

# **PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES PARA LA JUSTICIA PENAL**

**Por Alfonso Zambrano Pasquel<sup>1</sup>**

## **Derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial**

El artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a ser oída, en cualquier proceso, por un "tribunal competente, independiente e imparcial". El cumplimiento de estos tres requisitos permite garantizar la correcta determinación de los derechos y obligaciones de las personas. Tales características, además, deben estar presentes en todos los órganos del Estado que ejercen función jurisdiccional, según lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Una síntesis sobre estas características que deben estar presentes en todos los tribunales puede ser presentada de la siguiente forma:

- El tribunal competente: Se considera tribunal competente a aquel que de acuerdo a determinadas reglas previamente establecidas (territorio, materia, etc.), es el llamado para conocer y resolver una controversia. También conocido como el derecho a un juez natural, esta garantía presenta dos alcances: por un lado, la imposibilidad de ser sometido a un proceso ante la autoridad de quien no es juez o que carece de competencia para resolver una determinada controversia; y por otro, que la competencia de los jueces y tribunales se encuentre previamente establecida por la ley.
- El tribunal independiente: La independencia de los tribunales alude al grado de relación que existe entre los magistrados de las diversas instancias del Poder Judicial, respecto a los demás órganos del Estado, en especial los de carácter político, como lo son el Ejecutivo o el Legislativo. En este sentido, los jueces se encuentran obligados a dar respuesta a las pretensiones que se les presentan, únicamente con arreglo a derecho, sin que existan otros condicionamientos para tal efecto. Asimismo, en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, ningún juez o tribunal se encuentra sometido a la voluntad de las instancias

---

<sup>1</sup> Profesor de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

superiores, debiendo en consecuencia mantener también su independencia respecto a todos los demás órganos judiciales.

- El tribunal imparcial: La garantía del tribunal imparcial permite contar con órganos jurisdiccionales que aseguren a las personas que sus controversias serán decididas por un ente que no tiene ningún interés o relación personal con el problema, y que mantendrá una posición objetiva al momento de resolverlo. En consecuencia, la imparcialidad de los tribunales implica que las instancias que conozcan cualquier clase de proceso no deben tener opiniones anticipadas sobre la forma en que los conducirán, el resultado de los mismos, compromisos con alguna de las partes, etc. Asimismo, esta garantía obliga al magistrado a no dejarse influenciar por el contenido de las noticias o las reacciones del público sobre sus actuaciones, por información diferente a la que aparece en el proceso, ni por influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas de cualquier sector.

Los derechos relacionados con el tribunal competente, independiente e imparcial han sido objeto de un importante análisis en la región andina a propósito de la actividad desarrollada por la denominada "justicia militar".

Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos no considera contraria a la Convención Americana la existencia de estos tribunales, estima necesario tomar en cuenta determinados criterios para su regulación a nivel interno, especialmente en lo que se refiere a necesidad de dejar fuera de su competencia el juzgamiento de civiles.

En este sentido, la Corte Interamericana ha señalado que "(...) en un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar".

La justicia constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la competencia de la justicia militar en diferentes oportunidades.

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre el delito y la actividad del servicio, es decir, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero además, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de las tareas encomendadas a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor. En tales casos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron desde el inicio criminales.

Un tema polémico lo constituye la relación de la justicia militar con los delitos que implican una violación de los derechos humanos. Sobre este tema la Corte Constitucional de Colombia también ha tenido oportunidad de pronunciarse y ha señalado que las conductas constitutivas de los delitos de lesa humanidad son manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de la persona, por lo cual no guardan ninguna conexidad con la función constitucional de la Fuerza Pública, hasta el punto de que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia. Para la Corte, un delito de lesa humanidad es extraño a la función constitucional de la Fuerza Pública y jamás puede tener relación con actos propios del servicio, ya que la sola comisión de esos hechos delictivos disuelve cualquier vínculo entre la conducta del agente y la función militar o policial, por lo cual su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria.

### **El derecho a ser juzgado en un plazo razonable**

El artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas

garantías "dentro de un plazo razonable", derecho exigible en todo tipo de proceso.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado en claro que el concepto de plazo razonable no resulta de sencilla definición. Para establecer un lapso preciso que constituya el límite entre la duración razonable y la prolongación indebida de un proceso, la Corte ha señalado que es necesario examinar las circunstancias particulares de cada caso. En este sentido ha manifestado, compartiendo el criterio establecido por la Corte Europea de Derechos humanos, que para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla un proceso se deben tomar en cuenta: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales.

Asimismo, la Corte Interamericana ha considerado importante tomar otro criterio desarrollado por la Corte Europea para determinar la razonabilidad del plazo de duración de un proceso: el análisis global del procedimiento. La Corte, en consecuencia, no opta por precisar un plazo determinado en días calendarios o naturales como el máximo de duración aplicable a un proceso sino que brinda unos criterios a ser evaluados por la judicatura para precisar si se afecta o no el derecho a la duración de un proceso en un plazo razonable, según las características de cada caso.

Este tema ha sido abordado en reiteradas oportunidades por el Tribunal Constitucional del Perú, aunque orientado a exigir el debido cumplimiento de los plazos máximos establecidos legalmente para mantener privada de libertad a una persona durante el desarrollo de un proceso penal. En sus decisiones, el Tribunal Constitucional ha señalado que una forma de detención arbitraria por parte de una autoridad o funcionario lo constituye el hecho de omitir el cumplimiento obligatorio de normas procesales que disponen la libertad inmediata de un detenido, como el caso del beneficio procesal de excarcelación por exceso de detención, previsto en el artículo 137º del Código Procesal Penal.

En este sentido, el Tribunal ha precisado que la medida cautelar de detención no debe durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los fines de la investigación. Con estos argumentos, el Tribunal ha decretado la excarcelación de varias personas que se encontraban con

orden de detención debido a las investigaciones realizadas por las autoridades judiciales en el marco de procesos penales seguidos contra ellas por tráfico ilícito de drogas.

En Ecuador y a propósito de la caducidad de la prisión preventiva, hemos sostenido que se debe limitar ese beneficio cuando dolosamente propicia la caducidad el propio justiciable,<sup>2</sup> habiendo manifestado: que de acuerdo con el Art. 174 segundo inciso de la Constitución del 2008, *la mala fe procesal, el litigio malicioso o temerario, la generación de obstáculos o dilación procesal, serán sancionados de acuerdo con la ley.*

De manera que en los casos en que la malicia o temeridad de quien litiga, los actos procesales dilatorios e inclusive la proposición de recursos tienen el propósito deliberado de entorpecer la normal marcha procesal, no debiera funcionar la caducidad de la prisión preventiva por el sólo vencimiento del plazo. Hace mucho tiempo hemos sostenido que nadie debe beneficiarse de su propio dolo, pues resulta ilegítimo que si la conducta dilatoria proviene del propio imputado o de su defensa, agotado el plazo se lo *premie con la caducidad de la prisión preventiva.*<sup>3</sup>

### **La incorporación de documentos fuera del plazo**

En Ecuador es un tema de preocupación, el irrespeto a los plazos y en más de una ocasión de mantienen abiertas indagaciones con el manido argumento de que el delito aun no prescribe, y hasta se llega a incorporar en una indagación previa cuyo plazo de duración ha expirado, un informe de perito que ha sido forjado sin el conocimiento de ninguna de las personas indagadas, y sin que se las hubiese convocado para establecer una peritación caligráfica, con lo cual se les ha impedido ejercer a plenitud el *derecho constitucional a la defensa* que es una de las garantías del derecho al debido proceso previsto en el Art. 76 n. 7 letras a), b) y c) que expresan que: *nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa grado del procedimiento; que se debe contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa, y que reconoce el derecho a ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.*

---

<sup>2</sup> Cf. Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, *Delincuencia Organizada Transnacional. Doctrina Penal. Constitucional y Práctica Penal*, EDILEX S.A., Lima, 2011.

<sup>3</sup> Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, *Del Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo. El Sistema Interamericano de DD.HH. a través de sus sentencias*, EDILEX S.A., Lima, 2011, p. 207 y ss.

Esta pretendida utilización como elemento de convicción de un peritaje muchas veces forjado, espurio y falso, *deja en indefensión absoluta a los justiciables*, ante lo cual deben ejercer su derecho a reclamar el respeto a una *tutela judicial efectiva* y al *derecho al debido proceso*, *pidiendo desde que se excluya este documento, que fuera de plazo se pretende incorporar*.

Este pretendido procedimiento es violatorio del derecho a una tutela judicial efectiva a través del respeto al debido proceso, y a la inviolabilidad de la defensa.

Es un acierto que es la propuesta del *CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL* se señalen como carentes de valor las actuaciones de investigación una vez que se agota el plazo para la indagación previa, cuyo máximo es de hasta un año, pues el Art. 188 de la propuesta señala:

**“Duración.-** La duración de la investigación previa no podrá superar los siguientes plazos, que se contarán desde la fecha en que la o el fiscal dio inicio a la investigación previa, si fuere a través de denuncia, informe policial o de oficio...

En caso de existir diligencias o actuaciones posteriores a dichos plazos, por parte de la o el fiscal, éstas no tendrán validez legal alguna”.

### ***El acceso a la jurisdicción***

Toda persona tiene la facultad de recurrir ante los órganos jurisdiccionales del Estado para obtener la protección de sus derechos o para hacer valer cualquier otra pretensión. De esta manera se asegura la tranquilidad social, en tanto las personas no realizan justicia por sus propias manos ya que cuentan con una instancia y un proceso, previamente determinados por la ley, por medio del cual pueden resolver sus controversias. Me permito recordar que la fiscalía en Ecuador, de acuerdo con la Constitución de 2008 es un órgano de la función jurisdiccional (Art. 194) y está obligada a actuar *con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso*.

En otras palabras, todas las personas tienen el derecho de acceder al sistema judicial, para que los órganos llamados a resolver su pretensión la estudien y emitan una resolución motivada conforme a derecho. Impedir este acceso es la forma más extrema de denegar justicia.

Este derecho se encuentra previsto en el artículo 8.1 de la Convención Americana, cuando se hace referencia al derecho de toda persona a ser oída para la resolución de sus controversias, con las garantías debidas y por un tribunal competente, independiente e imparcial.

Este derecho de acceso a la justicia merece un especial interés a propósito de la normativa vigente en los países de la región Andina de la que forma parte el Ecuador, respecto a los mecanismos previstos para la protección judicial de los derechos fundamentales. Como es sabido, las normas internacionales sobre derechos humanos reconocen el derecho de toda persona a la protección judicial de sus derechos fundamentales. Para tal efecto, establecen la obligación por parte de los Estados de asegurar la existencia de los recursos adecuados y efectivos que permitan dicha protección.

A nivel regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido al recurso rápido y efectivo al que hace referencia el Artículo 25º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado que no basta con que este recurso se encuentre previstos de modo expreso en la Constitución o la ley, o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere, además, que sea realmente adecuado y eficaz para determinar si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y para adoptar las medidas necesarias que permitan restablecer el derecho vulnerado.

Respecto a lo que debe entenderse por un recurso adecuado, la Corte Interamericana ha señalado que la función de esos recursos, dentro del derecho interno, debe ser "idónea para proteger la situación jurídica infringida". En relación a la eficacia del recurso, la misma Corte ha considerado que éste debe ser "capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido".

En Ecuador se puede ejercer el *derecho de petición* que es igualmente una garantía de acceso inmediato y de respuesta motivada y oportuna (Art. 66 n. 23 de la Constitución de 2008).

### ***La presunción de inocencia***

La Constitución de Montecristi, reconoce lo que la doctrina llama también como *principio de presunción de inocencia* en el Art. 76 n. 2, que establece que *se presumirá la inocencia de toda persona y será*

*tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.* El artículo 8.2 de la Convención Americana establece que "toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad".

En cuanto a su contenido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que "el principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla".

Similar interpretación ha realizado la Corte Constitucional de Colombia sobre el contenido de la presunción de inocencia. En este sentido ha señalado que se trata de uno de los derechos más importantes con los que cuenta todo individuo y que para desvirtuarla "es necesario demostrar la culpabilidad de la persona con apoyo de pruebas fehacientes debidamente controvertidas, dentro de un esquema que asegure la plenitud de las garantías procesales sobre la imparcialidad del juzgador y la íntegra observancia de las reglas predeterminadas en la ley para la indagación y esclarecimiento de los hechos, la práctica, discusión y valoración de las pruebas y la definición de responsabilidades y sanciones".<sup>4</sup>

En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que la simple actuación probatoria a cargo del fiscal o del juez no basta para desvirtuar la presunción de inocencia, ya que tal situación sólo es posible si las acciones que lleva a cabo el Estado garantizan el pleno ejercicio del derecho de defensa del acusado. Si la prueba se produce sin que pueda ser conocida o controvertida por parte del acusado, ella no puede servir como fundamento de ningún pronunciamiento judicial condenatorio.

Para el cumplimiento de tales objetivos, la Corte Constitucional de Colombia ha considerado especialmente importante respetar el derecho de defensa, lo cual implica comunicar oportunamente a una persona los

---

<sup>4</sup> Eduardo JIMENEZ J., en *El Debido Proceso*. Puede ser revisado en nuestra página web en [www.alfonsozambrano.com](http://www.alfonsozambrano.com)



motivos por los cuales se le inicia un proceso penal. En este sentido ha señalado:

"El derecho a la presunción de inocencia, que acompaña a toda persona hasta el momento en que se le condene en virtud de una sentencia en firme (...), se vulnera si no se comunica oportunamente la existencia de una investigación preliminar a la persona involucrada en los hechos, de modo que ésta pueda ejercer su derecho de defensa, conociendo y presentando las pruebas respectivas. La inocencia como valor individual comprende su defensa permanente, la cual mal puede diferirse a un momento lejano luego de que el Estado sin conocimiento del imputado y por largo tiempo haya acumulado en su contra un acervo probatorio que sorprenda y haga difícil su defensa (...)"

### ***Sobre la inviolabilidad del derecho a la defensa***

El artículo 8.2 de la Convención establece un conjunto de garantías mínimas que permiten asegurar el derecho de defensa en el marco de los procesos penales. Entre estas garantías se encuentran:

El derecho del inculpado a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada en su contra.

La concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.

El derecho del inculpado a defenderse por sí mismo o a través de un defensor de su elección o nombrado por el Estado.

A continuación presentamos algunos alcances sobre el desarrollo de estas garantías en la jurisprudencia constitucional andina.

1. El derecho del inculpado a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada en su contra.

Este derecho es esencial para el ejercicio del derecho de defensa pues el conocimiento de las razones por las cuales se le imputa a alguien la presunta comisión de un delito, permite a los abogados preparar adecuadamente los argumentos de descargo. Este derecho se ve satisfecho si se indica con claridad y exactitud las normas y los supuestos de hecho en que se basa la acusación.

En esta dirección, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que "el derecho al debido proceso contiene en su núcleo esencial el derecho a conocer tan pronto como sea posible la imputación o la existencia de una investigación penal en curso -previa o formal-, a fin de poder tomar oportunamente todas las medidas que consagre el ordenamiento en aras del derecho de defensa".

Por su parte, el Tribunal Constitucional del Perú ha considerado ilegales, inconstitucionales y arbitrarios los mandatos de detención que carecen de motivación, adjetivos que asimismo ha extendido a la privación de libertad efectuada al amparo de tales resoluciones.

## 2. La concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa

Nos encontramos aquí ante dos derechos. Por un lado, a contar con el tiempo adecuado para preparar la defensa, y por el otro, a contar con los medios, igualmente adecuados, para tal efecto. Esto implica diversos aspectos, como por ejemplo, acceder a documentos y pruebas con una antelación suficiente para preparar la defensa, ser informado con anticipación de las actuaciones judiciales y poder participar en ellas, etc. Desde esta perspectiva, el respeto a este derecho tiene una importante incidencia en los ordenamientos jurídicos de cada país, en especial sobre las normas que regulan los procesos penales, puesto que su contenido debe respetar los estándares que a nivel internacional se consideren como los apropiados, en cuanto a tiempo y medios, para garantizar una adecuada defensa.

Un aspecto de especial importancia en relación a este tema lo constituye la garantía de poder acceder al expediente judicial. En este sentido, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha considerado que el derecho a la defensa técnica debe estar garantizada desde el mismo momento en que se ordena investigar a una persona y que no basta con que se garantice la presencia física del abogado sino que se le debe permitir el acceso al expediente. Para la Corte, el defensor contribuye al esclarecimiento de los hechos mediante la contradicción y examen de las pruebas, lo que no se puede realizar si se impide u obstaculiza su acceso al expediente.

## 3. La concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.

### **Ergo:**

La pretensión de algunos fiscales, de incorporar fuera del plazo, experticias documentales forjada a espaldas de las personas denunciadas o indagadas, es inconstitucional e inconvenional (contrario a la Convención), pues viola tanto el Art. 76 n. 7 de la Constitución de Montecristi, como la Convención Americana de derechos Humanos o Pacto de San José (1969), ratificada por el Ecuador y vinculante por expreso mandato de los artículos 10, 11 n. 7, 417, 424 y 425.

Resulta ilógico que se incorpore un documento realizado a espaldas de los justiciables, y aunque asumimos que no pueda afirmarse que alguno de los denunciados es el autor de una falsedad material, esa experticia un medio de prueba ilícita.

### **La necesidad de excluir la prueba ilícita <sup>5</sup>**

Hace muchos años que el Prof. Dr. Dr. h. c. Jorge E. Zavala Baquerizo (cuyo Tratado de Derecho Procesal Penal actualizado es de 11 volúmenes), nos enseñaba que el proceso penal es el camino o vía para convertir en *verdad procesal* lo que es una *verdad histórica*, pues los hechos podían haber ocurrido de una determinada manera, pero los mismos tenían que ser acreditados en el proceso penal a través de la prueba. Sólo nos resta agregar y por nuestra parte que solamente podemos llegar a la *verdad procesal* a través de la *prueba lícita*.

Con la Constitución de 1998 (Art. 24 numeral 14) y con la vigente de Montecristi del 2008 (Art.76 numeral 4), ha tomado carta de residencia desde el ámbito constitucional el *principio de la prohibición absoluta de la prueba ilícita*. Hoy determina la Constitución: "Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria". La Constitución anterior decía: "Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna". Hoy el agregado es importante y destaca las consecuencia de un *vicio in procedendo* que es insubsanable, y que convierte en ineficaz la actividad probatoria inconstitucional que es además ilícita.

---

<sup>5</sup> Cf. Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, *La Prueba Ilícita en el Proceso Penal*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009.

Tanto el Art. 25 de la Ley Orgánica de aquella época como el reciente Código Orgánico de la Función Judicial del 9 de marzo del 2009, (Art. 285 numeral 3) preservan el derecho a la defensa, que es una de las garantías del derecho al debido proceso, previsto en el Art. 76 numeral 7 de la Constitución que reconoce la inviolabilidad del derecho de defensa que implica contar con el tiempo necesario para poder ejercerla, esto forma parte de la normativa internacional de los derechos humanos, reconocido expresamente en el Pacto de San José o Convención Americana de DD. HH. (cfr. Art. 8 de la Convención).

Si los justiciables nos son convocados para que ejerzan el derecho a la defensa en la indagación previa como señala el Art. 285 n. 3 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, el procedimiento es inconstitucional. Dice el artículo que invoco:

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

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

La disposición que cito guarda relación con el Art. 76 n. 4 de la Constitución de 2008, que señala:

**“Art. 76.- Garantías básicas del derecho al debido proceso.-** En todo proceso en que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

En un polémico caso, al resolver en casación una *sentencia por narcotráfico*, dice la 2da. Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia en el fallo del 11 de junio del 2009, refiriéndose a la validez de la prueba:

“Tanto el Tribunal Juzgador como el Tribunal de Apelación omiten la obligación jurídica constitucional de ejercer la función de garantes de la observancia de las garantías del debido proceso, establecida en los Arts. 18, 24, 192 y 273 de la Constitución Política anterior y que corresponde a los actuales Arts. 11, 76, 77, 169 y 426 de la Carta Magna vigente, porque acepta como prueba actuaciones procesales inconstitucionales y además

vulnera las reglas de la sana crítica contempladas en el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal, ya que estos actos inconstitucionales son impertinentes con relación a la demostración de los elementos objetivos constitutivos de cualesquiera de las conductas alternativas determinadas en el tipo penal contenido en el Art. 84 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, vigente al momento de la sentencia...”

En otros párrafos dice la Sala en el fallo invocado, y con respecto al peritaje que se cumplió dejando en indefensión al acusado:...

” Como se ve, se trata de un peritaje realizado sobre certificaciones que constituyen documentos, que en la sentencia no consta que hayan sido agregados al proceso en la forma que establece el Art. 152 del Código de Procedimiento Penal, es decir, con observancia de los principios de presentación o exhibición, intermediación, publicidad, oralidad y contradicción, en la audiencia que para este efecto establece esta disposición procesal, por lo que se viola el Art. 194 de la Constitución Política anterior, que contempla a tales principios como garantías del debido proceso y que actualmente constan en el numeral 6 del Art. 168, Art. 169 y Art. 75 de la Carta Magna vigente, así como también se viola el Art. 11 del Código de Procedimiento Penal. Además no consta que para la experticia documentológica mencionada haya sido notificado el ahora recurrente, para que ejerza el derecho que le confiere el Art. 95 del Código Procedimiento Penal, es decir, para que designe su propio perito, para que intervenga en la experticia y de esta forma ejercer la contradicción a su derecho para defenderse, por lo que en la sentencia se viola estas disposiciones constitucionales y legales...”.

### **Algunas precisiones**

1.- En ejercicio del derecho que le asiste al justiciable, cuando sus derechos y garantías se vean afectados, debe reclamar el cumplimiento inmediato del Art. 75 de la Constitución que dice:

**“Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de intermediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”.**

2.- El *derecho a la tutela judicial efectiva* que está previsto en el Art. 75 de la Constitución de 2008, demanda: 1) la existencia de un procedimiento exigible que resulte rápido y eficiente para atender el reclamo del justiciable, b) la presencia de un juez o autoridad que atienda de manera pronta y oportuna el reclamo resolviendo; y, c) el cumplimiento inmediato – sin dilaciones- de la decisión del juez o de la autoridad.

3.- El Art. 11. N. 3 de la Constitución de Montecristi señala que *los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.*

*Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.*

*Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.*

El numeral 4 señala:

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

Y el numeral 5, dice:

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

4.- Ramiro AVILA SANTAMARIA nos explica que la denominación *estado de derechos* a que se refiere la Constitución del Ecuador del 2008, no es una equivocación semántica sino que "en el estado de derechos, los derechos, que son creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al estado, someten y limitan a todos los poderes incluso al constituyente; en este último caso, diríamos que la parte dogmática tiene una relación de importancia superior a la orgánica, y que incluso prima en importancia en el texto jurídico al establecer el fin y al instrumentalizar para su efectivo cumplimiento a los órganos estatales".<sup>6</sup> El juez está más allá de ser la simple "boca de la ley", y en el planteamiento de FERRAJOLI, existen las llamadas *normas hipotéticas* (que vendrían a ser el equivalente de las reglas).

---

<sup>6</sup> Ramiro AVILA SANTAMARIA. *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución del 2008*, Abya Yala, Quito, 2011, p. 122.

En el sistema legislativo de derecho y como concretización del principio de seguridad jurídica, una *norma* hipotética tiene tres elementos: una condición o hipótesis de hecho, un vínculo causa-efecto, y una obligación. La hipótesis de hecho debe cumplirse en la realidad; si esto sucede solo cuando un juez puede imputar el hecho a una persona y subsumirlo en una regla, se producirá la consecuencia prevista en el sistema jurídico. Las reglas se condensan en un código sustantivo que impide que el juez haga algo más allá de lo previsto en el texto jurídico. La ley, en todo el territorio nacional, dice qué es lo que debe hacer el Estado, qué es lo que no deben hacer las personas y qué es lo que debe aplicar el juez. Esto es la seguridad jurídica: las conductas obligadas, permitidas y prohibidas están predeterminadas y las personas saben a qué atenerse. De lo contrario, de existir otras fuentes del derecho, se provocaría un sistema inseguro y arbitrario. No conviene, por tanto, admitir otras fuentes del derecho porque generaría caos y confusión.

Como el sistema jurídico no puede basarse únicamente en reglas para resolver los conflictos y solucionar los problemas que se suscitan, se ha visto necesario establecer principios. Los principios, según la terminología de L. Ferrajoli, se denominan *normas téticas*. La norma tética, no tiene hipótesis de hecho, no tiene el vínculo causa-efecto y tampoco tiene una obligación concreta. La norma tética o principio no se puede (o no se debería) aplicar de forma automática en una sentencia o resolución; la norma tética requiere convertirse, en el caso concreto, en una regla a través de un proceso complejo de argumentación jurídica, que es tarea que le corresponde al juez para resolver el reclamo del

### **Exigencia del cumplimiento del derecho al debido proceso**

Cuando nos referimos al *debido proceso*<sup>7</sup> entendemos por tal, a aquel en el que se respeten las garantías y derechos fundamentales, previstos en la Constitución, en las leyes que rigen el ordenamiento legal del país, y en los pactos, tratados y convenios que han sido ratificados y que en consecuencia forman parte de la normativa interna del país y que son de forzoso e incuestionable cumplimiento. El *debido proceso penal* por su especificidad, tiene que ver con el respeto a las garantías y derechos fundamentales, que le asisten a cualquier ciudadano que es objeto de

---

<sup>7</sup> Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, *Del Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo. El Sistema Interamericano de DD.HH a través de sus sentencias*, EDILEX S.A, Lima- Perú, 2011, p. 424 y ss.

una imputación delictiva o que es sometido a un proceso penal. La *legalidad del debido proceso penal* es un imperativo propio de la vigencia de un Estado de Derecho en el que deben hacerse efectivos los principios rectores del proceso penal, que en definitiva constituyen y dan contenido a la garantía del debido proceso; esos principios rectores son la columna vertebral de un sistema procesal penal determinado.<sup>8</sup>

Hablar del *debido proceso penal* es referirnos igualmente al respeto a los derechos humanos en la Administración de Justicia Penal, que como sabemos se refieren a aquellos derechos fundamentales que le son reconocidos a cualquier persona que, por una u otra razón, justa o injustamente entran en contacto con los sistemas de justicia penal en un país, refiriéndonos a un concepto de justicia penal en sentido amplio; es decir teniendo en cuenta no solo la fase judicial - penal, sino que cubre la actividad de los órganos represivos del Estado.<sup>9</sup>

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, se reconocen ya una serie de derechos estrechamente vinculados con la administración de justicia penal, pues se consagra el derecho a la vida, la seguridad e integridad personales, el derecho a no ser sometido a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, se hace referencia al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la igualdad ante la ley, al derecho de recurrir a una autoridad competente en caso de considerarse violados los derechos fundamentales, el derecho a no ser arbitrariamente detenido o encarcelado, etc. Pero, para hacer efectivo el respeto a esos derechos fundamentales, han ido surgiendo una serie de instrumentos internacionales que en los últimos años, se han venido aplicando con marcada eficacia en el caso particular de nuestro país, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

### *Contenido del debido proceso penal*

En un Estado de Derecho el perseguimiento y la sanción de los delitos es responsabilidad exclusiva del Estado, que debe ser el titular del ejercicio

---

<sup>8</sup> Jorge ZAVALA BAQUERIZO, *EL debido proceso penal*, Edino, 2002, 351 páginas.

<sup>9</sup> Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, *Proceso penal y garantías constitucionales*. Biblioteca de Autores de la Facultad de Jurisprudencia. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito. 2005, p. 39-80.



de la acción penal, sin que se menoscabe su titularidad por la posibilidad de que la acción penal en cierto tipo de delitos pueda ser ejercida por el particular ofendido, como acontece en los denominados delitos de acción penal privada.

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

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

Es suficientemente sabido que el Estado debe garantizar a todos sus habitantes (incluyendo a los que están en la cárcel), sin discriminación alguna (cualquiera que fuese el tipo de delito), el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos (Pacto de Costa Rica) convenios y mas instrumentos internacionales vigentes (El Pacto de San José está vigente). Dice el art. 11 n. 3: "Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte..." *Directa e inmediatamente aplicables*, significa la imposibilidad que se hable de plazos, y aquí en forma expresa se

establece que no hay plazos, al afirmar que los derechos y garantías serán de aplicación directa e inmediata!

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

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

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

Como bien dice el Prof. Dr. Luigi Ferrajoli, *"La tercera garantía procesal de segundo grado, apta para garantizar la satisfacción y el control de todas las demás, es el desarrollo de las actividades judiciales, y sobre todo de las probatorias, según formas y procedimientos predeterminados por la ley. Es claro que no quedaría asegurada la actuación de ninguna de las garantías procesales si no estuvieran prescritas y sancionadas sus modalidades. El conjunto de estas modalidades y formalidades que conforman el rito fue instituido, como dice Carrara, para frenar al juez (...)Un código de procedimiento que prescribiera ciertas formas, sin decretar la anulación de los hechos con que a ellas se contraviniera, sería una mixtificación maliciosa por medio de la cual se pretendería hacerle creer al pueblo que se provee a la protección de las personas honradas, en tanto que a nadie se protege.*

*Por ello, la observancia del rito no es sólo una garantía de justicia, sino también una condición necesaria de la confianza de los ciudadanos en la justicia”<sup>10</sup>*

---

<sup>10</sup> LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, 1995, Ed. Trotta, España, Pág. 121