la Verdad, en Servicio De Salud-Contenido (S. T-277/00); **7.** Derecho a la Verdad y la Justicia de Víctimas de Delitos-Relevancia (S. C-004/03); **8.** Derecho A la Verdad-Alcance (S. C-370/06, C-454/06, C-1033/06); **9.** Derecho a la Verdad-Carácter Subjetivo (S. C-872/03); **10.** Derecho a la Verdad-Contenido Mínimo (S. C-370/06); **11.** Derecho a la Verdad-Dimensión Colectiva (S. C-370/06, C-454/06); **12.** Derecho A la Verdad-Dimensión Individual (S. C-454/06); **13.** Derecho a la Verdad-Doble Connotación (S. C-872/03); **14.** Derecho a la Verdad-Esclarecimiento de las Circunstancias del Desplazamiento (S. T-327/01, T-882/05, T-1076/05); **15.** Derecho a la Verdad-Garantías que Aseguren su Ejercicio (S. C-872/03); **16.** Derecho a la Verdad-Ocultamiento De Información (S. T-752/98, T-277/00); **17.** Derecho a ser Juzgado en Plazo Razonable y Derecho a la Verdad-Ponderación (S. T-171/06); **18.** Derechos de las Víctimas de Delitos-Comprende el Derecho a la Verdad, Justicia y Reparación (S. T-453/05, S.V. C-370/06); **19.** Derechos de Víctimas y Perjudicados por hecho punible en proceso penal-Derecho a la Verdad, Justicia y Reparación Económica (S. C-228/02, T-622/02); y, **20.** Detención Preventiva-Fines Vinculados con el Derecho A la Verdad y la Justicia (S. C-805/02).

²¹ Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, párrafo 177

Impunidad

La impunidad es una circunstancia que pone de relieve la ineficacia del sistema estatal, ya que no garantiza un acceso efectivo a la justicia, no protege los derechos, sino que permite que se vulneren los derechos constitucionales de las personas. Al no sancionar los hechos que causan dichas vulneraciones, se incumplen con los estatales consagrados en la Constitución (Art. 83 Constitución de la República del Ecuador). En definitiva, la falta de sanción a los responsables de violaciones de los derechos constitucionales y la escasez de procesos serios de investigación, producen impunidad. Por un lado, consiste en negar a las víctimas o a sus familiares el acceso a recursos judiciales efectivos; y por otro lado, que mediante resoluciones judiciales se limite a las víctimas o a sus familiares, la obtención de información y el derecho a que se les proporcione verdad y justicia. La creación de un Estado constitucional de Derechos y Justicia, al incorporar a la verdad como un derecho (Art. 78 Constitución de la República del Ecuador), implica estructuralmente una lucha contra la impunidad. Finalmente, se resalta que el derecho a la verdad consiste a que en el caso concreto se haga justicia, es decir, el derecho a que no haya impunidad.

En ese sentido, los llamados a proteger los derechos son los funcionarios públicos y, específicamente, los judiciales; su desprotección constituye incumplimientos de los mandatos constitucionales expresos. Al vulnerar determinados bienes jurídicos llamados a proteger, se lesionan los valores de credibilidad y confianza de la función pública, hecho que justifica que una sanción dirigida un funcionario público deba ser incluso más grave.

Principio de Legalidad en el Derecho Penal

El Derecho Penal pertenece al Derecho Público, esto significa que su fundamentación ha de hallarse en los mismos principios constitucionales establecidos en el artículo 227 de la Constitución de la República: eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación. Luis Jiménez de Asua define al derecho penal como “[...] un conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el poder sancionador del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociado a la infracción de la norma con una pena finalista o medida aseguradora”²². La finalidad del derecho penal es el estudio de la antijuricidad como característica general del delito; en este sentido, el estudio no solo se enfoca a la pena, sino que tiene por fin prevenir los delitos, así, el derecho penal es en parte sancionador y en parte garantista.

²² Citado por Juan Bustos Ramírez, Manual de Derecho Penal Español, Madrid, editorial Ariel, 2000. p. 18.

El principio de legalidad fue proclamado por primera vez en la Carta Magna de Juan Sin Tierra de 1215 (*Magna Charta Libertatum*) y en la Constitución Criminal de Carolina Germánica de 1532 no poseía el sentido moderno con el que se conoce al principio de legalidad. Tal como expresa Mir Puig “[...] sólo a partir de la ideología liberal impulsada por la ilustración y consagrada principalmente en las revoluciones de Francia (1789) y Virginia (1776), se logra limitar el poder punitivo del Estado dotado del sentido de garantizar la libertad del ciudadano. El principio de legalidad desarrollado por el derecho penal moderno, viene claramente puesto de relieve por César de Beccaria (1738-1794) de la siguiente forma: “sólo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos, y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa toda la sociedad agrupada por el contrato social”. Igualmente, el derecho penal se desarrolló, en gran medida, por la fórmula expuesta por Von Feurevach, quien en 1801 expresó lo siguiente: *nulla crimen, nulla poena sine previa lege*”, lo cual constituye el más alto principio del derecho penal que se formula así: Toda pena jurídica en el Estado, es consecuencia jurídica de una ley, fundada en la necesidad de la conservación del derecho exterior que amenaza la lesión jurídica con un mal sensible. El estudio sobre el principio de legalidad expresa así: a) *<<nulla poena sine lege>>* la existencia de una pena supone la existencia de una ley penal anterior; esta tarea corresponde al legislador; b) *<<nulla poena sine crimine>>* significa, que la existencia de una pena está condicionada a la existencia de una acción amenazada, pues la pena amenazada debe estar ligada a una ley, que es el acto jurídico necesario; c) *<<nulla poena sine legali>*, la pena que sanciona un mal debe estar ligada a la ley.

El principio de legalidad se configura necesariamente por un orden formado y basado en un orden legislativo. La tipicidad es la respuesta del derecho público al sistema positivo y tiene como fin la protección de los derechos individuales en el marco del Derecho Penal. La necesidad imperativa de la existencia de la ley, pone en marcha el derecho penal que al relacionarse con el principio de legalidad constituye su fórmula de oro: “la ley lo puede todo en materia penal”.

La ley en materia penal posee efecto *ex nunc*, rige para lo venidero, no tiene efecto retroactivo. A esta generalidad se prevén excepciones de rango constitucional (Art. 76.5 Constitución de la República del Ecuador), que dice:

Constitución de la República Art. 76.5. “En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora”.

CASO N.º 0002-08-CN

Código Penal Art. 2. “[...] deja de ser punible un acto si una ley posterior a la de su ejecución lo suprime del número de infracciones; y, si ha mediado sentencia condenatoria, quedará extinguida la pena, haya o no comenzado a cumplirse.

Si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa.”²³

El fundamento recogido tanto en la Constitución de la República como en el Código Penal, determina la opción de aplicar la ley con efecto retroactivo en materia penal, siempre y cuando una ley posterior a la existente, reduzca o elimine la sanción de una conducta determinada o, a su vez, cuando exista conflicto de normas, se deberá aplicar la menos rigurosa. Es así que se favorece al infractor en las siguientes circunstancias: a) cuando se eliminen efectos de sanción punitiva de una norma; es decir, una ley posterior determina que una conducta no debe ser sancionada con una pena; b) cuando su promulgación fuere posterior a la infracción. Si la ley posterior favorece al imputado, incluso al culpable de un delito, aun en esta condición podrá ser invocada, ya que disminuye la sanción o la elimina; y, c) en caso de duda, se aplicará la norma que contenga menor sanción. Si un hecho se describe en más de una norma punitiva se aplicará la menos rigurosa. Normas inspiradas en el principio *in dubio pro reo*, que al identificar que una persona se encuentra en desventaja, su protección y garantías se mantienen y son de aplicación directa.

Así, definitivamente, la Ley determina ventajas justificadas en el Estado Constitucional. Los principios son revisados sin llegar a ser restringidos, reconociéndoles desarrollo en sí, determinantes para el funcionamiento del Estado de Derechos y Justicia. La revisión de estos principios genera una dialéctica amplia entre los principios constitucionales y los de mera legalidad, siendo su objetivo que la aplicación de la ley positiva conforme un ámbito de seguridad jurídica, que tiene como fin último, la justicia expresada en la certidumbre de la sociedad en el sistema de justicia estatal.

El principio de legalidad en relación con la creación de leyes, es el derecho el que establece las reglas, y es la asamblea la que, en democracia, establece, mediante debate, la creación de una determinada ley. Dentro de un modelo constitucional, estas no solo deben suscribirse dentro de la categoría de vigencia-concepto diferente de la validez y de la eficacia-. Es decir, las leyes que se encuentren subsumiendo derechos constitucionales o que desarrollen prohibiciones expresas en las normas constitucionales, por ejemplo: las que perdonan las violaciones masivas de los derechos humanos o desarrollan normas discriminatorias, tienen *per se* características que las vuelven anulables o inconstitucionales.

²³ Código Penal Ecuatoriano, Quito, editorial Corporación de Estudios Año 2008, Art. 2.

CASO N.º 0002-08-CN

El principio de legalidad es indispensable para el derecho penal, sin él no se puede entender su desarrollo y reconocimiento, forma parte de las facultades de la legislación; sin embargo, el principio de legalidad penal debe someterse al principio de constitucionalidad, ya que toda tipificación penal implica siempre una intervención en los derechos constitucionales y por consiguiente, puede ser constitucional o inconstitucional. Si bien es cierto, se reconoce como una facultad del legislador la de restringir derechos en virtud del *ius puniendi*; es decir, el legislador tiene un espacio de discrecionalidad para determinar que el contenido de la ley penal sea apropiado a las circunstancias sociales, políticas y económicas; como también, que esté en consonancia con la ideología de la mayoría de la Asamblea Nacional. A través de procesos democráticos de adopción de leyes, el Estado califica las conductas prohibidas y fija las condignas sanciones, por lo cual, dentro de ciertos límites, es posible desarrollar la política criminal. En sí, la facultad no es ilimitada o, en otros términos, “el legislador no tiene una facultad discrecional absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen como fundamento del poder punitivo del Estado.”²⁴ En definitiva, el legislador no puede vulnerar derechos constitucionales por un exceso de severidad de sus medidas, pues no tiene una discrecionalidad absoluta. Por ejemplo, dentro de los bienes protegidos por la Constitución está la libertad y, en este caso, puede ser restringida legítimamente por el legislador. Así, la libertad general de acción, como libertad negativa, comprende *prima facie* el derecho de hacer u omitir lo que quiera, incluso el derecho a preparar una violación. Sin embargo, dado que esta libertad no es absoluta y debe armonizarse con la exigencia de otros derechos, por ejemplo, el derecho a la integridad personal (Art. 66.3 Constitución de la República del Ecuador), ella puede ser restringida por el legislador penal, quien legítimamente puede tipificar a la violación como una conducta típica antijurídica e imponerle una pena restrictiva de la libertad, dejando claro que los derechos no son absolutos, sino que se relativizan respecto de otros. Es necesario identificar que existe un margen de actuación del legislador, el mismo que no debe escapar las exigencias que derivan de tres subprincipios, que se agrupan bajo el concepto de interdicción de la arbitrariedad o del exceso (prohibición de fijación de penas excesivas), idoneidad (objetivo constitucionalmente legítimo), necesidad (justificación de que no existe ningún otro medio alternativo al elegido y menor afectación al derecho), y proporcionalidad (que la intervención a la libertad sea legítima y adecuada). En sentido estricto, cuando más grave es el delito, más severa es la medida, parámetro cuyo cumplimiento debe ser controlado por la Corte Constitucional.

²⁴ BERNAL, Pulido Carlos, *El Derecho de los Derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, 4ª reimpresión 2007, p. 117

El Debido Proceso Penal

En el ámbito de aplicación de la ley penal, la Constitución ecuatoriana se ocupa de un catálogo de derechos constitucionales, acordados a favor de los imputados (Art. 77 Constitución de la República del Ecuador) y las víctimas (Art. 78 Constitución de la República del Ecuador), directamente relacionadas con el debido proceso, con el cual se pretende evitar que exista la imposición de una pena al imputado, sin antes haber sido oído y vencido en juicio, con el cumplimiento previo de un procedimiento en el cual se respeten sus derechos, vigentes en el régimen democrático.²⁵

Para el ejercicio de la función punitiva se presenta un serio conflicto entre la obligación del Estado de proteger los bienes jurídicos de las personas mediante la imposición de sanción de las conductas (*supra*) y el de respetar los derechos constitucionales de los individuos sometidos en el proceso. Actos que responden al mandato de eficacia de la función pública y más precisamente de la función punitiva del Estado, que según Liszt, es él quien ha de tener límites muy precisos y claros en su intervención en los derechos de las personas, lo cual indica que el contenido de la conducta del derecho penal debe estar desarrollado específicamente con claridad. Es el proceso penal que, al intervenir en los derechos de las personas, contra quienes se dirige la investigación, debe saber hasta donde puede llegar, todo ello está en el marco del derecho constitucional penal y sus procedimientos, con el fin de mantener un equilibrio entre dos columnas vertebrales: el Estado y la necesaria protección de la sociedad, y el respeto de los derechos constitucionales de los individuos. Así, la investigación que tenga una ilegítima intervención no debe tener validez alguna. Igualmente, ante la evidencia del cometimiento de un delito de acción pública, es responsabilidad del Estado la investigación seria de los hechos, la sanción a sus responsables y la reparación a las víctimas por la vulneración de sus derechos.

Concepto formal del debido proceso

En sentido formal, el debido proceso consiste en que nadie puede ser juzgado, sino de conformidad al procedimiento previamente establecido para que se cumpla el principio “nadie será sancionado sin que exista observación al trámite propio de cada proceso”, lo que implica la existencia previa de procedimientos de investigación y de juzgamiento a los que deben ser sometidos los imputados,

²⁵ SUAREZ, Sánchez Alberto, *El Debido Proceso Penal*, Santa Fe Bogota, Universidad Externado de Colombia, 2ª Edc. 2001. p 215 p. 187

CASO N.º 0002-08-CN

mediante los cuales, se fijan las competencias, la forma y los procesos que han de perseguir la realización de toda actuación penal.

Esto indica que, desde un punto de vista formal, el debido proceso es la sumatoria de actos preclusivos y coordinados, cumplidos por el funcionario competente en la oportunidad y lugar debidos, con las formalidades legales, conjugándose en él los principios de legalidad y de juez natural, limitados en el tiempo, en el espacio y en el modo.²⁶

Concepto Material de Debido Proceso

En sentido material, el debido proceso es el adelantamiento de las etapas del proceso y el cumplimiento de las distintas actuaciones judiciales, con sujeción a las garantías constitucionales y legales, como límite de la función punitiva del Estado (noción formal más cumplimiento de los fines y derecho constitucionales).

Se refiere a la manera formal como ha de sustanciarse cada acto: No se mira el acto procesal en sí como un objeto, sino su contenido referido a los derechos constitucionales. Hay debido proceso, desde un punto de vista material, si se respeta los fines superiores como la libertad, la dignidad humana, la seguridad jurídica y los derechos constitucionales como la legalidad, la controversia, la celeridad, la publicidad, la prohibición de la *reforma in pejus*,²⁷ y el doble procesamiento por el mismo hecho etc.

Principios del debido proceso

Tribunal imparcial.- El sistema acusatorio trae implícitos los deberes de investigar, acusar y juzgar están asignados a funcionarios diferentes, para garantizar, de esta manera, la imparcialidad del juzgador, quien no debe tener la más mínima contaminación ni con la investigación ni con la acusación, ya que convoca a la audiencia pública a petición del fiscal para, posteriormente, proceder al llamamiento a juicio o a determinar mediante auto, el fin del proceso, si correspondiere. De proceder, la investigación se traslada al Tribunal Penal para que se presente y valore la prueba y éste se pronuncia de forma imparcial.

²⁶ Ibídem p. 196

²⁷ Reformatorio *in pejus*, estudio jurisprudencial, Los principios de prohibición de la reformato *in peius* y de legalidad constituyen postulados constitucionales que se derivan de otro más amplio o general, el del debido proceso; o, si se prefiere, son dos subprincipios que hacen parte del principio-derecho fundamental del debido proceso público. En:

http://www.jurimprudencias.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=13

CASO N.º 0002-08-CN

Así, el Fiscal investiga y acusa; ahora mediante la incorporación de las reformas al Código de Procedimiento Penal contenidas en la ley S/N, publicada en Suplemento de Registro Oficial N.º 555 del 24 de marzo del 2009, en virtud del principio de libertad e igualdad en la ley, se amplía esta atribución a las demás partes procesales, así como manda el artículo 84 de la Ley S/N, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N.º 555 del 24 de marzo del 2009, reformatoria del Código de Procedimiento Penal, que ordena:

Artículo 84.- “**Objeto de la prueba.**- Se pueden probar todos los hechos o circunstancias de interés para el caso. Las partes procesales tienen libertad de investigar y practicar pruebas siempre y cuando no contravengan la Ley y los derechos de otras personas.” (Vigente).

En definitiva, queda claro que ni el Tribunal ni el Juez tienen menor intervención en la etapa de investigación. El Juez debe tomar las decisiones que vulneran derechos constitucionales como la libertad, el fuero o domicilio, de lo cual está prohibido el fiscal, quien toma decisiones administrativas; en ningún caso, decisiones judiciales. Esto, sin duda, significa que todas las funciones judiciales están concentradas únicamente en el juez.

La inmediación.- Conforme al estudio realizado por Alberto Suárez Sánchez, la inmediación consiste en que quien valora la prueba ha de ser el mismo que presenció su práctica, de modo que no se limita a apreciar el alcance probatorio de cada uno de los elementos aportados al proceso, porque directa y personalmente se entera no sólo del contenido de las pruebas, sino también de sus fuentes (testigos, peritos, documentos, etc.) y de la manera como son evacuadas.

En el sistema acusatorio, de acuerdo a la inmediación, no se dicta sentencia con apoyo de lo consignado en actas, sino como fundamento en las pruebas cuya práctica ha percibido. Este principio se conecta con los siguientes:

Controversia de la prueba.- El carácter de preparatorio de la prueba facilita la efectividad del derecho de controversia, que tradicionalmente se ha entendido como la facultad que tienen los sujetos procesales de interrogar y contra interrogar pero que, hoy por hoy, es necesario entender de manera amplia, haciendo hincapié en que la contradicción va mucho más allá de la réplica, pues se concreta también en la facultad que tienen los sujetos de conocer la fuente misma de la prueba (que no solamente ha de controvertirse el medio probatorio sino su origen) y de las valoraciones que de la misma hagan los sujetos procesales y funcionarios judiciales.

La defensa.- El derecho a la defensa también desarrolla el principio de la inmediación. Hablar de contradicción es referirse a la defensa misma, porque los

CASO N.º 0002-08-CN

dos derechos están indisolublemente ligados, pues no es posible la defensa de un proceso sin controvertir la prueba o la tesis de los demás o las decisiones de los funcionarios.

La publicidad.- La intermediación también contribuye a que se dé la publicidad del juicio, característica general del mismo sistema acusatorio, pues no cabe la idea del juicio secreto o reservado. Esta posee doble fusión: por un lado, la de permitir que los sujetos procesales conozcan la manera como se desarrolla el juicio, cómo se practican la pruebas y se llevan a cabo las distintas intervenciones de los sujetos procesales; por otro lado, implica que la sociedad se entere de la forma de administrar justicia.

La oralidad.- el proceso público y las intervenciones de los sujetos procesales son eminentemente de forma verbal, a diferencia del inquisitivo que era escrito por excelencia.

La celeridad.- Asimismo, se cumple este principio porque el proceso debe ser rápido, evitando las prolongaciones incesarias, así como las cuestiones que no tengan ninguna relación con la materia del debate público.

El principio de la permanencia de la prueba.- Se ha señalado que en el sistema acusatorio, la prueba practicada por el instructor es preparatoria, porque sirve para que el juez cite a la celebración del juicio, en el cual debe repetirse la prueba, en su integridad, ante el jurado, a fin de que opere el principio de intermediación. La prueba, para ser valorada, debe ser practicada cumpliendo las disposiciones constitucionales y legales, entendiendo que puede ser valorada únicamente cuando sea legal y que haya llegado oportunamente al proceso, de modo que si el fiscal, en su empeño de avanzar con su investigación, practica actos probatorios con anterioridad de vincularlos al proceso, sin darle a la defensa el derecho a contravenir, esa prueba no puede ser tomada en cuenta por el juez, porque no sólo estaría violando el citado derecho fundamental de la contradicción, sino también el de la defensa.

Cabe señalar que existe la siguiente excepcionalidad para la conservación de elementos probatorios: el artículo 35 del Código de Procedimiento Penal dice:

Actos urgentes.- En los casos de acción pública (la frase o de instancia particular, suprimida) el Fiscal podrá realizar los actos urgentes que impidan la consumación del delito o **los necesarios para conservar los elementos de prueba pero sin afectar los derechos del ofendido** “. R.O. N.º 555-24-03-2009) .

CASO N.º 0002-08-CN

Estas circunstancias tienen que ver con la gravedad del delito que se investiga o con la celeridad que debe imprimir el sistema estatal para ser eficiente, entendiendo que para cada caso particular, el principio de valoración de la prueba es discrecional del tribunal o juez conforme al principio de la sana crítica. En este sentido, la Constitución de la República y las reformas al Código de Procedimiento Penal, le otorgan un peso adicional a los delitos de violencia sexual (artículo 95 Registro Oficial N.º 555 del 24 de marzo del 2009), entendiendo que estos casos justifican la urgencia de la medida que podría ser adoptada por el fiscal, permitiéndole recoger elementos probatorios para incorporarlos al proceso, siempre que se respete el derecho de contradicción. Conforme al principio de permanencia de la prueba, que no es absoluto ni ilimitado, implica que si la prueba ha sido practicada de espaldas al proceso, puede ser repetida en la instrucción o finalmente en el juicio, pues si no se hace así, no puede ser valorada por el Tribunal Penal en el momento de dictar sentencia, por no haber sido aportada de forma legal al proceso. De forma particular en los delitos de violencia sexual, existe la prohibición constitucional de revictimización en la prueba (artículo 78. Constitución de la República del Ecuador) porque estos actos generan alarma social por la misma gravedad con la que son reconocidos en el artículo 81 de la Constitución;

“11.- Como excepción, los jueces de garantías penales pueden recibir y practicar los testimonios urgentes de las personas enfermas, de las que van a salir del país, de las víctimas de violencia sexual, y de aquellos que demuestren que no pueden recurrir al Tribunal de Garantías Penales en la etapa del juicio.”

Estos testimonios surtirán eficacia probatoria en la etapa del juicio. Se practicarán en una diligencia que se llevará a efecto con la presencia de la defensa y cumplirá con el mismo procedimiento y respeto a las similares garantías y principios que los fijados para el testimonio en el juicio”.

Conforme al principio de inmediación y respeto a los derechos del imputado y víctima, se ve la posibilidad de cumplir con dos deberes: por un lado, respeto a los derechos del imputado y al debido proceso, y en éste el de inmediación y defensa; y por otro lado, el derecho de las víctimas a que se les garantice el acceso efectivo a la justicia (artículo 75 Constitución de la República del Ecuador) y el derecho a la verdad.

Es decir, adquiere calidad permanente sólo la prueba llegada al proceso en forma legal y regular, la misma que será valorada por el juez. Ahora bien, los actos probatorios que adolecen de esta condición o, en otras palabras, que fueron practicados a espaldas del proceso, hecho que en ningún caso supone la nulidad de

CASO N.º 0002-08-CN

lo actuado ni del proceso, sino implica el deber de incorporar la prueba para que esta pueda ser valorada en la investigación y en la etapa del juzgamiento, en el caso de los delitos señalados en el artículo 81 de la Constitución de la República, que son los de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niños, niñas, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y otras que por sus particularidades requieran de mayor protección. La finalidad es que, de esta forma, se produzcan actos probatorios tendientes a respetar las exigencias establecidas en los derechos constitucionales, conforme lo dispuesto en el artículo 76.4 de la Constitución de la República del Ecuador, que exige:

“Las pruebas obtenidas con violación de la constitución o de la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”.

El Pleno de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición, luego de realizar un análisis de los derechos de las víctimas e imputados como partes procesales, procede a responder la consulta realizada por la Segunda Sala Penal de la corte Provincial de Pichincha, teniendo en cuenta los derechos de los imputados (contradicción y debido proceso) y los derechos de las víctimas, (derecho a la verdad) y a que se haga justicia en el caso concreto, quienes en virtud del principio de igualdad material deben ser tratados de la misma forma, y en el caso concreto de los actos probatorios y de la prueba, deben ser practicados en la forma como lo determina la constitución en su artículo 76.4 (supra) y de existir conflicto sobre la obtención de la prueba, se establece que en ningún caso el fiscal puede disponer la práctica por su cuenta; dicha prohibición se sustenta en el principio de igualdad de las partes procesales y por mandato constitucional, ya que la función del fiscal es administrativa.

La aplicación del principio de permanencia de la prueba que se incorpora, en la práctica jurídica ecuatoriana tiene la excepcionalidad en los siguientes casos: a) cuando sea una medida urgente que busque preservar los vestigios dejados por los hechos y respete los derechos constitucionales de las personas; b) por existir un derecho tutelado que esté fuera de toda duda razonable, el juez puede ordenar la práctica de la prueba en la investigación, a fin que se preserven los derechos de inmediación y debido proceso del imputado, así como el acceso efectivo a la justicia de las víctimas; y, c) respecto de los delitos señalados en el artículo 81 de la Constitución, por tener un peso adicional o una estructura de exigibilidad más fuerte, que implica el deber a que se haga justicia, incluso introduciendo reglas especiales en razón de la especial condición que genera, tanto es así que de manera específica se señala la prohibición de la revictimización en la práctica de la prueba.

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 encuadradas en un marco de referencia; esta referencia es la Constitución en la que consta, como principio supremo, el control de normas (artículo 436.2.3) tanto de actos de aplicación (436.4 de la constitución) y de aquellos que proceden por consulta (artículo 428 de la Constitución).

En sentido estricto, el control constitucional es un mecanismo que sostiene la supremacía de la constitución (Art. 424 de la Constitución) y produce equilibrio entre los derechos constitucionales y la división de poderes. Cabe mencionar que en esta materia existe un cambio esencial respecto de la Constitución anterior, dado que existe una ampliación de la legitimación activa determinada en los artículos 428 y 439; mientras que el artículo 277 de la Constitución de 1998 lo limitaba, hoy se ha transformado en una *acción popular*, procedente respecto de consultas por los jueces o a petición de parte; en definitiva, el de ahora es un sistema de acceso más abierto a la justicia constitucional.

La Corte, respecto del efecto de la inconstitucionalidad, verificada ésta decretará “*la invalidez del acto jurídico impugnado*”, es decir, la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico.

Examen de Constitucionalidad por la forma y por el fondo

La Corte Constitucional para el Periodo de Transición definirá respecto del juicio de proporcionalidad, remitido a tres sub-principios: idoneidad, razonabilidad y ponderación, para determinar la constitucionalidad de las normas del Código de Procedimiento Penal consultadas:

Artículo 80.- Ineficacia probatoria.- Toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías.

Artículo 210.- Actos probatorios urgentes.- En caso de urgencia, la policía debe requerir directamente al juez que practique algún acto probatorio sin perjuicio de notificar de inmediato al fiscal.

Conforme lo solicitado por la Segunda Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha, es necesario que la Corte Constitucional para el Periodo de Transición se pronuncie sobre la constitucionalidad de los artículos 80 y 210 del Código de Procedimiento

CASO N.º 0002-08-CN

Penal (*supra*), normas que se encuentran vigentes. Los artículos del Código Penal y de Procedimiento Penal ingresan de pleno derecho al ordenamiento jurídico de la Constitución actual, y son exigibles de forma directa en el sistema jurídico ecuatoriano porque su aprobación recibió el consenso propio de los órganos democráticos, y con la sanción del ejecutivo son constitucionales por la forma, por cumplidos los requerimientos del artículo 136 y 137 de la Constitución de la República del Ecuador.

La Constitución de la República del Ecuador otorga al asambleísta legislativo facultad para regular las reformas propias que han de ser observadas en los debidos procesos, fundamento con el cual se adelantará y tramitará las controversias jurídicas. Esta cláusula general de competencia que asiste al legislador en virtud de lo que dispone el artículo 132, numerales 1 y 2 de la Constitución de la República del Ecuador, le otorga la competencia para determinar las ritualidades procesales que se deben observar en el trámite de cada juicio, pudiendo en el caso- limitado por los derechos, principios y valores que consagra la Constitución- disponer que el trámite de algunos procesos se adelante de manera preferente, atendiendo la naturaleza de los intereses que se controvierten. En la presente consulta, el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal trata sobre la eficacia probatoria de la prueba, y es norma compatible con lo dispuesto en el artículo 76.4 de la Constitución de la República del Ecuador que también determina la validez de la prueba y su eficacia probatoria; artículos que responden a un carácter general propio de la exigencia de la normativa, que manda la proporcionalidad, legitimidad y adecuación de los actos probatorios para que se incorporen en casos de excepción, como principio modulable que permite una intervención anticipada, siempre y cuando sea justa. La eficacia probatoria implica que la incorporación de la prueba se realice conforme a los principios del debido proceso, respetando los derechos del imputado (inmediación y debido proceso) y los derechos de las víctimas (acceso efectivo a la justicia). En relación a lo establecido en el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, se determina que, por excepción, pueden incorporarse medios probatorios en procura de la eficacia de la función pública en el debido proceso, para evitar que por meras formalidades este se dilate, o que se produzcan actos probatorios deficientes; esta excepcionalidad desarrolla el principio de celeridad y eficiencia, se conecta en el fondo únicamente con los delitos que causan mayor alarma social y está orientada a evitar una tardía intervención en la recolección de la prueba. Esta necesidad justifica la existencia de estas normas de excepción, que evitan que se vulneren derechos constitucionales. Ahora bien, es indispensable que estas normas se entiendan en el marco jurídico de las garantías constitucionales y el derecho procesal penal, lo cual implica que las situaciones de excepción deban ser justificadas por el fiscal, la policía o las partes que son las que solicitan al juez que, *por urgencia*, se realice un acto probatorio.

La Corte Constitucional, para el periodo de transición, luego de un amplio análisis de la Constitución de la República del Ecuador, tratados internacionales de los que el

CASO N.º 0002-08-CN

Ecuador es suscriptor, doctrina y dogmática constitucional y penal, determina que no existen razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes que posibiliten la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas consultadas en la acción (*supra*), señalando que el dictamen de inconstitucionalidad exige una carga de argumentación mayor y más rigurosa que la que se expone en la petición

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrado Justicia Constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional, para el período de transición, expide la siguiente

SENTENCIA

1. Que los artículos 80 y 210 del Código de Procedimiento Penal vigente, objeto de la Consulta son constitucionales.
2. Devolver el expediente al Juez.
3. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

Dr. Patricio Pazmiño Freire
PRESIDENTE

Dr. Arturo Larrea Jijón
SECRETARIO GENERAL

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de 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, Diego Pazmiño Holguín, Nina Pacari Vega, Manuel Viteri Olvera y Patricio Pazmiño Freire, sin contar con la presencia del doctor Edgar Zárate Zárate, en sesión del día jueves catorce de mayo de dos mil nueve.- Lo certifico.

Dr. Arturo Larrea Jijón
SECRETARIO GENERAL