



FACULTAD DE DERECHO

ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DEL DOBLE CONFORME Y SU APLICACIÓN EN
EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL ECUATORIANO

Trabajo de titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la
República

Profesor guía

Ab. Nicolás Burneo Arias

Autor

Juan Andrés Lasso Flores

Año

2014

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”

Ab. Nicolás Burneo Arias.

CC: 171184463-7

DECLARACIÓN DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

Juan Andrés Lasso Flores

CC: 172207323-4

AGRADECIMEINTOS

Gracias infinitas a mis padres por darme la educación y encaminarme en el bien, porque a ellos les debo todo lo que soy, lo que puedo llegar a ser, a mi tío, Jorge R. Flores S, quien dedicó y sacrificó su tiempo en mi beneficio, a todos quienes me apoyaron en este propósito. Con estas palabras nadie escapa a este eterno agradecimiento.

“Con constancia y tenacidad se obtiene lo que se desea; la palabra imposible no tiene significado” Napoleón

DEDICATORIA

Dedicado especialmente a mi hermano Jorge Andrés Lasso por ser el soporte y el motivo de mí esfuerzo, a mí familia y al equipo profesional con el que trabajo, con quienes a diario comparto experiencias, conocimientos y muestras de amistad y gratitud, por su apoyo, su confianza, por creer en mí.

RESUMEN

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, su ordenamiento jurídico ha sido diseñado sobre todo para garantizar los derechos de las personas.

En el mismo sentido, parte de sus herramientas jurídicas son los instrumentos internacionales que en este trabajo han sido analizados para poder tener una visión clara de los derechos de las personas, especialmente el derecho a recurrir y de como ejecutarlo con el fin de que no se violente este y otros derechos vinculados al mismo.

Al analizar los fundamentos tanto teóricos como normativos se ha logrado definir de manera más específica al “*doble conforme*”, esencialmente como una garantía constitucional, por ello que el análisis que la normativa constitucional y de los tratados internacionales vigentes han sido indispensables.

Del análisis de la teoría se puede concluir que el doble conforme se configura como tal, al momento en que se obtienen dos sentencias concordantes y univocas, de dos instancias diferentes, que habrían revisado íntegramente las sentencias con el fin de que estas hayan sido legal y correctamente dictadas, valorando tanto los fundamentos de hecho como de derecho.

Procesalmente nuestro sistema prevé la etapa de impugnación, momento que se considera de suma importancia para la aplicación de doble conforme ya que es aquí donde se deben construir los pilares que respalden al sujeto vulnerable en el proceso penal, es decir el acusado.

De los casos posibles para la aplicación del doble conforme se considerará, el imposibilitar jurídicamente la aplicación de recursos, para el acusador particular y Fiscalía ante la presencia de doble conforme favorable al acusado, así como

la posibilidad que debe tener siempre el acusado de aplicar recurso de casación aún ante la presencia del doble conforme.

El aporte que se desprende de la realización de este trabajo es el reto que constituye el adecuar el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano a la posible aplicación de esta garantía, más aun cuando se tiene como antecedente el debate del Proyecto del Código Orgánico Integral Penal, que fue tratado por la Asamblea Nacional, y que en su momento trató de introducir lo que hemos entendido como la aplicación del doble conforme.

ABSTRACT

Ecuador is a constitutional state of rights and justice, its legal system has been design to guaranty the human rights.

In the same sense, part of the tools and international instruments that had been analyzed in this work have been to obtain a clear vision of the human rights, specially the right to appeal and implemented with the purpose to prevent the violation of this right and does linked to it.

By analyzing the theoretical and regulatory fundaments it has been possible to define more specifically the “double conform”, especially as a constitutional guaranty, for that the constitutional normative and international active analysis have been important.

Of the theoretical analysis we can conclude that the double conform was established, at the moment that we obtain two consistent and univocal pronunciations, in two different instances, pronunciations that had been review entirely with the purpose that both were legal and correctly dictated, valuing the legal and right fundaments.

Procedurally our system provides the impugnation stage, stage that is consider of big importance for the application of the double conform since it is were you may built the supports to the vulnerable subject in the penitentiary procedure, meaning the prosecuted.

From the possible cases to apply the double conform its consider, the legal preclude of the different legal resources, to the private prosecutor and prosecutor at the positive double conform towards the accused person, as the possibility that the accused person has to have to apply a resource even with the presence of the double conform.

The input achieved with this work is the challenge that implies the adaptation of the Ecuadorian criminal legal system to the possibility of applying this guaranty, even more when as a back ground we obtain the debate of the Integral Project of the Criminal Code, that was consider in the National Assembly, and that in its moment tried to implement what we understand as the double conform.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I.EL DOBLE CONFORME: CONCEPTO Y DESCRIPCIÓN	5
1.1 Fundamentos normativos.	5
1.2 Fundamentos teóricos.....	7
CAPITULOII.LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES ...	12
2.1 Las garantías constitucionales en el Estado social dederecho y en el Estado constitucional de derechos y justicia.....	12
2.2 Los derechos fundamentales; contenido esencial y limitaciones.....	18
2.3 Los límites directos e indirectos de los derechos fundamentales.....	22
CAPITULO III.EL DOBLE CONFORME: VINCULACIÓN CON OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES.	24
3.1 El derecho a recurrir.	24
3.2 El principio de inocencia.	28
3.3 El debido proceso.....	35
3.4 El derecho a la libertad.....	42
3.5 Derecho a la verdad.	47
3.6 Derecho a la defensa.....	51
CAPÍTULO IV.EL DOBLE CONFORME EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO	57

4.1 La etapa de impugnación.	57
4.2 Los recursos procesales como medios de impugnación.	60
4.3 Identificación del doble conforme con los recursos.	62
4.3.1 Recurso de Apelación.	62
4.3.2 Recurso de Casación.	64
4.4 Imposibilidad de aplicación de recursos, para el acusador particular y Fiscalía ante el doble conforme favorable al acusado, justificación.	69
4.5 Posibilidad de aplicación del recurso de casación para el acusado ante la presencia del doble conforme, justificación	71
4.6 Propuesta académica para la aplicación del doble conforme en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano.	73
CAPÍTULO V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	78
5.1 CONCLUSIONES	78
5.2 RECOMENDACIONES.....	80
REFERENCIAS	82
ANEXOS	88

INTRODUCCIÓN

Cuando un ciudadano considera que cualquiera de sus derechos ha sido afectado, tiene la posibilidad de acudir a las diferentes instituciones del Estado, sean judiciales o administrativas, para que se le restituya o garantice el ejercicio del derecho vulnerado.

La justicia por si mismo se constituye en el mejor instrumento para el ejercicio y garantía de los derechos en general; es por ello que se identifica como un elemento determinante para el desarrollo de la vida social y la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, hombres y mujeres, que buscan en ella mejorar su calidad de vida.

El desafío teórico y fáctico es demostrar y justificar que lo transcendentamente importante en el sistema de justicia penal, no son sus operadores, sino los usuarios, los ciudadanos identificados ya sea como víctimas, imputados o testigos.

Sin embargo, un leve análisis de la naturaleza humana permite identificar que los jueces, aun sin la presencia de una manifestación partidista notoria, tienen una posición política determinada como la tienen el resto de ciudadanos. Es esta característica la que les induce a sostener determinados criterios al momento de interpretar el ordenamiento jurídico, resolver conflictos judiciales, opinar y actuar en las grandes transformaciones jurídicas que exige la sociedad actual y/o limitar conforme sus atribuciones, los derechos de las personas.

La Constitución de la República vigente desde el 2008, fue diseñada, entre otros, con el objeto de rescatar la confianza de los ciudadanos en el Estado, en el caso que nos ocupa; en la administración de justicia, definiendo que los derechos fundamentales son el núcleo que debe proteger el sistema jurídico y que sus normas dejaron de ser simples preceptos que orientaban al legislador la formulación de leyes para transformarse en derechos, principios y valores

exigibles de manera más fácil y eficaz. Pero, avanzó aún más y estableció controles y límites claros y ciertos al ejercicio de este poder público porque si este llega a tornarse en autoritario e ilegal, afecta los derechos de sus propios usuarios.

La historia nos ha dado razón al afirmar que ningún sistema puro y crecientemente represivo, ha sido garantía de tutela de los derechos ciudadanos, ni de las víctimas, menos de los acusados. Incapaces de disminuir los índices criminales a través de sistemas inquisitivos y “duros”, solamente alentaron nuevos mecanismos procesales más ágiles, potenciados y exigibles, moldearon controles y restricciones que armaron un nuevo concepto filosófico y fáctico de los principios y valores constitucionales y de los instrumentos internacionales a favor de los derechos humanos, así quedó restablecida la supremacía de los derechos básicos, como por ejemplo, la presunción de inocencia, el debido proceso y la posibilidad de recurrir.

Respecto de la última enunciada, la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 76.7.m), determina expresamente como una garantía básica, otorgada a los sujetos procesales, la posibilidad de **“recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decidan sobre sus derechos”**.

De otro lado, la doctrina establece que el doble conforme, “es una garantía que exige que un ente superior a los que dictaron las sentencias, confirme la legalidad de una condena”, entonces, surgen varias interrogantes, ¿existiendo un doble fallo a favor del acusado cabe el derecho a recurrir para el acusador?; ¿existiendo doble fallo en contra del acusado es posible ejercer su derecho a recurrir?; ¿cuáles son los recursos idóneos para ejercer el derecho a recurrir? ¿Es el recurso de casación un instrumento válido para ejercer el derecho a recurrir?

Este trabajo procura encontrar los fundamentos necesarios para resolver estas preguntas; teniendo, por cierto, que no puede aceptarse que el derecho establezca murallas a la verificación de su propia realización; se profundizará, sobre el principio del doble conforme y su vinculación con las garantías constitucionales y con los derechos fundamentales, así como su identificación en el proceso penal ecuatoriano con la finalidad de ofrecer una alternativa útil y provechosa al sistema judicial en beneficio particularmente de sus usuarios, que como dejo señalado en líneas anteriores, son la esencia del sistema de administración de justicia ecuatoriana.

OBJETIVOS

Objetivo General

- Analizar la aplicación de la garantía del doble conforme en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano.

Objetivos Específicos

- Definir y describir la garantía del doble conforme.
- Analizar la doctrina y normativa nacional e internacional que ampara el ejercicio de la garantía del doble conforme.
- Evaluar la posibilidad de la aplicación de la garantía del doble conforme en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano.
- Proponer la inserción de la garantía del doble conforme en la normativa procesal penal.
- Recomendar el análisis profundo a la normativa nacional e internacional respecto del derecho de recurrir del procesado.

CAPITULO I

EL DOBLE CONFORME: CONCEPTO Y DESCRIPCIÓN

1.1 Fundamentos normativos.

Para fundamentar el tema que se desarrolla a continuación, es imprescindible definir el doble conforme o doble instancia; este es una garantía constitucional que obliga al Estado a confirmar, por dos ocasiones, a través de cuerpos colegiados diferentes, la legalidad de la condena estudiando en extenso la sentencia, en esas dos instancias o lo que es lo mismo el derecho del condenado a recurrir del fallo y de la pena.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), suscrita por el Ecuador el 22 de noviembre de 1969, instrumento conocido también como Pacto de San José de Costa Rica, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), suscrito el 4 de abril de 1968, establecen y correlacionan desde mi punto de vista garantías judiciales para la persona que ha sido imputada y sentenciada. Esto es lo que la legislación internacional ha llamado “la garantía del doble conforme”, sin perjuicio de que sea conocida también como “garantía de doble instancia”.

El primer instrumento en su artículo octavo al referirse a las Garantías Judiciales señala que:

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.(Convención Americana sobre Derechos Humanos)

De su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 señala que: Art. 14.- Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)

El Ecuador ratificó estos instrumentos internacionales en 1977 y 1969 respectivamente, por lo que debían ser de plena vigencia y aplicación, particularmente en el desarrollo del derecho procesal penal ecuatoriano, por el rango constitucional con que se disciernen. Lamentablemente el “deber ser” no se manifiesta en nuestro derecho procesal penal.

Respecto de las garantías constitucionales, Luigi Ferrajoli dice que son esenciales para los ciudadanos, particularmente en el juicio penal, porque se constituye simultáneamente **garantía de legalidad y de responsabilidad contra la arbitrariedad**(Ferrajoli, 2009) y que son los jueces, sometidos al imperio de la ley, los que deben constituirse el primer aval contra la injusticia, abuso y error.

La falta de aplicación del principio de doble conforme llevaría a que el error y la ilegalidad no sean advertidos y reparados con oportunidad. La Constitución del 2008 ha sido reconocida regional e internacionalmente como un instrumento de avanzada en lo que se refiere a la garantía de derechos, por lo que mal podría no observarse el cumplimiento de derechos y garantías.

En el tema propuesto, refiriéndose a los derechos de protección y aseguramiento al derecho del debido proceso, en el artículo 76.7.m, manifiesta el derecho a “recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

El argumento no es menor, particularmente en el sistema penal, no solamente por la importancia de los instrumentos internacionales que adquieren un rango constitucional, sino porque dentro de estos se erige como una garantía del derecho al recurso exclusivo para el imputado contra quien se ha dictado sentencia o que a pesar de haber sido absuelto se lo ha obligado a cumplir una medida privativa de su libertad o que ha vulnerado sus derechos fundamentales.

Fundamentos teóricos.

La garantía del “doble conforme”, conocida también como “garantía de doble instancia”, teóricamente está dirigida a favor del sentenciado cuya finalidad es impedir la ejecución de la pena, sin que un ente superior confirme la legalidad de la condena estudiando, en extenso, la sentencia para fallar nuevamente a cerca de las cuestiones de derecho pero también respecto de la verdad histórica, aún cuando los errores sean consecuencia de una inacabada defensa técnica, por esto con justa razón varios autores le han denominado “el juicio del juicio”.

La “garantía del doble conforme” hace que en una instancia de revisión un cuerpo colegiado superior (Juez o Tribunal Superior o de alzada) coincidiendo o discrepando con la sentencia que analiza, le otorgue mayor legitimidad, seguridad y tutela a través de una “doble verificación” de legalidad y de valoración de la prueba, según sea el tipo de recurso que se plantee.

De este modo la confirmación, anulación o revocación que obtiene el mismo resultado, ya en dos ocasiones, implica una alta probabilidad de acierto jurídico y legitimación de la decisión judicial.

Del análisis de los textos parecería impracticable e insostenible la posibilidad de un recurso impugnatorio por parte del acusador a dos sentencias absolutorias del imputado, lo que quiere decir que no puede entonces recurrir la sentencia de segunda instancia ante un tribunal superior más el imputado siempre puede recurrir la sentencia ante un tribunal superior.

Con fines explicativos, resulta válido tomar el ejemplo propuesto por el doctor, Giovanni Criollo Mayorga, (2010), que lo expone en los siguientes términos:

“Para ejemplificar un poco pongamos un ejemplo de cómo debe operar la doble conforme:

- 1.- un tribunal de garantías penales que absuelve al procesado;
- 2.- un fiscal que recurre el fallo absolutorio;
- 3.- un tribunal superior que acepta el recurso del fiscal y que condena al procesado.

En este caso no existe doble conforme porque el procesado solo tiene una condena y no dos; la doble conforme implica que **“el Estado me tiene que decir que yo soy culpable en dos ocasiones consecutivas, por medio de dos órganos judiciales distintos”, y como eso no ha ocurrido en el ejemplo propuesto, entonces el principio de la doble conforme no existe y por lo mismo se vulnera expresas disposiciones de los instrumentos internacionales antes vistas, lo cual produce, como no puede ser de otra manera, una responsabilidad del Estado al no adecuar su sistema recursivo dentro de los límites mínimos requeridos para la efectiva vigencia de los derechos humanos”** (Criollo, 2010).

En el ejemplo propuesto, el sentenciado puede impugnar contra esa condena, solo entonces se está garantizando su derecho **de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior**.

En el caso de que a la Fiscalía y/o al acusador particular le sea posible recurrir habiendo dos sentencias absolutorias a favor del acusado, se podría notar que este impracticable procedimiento, por decir lo menos, conduce “inexorablemente al infinito, hipótesis inconciliable con la lógica jurídica que preside los procedimientos judiciales que siempre deben tener un término.” (Jauchen, 2013)

Entonces, para el caso ecuatoriano, si teniendo una sentencia de primera instancia que ha sido revisada y analizada por un tribunal superior, que confirma el estado de inocencia del procesado, no cabría la interposición de recurso de casación penal para el acusador o fiscalía por dos circunstancias; la primera, porque este recurso está limitado a corregir los errores de derecho conforme lo señala el artículo 349 de la norma adjetiva penal que dice:

“el recurso de casación será procedente “(...) cuando en la sentencia se hubiera violado la ley ya sea por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación. **No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba**” (Código de Procedimiento Penal, 2012).

La segunda, porque su interposición procesal vulneraría el núcleo esencial de la “garantía del doble conforme”, es decir tener dos sentencias con el mismo resultado, consagrada en el PIDCP y CADH cuya jerarquía constitucional debe entenderse como formando un bloque único de legalidad que persigue la protección de los derechos del procesado.

Si por el contrario, una sentencia de segunda instancia fuese contraria a la de primera entonces se vuelve a rescatar la garantía del doble conforme, que en todos los casos, su objetivo principal es permitir que una sentencia adversa sea obligatoriamente revisada por un superior, orgánicamente reconocido como tal, antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada, porque lo que se busca es evitar dar ejecutoria a una decisión adoptada, con vicios y errores,

que perjudica no solamente los intereses sino los derechos de una persona en particular.

Entonces, ante la eventualidad de que existieran sentencias contrarias, la casación para ser el recurso idóneo que satisfaga el “doble conforme” debía ser decididamente tan amplia cuanto le fuera posible en lo referente a la revisión y valoración de los fundamentos de hecho cuanto de derecho, respetando la discrecionalidad de los Estados, para regular el ejercicio de este recurso; pero no debe haber la menor posibilidad de restringir o imponer requisitos que transgredan la esencia misma del derecho del “doble conforme” de forma tal que este se torne en una ilusión jurídica que no garantice la revisión integral de la sentencia recurrida.

Ha sido un concepto reiterado para Corte Interamericana de Derechos Humanos considerar que el “recurso de casación”, de manera general, no satisface la condición de “recurso amplio”, pues se ha demostrado incapaz de analizar integralmente los fundamentos debatidos, conforme las posibilidades y circunstancias de cada caso en particular y que, el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que debe ser observada en los procesos legales, es por ello que la principal recomendación para los países suscriptores de la Convención y de la competencia de la Corte, es justamente el adecuar el ordenamiento jurídico de un Estado para que exista la incorporación de una institución o recurso amplio y suficiente que revise de manera horizontal tanto los errores de hecho como de derecho que podrían tener una sentencia; situación que no ocurre cuando solo existe la “casación” como un medio impugnatorio que impide la revisión de los errores de hecho.

El indicado organismo internacional, tiene la convicción que debe ser un recurso ordinario, pero eficaz, mediante el cual el juez o tribunal superior procure corregir decisiones judiciales contrarias al derecho.

Por lo mencionado, considero, que así como el desarrollo procesal del juicio, le confiere al imputado un ejercicio casi ilimitado de sus facultades defensivas, el recurso de casación, en último caso, no debería ser aplicable al existir dos sentencias favorables para el procesado.

La temática de doble conforme resulta de especial interés en el caso ecuatoriano por las dificultades que ofrece, particularmente el recurso de casación, para alcanzar la revisión integral de una condena por un tribunal superior y las limitaciones surgidas del proceso oral caracterizado por posibilitar condiciones de apreciación de la prueba que resultan irreproducibles tras la finalización del juicio, más si nos referimos a la casación en el caso de que al condenado le sea necesario llegar hasta esta etapa.

Por todo lo dicho, el doble conforme queda establecido en el presente trabajo como una **garantía constitucional**, que debiendo incorporarse al procedimiento penal, resguarde el derecho a la defensa, asegurando la posibilidad que la sentencia de condena dictada por el tribunal de juicio sea revisada por otro órgano judicial superior para que la rectifique o ratifique, pero en el caso de que la sentencia del tribunal de primera instancia sea de inocencia y el tribunal superior, ante la interposición de un recurso la ratifique ya no se ejecutorie y no sea objeto de impugnación en casación, no así lo que contiene doble resolución de condena, que puede ser revisada por un tribunal de casación.

En líneas siguientes se analizará al doble conforme como un derecho y garantía constitucional a recurrir y su relación con la propuesta académica de que no cabe recurso de casación, de existir doble conforme favorable al sentenciado.

CAPITULO II

LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

2.1 Las garantías constitucionales en el Estado social de derecho y en el Estado constitucional de derechos y justicia.

Si como este trabajo académico sostiene que el doble conforme es una garantía constitucional, que debe ser regulada en el derecho procesal penal ecuatoriano, resulta indispensable profundizar lo que significa las “garantías constitucionales” en el Ecuador así como realizar una aproximación de su realidad, aplicación y vigencia en los actuales días.

La Constitución de la República del Ecuador fue diseñada para constituir un Estado cuyo máximo deber es respetar y hacer respetar los derechos humanos, la igualdad formal y fáctica la integridad, la tutela efectiva imparcial y expedita, el debido proceso y la motivación, la posibilidad de ser juzgado por un juez competente, **la facultad de impugnar decisiones judiciales, la seguridad jurídica** principalmente fundada en la legalidad que guía al proceso penal como medio de realización de la justicia la que debe responder a sus principios fundamentales como legalidad, mínima intervención penal y motivación.

Sin embargo, debemos considerar el contexto histórico y político del desarrollo constitucional ecuatoriano para comprender de mejor manera ciertas circunstancias que parecerían impedir el cumplimiento y guarda de sus preceptos y mandatos.

El art. 1 de la Constitución de 1998 determinaba que “El Ecuador es un *Estado social de derecho*, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico” (Constitución Política del Ecuador, 1998); por otro lado, la Constitución del 2008 señala que “El Ecuador es un *Estado constitucional de*

derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Las observaciones que ocupan en adelante este documento se refieren a la diferencia entre el “estado social de derecho” y el “estado constitucional de derechos y justicia social” y cuál es la influencia del texto constitucional vigente respecto del derecho a la libertad y la posibilidad de la aplicación de la garantía del doble conforme.

Al respecto Ramiro Ávila, señala claramente, que:

“El *Estado de derecho* el poder se somete estrictamente al **derecho**, el mismo que se presenta sea como la ley, como un sistema jurídico formal o en la *Constitución*, mientras que en el *Estado constitucional de derechos* el poder, público o privado, se somete a los **derechos**, a la garantía de su plena vigencia y respeto” (Ávila, 2008, pág. 29).

En este contexto, se añaden, al reconocimiento de la norma suprema, variados componentes de protección que hacen posible su eficacia jurídica y los convierte en instrumentos idóneos para regir imperativamente el accionar político y jurídico de quienes constituyen y representan los “poderes” del Estado.

No cabe duda, entonces, que nos encontramos en la era de los derechos, no de las obligaciones; navegamos en el tiempo en que los gobernados auto deciden su propio destino, porque se invirtió la centralidad tradicional del Estado y la ley, sobre los gobernados, determinando nuevas y diferentes relaciones, así como también una original y curiosa naturaleza del Estado ecuatoriano.

Recalco, nuevamente, la Constitución ecuatoriana, ha sido reconocida internacionalmente por su característica “*garantista*” de **derechos**, que sin duda demanda, categórica e invariablemente, conferir un auténtico carácter normativo para los derechos fundamentales, condición indispensable para su plena realización (Storini, 2009, pág. 287) desarrollando la capacidad ciudadana para reaccionar ante la vulneración de sus derechos.

Sin embargo de lo manifestado, Luigi Ferrajoli (Ferrajoli, Derechos y Garantías, la Ley del más débil., 2009, pág. 15), señala que “existe una crisis profunda y creciente del derecho determinada en primer lugar por una *crisis de legalidad*, marcada por el accionar ilegal del poder y por los conflictos de independencia entre el poder ejecutivo y el judicial”.

Una segunda arista de la crisis se configura por la contraposición existente entre el “Estado de Derecho” y el “Estado Social”, pues mientras el primero impone prohibiciones y límites a los poderes públicos para proteger el ejercicio de los derechos de libertad, el segundo exige del Estado prestaciones positivas para garantizar la satisfacción de los derechos sociales de las personas. (Ferrajoli, Derechos y Garantías, la Ley del más débil., 2009, pág. 16).

Un tercer aspecto está ligado a *la crisis del Estado nacional* representado por el debilitamiento del constitucionalismo provocado por los procesos de integración global, sean económicos, políticos, sociales, militares que han superado las fronteras físicas desplazando continuamente las sedes de decisiones nacionales y supranacionales.

Esta triada estaría siendo la base fundamental para una crisis de la democracia y de la capacidad regulatoria legal y constitucional del Estado que no ha sido capaz de solventar satisfactoriamente la complejidad de funciones que le son exigidas; tampoco ha podido definir los controles y responsabilidades del poder estatal poniendo en riesgo los derechos fundamentales y las garantías que permiten su ejercicio.

La tensión que enuncia Ferrajoli, encuentra un viso de desahogo con la posición del profesor Ramiro Ávila que señala que las garantías constitucionales son los mecanismos para prevenir, cesar o enmendar (Ávila, 2008, pág. 89), la vulneración de los derechos consagrados en la norma suprema y en los tratados internacionales de Derechos Humanos, son las que permiten que esos derechos se constituyan realidades y no en quimeras jurídicas.

Señala que ha habido un desarrollo histórico constitucional, que lenta, pero constantemente fue incorporando las garantías idóneas para proteger y garantizar el derecho y que lo importante como lo marca Norberto Bobbio, “no es discutir el fundamento del derecho que ya se encuentra reconocido sino *pensar la forma eficaz de garantizarlo*”. (Ávila, 2008, pág. 4).

Por tanto, derechos y garantías no han de considerarse como elementos dispersos sino que se encuentran en una de las siguientes relaciones: existe el derecho pero no la garantía; la garantía es insuficiente para asegurar el derecho existente o la garantía avala suficientemente el ejercicio del derecho. (Ávila, 2008, pág. 91).

El fin de las garantías es corregir los excesos y anomalías causadas por el Estado a través de sus agentes o por quienes representan o ejercen su poder, las garantías serán menos necesarias en cuanto más se respete el derecho y no se provoque la participación de los jueces para imponer la protección con las garantías, porque el compromiso social y judicial, en el marco constitucional actual, no está regido estrictamente por la ley, sino por la fuerza, valor y vigor de los derechos, circunstancias en las que el rol de los jueces y juezas puede *alterar la realidad de exclusión, discriminación y sufrimiento*(Ávila, 2008, pág. 109), que esta conducta puede causar.

Si las garantías permiten el ejercicio del derecho, resulta curioso que pese a lo señalado hasta este momento, la Constitución ecuatoriana en su redacción no

registre las palabras “*derechos fundamentales*”, solamente su artículo 12 señala: “El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

En el texto constitucional se habla de derechos y garantías “*constitucionales*”, hecho que amerita, sin duda, una explicación de la vinculación entre los derechos fundamentales y derechos constitucionales porque los derechos “fundamentales” exigen una continua práctica para fortalecer su valor en todos los ámbitos del derecho cuanto para asegurar la esfera jurídica de cada persona, considerada como su titular individual.

Tradicionalmente, los derechos fundamentales preexisten respecto de la normativa estatal, mientras que los constitucionales están sujetos de su registro en la norma suprema; pero esta distinción pierde su importancia cuando encontramos derechos vinculados, de acuerdo a la teoría general de los derechos humanos, a la “dignidad humana”, que no requieren normativa o procedimientos generales o específicos para su exigibilidad.

Los derechos fundamentales son aquellos que comprometen imperativamente la responsabilidad de Estado; en su concepto formal hay que considerar su registro en la normatividad del derecho positivo el aspecto formal sin menoscabo de considerarlos como tales a todos los enlistados en la propia Carta Magna y/o en los tratados o convenios internacionales de derechos humanos, que doctrinariamente tienen igual jerarquía; por lo tanto, es vital comprender la naturaleza de los derechos constitucionales porque no solamente responden a la doctrina jurídica sino porque puede incidir sustancialmente en la aplicación del derecho.

La proclamada y profunda protección de los derechos constitucionales determinados en la Constitución del 2008, son precisamente, el factor esencial que nos permite reconocerlos como fundamentales, tanto más, que su

exigibilidad permite a los ciudadanos demandar simple y llanamente del Estado su protección y garantía.

Entonces, aun cuando la Constitución ecuatoriana no desarrolla expresamente un listado de derechos, es notoria la conversión de la calidad de derecho fundamental a la de principio o valor exigible, como por ejemplo se advierte con los derechos de libertad y buen vivir. De este modo queda claro, que una vez que los derechos se institucionalizan en la propia Constitución estos se transforman en derechos propiamente constitucionales.

Si en el Estado de Derecho, la resolución del juez estaba fijada en función de los hechos y la norma, hoy por hoy la exigencia es diferente. “La argumentación judicial debe reivindicar técnicas interpretativas de ponderación y proporcionalidad en las cuales los **principios** son el referente de solución del conflicto”. (Figuerola, 2010, pág. 15).

Mientras la norma es taxativa, específica, precisa, escrita, el **principio** tiene una juricidad básica, pero su valor está en la proposición de aceptabilidad que implica mecanismos de sustento de decisión de los jueces que los torna como supra valores del ordenamiento jurídico de los Estados.

Prieto Sanchís califica a las Constituciones contemporáneas, con dos términos novedosos: *sustantivas* y *garantizadas*.

“**Sustantivas**, en tanto se determinan por un amplio espectro de valores, principios, derechos y garantías que no solo limitan el ejercicio del poder sino que además y fundamentalmente llegan incluso a instruir imperativamente obligaciones positivas.

Garantizadas, pues la tutela judicial de los derechos fundamentales, cada vez más extensos en número y profundidad, ya no solo se ejerce a través de los Tribunales o Cortes Constitucionales sino de la acción frecuente de la justicia ordinaria”. (Sanchís, 2010, pág. 79).

Así queda radiante la idea que el cumplimiento, respeto y garantía de los derechos fundamentales ha transitado de la esfera de lo moral para integrarse resueltamente en la cúspide del Derecho positivo representado por la Constitución. De este modo el poder absoluto y perpetuo del Estado pierde su vigor y se somete a la función primaria, pero rejuvenecida, del iusnaturalismo del constitucionalismo moderno.

Un breve epílogo lo señala el profesor argentino de Derecho Procesal Penal y Derechos Humanos, José Cafferata Nores, quien resumidamente dice que las garantías son como corazas que se confieren al particular ante el eventual exceso del rol punitivo del Estado, que lo protegen como las púas del puerco espín, sin lastimarlo, pero que si esto llegara a suceder habría que descalificar cualquier interpretación jurídica que permita que las corazas, pensadas para proteger, hieran al sujeto para cuya salvaguarda fueron pensadas y reguladas. Por lo anteriormente expuesto, al ser el Ecuador un “Estado constitucional de derechos” y siendo el “doble conforme” una garantía de rango constitucional establecida tanto en la CADH y el PIDCP, queda claro, que el Estado debería proponer desarrollar y consolidar los recursos y procedimientos necesarios para responder al ejercicio pleno de esta garantía, incluso cuando esto suponga eventualmente la creación de una nueva norma procesal penal.

2.2 Los derechos fundamentales; contenido esencial y limitaciones.

La garantía del doble conforme, sin duda está vinculada al ejercicio de derechos, sean estos fundamentales o constitucionales como es el caso del derecho a recurrir, el derecho a la libertad, a la defensa y a la verdad, pero también con principios, como el caso del principio de inocencia.

Para el tema que ocupa este trabajo académico, habrá que valorar, pese a lo que hasta aquí se ha señalado, la posibilidad que los derechos de los individuos puedan ser restringidos legalmente por orden de autoridades judiciales o administrativas y aún así, determinar que si bien la intervención en

este aspecto puede ejecutar el poder público, no puede jamás y en ninguna circunstancia transgredir el contenido esencial del derecho que se afecta.

En el neoconstitucionalismo ecuatoriano, los derechos declarados en la Constitución obligan a los poderes públicos a respetar el núcleo o contenido esencial de aquellos, tanto más que no se encuentra una determinación jerárquica respecto a su protección.

Flemming y López, dicen:

“(…) cabe referir, que el contenido esencial del derecho es la conjunción o vínculo que se establece entre la naturaleza jurídica de cada derecho – que se considera preexistente al momento de su concepción por parte del legislador – y los intereses jurídicamente protegidos por tal derecho, estos son los elementos claves, que dan vida al derecho” (Fleming y López, 2008) (Abel Fleming y López Viñals, 2008, pág. 35);

Por lo tanto, la respuesta a la interrogante ¿qué es el contenido esencial del derecho? hay que construirla a partir de la determinación de su naturaleza jurídica y la especificación de los intereses jurídicos con los que se los vincula. Un derecho fundamental o constitucional entonces sí puede ser limitado. Sin embargo, la afectación debe guardar una íntima relación entre la concepción misma del derecho y la naturaleza del límite que se quiere imponer, procedimiento que exige una permanente y profunda ponderación por parte de quien realiza la intervención.

Cuando la medida interventora no determina el límite del derecho (contenido en la norma suprema) ni considera su contenido o núcleo esencial entonces se viola el derecho porque se lo vuelve impracticable ya que la falta de protección del mismo lo dificulta más allá de toda condición y circunstancia razonable, desnaturalizando así el derecho consagrado en la Constitución.

Para Prieto Sanchís, la limitación de los derechos fundamentales es casi una “cláusula de estilo en la jurisprudencia constitucional” (Sanchís, *La Limitación de los Derechos Fundamentales y la Norma de Clausura del Sistema de Libertades*, 2003, pág. 217), encontrando esta restricción directamente en la propia Constitución (límite directo) o cuando se verifica la necesidad de proteger otros derechos y bienes constitucionales protegidos (límite indirecto). La importancia de su apreciación se profundizará en líneas siguientes, pero de todos modos la práctica procesal defiende que cuando la Norma Suprema declara un derecho o una garantía, resulta intolerable y jurídicamente irritante, que el poder público, en cualquiera de sus formas, debata o desconozca el contenido de los derechos constitucionales.

Sin embargo, no significa necesariamente que tales derechos sean ilimitados, sino que, por el contrario, tienen una delimitación tal, que fuera de ella no cabe ninguna restricción adicional. Al respecto conviene valorar el texto siguiente, registrado por la Corte Constitucional de Colombia:

(Los derechos) “solo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o inmediata se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos” (La Sala Segunda del tribunal Constitucional Madrid-España, 1994).

Ninguna Constitución puede contener un padrón de los supuestos de aplicación de los derechos y sus excepciones sino que los derechos fundamentales operan como principios por lo que no pueden ser tratados como “reglas jurídicas” sobre las cuales pueden imponerse o establecerse limitaciones.

Lo indicado, no significa que la potestad legislativa tiene que verse disminuida y no tenga nada que regular; por el contrario la actividad legislativa se vigoriza, porque, si como queda sentado, los derechos fundamentales operan como

principios estos deben regular el ordenamiento jurídico ante la inevitable colisión que hay entre derechos fundamentales; debe regular el contenido dependiente o accesorio del derecho fundamental protegido; y, porque la misma norma constitucional en innumerables ocasiones se remite a la ley para la regulación del derecho.

Ha sido demostrado que no hay derechos ilimitados, ilimitables o radicales sino que existe un límite que se deriva de la naturaleza relacional de los seres humanos; esto significa de manera armónica y equilibrada limitar el goce de los derechos de *unos* en la medida del derechos de *otros* al goce del mismo u otros derechos.

Prieto Sanchís formula dos preguntas importantes respecto del tema: ¿cabe percibir los derechos constitucionales una obra perfecta y acabada?; ¿puede la Constitución determinar de forma plena los límites explícitos o inmanentes de los derechos fundamentales? (Sanchís, *La Limitación de los Derechos Fundamentales y la Norma de Clausura del Sistema de Libertades*, 2003)

Frente a lo planteado, señalo que el razonamiento desarrollado lleva a tomar una posición neutral que reconoce cuáles son los derechos pero que ofrece desenlaces difusos en cuanto a la determinación de sus limitaciones; por tanto los encargados de ejercer el derecho, y aún más la justicia, están llamados a ser cuidadosamente observadores para determinar cuándo una conducta o circunstancia está protegida por el derecho –campo del derecho fundamental- o es sujeta de regulaciones –campo de los límites-.

Por tanto, es rebatible un pensamiento idealista que advierta que basta el derecho “constitucional” para garantizar una acción jurídica “segura” tanto como lo es un pensamiento pesimista que advierta que la Constitución registra solamente una serie de imperfecciones abstractas que no especifica derechos.

En este orden de ideas, la garantía del doble conforme obliga al legislador ecuatoriano a incorporarla, para el caso que nos ocupa, en el sistema procesal penal, porque la falta de su normatividad en el ámbito nacional no solamente atenta contra los compromisos y obligaciones asumidas por el Estado sino que además parecería crear un limbo jurídico que perjudica la credibilidad del sistema judicial, pilar del desarrollo de las naciones.

2.3 Los límites directos e indirectos de los derechos fundamentales.

Resulta válido a efecto de este análisis considerar el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional de España al determinar que los derechos fundamentales tienen límites **directos e indirectos**. Los primeros quedan registrados en la Constitución constreñidos al respeto de su contenido esencial cuya inobservancia los tornaría nulos.

Por el contrario, los límites **indirectos** no determinan específicamente la intervención del derecho o la limitación en la redacción constitucional, sino que es el sujeto activo de la intervención quien debe buscar la justificación de la intrusión del derecho en otra norma de carácter constitucional, circunstancia que exige un profundo análisis y prudencia, particularmente de la interpretación del principio *pro homine*, (que debe interiorizarse como *pro persona*), para no afectar, en un determinado momento, en demasía la fuerza normativa de los derechos.

Si reconocemos que el sujeto activo de la intervención se personaliza en los jueces, debemos reconocer entonces que estos son pilar fundador del estado constitucional moderno, un órgano de soberanía a la par con los poderes ejecutivo y legislativo (Boaventura, 2011, pág. 194), y consecuentemente garantistas del estado de bienestar porque son los operadores de la **dinámica y cambiante instrumentación jurídica** que provoca perturbadores cambios de la realidad social poniendo fin a la coherencia y unidad el sistema jurídico tradicional.

Tras lo señalado parecería existir suficiente fundamentación jurídica y teórica para incorporar expresamente la garantía del doble conforme en el procedimiento penal ecuatoriano para garantizar los derechos de los sentenciados y la aplicación de la normativa internacional.

La garantía del doble conforme, se establece como una garantía constitucional, por ello naturalmente puede ser limitada en su ejercicio, pero en ningún caso puede vulnerarse su núcleo esencial, es decir la exigencia de la revisión integral de la sentencia por un órgano jerárquicamente superior al que dictó la sentencia de primera instancia, cuya base normativa se encuentra determinada tanto en nuestra Constitución en su artículo 76.7.m., así como en la legislación internacional, esto es en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 14.5 de Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

CAPITULO III

EL DOBLE CONFORME: VINCULACIÓN CON OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES.

3.1 El derecho a recurrir.

Cabanellas señala que “en lo procesal, la reclamación que, concedida por la ley o reglamento, formula quien se cree perjudicado o agraviado por la resolución de un Juez o tribunal, para ante él mismo o el superior inmediato, con el fin de que se reforme o revoque. (Cabanellas, TOMO XIII, pág. 273)”

Por su lado el profesor Eduardo Couture, señala que los recursos son medios para impugnar actos procesales los mismos que los ejecuta el agraviado contra resoluciones, dentro del marco de la ley; con el fin de “promover la revisión del acto y su eventual modificación”, insiste que es un re-correr el camino jurídico a través de otra instancia como medio de impugnación.

La Constitución de 1998 señalaba en su artículo 24 que:

“...para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas... 17.- toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión.” (Constitución Política del Ecuador, 1998)

El artículo 192 complementaba la disposición anterior al señalar que “el sistema procesal será un medio para la realización de la justicia. Hará **efectivas las garantías del debido proceso** y velará por el cumplimiento de los principio de intermediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia...” (Constitución Política del Ecuador, 1998)

En consecuencia con el texto anterior la Constitución vigente a partir del año 2008 en su artículo 75 señala que:

“Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley, y el artículo 169 consagra al sistema procesal como un medio para la realización de la justicia acatando las garantías del debido proceso.

La Constitución consagra este derecho, de forma tan amplia, que puede atacarse a todas las sentencias ante un tribunal superior, remitiendo, a las leyes ordinarias, todos los trámites de su procedimiento.

De igual manera, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo, 8.2.h, determina, que *toda persona inculpada por delitos tiene derecho a recurrir del fallo ante un Juez o Tribunal superior;*(Convención Americana sobre Derechos Humanos) y, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que *toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio sea sometido a un tribunal superior.* (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)

La normativa descrita no impone ninguna condición de procedibilidad a los recursos y lo más importante, no marca cuáles deben ser estos; lo que implica el desafío de reglamentar el ejercicio de esta garantía a través de la legislación estatal.

Si bien el derecho a recurrir garantiza al menos la posibilidad de subsanar errores judiciales a través de la revisión, parcial o íntegra, varios autores creen encontrar incompatible el derecho a recurrir con el sistema procesal de

enjuiciamiento porque inicialmente son los mismos jueces los que tienen que conocer la queja, pero si es conocido por órgano superior, al no haber constancia de lo ocurrido en la audiencia de juzgamiento, respecto de los fundamentos fácticos, los jueces de la nueva instancia debían realizar el juicio nuevamente.

Entonces, cuando doctrinariamente el recurrir exige un planteo de hechos en un marco de arbitrariedad o falta de fundamentación de la sentencia se está subordinando la cuestión a una revisión de corrección jurídica, pues se pretende establecer si la condena cumplió los presupuestos del derecho procesal indispensables para su validez. (Abel Fleming y López Viñals, 2008, pág. 397).

Abel Fleming, en su obra *Garantías del Imputado*, refiriéndose al derecho a recurrir, y puntualmente al recurso de casación, destaca el voto de la doctora Highton de Nolasco, de la República Argentina en el caso “Casal”, quien indica que:

“(…) mientras el Estado nacional argentino no cumpla con su obligación de sustituir el recurso de casación por un recurso ordinario que permita al tribunal superior un examen integral de la decisión recurrible a través del amplio conocimiento de la causa, corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la Nación asegurar la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo cual el recurso de casación debe interpretarse con la mayor amplitud que el régimen procesal vigente permita esto es, permitiendo la revisión integral de la sentencia recurrida con la sola excepción de la prueba recibida oralmente y no registrada” (Abel Fleming y López Viñals, 2008, pág. 384).

La apreciación cobra importancia porque cuestiona gravemente la eficacia y la eficiencia del recurso de casación que proveniente del Derecho Francés y en relación a las exigencias del doble conforme, parecería tener sus días contados.

En principio, doctrinariamente, parecía plenamente satisfactorio de lo exigido por los tratados internacionales, porque se entendía posible la revisión de los fundamentos, tanto de hecho como de derecho, aunque las limitaciones respecto de los primeros se imponían por la propia naturaleza del juicio oral, en que se producían.

En el caso ecuatoriano, resulta impracticable que el recurso de casación revise los fundamentos de hecho, porque el artículo 349 de la norma adjetiva dice: “el recurso de casación será procedente (...) cuando en la sentencia se hubiera violado la ley ya sea por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación. **No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba**” (Código de Procedimiento Penal, 2012), hecho que revitaliza el criterio de Highton.

Entonces, enfrentamos una inconsecuencia al objetivo jurisdiccional penal determinado como el esclarecimiento de la verdad y afianzamiento de la justicia, porque se imponen restricciones al derecho a recurrir y porque los tribunales de alzada que tramitan el recurso no desarrollarían procedimientos amplios en búsqueda de elementos necesarios para emitir un nuevo pronunciamiento o ratificar el analizado.

Por todo lo expuesto, la garantía a la doble instancia o doble conforme reconocida por la normativa internacional y por la Constitución Nacional, según lo que persigue este trabajo de titulación, podría ser considerada como un procedimiento imperativo que contribuya a la ampliación del criterio con que se evalúen las afirmaciones de arbitrariedad de hecho y de derecho de una sentencia contraria al justiciable en atención al derecho a recurrir que ha sido fundamentado en líneas anteriores.

3.2 El principio de inocencia.

El principio de inocencia resulta a mi criterio tanto un estado jurídico como un derecho fundamental con reconocimiento constitucional y convencional, condiciones que lo constituyen como el presupuesto básico de todas las demás garantías de los procesos judiciales.

Se habla de un estado jurídico desde su concepto de *status*, Orlando Rodríguez en su obra, la presunción de inocencia, lo clarifica de manera tal, que el estado jurídico de inocencia de la persona es (...) “una condición, un derecho connatural con el hombre mismo, existente antes de toda forma de autoridad y de Estado” (...) (Rodríguez, 2000, p. 147)

Por otro lado es un derecho fundamental, que como hemos dicho está reconocido en la Constitución ecuatoriana, lo que despeja cualquier duda sobre la posibilidad de su cumplimiento, mucho menos el violentarlo.

Un argumento sumamente importante nos ofrece el referido autor al señalar:

(...) La autonomía a este derecho fundamental se deriva de su expreso reconocimiento y consagración en convenios, pactos y tratados internacionales, como un derecho y garantía de orden fundamental, que vincula y obliga a todos los Estados y partes, si es que no existe reserva al respecto, por lo que su aplicabilidad es de origen supranacional; de obligatorio cumplimiento en el derecho interno.” (Rodríguez, 2000, p. 148)

El Ecuador, en su Constitución reconoce el principio de inocencia, adicionalmente, al ser este suscriptor de la normativa internacional que además es concordante con la misma, se vuelve obligatorio el cumplimiento en cuanto al principio de inocencia.

De lo expuesto notamos que se exige sin duda el estricto cumplimiento de las garantías del debido proceso ya que su protección asegura el respeto de la dignidad del encausado, que enfrenta la aplicación de medidas coercitivas personales, aún más tratándose de la privación de su libertad, ejecutada a través de una sentencia de culpabilidad o de condena. No olvidemos, además, que el derecho a la presunción de inocencia no solo es aplicable al ámbito penal, sino que está presente en cualquier ámbito del ordenamiento jurídico.

El principio analizado, se torna en una de las garantías polifacéticas del procedimiento penal, pues *per se*, éste se presume, en tanto que la culpabilidad se prueba, entonces, si no existe sentencia condenatoria en firme, el principio sigue vigente siendo válido, respecto de este, el siguiente enunciado:

“1) La presunción de inocencia podría ser, en primer lugar, el concepto fundamental en torno al cual se construye todo un modelo de proceso penal, de corte liberal, en el que se mira fundamentalmente a establecer garantías para el imputado frente a la actuación punitiva estatal; 2) La presunción de inocencia podría ser, en segundo término, un postulado directamente referido al tratamiento del imputado durante el proceso penal, conforme al cual habría de partirse de la idea de que el inculcado es inocente y, por lo tanto, reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos en el tratamiento del imputado durante el proceso; y 3) Finalmente, la presunción de inocencia podría ser una regla directamente referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual, la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación imponiéndose la presunción de inocencia en términos de absolución del inculcado sí la culpabilidad no queda suficientemente demostrada.”(Sanchez Velarde, 2004, pág. 298).

No cabe duda, que los tres enunciados son ciertos pero la práctica procesal se ha inclinado por el último enunciado vinculando la prueba y la presunción de inocencia, desde cuando empieza la investigación procesal sin desconocer que existe una reticente vinculación con las medidas cautelares personales mientras culmina el proceso penal contra el justiciable.

Extensa y abundante es la base normativa que exige el respeto de la condición jurídica de “inocente” que gozamos todas las personas. En principio la Constitución Ecuatoriana, en el art 76.2, refiriéndose a los “Derechos de Protección” señala: *“Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”*.(Constitución de la República del Ecuador, 2008)

En las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobada por las Naciones Unidas, se establece que: *“El acusado gozará de una presunción de inocencia y deberá ser tratado en consecuencia”*(Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos); por otro lado el “Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión” parece casi transcribir lo señalado en la Declaración Universal de Derechos Humanos cuando dice que:

“Se presumirá la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se le tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme al derecho en un juicio público en el que se haya gozado todas las garantías necesarias para su defensa”(Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos distingue que: *Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley* (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); y, la Convención Americana sobre Derechos

Humanos define que *Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.*(Convención Americana sobre Derechos Humanos)

Concordante con lo señalado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su Observación General Nro. 13, en el párrafo séptimo señala:

En virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba recae sobre la acusación y el acusado tiene el beneficio de la duda. No puede suponerse a nadie culpable a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable. Además, la presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de conformidad con este principio. Por lo tanto, todas las autoridades públicas tienen la obligación de no prejuzgar el resultado de un proceso.(Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación genral Nro. 13, párrafo séptimo)”

De lo que se ha manifestado, claramente se desprende, que la presunción de inocencia es una garantía que tiene el procesado frente al juicio del juez y opera como *a priori* que debe ser destruido en caso de condena y deriva en la necesidad de que la declaración de responsabilidad de una persona sobre un ilícito surja de un proceso regular, al término del cual un juez diga el derecho. (Abel Fleming y López Viñals, 2008, pág. 30).

Sin embargo, es interesante el debate surgido entre quienes señalan que este principio de inocencia, no tiene que estar sujeto a justificaciones ni lógicas ni experimentales y aquellos que defenderían que no hay razón de aplicar el principio para quienes, a través de una proyección y valoración subjetiva anticipada, en un alto porcentaje, resultan condenados una vez concluido el proceso penal.

Ferrajoli, previene que este principio no implica invocar una inocencia que los hechos pueden desmentir, sino solamente que el castigo no es un *prius* sino un *posterius*, no es un *ex ante* en el proceso sino un *ex post* del mismo. (Ferrajoli, 1995, pág. 449).

El principio de inocencia debe verificar imperativamente al menos los siguientes aspectos: a) primero y fundamentalmente la posibilidad de permanecer en libertad hasta que se dicte sentencia definitiva; b) la carga de la prueba, en ninguna circunstancia, no está a cargo del sospechoso sino del acusador, en otras palabras, no existe jamás como carga del imputado probar su inocencia o la no participación en la infracción; c) la prueba de la imputación debe ser indiscutible, idónea y suficiente practicadas bajo la intermediación del órgano jurisdiccional competente legalmente, sin poder desconocer los requerimientos constitucionales particularmente en lo que se refiere al cumplimiento de los principios de contradicción y publicidad; y, finalmente, d) es imprescindible que una sentencia determine la situación del imputado, su responsabilidad penal, tanto más si lo que se pretende es la imposición de una pena.

Entonces el principio de inocencia está ligado a la gravedad de una infracción penal, rige de igual manera para todos los casos y todas las personas sin que pueda ser objeto de interpretación o distinción particular tratándose de delitos muy graves o en situaciones de emergencia.

Sin embargo, el principio constitucional de inocencia, ha sido y es objeto permanente de cuestionamientos sociales fundados en el interés, en la afectación y en el saber conclusivo de las víctimas y los ofendidos por los delitos (Abel Fleming y López Viñals, 2008, pág. 33), a los que se suma una “casi infalible” percepción social que al encontrar causante y responsable de una infracción siente que el riesgo de su propia integridad queda resarcido cuando el *victimario* queda bajo algún tipo de control.

De este modo, la respuesta del juez, que en las circunstancias narradas, parecería ya casi innecesaria frente al *juzgamiento social*, sirve solamente para confirmar y ejecutar la voz soberana.

La presunción de inocencia se vincula imperativamente al menos con dos apartados garantistas: “la regla de tratamiento del imputado, que excluye o restringe al máximo la limitación de la libertad personal” y “la regla del juicio, que impone la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda” (Ferrajoli, 1995, pág. 551).

Si tomamos en cuenta lo mencionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos esto es, “*la presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías*” que lejos de distraer el proceso penal lo racionaliza y encausa, debería constituirse en un precepto formal normativo del Derecho Penal Sustantivo y Adjetivo.

Es aquí donde encontramos una íntima relación del principio de inocencia con el doble conforme, pues mientras este último busca una reafirmación de sentencia, el otro se erige como un derecho absoluto y que debería permanecer incólume durante toda la etapa de investigación y juicio que exige el doble conforme; siendo solamente una sentencia condenatoria en firme la que rompa la vigencia de este principio.

Con justa razón el principio de inocencia se ha marcado como “fundamento de las garantías constitucionales” como es el caso del doble conforme, sobre las que se basa el modelo del proceso penal, sin desconocer que la presunción de inocencia, a pesar **también** ser un derecho fundamental, necesita ser ponderado exclusivamente en los casos que enfrente otros derechos del mismo rango, pues, se trata de mandatos de optimización que obliga a que uno de ellos sea realizado en mayor medida.

Por tanto, erigido como un derecho fundamental de aplicación inmediata y directa, que incorpora subsidiariamente el principio *in dubio pro reo* su contenido esencial no puede ser afectado, sino sólo y limitadamente, por el poder legislativo bajo una interpretación ligada al contenido de la norma suprema de los derechos fundamentales de la persona.

No puede ceder el principio individual de inocencia al juicio colectivo de culpabilidad tanto más que esa potestad es exclusiva de los jueces competentes obligados a desarrollar actividades probatorias de la culpabilidad del justiciable; y, mientras aquello no suceda el sujeto debe conservar su condición de inocente.

En síntesis, el valor del principio de inocencia se muestra tanto en su calidad de garantía cuanto de derecho pues aún en los casos de flagrancia podrían existir circunstancias atenuantes a favor del encausado mientras no exista el rompimiento de su status de inocencia con la presencia de una sentencia en firme.

Al existir esta dicotomía de la presunción de inocencia, es decir si se expone como principio o como derecho, no se debilita su concepto, mucho menos su naturaleza, por el contrario, se estructura una base sólida que marca el camino (garantía) al efectivo cumplimiento del derecho consagrado y reconocido a nivel constitucional.

Por lo antes dicho y considerando que la garantía del doble conforme exige la realización de al menos dos análisis profundos, tanto de los fundamentos de hecho cuanto de derecho que contengan un mismo resultado, es precisamente el principio de inocencia el que debe proteger esta garantía constitucional hasta que la sentencia del procesado que demuestre su culpabilidad, o por el contrario su inocencia, quede en firme, recordando que como se ha dicho, el respeto de este principio no significa invocar una inocencia, tanto más si se considera que son los razonamientos íntegros exigidos por el doble conforme

los que van a determinar el castigo que merece la persona de comprobarse su responsabilidad.

3.3 El debido proceso.

El origen de las garantías del debido proceso podría ser muy difuso y lejano. Varios autores señalan que apareció en el derecho anglosajón con la Carta Magna del Rey Juan sin Tierra, otros lo identifican en la Grecia Ateniense, ejemplo primigenio de la protección de derechos fundamentales de los ciudadanos de la polis contra los abusos del Estado y aún de las pretensiones, sentimientos y pasiones de quienes ejercían la función de juzgar.

Quienes defienden el origen anglosajón se fundamentan, entre otros, en el registro del siguiente texto:

“Ningún hombre libre será detenido, apresado o puesto fuera de la ley, exiliado o lesionado en manera alguna, ni iremos ni mandaremos a nadie contra él, sin el juicio legal de sus pares, conforme a la ley del país”...“Nosotros, no venderemos, ni rehusaremos, ni retardaremos a nadie el derecho o la justicia” (De la Torre Reyes, 1998).

Sin embargo, es en la Declaración de Derechos de Virginia (1776) donde se distingue fundamentos específicos de la garantía constitucional del debido proceso pues reconoce:

“Que en todo proceso criminal, inclusive aquellos en que se pide la pena capital, el acusado tiene derecho a saber de la causa y naturaleza de la acusación, a ser careado con sus acusadores y testigos, a pedir pruebas a su favor y ser juzgado rápidamente por un jurado imparcial de doce hombres de su vecindad, sin cuyo consentimiento unánime no podrá considerársele culpable; tampoco puede obligársele a testificar contra sí

mismo; que nadie sea privado de su libertad, salvo por mandato de la ley del país o por juicio de sus iguales.” (Gómez Lara C, 2006).

Este desarrollo histórico afortunadamente ha ido calando en la normativa positiva de los estados y también en las normas internacionales que consiguen su efectividad a través de sus órganos ejecutivos supra estatales.

Así, aunque la Declaración Universal de Derechos Humanos y Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, no establecieron de manera alguna normativa relativa al debido proceso, fue el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos que en 1950, desarrollo el concepto del “juicio justo” que encuentra su réplica más clara en América en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con el Comité de Derechos Humanos; registrada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y operativizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14 (1) registra que “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las **debidas garantías** por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella.” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)

Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos constituida como base indiscutible del Sistema interamericano de protección de derechos humanos, en su artículo 8 (1) señala que “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las **debidas garantías** y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil,

laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.” (Convención Americana sobre Derechos Humanos)

A partir de esos enunciados, los dos instrumentos señalados desarrollan extensamente un conjunto de procedimientos y garantías, que se constituyen medios que fortalecen y permiten dar sentido al concepto del **debido proceso**. Por tanto es válido llamar atención para no confundir los medios con el fin. Las garantías son precisamente eso, son un mecanismo, un medio de protección de derechos y no un catálogo de requisitos, cuyo incumplimiento invalida el fin. Es decir que para el Estado de derecho no es suficiente reconocer al debido proceso como un derecho instrumental al derecho de tutela jurídica efectiva sino que además le resguarda otorgándole características identificadas como *derechos subjetivos* que permiten alcanzar esa tutela efectiva.

La realidad jurídica de la garantía del debido proceso en el Ecuador no es ajena a lo señalado en líneas anteriores; la Constitución nacional en el Capítulo Octavo, refiriéndose a los Derechos de Protección, en los artículos 75, 76 y 77; reconoce entre otros derechos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos (75), las garantías de presunción de inocencia (76,2) a no ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento (76, 7, a) a ser juzgado por un juez independiente, imparcial y competente (76, 7, k), a recurrir el fallo o resolución de todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos (76, 7, m), a no empeorar la situación de quien recurre, al momento de resolver una impugnación (77, 14).

El artículo 76 de la Constitución menciona expresamente: “En todo proceso en que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará **el debido proceso** que incluirá las siguientes garantías básicas[...]” (Constitución de la República del Ecuador, 2008); reconocer, asegurar y proteger esta manifestación constitucional (mejor expresado, derecho constitucional) resulta imprescindible pues en primer lugar es, irrefutablemente, un texto constitucional que exige análisis y compromiso de cumplimiento.

Luego, el Estado Constitucional de Derechos en el que opera, no solamente se limita a la aplicación de las garantías enumeradas en los artículos del 75, 76 y 77 sino que deben aplicarse en concordancia con los principios y valores (muchas veces subjetivos) que la misma Carta Magna; y, con la normativa internacional de derechos humanos que muchas veces va más allá de las normas convencionales, exigiendo la interpretación y participación proactiva e imaginativa de los operadores de justicia en aras de alcanzar el objetivo de la justicia: “dar a cada quien lo que merece.”

Esta garantía constitucional está direccionada a la protección de los órganos jurisdiccionales del Estado a los derechos de las personas por el surgimiento de conflictos, de una u otra naturaleza, y de esta manera continuar el desarrollo integral cotidiano de relaciones, individuales y colectivas, bajo el amparo de lo señalado por la Constitución, los Tratados y Convenios Internacionales; y, demás leyes nacionales que regulan estos instrumentos.

En el plano constitucional el debido proceso no es sino la identificación de los principios y presupuestos procesales elementales que aseguran al encausado, legalidad y justicia durante el proceso judicial, justo y equitativo, para que el resultado sea una resolución motivada, que sea obtenida conforme a derecho. Importante resulta resaltar la característica dicotómica de esta garantía pues tanto justiciables cuanto víctimas tienen derecho a la protección de sus derechos fundamentales a través del debido proceso; conforme lo establecen las tendencias procesales modernas. Por eso además, exige la tutela “positiva” de los derechos subjetivos, esto significa cumplir su cometido a través de una sentencia o resolución, pero durante su tratamiento o desarrollo exige una aplicación “negativa”, que se verifica en la protección de los derechos subjetivos de otras personas ajenas al proceso. Vale decir entonces “sin dañar” los derechos de quienes no son la razón principal del procedimiento.

Allan Arburola Valverde, refiriéndose al debido proceso, en su texto *Actuaciones jurídicas: el debido proceso*, (Arburola, 2008), cita varios

conceptos de los cuales parece importante destacar las siguientes ideas: “ritualidad previamente establecida, (...) con la plenitud de las formalidades legales. Implica la existencia previa de los procedimientos de investigación y de juzgamiento...”.

El profesor Cipriano Gómez, de manera extraordinaria destaca que “(...) se entiende por debido proceso legal el conjunto de condiciones y requisitos de carácter jurídico y procesal que son necesarios para poder afectar legalmente los derechos de los gobernados.” (Cipriano Gómez Lara , 2006).

El debido proceso simplemente está obligando el respeto de normas básicas que buscan un “orden justo”, a través del aseguramiento que los poderes públicos constituidos sujeten sus sentencias o cualquier acto administrativo, no solamente a las normas orgánicas constitucionales sino a los valores, principios y derechos que ha desarrollado el derecho moderno resaltando nuevamente, que el bien protegido finalmente, es la dignidad y la vida humana, razón primaria del derecho que se vincula con un sistema político liberal y democrático, que rechaza cualquier posibilidad de retomar procedimientos u ordenamientos provenientes de los estados absolutistas, que conforme lo muestra la historia, los mermaban o negaban mediante acciones u omisiones ilegales e ilegítimas.

Pero además, el *debido proceso* entonces ha de concebirse como una medida para evitar o impedir se produzca abuso del poder estatal a través de cualquiera de los poderes públicos con acciones ilegítimas o abusivas debiendo otorgar garantías y remedios jurisdiccionales, donde el Estado se convierte en su indelegable garante y protector para garantizar un juicio justo a las partes.

La Constitución vigente, sin duda reclama su orientación garantista de derechos, impone el énfasis, ponderación y aplicación de los principios y valores constitucionales sobre el mismo Derecho y en especial en el derecho

procesal penal, en donde el dogma doctrinario queda en duda cuando este constituye un elemento que obstaculiza el acceso adecuado a la justicia.

El desafío mayor se impone no solo por la aplicación de las normas sino en la interpretación más favorable a la vigencia de los derechos los que doctrinariamente además tienen condición de inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, sin olvidar que su vulneración implica la responsabilidad del Estado y particularmente la de los operadores de justicia que incurran en la violación de principios y reglas procesales.

Conforme la doctrina italiana, cuatro serían los principios procesales en los que debe encuadrarse el debido proceso. La búsqueda de la verdad, redundando, la verdadera verdad y no una verdad falsa; la igualdad de las partes y la justicia de la decisión de la autoridad (principio jurídico del proceso); máximo beneficio social con el mínimo sacrificio individual (principio político del proceso); y, el desarrollo de actos procesales con economía de esfuerzo, dinero y tiempo (principio económico del proceso).

La importancia del tema es tal que el paradigma actual establece la búsqueda de los factores que impiden la idónea y oportuna aplicación de las garantías básicas del debido proceso en materia penal, que vulnerando los derechos, tratan de justificarse con el respeto de los intereses de la eficacia y normativa jurídica, para luego rescatar los valores de "seguridad" y "justicia" y de este modo resaltar la dignidad de la persona como valor y esencia de los derechos fundamentales.

Si se incurriera en una ilegal o al menos impropia aplicación de las normas del debido proceso de los Arts. 75,76 y 77 de la Constitución de la República del Ecuador daríamos cabida a una insaciable inseguridad de las partes procesales durante todo el proceso penal y sus ejecutores serían precisamente aquellos que están llamados, al menos en materia penal, a velar por el

cumplimiento y respeto de la tutela y garantías jurídicas, produciéndose no solo la violación de la Norma Constitucional, sino también la vulneración de los derechos humanos atentando contra el mismo ordenamiento jurídico nacional y al Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social que ha proclamado nuestro país.

Un escenario de anarquía jurídica, que incapaz de administrar justicia, tampoco resulta justo, provocado por la no aplicación de las garantías básicas del debido proceso, incompetente para dar vigencia a los principios de equidad e igualdad y de sometimiento de la voluntad individual a la voluntad del colectivo, con el objeto de alcanzar el bienestar para todos, podría escalar a la anarquía social que pone en peligro la misma existencia del Estado.

La garantía del doble conforme encuentra relación con el debido proceso ya que tiene como fin común el cumplimiento de las garantías otorgadas para la eficaz defensa del imputado.

Para efecto del doble conforme, que dentro de este trabajo se lo ha catalogado como una garantía de rango constitucional, pasar por alto la aplicación de este, sería violar en conjunto derechos reconocidos dentro del debido proceso como lo son el derecho a la defensa, derecho a la libertad, derecho a la verdad, etc. así mismo la garantía del doble conforme exige para su ejercicio.

La garantía del doble conforme y el debido proceso, no tendrían sentido ni relación si no se cumplen los preceptos constitucionales que amparan la garantía del doble conforme, esto basados en la normativa internacional vigente, en consecuencia, la inobservancia o incumplimiento del debido proceso haría imposible el cumplimiento del doble conforme, violando como la normativa que lo ampara y especialmente los derechos del procesado.

3.4 El derecho a la libertad.

De manera general el derecho a la libertad personal se concibe como el derecho que tienen las personas para desarrollar su autonomía, sus capacidades que le conducen a su realización personal; sin embargo en circunstancias específicas se lo determina como el derecho a transitar libremente, sin obstáculos.

No se trata de un derecho absoluto ya que puede limitarse conforme lo establezca la normativa nacional a través de un procedimiento previamente determinado y de manera razonable y proporcionada.

Al remitirse al Diccionario de la Real Academia Española, este define a la “libertad” como la “facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos”. (Diccionario de la Real Academia de la Lengua)

El derecho a la libertad se reconoce como un derecho subjetivo fundamental, que le otorga validez y sentido, junto con la vida, a los demás derechos fundamentales y que se verifica como un padrón de “libertades específicas” contenidas en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales suscritos y ratificados respecto de Derechos Humanos.

Miguel Carbonell, citando a Berlín Isaiah y Norberto Bobbio, respecto de la libertad, hace una distinción importante entre lo que denominará libertad negativa y libertad positiva, la primera partiendo del hecho de que no existan obstáculos en nuestra conducta para hacer o no hacer lo que mejor nos parezca; la segunda según Bobbio, entendida como “la situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones sin verse determinado por la voluntad de otros” (Carbonell, 2011, p. 77 y 83)

Así entendida de manera general, la libertad es un derecho fundamental que trabaja alrededor de las actuaciones de las personas, mencionada la libertad positiva y la libertad negativa, de lo señalado anteriormente no se entendería mayor diferencia si no se toma en cuenta la voluntad.

La libertad encuentra el vértice común en el actuar de las personas, sin embargo toma un rumbo distinto cuando se diferencia las acciones y la voluntad, en este sentido somos libres de actuar respecto a nuestras conveniencias, sin embargo, nuestro límite es el cómo actuar y donde actuar, es decir, donde encuentra la limitación el derecho a la libertad.

En efecto, en el “estado de derecho” la libertad se ha transformado en principio rector a la que se adhieren una característica o actividad particular; así tenemos **la libertad** de expresión, **la libertad** de consciencia, **la libertad** de pensamiento, **la libertad** de prensa, **la libertad** de religión; **la libertad** de asociación, **la libertad** personal, etc.

Sin embargo, debe reconocerse que la autonomía o independencia que conlleva el derecho, en primer término se verifica en la esfera íntima o privada del sujeto que puede enfrentar presiones o circunstancias tales que provoquen la limitación de su ejercicio.

Héctor Faúndez señala que la libertad como comprensiva de las libertades concretas referidas a las distintas manifestaciones de la personalidad, es uno de los derechos que el Estado garantiza a toda persona. (Faúndez, 1992, pág. 250).

Guillermo Cabanellas recuerda la definición de Justiciano: “la facultad natural de hacer cada uno lo que quiere, salvo impedirselo la fuerza o el derecho.” (González, 1999, pág. 290). Este concepto guarda concordancia con lo prescrito en la Declaración de los derechos del Hombre y del ciudadano, “- La

libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás.” (Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, 1789).

Cualquiera fuera la definición que se guste considerar lo cierto es que la libertad se constituye valor supremo de la persona humana y que de este modo no solo es el fundamento del sistema de vida individual – colectivo de las personas sino que alcanza la esfera de organización del propio estado.

La libertad es el instrumento que permite a las personas una emancipación de la miseria, de la pobreza y en ocasiones ha sido el motivo para vencer la opresión política pero también es una necesidad tanto física cuanto espiritual que no puede ser solamente un ideal o una quimera, porque su limitación indebida o ilegal no solo afecta la libertad sino la dignidad de la persona y por tanto este derecho engendra de manera inexcusable otros derechos tan profundamente arraigados en el Derecho que su vulneración degradan la propia condición humana.

La libertad como derecho fundamental tiene un núcleo pétreo e innegociable en orden al respeto de su dignidad y que se reconocen con alcance universal. (Kriele, 1980).

Particularmente en el ámbito penal hay que discriminar que la libertad personal entendida como la facultad de desplazarse libremente, sin otras limitaciones que las impuestas por el medio, es uno de los ámbitos de mayor afectación del derecho a la libertad.

La tensión que se genera entre el derecho a la libertad y otros derechos, como por ejemplo a la seguridad, debe ser procesada a través de la ponderación y del equilibrio que debe conseguirse entre los objetivos perseguidos por el titular de la potestad represiva, el sujeto activo del proceso y por el mismo sistema judicial.

Consecuentemente el titular del derecho tendría la garantía de no ser limitado o privado de aquella salvo que la conducta (pensada, deseada y ejecutada) del individuo impida proteger y preservar otros derechos o valores igualmente relevantes, es entonces cuando cobran vigencia de cumplimiento las disposiciones relativas a la limitación del derecho y que se encuentren contenidas en la norma constitucional, en los instrumentos internacionales y/o en la normativa nacional.

La Constitución Ecuatoriana determina en su artículo 77 que: “En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: 1. La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, **o para asegurar el cumplimiento de la pena**; procederá por orden escrita de jueza o juez competente (...)” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Si bien es cierto, la Constitución expresa un principio no procesal (la aplicación de una pena), los casos en que se aplica y su tiempo máximo de duración debe estar previsto en una ley preexistente. Sin embargo, lo que se pretende de este análisis académico vinculado a la garantía del doble conforme es que el sentenciado sea “beneficiario” de un procedimiento judicial que haya agotado todas sus posibilidades legales para demostrar que en efecto es responsable del hecho imputado.

La justificación para señalar que la inaplicación del debido conforme puede vulnerar el derecho a la libertad se la encuentra en la misma Constitución, así el artículo 11 numeral 3 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.”

Este texto encuentra conexión en el numeral 9 del mismo artículo que señala que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El derecho a la libertad personal, siendo elemento consustancial del derecho a la libertad, como lo señala Ferrajoli (Ferrajoli, Derechos y Garantías, la Ley del más débil., 2009), es un “derecho diferente” inatacable e indisponible que presentan un límite a los poderes públicos y a la política, tanto como a los poderes privados. Y si como señala el autor, hay que tomar con seriedad y formalmente los derechos existe la posibilidad cierta de desvincularlos de la ciudadanía y reconocer su carácter supra estatal para evitar que su disfrute sea excluido, aun de la minoría, y brille su proclamada condición universalista.

Entonces, si doctrinariamente la Constitución prevalece sobre cualquier otra norma, tanto más si ellas se oponen a sus disposiciones imperativas y el derecho a la libertad es un derecho fundamental (y como tal irrenunciable), entonces es posible analizar, y de ser el caso, modificar el derecho procesal, a objeto de dar efectividad a las prescripciones constitucionales.

Si el derecho a la libertad está vinculado de manera íntima con el principio de inocencia encontramos también una vinculación con el doble conforme, limitar la libertad de una persona cuando aún no se ha tenido una sanción en firme es validar una equivocada creencia social que si la persona está siendo investigada o enjuiciada es por algo que hizo o debe, por tanto se valida una pena y presión social y mediática que no tiene carácter judicial ni legal.

La privación de libertad no puede convertirse en regla, ni aún a pretexto de medidas de aseguramiento excepcionales privativas de la libertad, menos aún si se debe respetar el principio del doble conforme, vinculado a la presunción de inocencia, que durante su desarrollo no encuentra razones para privar de la libertad a alguien que no ha sido declarado responsable penalmente por dos instancias diferentes, una superior de la otra.

Es importante mencionar que en el área de estudio, derecho penal, la libertad es el derecho de la persona que encuentra afectación con las actuaciones judiciales, esto se corrobora con el simple análisis de las resoluciones tomadas especialmente en audiencias de flagrancia, donde parece ser que la privación de la libertad es la más efectiva medida cautelar.

Entonces, la aplicación de medidas de privación de libertad, aunque fueren cautelares, se oponen abiertamente a la esencia del doble conforme por lo que quien tenga la posibilidad de restringir este derecho debe ser extremadamente cauto y técnico al momento de limitar el derecho, porque si bien es cierto puede involucrar el interés de varias personas, aún del colectivo social, es de manera individual, (en el caso puntual del doble conforme, contra un presunto inocente) que se afecta el derecho.

3.5 Derecho a la verdad.

Al tratar de determinar el origen del derecho a la verdad se ha tomado en cuenta que el concepto ha evolucionado esencialmente en torno a los derechos humanos, por ello considerando el pronunciamiento del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos se tiene que “su origen se remontaría a los tratados de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario, del cual surgió el Primer Convenio que en su artículo 32 menciona el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros”. (Fajardo, 2012, pág. 20).

Así los sujetos titulares de este derecho son, **en principio**, a las víctimas y sus familiares **y en casos particulares la misma sociedad** que se han visto afectados con estos hechos y hallan en este derecho una luz que exige del Estado el revelar la verdad sobre los hechos, de esta forma se amplió este derecho hasta consolidarse como **derecho colectivo**.

Con el paso del tiempo el derecho a la verdad fue evolucionando, de modo que este ya no se limitaba solo al derecho de conocer lo ocurrido con las víctimas, sino que el derecho internacional exigía que el derecho a la verdad tenga en consideración la vinculación con los derechos humanos, y cobra mayor importancia como una garantía de derechos, cuando se han violado otros con actos como desapariciones forzadas o ejecuciones extrajudiciales.

Con estos antecedentes se fueron formando las bases para estructurar un concepto claro del derecho a la verdad, y a este concepto se fueron vinculando derechos fundamentales como el acceso a la justicia, y el derecho a recursos eficaces que lograrían determinar la verdad y consecuentemente el objetivo del sistema procesal PENAL: hacer justicia.

El derecho a la verdad sencillamente se erige como concepto jurídico en los planos nacional, regional e internacional, **esencial para el desarrollo de los sistemas**, entendido como la obligación de los Estados de proporcionar información a) a las víctimas; b) a sus familiares; o c) a la sociedad acerca de las circunstancias en que se cometieron violaciones graves de derechos humanos.

Entonces, si el derecho a la verdad se ha consolidado y entendido como **el derecho de la sociedad** de conocer lo ocurrido respecto de las violaciones de derechos de las personas resulta crucial para el desarrollo social; primero para evitar la impunidad y también para que en el futuro la sociedad tenga la confianza suficiente en el aparato estatal y pueda ser este último la garantía del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y la protección de los mismos.

De lo manifestado, el derecho a la verdad nace como una herramienta para conocer los motivos y determinar responsabilidades de las violaciones de derechos de las personas, como exigencia de sus familiares y garantía para la sociedad, tanto que esta se respalda en el derecho internacional y se

perfecciona como instrumento de administración de justicia real, oportuna y cierta.

El derecho a la verdad tiene como fin que dentro del marco Constitucional el proceso judicial concluya evidenciando la verdad integral, *es decir la verdad fáctica y la procesal, las cuales en un alto porcentaje de ocasiones son contrapuestas* y para lo cual el Juez y el Fiscal están plenamente facultados para determinarla.

Por ello, después de toda la tramitación pre procesal y procesal y solo hasta la audiencia de juzgamiento se conoce la “verdad”, más allá que esta favorezca o no a las partes, o que esta se encuentre apegada a la verdad fáctica o procesal, ya que lo que conocemos en la audiencia de juzgamiento es estrictamente la verdad procesal, pues la decisión de los jueces será construida por medio de los recaudos procesales o las actuaciones en la audiencia de juzgamiento, donde las partes son quienes harán valer sus derechos para ejercer de forme eficaz su defensa.

Vicente Carvantes (1856), dice que la verdad legítima, jamás es aquella que se conoce [...] me he convencido que la verdad no entra en la sala del tribunal ni tampoco en pleito célebre alguno. Ella se ha quedado siempre en las escaleras o en la calle. (Carvantes, 1856).

Lamentablemente el derecho a la verdad como tal no se encuentra consagrado dentro de una normativa que lo regule o proteja, sino que se ha interpretado que las actuaciones en muchos casos, vulneran el derecho a la verdad no como tal sino como “el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes de Estado, el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes...” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2000,1997), (STCIDH, 26 julio de 2011, 25 de noviembre de 2000,14 de marzo de 2001 y 3 de noviembre de 1997)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que este es un derecho que continua en evolución, que debe ejecutarse de manera sencilla y rápida contra violaciones de derechos fundamentales y su base normativa debe interpretarse del contenido de los artículos 1(1), 8, 13 y 25 de la Convención.

La evolución y aplicación de esta exigencia ha logrado que, en busca de la verdad, el acceso a la justicia sea reconocido en la forma de obtención de justicia eficaz y eficiente, ya que como hemos dicho se vuelve una exigencia social, y la presión por el ejercicio del derecho a conocer la verdad es ilimitada por parte de quienes buscan conocerla y como beneficio accesorio lograr lo que se conoce como reparación integral.

En el estudio que nos ocupa, la verdad obtenida por la investigación estatal no debería limitar el derecho del acusado de defenderse ante las imputaciones que se le realizan.

En consecuencia de lo señalado, el derecho a la verdad se ha instituido como un derecho esencialmente de las víctimas pero también de la sociedad, para entre otras cosas, evitar que estos casos de graves violaciones de derechos queden en la impunidad, y que como resultado se ha obtenido el hacer público la verdad de los ocurrido, determinando también responsabilidades para facilitar la labor de los administradores de justicia.

De este modo el derecho a la verdad entendido como un derecho particular y colectivo puede vincularse con la garantía del doble conforme, porque la misma revisión total y exhaustiva que se propone permitiría por dos ocasiones conocer la verdad y de esta manera satisfacer la necesidad que tiene la sociedad y el sistema procesal penal para administrar de manera adecuada la justicia ya que esta debe ser, sin duda, el criterio basal de toda sentencia penal, particularmente por la exigencia de certeza del hecho y responsabilidad que está obligada a demostrar, más allá de toda duda razonable y haciendo eco las

palabras de Ferrajoli, *las sentencias penales son los únicos actos normativos cuya validez se funda sobre la verdad.*(Ferrajoli, 1995, pág. 543).

La garantía del doble conforme no afecta el derecho a la verdad, sino que por el contrario debería satisfacer de mejor manera el llegar a una resolución, con la identificación cierta e indiscutible de la realidad fáctica de las infracciones investigadas, ratificando la convicción que aún cuando surja de esa verdad una sentencia contraria a los intereses del justiciable, este mantiene todas las garantías posibles que el debido proceso le ofrece para su defensa.

El derecho a la verdad es de las partes, en este sentido si se toma en cuenta el satisfacer este derecho tanto del acusado como de su contrario, y eventualmente el de la sociedad, en el caso del doble conforme, el tener dos sentencias en el mismo sentido expresa concordancia con las exigencias del doble conforme.

3.6 Derecho a la defensa.

Cabanellas define al derecho a la defensa como: “Facultad otorgada a cuantos, por cualquier concepto, intervienen en las actuaciones, para ejercer, dentro de las mismas, las acciones y excepciones que, respectivamente, pueden corresponderles como actores o demandados; ya sea en el orden civil como en el criminal, administrativo o laboral” (Cabanellas, TOMO XIII)

El derecho a la defensa está consagrado en nuestra Constitución, se plasma como una garantía dentro del debido proceso, y que para efectos de este estudio se analizará a la luz del procedimiento penal.

Así la norma constitucional en su artículo 76, numeral 7, literales a, b y g, en la parte pertinente norma de forma expresa el referido derecho a la defensa dando la pauta que se requiere para garantizarlo.

Art. 76, numeral 7. El **derecho de las personas a la defensa** incluirá las siguientes garantías:

- a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
- b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
- g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

De igual manera la normativa internacional es clara al referirse al derecho a la defensa, y es todavía más específica cuando determina que el sujeto pasivo de la acción penal (el acusado) es el titular de este derecho, así la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), respectivamente dicen:

“Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Art. 8.2.- Toda **persona inculpada** de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) **derecho del inculpado** de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; (Convención Americana sobre Derechos Humanos)

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.3 dice:

Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para **la preparación de su defensa** y a comunicarse con un defensor de su elección;

d) A hallarse presente en el proceso y **a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección**; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo". (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)

Como puede apreciarse, el derecho a la defensa está debidamente fundamentado por el ordenamiento jurídico nacional como internacional.

Teóricamente puede considerarse al derecho a la defensa como un derecho humano fundamental, ya que por naturaleza a quien se le acusa busca defenderse de los hechos que se le imputan, sea por sí mismo o por medio de un profesional del derecho; el ser asistido con una defensa técnica constituye un presupuesto de las garantías del debido proceso y protección del derecho constitucional a la defensa, lo que conlleva a lograr un equilibrio en cuanto a la facultad de acusar (poder punitivo del Estado), frente al derecho de defenderse. Es en la práctica procesal donde se evidencia el correcto ejercicio del derecho a la defensa, al decir correcto ejercicio, invocamos la intervención de abogados, ya que como he manifestado, en nuestro sistema la defensa requiere de una asesoría técnica, más todavía por encontrarse enmarcada de normativa constitucional refiriéndose al debido proceso y normativa internacional (CADH y PIDCP) respecto del derecho a la defensa.

Como ha quedado señalado en cuanto a la base normativa del derecho a la defensa, el acusado se encuentra suficientemente provisto de los escudos que le provee el Estado para no ser víctima de lo que podría manifestarse como un abuso en el poder punitivo del sistema penal, tanto que la constitución es clara al señalar que el **derecho a la defensa** incluye como garantía básica el ... **ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público (Art. 76,7,g)**... y a **en ningún caso quedar en indefensión.** (Art. 75) (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Como elemento de análisis, cabe señalar que en nuestro sistema penal la autodefensa del imputado, cuando este no es profesional del derecho, no se encuentra como una posibilidad, ya que es obligatoria la asistencia de un profesional para ejercer con eficacia el derecho a la defensa, el permitir la autodefensa, no solo que abriría las puertas a un mal manejo del sistema penal sino que dejaría en evidente desventaja a quien se defiende, esto en virtud del desconocimiento de la Ley como de los procedimientos, haciendo que la defensa se torne defectuosa tanto en el fondo como en la forma, y poniendo en inminente riesgo los derechos (del acusado), que en el caso penal se refiere a la libertad.

Una defensa efectiva del acusado reitero requiere necesariamente la asistencia de un abogado o abogada, a efectos de ejercer los derechos y garantías de los cuales este está revestido para la preparación y ejercicio de su defensa.

Este derecho es complejo toda vez que la normativa constitucional lo arma de garantías básicas y del debido proceso, mismo que se encuentra sometido al correcto manejo por parte de los administradores de justicia.

Hemos dejado claro que tanto la norma suprema de Estado ecuatoriano, como los tratados y convenios internacionales de los cuales nuestro país es suscriptor y que son pertinentes para este trabajo, refieren el derecho del acusado a contar con una defensa efectiva, misma que debería satisfacer por

completo sus intereses o por lo menos dar una garantía de que la administración de justicia es transparente y como fin satisfacer el cumplimiento del debido proceso a favor del acusado.

Teniendo en cuenta lo manifestado, es decir, que la defensa está garantizada en la norma, la realidad jurídica nos obliga a reflexionar respecto de la idoneidad en la defensa de los justiciables al momento de hacer efectivas las garantías del debido proceso, ya que la realidad nos ha enseñado y hace evidente que muchas veces la deficiencia en la defensa técnica empeora la situación del acusado, respecto de sus posibilidades de obtener resultados favorables de su situación jurídica; lo que debería hacer a los jueces entrar en actividad para garantizar los derechos de las personas, sin que el actuar respecto de la defensa del acusado se entienda como una falta de parcialidad de parte de los jueces. (Abel Fleming y López Viñals, 2008, págs. 306, cita 24).

De lo dicho, se tiene que el derecho a la defensa estaría privativamente concedido al acusado, para ejercer este derecho ante las autoridades tanto en la etapa pre procesal como en la procesal.

En el presente trabajo se debe analizar el derecho a la defensa en contraste con la facultad de recurrir, esto en virtud de los límites que las partes procesales en un ideal jurídico debería tener, es decir cómo y hasta donde deben llegar sus deberes y derechos.

Para el análisis del doble conforme, la Constitución ecuatoriana lamentablemente es amplia en cuanto al derecho de recurrir, se refiere a las garantías del debido proceso y al derecho a la defensa de las personas, sin determinar de quién es expresamente el derecho de ***recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.***

Aun así, al tratarse del derecho de las personas **a la defensa** se debería entender sin lugar a dudas, insistiendo en lo ya mencionado anteriormente, que la defensa le corresponde al sujeto pasivo del proceso penal, esto es el acusado, la persona a quien se le imputa el cometimiento de un delito.

CAPÍTULO IV

EL DOBLE CONFORME EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO

4.1 La etapa de impugnación.

La Real Academia de la Lengua dice que impugnar es combatir, contradecir, refutar, etimológicamente deriva del latín “*impugno-are*” “cuyo significado está ligado a las acciones de atacar, acometer, cercar; es decir, que **impugnar** es un signo de inconformidad, una situación con la que uno se opone a otro, sea por palabra u obra respecto de una demostración aseveración o decisión.

Jurídicamente, significa “No reconocer voluntariamente la eficacia jurídica de un acto o la actitud de otro. Declarar en el fondo o en la forma que algo no se ajusta a derecho. Desconocer una interpretación por estimarla errónea o abusiva. (Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual., 1982, pág. 359)”

De este modo, entonces, la impugnación es la acción o efecto de impugnar; un derecho concedido a las partes relacionadas jurídicamente, que se dirige en el caso que nos ocupa, contra sentencias, y en otros contra actos procesales, considerados injustos o ilegales, cuando no tienen la calidad de cosa juzgada, con el objeto de obtener su revocatoria, invalidación, modificación, anulación, sustitución o reparo de un agravio.

Es importante reconocer el contenido abstracto del derecho a la impugnación, pues, no está condicionado a la verificación o existencia real y concreta de un error jurídico o abuso del juzgador, sino que basta solamente se invoque la existencia de un agravio para que el acto impugnado no se incorpore al proceso ni surta efectos jurídicos, aun, sin perjuicio de que luego de su

tramitación, la pretensión sea rechazada, pero si la impugnación es favorable al recurrente, entonces, ese acto nunca habrá existido.

Es decir, no interesa que el recurrente tenga un derecho concreto vulnerado por el que necesariamente deba presentar un pedido de impugnación, sino que solo el cumplimiento de las formalidades establecidas en la ley, principalmente la temporalidad, obligan a las autoridades judiciales dar paso al procedimiento impugnativo.

Valioso también es considerar el punto de vista de la decisión de juzgador, ya que éste podría dirigir su análisis a determinar la existencia de un error en la apreciación y aplicación de una norma jurídica o por el contrario de un error procesal, consciente que la admisión de los medios impugnativos señalados podrían concluir con la ineficacia del acto procesal, haciendo efectivo la pretensión del acto impugnativo.

Si el error se ocasiona por una indebida aplicación del derecho sustantivo enfrentamos un error *"in iudicando"*; por el contrario, si el quebrantamiento es procesal estamos frente a *"in procedendo"*.

El derecho de impugnación está garantizado por el Estado ecuatoriano como una forma de control, ejercida por los particulares y también por el representante del Estado y la sociedad, en el caso de la Fiscalía dentro del Derecho Penal, pues que exista el derecho a impugnar controla de alguna manera la arbitrariedad que podrían tener los administradores de justicia al emitir sus resoluciones convirtiéndolas aparentemente en infalibles, circunstancia que no puede ser considerada así, por el hecho de existir dentro de la justicia órganos jurisdiccionales superiores a los que dictan un fallo, quienes por jerarquía están en la obligación legal, constitucional y convencional de revisar los fallos y resoluciones de jueces de instancia.

Esto no significa que el impugnar coarte la libertad de independencia interna de los jueces sino que se entiende como una actividad coadyuvante a la administración de justicia conducente en lo posible a evitar arbitrariedades e injusticias, por lo que el ejercicio activo en de los ciudadanos encamina a una eficaz y eficiente administración de justicia.

El profesor Luis Cueva Carrión advierte que el control de las decisiones judiciales en el caso de impugnaciones corre en dos sentidos, uno horizontal que lo realiza el propio juez, cuando revoca, por ejemplo, su propia decisión, y, uno vertical privativo de un tribunal superior como es el caso de la apelación o casación.

Si en términos generales el derecho de impugnar es posible para todas las partes procesales, ya específicamente, en materia penal, la impugnación está regulada en nuestro Código Adjetivo, específicamente en el artículo 324 que prescribe:

“Art. 324.- Facultad de impugnar.- Las providencias son impugnables solo en los casos y formas expresamente establecidos en este Código. Cuando la ley no distinga, el derecho a impugnar corresponde a las partes. El defensor puede interponer los recursos, pero el imputado o acusado puede desistir de los recursos interpuestos por su defensor.”
(Código de Procedimiento Penal, 2012)

Por lo señalado, el ejercicio de este derecho le corresponde al acusado, al acusador y a la Fiscalía, a quienes les interesa un resultado tangible, objetivo, práctico del recurso propuesto; por lo que, el desafío del administrador de justicia es impedir que el recurso sea propuesto para retardar el proceso penal, pues el valor teleológico (“referido al estudio de los fines”) del derecho a impugnar se vería vulnerado por quien persigue objetivos diferentes a los señalados.

El recurso de revisión se constituye la excepción a la regla, pues conforme lo establece el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal (361), lo intentarán “el reo, o cualquier persona, o el mismo tribunal de garantías penales de oficio, cuando resulte la aparición del que se creía muerto (...)” (Código de Procedimiento Penal, 2012).

4.2 Los recursos procesales como medios de impugnación.

El derecho a la impugnación se los ejerce a través de los **recursos**. Derivado del latín “*recursus*” que en su expresión más adecuada ha de entenderse como retorno o camino por donde se vuelve, pero su objetivo, para este análisis académico, es que a través del procedimiento establecido por la ley correspondiente, se alcance del mismo juez o un superior, la revisión, análisis y resolución, de un proceso que se consideraría contrario a los intereses y derechos del recurrente.

Eugenio Florián, reconoce en el *recurso* una acción del sujeto procesal orientado a anular o reformar jurisdiccionalmente una resolución anterior mediante un nuevo examen, total o parcial de la causa, por el mismo juez u otro diferente o por otro superior. (Florian, 1987, pág. 420).

Los recursos quedan constituidos como garantías que reconocen el derecho a que se examine, por un tribunal superior, la legalidad y razonabilidad de toda sentencia o resolución judicial que implique la ilegal o improcedente inobservancia, limitación o anulación de los derechos fundamentales.

De todas maneras, dos características deben estar siempre manifiestas respecto del recurso: a) es el medio para el ejercicio del derecho a la impugnación; y b) como tal, debe ser un medio “técnico” para que en efecto pueda alcanzar su meta reducida en definitiva a subsanar errores.

Doctrinariamente, entre varias teorías, ha prevalecido aquella de que los recursos pueden ser ordinarios y extraordinarios. Los primeros para el Dr. Jorge Zavala Baquerizo (1989), son aquellos que pueden ser ejercidos por las partes procesales dentro del plazo perentorio señalado por la ley, antes que se ejecutorie la decisión que se impugna. Son entonces, para este jurista, recursos ordinarios los de apelación, de hecho, nulidad y de casación. (Zabala, 1989, pág. 369). De su lado el Dr. Luis Cueva señala que solamente son recursos ordinarios la apelación y el recurso de hecho.

Para tomar posición propia respecto de lo señalado estimo que la pauta fundamental para distinguirlos debe buscarse, entre otras particularidades, en la mayor o menor medida que los mismo jueces y organismos judiciales declaran su competencia, si previstos para los casos corrientes y direccionados a reparar cualquier irregularidad procesal o error de juicio se han de considerar ordinarios, pero se contarán como extraordinarios si son concedidos con carácter excepcional, respecto de cuestiones específicamente determinadas por la ley.

En el procedimiento penal ecuatoriano, se reconocen los recursos de apelación, revisión, nulidad, casación y de hecho, pero la misma norma procesal estableció mecanismos de consulta para ante la Corte Nacional de Justicia de los autos de sobreseimiento y los de archivo del proceso.

El Código de Procedimiento Penal, regula la procedencia y trámite del **recurso de hecho** en el artículo 321 y siguientes; el **recurso de apelación** a partir del 343; el de **casación** desde el 351; el de **nulidad** en el 330 y el de **revisión** en el 359.

Acorde a lo señalado por el artículo 324 del cuerpo legal citado, en materia penal solo es posible recurrir a los recursos ya mencionados y solamente en los casos y formas que expresamente manifiesta la Ley en el tiempo establecido por el mismo cuerpo legal.

Los recursos pueden ser ordinarios o extraordinarios. La pauta fundamental para distinguir a los recursos ordinarios de los extraordinarios posiblemente se encuentra en la mayor o menor medida de conocimiento en los tribunales competentes.

Mientras los primeros se interponen con interés en la revocatoria de la resolución impugnada y no presentan limitaciones a la actuación del órgano encargado de resolverlo, pueden ser revisados en su totalidad. En los recursos extraordinarios no es suficiente el interés en recurrir sino en la justificación legal del pedido; además el órgano superior no analiza el proceso de manera amplia sino que se ve limitado a temas determinados ligados precisamente a las causas establecidas como motivo posible del recurso.

Entonces, por todo lo señalado los recursos entendidos como medios idóneos de impugnación tienen por meta preservar la legalidad e integridad del derecho asegurando la posibilidad de remediar su indebida aplicación y volverla acorde a la Constitución, la normativa internacional y las leyes nacionales sea por intermedio del mismo juez o por tribunal jerárquicamente superior.

4.3 Identificación del doble conforme con los recursos.

4.3.1 Recurso de Apelación.

Los procesos judiciales enfrentan el dilema de encontrar la verdad, sea la histórica o la procesal. La primera tiene relación con la realización cierta e inequívoca de los hechos, en tanto que la verdad procesal está ligada a la presentación de los hechos y de la percepción que el juez adquiere respecto de ellos quien cargando con la responsabilidad de juzgar, tiene el limitante fatal de no ser un espectador de los hechos y en tal virtud, la verdad fáctica le será esquiva siempre (Aguilar, El Recurso de apelación en materia penal), por lo que la posibilidad de error judicial es un riesgo inminente que trata de ser frenado unas veces o remediado otras tantas, a través de la **apelación**.

El profesor Zabala Baquerizo, lo señala como un recurso de impugnación ordinario, suspensivo, devolutivo (general o singular) y extensivo (Zabala, 2007, pág. 6) que pretende oponerse a una disposición que causa agravio con el fin de que se corrija el error, mediante nueva providencia y previo un nuevo examen realizado por un organismo superior. Importante es destacar que el recurso debe ser resuelto por autoridad diferente a la que emitió la providencia primigenia, de tal manera que se provoca una **segunda instancia** lo que no significa un nuevo proceso sino una instancia que aspira se reforme o revoque la providencia objetada.

María Barbera, califica al recurso de ordinario que resuelve sobre los hechos, la prueba y la calificación jurídica (Bárbera Del Riso, 2001, pág. 38).

Como se aprecia la apelación teniendo carácter ordinario no requiere de formalidad o solemnidad para su interposición, la que se cristaliza con el pedido, expreso o tácito, de remisión del proceso a un juez superior para que re - examine el expediente; y de haber error, lo corrija, quedando solamente a la luz de la ley la determinación de su procedencia.

La motivación del recurrente es ilimitada, puede apuntar el simple desacuerdo con la providencia apelada (en el caso de los sentenciados se apuntará a la sentencia), una equivocada valoración de la prueba; sugerir inadecuada aplicación de la norma, incluso parcialidad del juez, pero lo más importante es que siendo completamente abierta puede invocar la normativa internacional y simple y llanamente **señalar el incumplimiento de la garantía de “doble instancia” o expresar el deseo que el juicio sea nuevamente revisado para que no exista posibilidad de impedir el trámite al recurso.**

Esta posibilidad se fortalece por la condición del juez superior para apreciar nuevamente todo el expediente al momento de resolver la apelación, de forma total, con facultades muy amplias, no vinculado necesariamente a los fundamentos alegados por el recurrente (que pueden ser absolutamente

escasos) haciendo de la sana crítica su instrumento de **re-valorización** del proceso y sin las limitaciones de otros recursos (nulidad, casación o revisión). (Aguilar, El Recurso de apelación en materia penal).

El numeral segundo del artículo 343 de nuestra norma adjetiva refiriéndose a la procedencia del recurso de apelación dice que es posible interponerlo de las sentencias dictadas en proceso simplificado, proceso abreviado y las que declaren la culpabilidad o confirmen la inocencia del acusado; aquí se encuentra la vinculación más clara y sólida con la garantía al “**dobles conforme**”, que tiene por objeto impedir la ejecución de la **pena o sentencia** sin que un ente superior confirme la legalidad de la condena estudiando en extenso la sentencia para fallar nuevamente a cerca de las cuestiones de hecho y de derecho.

4.3.2 Recurso de Casación.

El Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano en su art. 349 señala que “el recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación. No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba.” (Código de Procedimiento Penal, 2012)

Una de las primeras interrogantes que surge a la lectura de la norma descrita es ¿por qué este recurso se limita únicamente a corregir los errores de aplicación de la ley y no tiene competencia para revisar los hechos y pronunciarse sobre los mismos?

Desde sus inicios el recurso tuvo dos funciones: la primera, reconducir o eliminar una la sentencia jurídicamente errónea producto que el juez hubiere dejado de actuar como un “*ser inanimado que no puede moderar la fuerza ni el rigor de las leyes*”(Montesquieu, 1748, pág. 112); y, luego, unificar de la

interpretación jurisprudencial a través de los fallos del tribunal de casación que en el caso ecuatoriano, hasta antes del 2008 era la Corte Nacional de Justicia.

La vigencia de la nueva Constitución otorga a la Corte Constitucional la función política de unificación jurisprudencial porque dentro de sus competencias está la de revisar **todas** las sentencias dictadas por el sistema judicial ordinario, lo que significa que las sentencias de casación no son su excepción.

Así lo determina el art. 429 de la Constitución que señala: “La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia.” Sin embargo, el artículo 185 señala que *“las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria”*.(Constitución de la República del Ecuador, 2008)

El jurista Ramiro Falconí García, señala la existencia de una oposición en las normas constitucionales que nace de la posibilidad que la Corte Constitucional podría tener opinión contraria a un fallo de triple reiteración nacido de la Corte Nacional de Justicia. ¿Cuál es el criterio que debe prevalecer?, ¿quién tiene la competencia jurídica legal?

Conforme lo señalado por el texto constitucional no hay duda, ese organismo es la Corte Constitucional y la triple reiteración, instrumento generador de jurisprudencia obligatoria debe ser asumida en relación de subordinación con la opinión que la Corte Constitucional emita sobre un tema específico. (Falconí, El concepto y naturaleza de la casación, primeros pasos y primeros tropiezos).

Sin duda que el rol procesal del recurso es sobresaliente pero genera la sensación de vacío la imposibilidad de revalorizar las pruebas del juicio pese a

que doctrinaria y legalmente su naturaleza es absolutamente técnica, su objetivo es alcanzar certeza jurídica y de este modo garantizar los derechos constitucionales y legales de protección.

Jordi Nieva Fenoll, señala imposibilidad de separar el hecho del derecho en un juicio jurisdiccional, que su disociación solo es posible de manera teórica y que aparecen inevitablemente imbricadas en la mente judicial y que sea inevitable relación se expresa meridianamente en la redacción de cualquier sentencia. (Nieva, 2012, pág. 330).

Si bien la norma legal señala que en el recurso de casación "... No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba. " (Código de Procedimiento Penal, 2012), no es menos cierto que nada se habla de los hechos. Parece existir una exagerada desorientación al tratar los hechos y las pruebas por separado. No cabe duda que el hecho se demuestra a través de la prueba, pero no es la prueba en sí mismo, además esta conlleva un ejercicio forense de análisis y apreciación para tener la convicción de la existencia de un hecho.

Admitir la existencia de un hecho a través de la aceptación, interpretación, valoración e incorporación de la prueba no significa que el hecho *per se* es delito, es decir, el suceso tiene que nuevamente ser valorado para decidir que, una vez que este ha sido probado, efectivamente se constituye en un ilícito. De allí viene la determinación de la responsabilidad de los justiciables. Finalmente, solo luego de una nueva **apreciación y evaluación conjunta** el juez puede emitir su sentencia debidamente fundamentada.

La llamada a reformar el recurso de casación lo determina la misma Constitución y los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador. Esta propuesta se refuerza si el doble conforme, como se ha dejado sentado, es una garantía que exige que un ente superior confirme la legalidad

de una condena y su falta de aplicación conlleva a que el error y la ilegalidad no sean advertidos y reparados con oportunidad.

Entonces la posibilidad de reformar el recurso de casación para que valore de manera **vinculada** de los fundamentos de hecho, consecuentemente de las pruebas que los fundamentan; situación que se constituye un desafío para los legisladores y los administradores de justicia, en mérito al reconocimiento del derecho fundamental del doble conforme que exige la demostración duplicada de la sentencia condenatoria; además impide que el instrumento procesal que permite garantizar ese derecho pueda ser restringido por razones que son perfectamente superables (Pastor, 2001, pág. 12) por lo prescrito por la legislación nacional e internacional y de la emergente política de protección de los derechos fundamentales de las personas determinado en el neoconstitucionalismo ecuatoriano.

Existen aspectos claros que en varias sentencias de la Corte Nacional de Justicia pese a que de manera general sustentan la imposibilidad de valorar la prueba terminan por remitirse, de una u otra manera al análisis de los hechos. Así por ejemplo, en el caso 769-2011 VR, la sentencia de mayo del 2012, señala:

*“se aprecia **que existe sindéresis jurídica entre los hechos que el Tribunal Penal los ha dado por probados, con la normativa aplicada, sin que corresponda a este Tribunal de casación, realizar un nuevo examen de la carga probatoria incorporada en la audiencia...**”.*

De igual manera el Recurso de Casación No. 63-201213, en su numeral 4.3 registra el texto:

*“...del análisis de la sentencia **impugnada se evidencia que en esta se realiza un relato de los hechos que se relacionan con los fundamentos jurídicos de la misma, de tal forma que la descripción***

de lo que en la sentencia se considera probado es suficientemente decisivo y desprovisto de dudas, en los aspectos a los que se aplica el derecho, como para permitir al Tribunal de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas desestimar el recurso de apelación planteado por los querellantes y confirmar la sentencia venida en grado". (Recurso de Casación No. 63-201213, Recurso de Casación No. 63-201213)

Los derechos fundamentales no pueden estar sometidos a los intereses de orden político o sistémico del Estado, tanto más si estos han tomado rango constitucional debería ser imposible la presencia de tensiones o antagonismos con el resto de normas que regulan la sociedad y sus derechos.

Si el juez aplica las normas legales y aún doctrinales en base de la prueba presentada, que a su vez verifica uno o varios hechos que se justifican y motivan en la sentencia ¿cuál sería la justificación mínima para impedir la revisión y valoración de las pruebas en el recurso de casación? La respuesta es sencilla, no hay ningún impedimento porque es imposible entender una sentencia sin su motivación y la prueba es su esencia.

Sin que se desnaturalice el recurso de casación donde el fin es rectificar los errores de derecho en los que haya incurrido el inferior, se hace sumamente indispensable hacer notar que, si bien no se valora prueba dentro de un recurso de casación, la valoración subjetiva que el juzgador realiza de los hechos no se puede desvincular de la prueba actuada ya que el análisis de esta influirá objetivamente en la decisión que llegue a tomar el superior.

“Toda sentencia condenatoria penal supone que existe certeza sobre la presencia de todos los presupuestos materiales (positivos y negativos) de la declaración de culpabilidad y de la determinación de la pena” (Jescheck, 1981, pág. 194). Si esta afirmación la complementamos con la determinación de responsabilidad del Estado , entre otras razones, por la ***inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial***

efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso (CRE.11,9) y sumamos el reconocimiento el establecimiento de un doble enjuiciamiento por medio de un sistema de recursos, CRE. 76.7.m) se logra el contexto teórico – legal para justificar un sistema procesal cuyo recurso no es aislado con los derechos y garantías constitucionales de manera vinculada, integral y progresiva.(Constitución de la República del Ecuador, 2008)

4.4 Imposibilidad de aplicación de recursos, para el acusador particular y Fiscalía ante el doble conforme favorable al acusado, justificación.

Tras el análisis de los conceptos del doble conforme o doble instancia, de la normativa constitucional y legal tanto internacional como nacional, de las garantías constitucionales, derechos constitucionales y las condiciones para su limitación, enfrentamos varios posibles escenarios que merecen ser analizados.

Un primer escenario es, que existieran dos sentencias que confirmen el estado de inocencia del acusado, provenientes de dos instancias diferentes.

En el caso planteado no cabría posibilidad alguna que el acusador y la Fiscalía interpusieran recurso de apelación o casación; porque si como manifiestan los artículos 343 (2) y 351 del Código de Procedimiento Penal que respectivamente dicen: “procede el recurso de apelación(...) de las sentencias dictadas en proceso simplificado, proceso abreviado y las que declaren la culpabilidad o confirmen la inocencia del acusado”; y, “el recurso de casación podrá ser interpuesto por la o el fiscal, el acusado o el acusador particular” (Código de Procedimiento Penal, 2012), porque existe riesgo para “el acusado” que la Corte Nacional de Justicia case la sentencia, entonces, su estado de inocencia quedaría destruido sin posibilidad de recurrir del fallo o resolución ante un organismo superior.

Sin embargo, la existencia del doble conforme a favor del acusado, que satisfecería la doctrina y la normativa internacional sería el limitante natural para interposición de los recursos mencionados.

Por otro lado, dar paso al recurso de casación en las circunstancias señaladas sería también incumplir lo establecido en el artículo 8.1.h, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos , que en su literal h prescribe, *el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*(Convención Americana sobre Derechos Humanos), además de lo prescrito en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, mismo que señala que: *“toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”* (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Entonces, existiendo “doble conformidad” del estado de inocencia del justiciable, hecho que significa que un ente superior confirmó la legalidad de la sentencia, analizando en extenso las cuestiones de hecho y de derecho, y determinó una verdad que no implicó la responsabilidad del justiciable, se habrían agotado, para el neo constitucionalismo los procedimientos de recepción, análisis, valoración e incorporación de las pruebas que se desarrollaron durante el juicio y quedan expuestas en la sentencia.

Por otro lado la posibilidad de interponer el recurso mencionado significaría vulnerar el principio de inocencia, este derecho fundamental con reconocimiento constitucional sobre el cual se construye todo el proceso penal y que se protegió y declaró como tal –inocente al justiciable- por dos ocasiones.

También afectaría el debido proceso, que debe entenderse como un fin y que el conjunto de procedimientos y garantías que establece la constitución y las leyes son los medios que le dan sentido a su concepto y finalidad que es la protección de los órganos jurisdiccionales del Estado a los derechos de las

personas o también el evitar o impedir se produzca abuso del poder estatal a través de cualquiera de sus poderes públicos con acciones ilegítimas o abusivas.

La libertad personal sería otro derecho fundamental vulnerado, pues de privarlo o limitarlo los demás derechos fundamentales perderían significativamente sentido

El derecho a la verdad, no solo del procesado sino del colectivo social sería también víctima de la inobservancia del doble conforme a favor del procesado, pues perdería su condición fundamental de pilar del desarrollo del sistema penal, impidiendo su instrumentalización en la administración real, oportuna y cierta de justicia. Atentar contra el derecho a la verdad integral, fáctica y procesal es simplemente dejar sin criterio basal cualquier sentencia, particularmente penal que son los únicos actos cuya validez se funda en la verdad.

Lo narrado no impide de modo alguno pero con derecho de reserva el derecho a recurrir del acusador y la Fiscalía pero ya específicamente para los recursos de revisión, de hecho y de nulidad.

4.5 Posibilidad de aplicación del recurso de casación para el acusado ante la presencia del doble conforme, justificación

Un segundo escenario es, que existan dos sentencias condenatorias para el acusado provenientes de dos instancias diferentes.

En tal caso el derecho del acusado no podría limitarse puesto que como ha quedado claro se vería vulnerado su derecho a recurrir, derecho consagrado tanto en la Constitución en su art. 76, numeral 7 literal m, manifiesta la garantía a *“recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”*(Constitución de la República del Ecuador, 2008), así como

en la normativa internacional, esto es la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en su artículo 8.1.h.de la, garantiza el “*derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*”(Convención Americana sobre Derechos Humanos), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 14, prescribe: “*Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley*” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En este caso, no podría limitarse el derecho a recurrir del acusado porque se estaría incurriendo en una vulneración audaz de su derecho a la defensa, ya que se evidencia que este no podría ejercer su derecho de “recurrir” ante un superior.

No podemos pasar por alto todo lo dicho en cuanto al debido proceso, una garantía constitucional que ampara por completo a la persona que hace efectivo su derecho a la defensa, y que nace para determinar los presupuestos procesales que buscan brindar la confianza necesaria en el sistema procesal penal.

Frente al doble conforme, en el caso de no ser favorable al acusado, este necesariamente debe tener el derecho de recurrir ante un superior, fundamentando este derecho en la normativa constitucional y de tratados internacionales, que claramente establecen el derecho del acusado de someter el fallo o decisión ante un superior.

Mal podría negarse este derecho al acusado, analizando detalladamente el supuesto, se violarían derechos como el de la defensa, el derecho a recurrir, el principio de inocencia, las garantías del debido proceso, haciendo además caso omiso a lo dispuesto por la normativa internacional, CAH y CIDCP.

Un tercer y último escenario posible es la existencia de dos sentencias contrarias para el acusado (absolutoria y condenatoria o viceversa).

En este caso, no puede hacerse un mayor análisis ya que el derecho de recurrir entonces quedaría como una puerta abierta para cualquiera de las partes a fin de que una de ellas obtenga del superior un pronunciamiento que se ajuste a sus intereses, sin violar los derechos del contrario.

Así, la ausencia del doble conforme permite que cualquiera de las partes pueda recurrir, sin que se afecte en ningún sentido los derechos del acusado principalmente, por lo que sobre todo quedaría abierta la posibilidad cierta de que el acusado en cualquier circunstancia, tenga la posibilidad de interponer un recurso para obtener una resolución favorable (recurso de casación), ya que hemos sostenido durante el desarrollo del presente trabajo, que este es el sujeto del que se deben proteger sus derechos.

4.6 Propuesta académica para la aplicación del doble conforme en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano

La aplicación del doble conforme en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano es un reto para los legisladores, reto que abarca la correcta normalización del procedimiento y que exige un estudio pormenorizado del momento oportuno de su aplicación.

El aporte académico de este trabajo también conmina a la Corte Nacional de Justicia a ser coherente en sus actuaciones respecto de la apreciación de los hechos, esta apreciación no podría valorar prueba, ya que con esto se desnaturaliza la esencia del recurso de casación, sin embargo, el juez como persona no puede desvincular subjetivamente la prueba y el hecho, su análisis influirá objetivamente en la decisión de este, por lo que se debe analizar si la casación como se ha cuestionado, es o no un recurso suficientemente amplio para la revisión integral de la condena.

Se debe tomar en cuenta que eventualmente la Corte Nacional de Justicia puede tornarse en el órgano competente para conocer y resolver sobre casos en los que se debería aplicar el doble conforme.

Recientemente en nuestro país se debatió el Proyecto del Código Orgánico Integral Penal, que fue tratado por la Asamblea Nacional, y que para este estudio corresponde revisar lo que en dicho proyecto constituyó el recurso de casación, que en su artículo 656 del Proyecto decía:

Recurso de casación.- Procedencia.- El recurso de casación es de competencia de la Corte Nacional de Justicia y procederá contra las sentencias, (...). **No son admisibles los recursos que contengan** pedidos de rescisión de los hechos del caso concreto, de la nueva valoración de la prueba, ni en los **casos de sentencias de doble instancia ratificatoria de inocencia.**

Este proyecto fue vetado parcialmente, y respecto de la parte pertinente del artículo señalado, que refiriéndose al recurso de casación, se dijo:

“En el segundo inciso del este artículo se establece que no procederá este recurso en los casos de sentencias de doble instancia ratificatoria de inocencia. Al respecto, manifiesto que no estoy de acuerdo con esto ya que se está presumiendo que si existen dos sentencias ratificadorias de inocencia, no se habría violado la ley en la sentencia. El recurso de casación a diferencia de los otros recursos, no considera los hechos, sino el derecho, y por tanto es posible que al momento de dictar sentencia se haya violado la ley, y que esta violación sea ratificada en segunda instancia. Este recurso se debe ser conocido y resuelto por el más alto Tribunal de Justicia, la Corte Nacional de Justicia, y son ellos los llamados a examinar si en una sentencia ha existido o no violación a la ley. El legislador no puede presumir que cuando existe sentencia de

doble instancia ratificatoria de inocencia no se ha violado la ley; es una tarea que le corresponde al juez al momento de conocer el recurso” (Objeción parcial al Código orgánico Integral Penal).

Con esta consideración se eliminó del proyecto lo referente al doble conforme, fundamentando esta decisión en que “(...) *El legislador no puede presumir que cuando existe sentencia de doble instancia ratificatoria de inocencia no se violado la ley (...)*” (Objeción parcial al Código orgánico Integral Penal).

Entonces, si existe una sentencia ratificatoria del **estado de inocencia del acusado**, hecho que evidentemente refleja que se ha recurrido al superior para que revise la legalidad de la misma surgida de la primera instancia, entonces, posibilitando la interposición del recurso de casación, se está presumiendo que dos instancias han incurrido en error, lo que no podría ser tolerable en los administradores de justicia.

Pero más allá de esto, en este caso particular al ser posible el recurrir existiendo dos sentencias ratificadoras de inocencia y en el supuesto de que se case la sentencia, el acusado no tendría la posibilidad de acudir ante un superior, lo que vulneraría los derechos protegidos que tanto hemos mencionado y defendido en este trabajo.

En circunstancias que el ordenamiento penal ecuatoriano no ha puesto un límite específico en lo referente a la facultad de recurrir, es decir, no ha separado la facultad recursiva del imputado, del Estado o del acusador particular, se hace necesario proponer el normar y limitar a las partes procesales respecto de los recursos, no para coartar sus derechos sino para evitar que se violenten los de quien resulta vulnerable, el acusado.

Por todo lo mencionado, la aplicación del doble conforme en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano es un tema importante que debe ser analizado por el

legislador para positivizarlo y hacer efectivas las garantías y así evitar la vulneración de los derechos, del acusado.

Entonces, finalmente la propuesta del presente trabajo académico se traduce en la validación de la propuesta original del Proyecto de Código Integral Penal, esto es la incorporación de un artículo que registre la siguiente disposición:

“Recurso de casación.- Procedencia.- El recurso de casación es de competencia de la Corte Nacional de Justicia y procederá contra las sentencias, cuando se haya violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente.

No son admisibles los recursos que contengan pedidos de rescisión de los hechos del caso concreto, de la nueva valoración de la prueba, ni en los **casos de sentencias de doble instancia ratificatoria de inocencia.**”

La justificación de esta propuesta se basa en el desarrollo del derecho del imputado o procesado a impugnar la sentencia condenatoria, que se impulsó desde el artículo 14 inciso 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y del artículo 8.2.h, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumentos que establecen el derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior, generándose de esta manera el **doblo conforme**, garantía exclusiva del acusado, y vinculada al principio “*non bis in idem*”, que reconoce la imposibilidad someter dos veces al riesgo de una condena al justiciable.

Permitir que el recurso de casación inobserve el doble conforme que declara el estado de inocencia de una persona abre peligrosamente el camino hacia la condena como si fuera esta el objetivo máximo del proceso penal, además el doble conforme tiene una orientación a favor del condenado y no del acusador,

de este modo la sentencia absolutoria de segunda instancia debería quedar en firme por su solo pronunciamiento, impidiendo cualquier persecución ulterior.

Es relevante también considerar que las sentencias absolutorias que eventualmente deberían ser analizadas y valoradas en el recurso de casación, respetaron como presupuesto el test de razonabilidad, imperativo constitucional determinado en el artículo 76.7.1 de la norma suprema, que establece, la motivación de la resolución de los poderes públicos como garantía inexcusable, cuya omisión genera la nulidad de la resolución y la sanción del servidor público que la generó. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Si el recurso de casación da cabida al análisis de sentencias amparadas por el principio del doble conforme a favor del acusado, esta garantía no podría ser aplicada sin que el recurso de casación se proyecte más allá del control de las violaciones de la ley en la sentencia, pero por el contrario si el recurso citado examina dos sentencias condenatorias, el procesado tiene derecho a la revisión integral de aquellas, no con el fin de satisfacer el evidente interés del procesado, sino de garantizar su derecho de recurrir ante un superior.

Además existe un llamado imperativo para adecuar la **garantía del doble conforme** a la norma adjetiva penal, pues, el recurso de casación impide la efectividad del principio esencial del doble conforme, contraviniendo la naturaleza del modelo garantista constitucional ecuatoriano.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 CONCLUSIONES

El Ecuador es un estado social de Derechos y Justicia, su constitución se encuentra formada por un completo sistema de derechos y garantías, por ello que los ciudadanos ecuatorianos gozan de un ordenamiento que les permite exigir o demandar del Estado las condiciones que requieran para satisfacer sus necesidades, sin embargo, ningún sistema es perfecto por lo que las limitaciones y/o falencias que tiene el Estado se reflejan en falta de recursos, desigualdad, excesos o carencias que este no logra satisfacer.

La Constitución de la República fue diseñada con el objeto de garantizar a los ciudadanos sus derechos, y de manera que a estos también les sea fácil su exigibilidad, es decir que los derechos sean reflejados o puestos en práctica de una forma eficaz y eficiente.

Dentro de las garantías establecidas en la Constitución, se ha puesto especial interés en el derecho de recurrir, consagrado en el artículo 76.7.m, toda vez que este trabajo ha pretendido dejar en claro que este derecho se lo debe priorizar para su acción al acusado, procesado o persona inculpada de un delito.

La normativa internacional, esto es la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, en sus artículos 8.2.h y 14.5, ha determinado que el derecho a recurrir se encuentra orientado exclusivamente a favor del condenado, limitando así de manera tácita el accionar de este recurso al Fiscal o al acusador particular.

Se puede concluir y a modo de concepto, que, el doble conforme es una garantía constitucional, que prevista en la normativa internacional pretende resguardar el derecho a la defensa, asegurando la posibilidad que la sentencia de condena dictada por el tribunal de juicio pueda ser revisada por otro órgano judicial superior para que la rectifique o ratifique.

El doble conforme es una garantía constitucional que está diseñada específicamente para el acusado y limitada para las demás partes procesales.

Respecto de las garantías se ha concluido que estas tienen como fin corregir los excesos y anomalías causadas por el Estado a través de sus agentes o por quienes representan o ejercen su poder, y que las garantías serán menos necesarias en cuanto más se respete el derecho, lo que reflejaría un evolución en la cultura jurídica tanto de la sociedad como de los sujetos responsables de administrar justicia.

Dentro del sistema procesal penal ecuatoriano existe el riesgo de que habiendo doble conforme absolutorio, cualquiera de las partes interponga recurso de casación, lo que pone en riesgo la situación jurídica del acusado exponiendo a este último a un sentencia condenatoria sin la posibilidad de que este recurra para ante un superior.

El recurso de casación por sí solo no es suficiente para satisfacer las exigencias del doble conforme, ya que si se habla de una revisión integral de las sentencias, esto quiere decir que sin lugar a dudas se analizaran tanto los fundamentos de hecho como de derecho, desvirtuando por ello la naturaleza del recurso de casación.

Existe la necesidad de normar el doble conforme particularmente en el caso de estudio, en el área del derecho procesal penal.

5.2 RECOMENDACIONES

Del presente estudio se tiene que el Ecuador es un estado que por medio de su constitución garantiza a las personas el cumplimiento de sus derechos, por ello dentro de este trabajo se recomienda:

Instruir ampliamente a los administradores de justicia respecto de la normativa interna así como los tratados y convenios internacionales de los cuales nuestro país es suscriptor para poder asegurar el cumplimiento de las garantías otorgadas a los ciudadanos.

Actualizar los conocimientos de los administradores de justicia en lo referente a las garantías constitucionales, más aun cuando del presente trabajo se ha evidenciado que la no aplicación de la garantía del doble conforme vulnera derechos vinculados a esta, como por ejemplo los analizados, derecho a recurrir, principio de inocencia, debido proceso, derecho a la libertad, derecho a la verdad, derecho a la defensa, etc.

Realizar un análisis aleatorio en las sentencias dictadas por la sala penal de la Corte Nacional de Justicia dentro de los recursos de casación propuestos, para evidenciar el nivel de profundidad de los análisis de las sentencias con el fin de determinar si el recurso de casación es estrictamente una herramienta para corregir los errores de derecho o si este también analiza los hechos y valora prueba.

Analizar la normativa penal vigente respecto de la facultad recursiva de las partes procesales con el objeto de concluir si con la aplicación de recursos por parte del acusador o la Fiscalía se violentan derechos fundamentales o principios constitucionales que amparan al sujeto vulnerable, en el presente trabajo, al acusado.

Proponer una reforma o creación de norma especial que regule la aplicación de la garantía del doble conforme dentro del ordenamiento jurídico penal ecuatoriano, en la cual además se limite la facultad recursiva de la acusación particular y de Fiscalía.

REFERENCIAS

- Alexy R. (1993) Teoría de los derechos fundamentales. Madrid-España. Centro de Estudios Constitucionales.
- Aguilar, R. (2012), *El recurso de apelación en materia penal* Pag.147. Recuperado el 08 de febrero de 2014 de http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_6/El-reurso-de-apelacion-en-material-penal.pdf.
- Arburola, V, Actuaciones jurídicas: el debido proceso , recuperado el 2 de marzo de 2014 de <http://imagenes.mailxmail.com/cursos/pdf/9/actuaciones-juridicas-debido-proceso-19999-completo.pdf>
- Ávila, R. (2008), *Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia*, Quito-Ecuador: Impresora V&M, 2008.
- Ávila, R. (2008), *Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos*. Quito-Ecuador., V&M Gráficas.
- Bacigalupo, E. (1994). La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios. Buenos Aires-Argentina. Edit, Ad-Hoc, S,R.L.
- Barberá, R. M.C, (2001), *Los recursos penales, lineamientos*, Buenos Aires-Argentina: editorial Mediterránea.
- Boaventura, S, (2011), *Derecho y emancipación*, Quito-Ecuador: Risper GrafC.A.
- Bobbio, N,(2011), “La era de los derechos”, *El tercero ausente*, Ediciones Cátedra.
- Bobbio, N, (2009), *Teoría General de la Política*, Editorial Trotta.
- Cabanellas, G. (1982), *Diccionario Enciclopédico de Derecho usual*, décimo quinta edición, tomo IV. Buenos Aires-Argentina: Edit. Heliasta S.R.L.
- Cafferata, J. *Proceso Penal y Derechos Humanos. La Influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional*. Buenos Aires-Argentina. Editores del Puerto. (Sin año de referencia).

- Carbonell, M. (2011), *Desafíos a la libertad en el siglo XXI*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Cevallos editora jurídica.
- Carvantes, V.J, (1856). *Tratado histórico, crítico y filosófico de la ley de Enjuiciamiento Civil Española*, Gaspar, Roig, Madrid-España.
- Chiara, C., Daniel Horacio. (2000). *Garantías, medidas cautelares e impugnación en el proceso penal*. Rosario: Editorial Jurídica Nova Tesis.
- Clariá, J. (2004) *Derecho Procesal Penal*. Tomo I y III. Buenos Aires-Argentina. Rubinzal-Culzoni editores.
- Código Penal
- Código de Procedimiento Penal.
- Código Orgánico Integral Penal.
- Constitución de la República del Ecuador (2008).
- Constitución Política del Ecuador (1998).
- Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bámaca Velasquez, sentencia del 25 de noviembre de 2000, caso Barrios Altos, sentencia del 14 de marzo de 2001, y caso Castillo Páez, de 3 de noviembre de 1997.
- Couture, E., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Ed. De Palma, Buenos Aires Argentina.
- Criollo, G. (2010). La garantía del doble conforme y el recurso de casación. Quito, Ecuador. Recuperado el 7 de diciembre de 2013 de <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/funcionjudicial/2010/03/17/la-garantia-del-doble-conforme-y-el-recurso-de-casacion>. Revista Judicial derecho Ecuador.com.
- De la Torre, C. (1998), *Vicente Piedrahita, un emigrado de su tiempo*, Quito-Ecuador: Ediciones del Banco Central.
- De Urbano, E. (2006). *El recurso de casación penal*. Impresos Múltiples S.A de C.V.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

Enciclopedia jurídica Omeba.

Fajardo, L. (2012). *Elementos estructurales del derecho a la verdad*. Tesis. Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Civiliza, Bogotá-Colombia.

Faúndez, H. (1992), *Administración de justicia y derecho internacional de los Derechos Humanos (El derecho a un justo juicio)*, Caracas-Venezuela: Universidad Central de Venezuela, Caracas.

Ferrajoli, L., (2009) *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

Ferrajoli, L. (2009), *Derechos y Garantías, la Ley del más débil*. Madrid-España: Editorial Trotta.

Ferrajoli, L. (1995), *Derecho y Razón*. Madrid-España: Editorial Trotta.

Ferrajoli, L. (2004), *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, Sexta Edición*, Madrid-España: Editorial Trotta.

Figuroa, E. (2010), *Dimensiones del Estado Neoconstitucional*, Revista de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, Año. 3, Nro. 11 Noviembre 2010, Lambayeque-Perú.

Flemming, A., López Viñals P, (2008), *Garantías del imputado*, Santa Fe-Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores.

Florian, E. (1987) *Elementos del Derecho Procesal Penal*.- Traducción del italiano al español por L. Pietro Castro.- Barcelona-España: Edit. Bosch, Barcelona.

García, R. (2013) Sala especializada de lo Penal de la CNJ, *el concepto y naturaleza de la casación, primeros pasos y primeros tropiezos*. Recuperado el 11 de noviembre de 2013.

Gómez, C. (2006) *Debido proceso como derecho humano*, en la obra colectiva: GONZÁLEZ, Nuria (Coordinadora): “ESTUDIOS JURÍDICOS EN HOMENAJE A MARTA MORINEAU, T. II: SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS. DERECHO COMPARADO. TEMAS DIVERSOS”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México – México D.F.

- González, J. (1999), *Esencia de la libertad*, Tribunal Constitucional, Quito-Ecuador: Tribunal Constitucional.
- Gómez, C. (2006), *Debido proceso como derecho humano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México – México D.F.
- Heliodoro Fierro Méndez. (2001) *La casación penal*. Editorial Leyer.
- Jauchen, E. (2011). *Derecho a Recurrir el Fallo ante un Tribunal Superior*.
- Jescheck, K.H; (1981), *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Bosch, Barcelona-España.
- Kriele, M. (1980), *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Buenos Aires-Argentina: Depalma.
- Lexis portal jurídico.
- Maier, J. (2004). *Derecho Procesal Penal. Parte General. Tomo II*. Buenos Aires Argentina. Editores del Puerto.
- Montesquieu, S (1995), *El Espíritu de las Leyes (1748)*, Madrid-España: Tecnos.
- Nieva, J. (2012), *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Montevideo-Uruguay: Editorial BdeF Montevideo.
- Oficio No. T.6136-SGJ-14-46, Objeción parcial al Código orgánico Integral Penal, sobre el artículo 656 del proyecto del Código Orgánico Integral Penal.
- Oficio No. T.6136-SGJ-14-46, Objeción parcial al Código orgánico Integral Penal, sobre el artículo 656 del proyecto del Código Orgánico Integral Penal
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pastor, D. (2001), *La Nueva imagen de la casación penal*. Buenos Aires-Argentina: Editorial Ad – hov, Buenos Aires.
- Prieto, S. (2003), *La Limitación de los Derechos Fundamentales y la norma de Clausura del sistema de Libertades*, Madrid- España: Editorial Trotta.

- Prieto, S. (2010), *Constitucionalismo y Globalización*, Revista de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, Año 2, Nro. 9, Mayo del 2010, Lambayeque-Perú.
- Proyecto de Código Orgánico Integral Penal.
- Resoluciones de casación
- Revistas jurídicas.
- Rodriguez, A., (2000), La presunción de inocencia, Ediciones jurídicas Gustavo Ibanez, Medellín-Colombia.
- Roxin, C. (2008) Derecho Penal. Parte General Tomo I. Madrid España.
- Roxin, C. (2008) Derecho Procesal Penal. Tomos I y II Editores del Puerto. Buenos Aires.
- Sánchez, P. (2004), *Manual de Derecho Procesal Penal* Lima-Perú: Editorial Moreno S.A.
- Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Solano, J. (2010) “La garantía del “doble conforme” y el recurso de casación penal en la jurisprudencia de la corte suprema”
- Storini, C. (2009), Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana de 2008, Quito-Ecuador: Editorial Ecuador.
- S.T.C. 57/1994, de 28 de febrero, La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, Madrid- España, 25 de febrero de 1994.
- Torres, J. (1989). Manual del recurso de casación en materia penal Proditecnicas. Medellín - Colombia.
- Yépez, M., (2014), Garantía del doble conforme, Recuperado el 15 de febrero de 2014 de <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2014/02/05/garantia-del-doble-conforme>.
- Zavala, J. (1989), *El Proceso Penal*, Tomo IV, Cuarta Edición, Bogotá-Colombia: Edit. Edino, Bogotá.
- Zabala, J. (2007), *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo X, Guayaquil-Ecuador: Editorial Edino.

Zabala, J. (2006). Jurisprudencia Especializada Penal, tomos I y II. Quito-Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones.

ANEXOS

ANEXO 1

Sentencia dictada por el Juzgado Segundo de lo Penal de Pichincha dentro de la causa No. 471-09-AC, que por el delito de ESTAFA siguió José Henoc Romero Soriano, representante legal de Banco Internacional en contra del ciudadano Galo Alfonso Troya Villacorta. **CONDENATORIA.**

Quito, a 08 de febrero del 2009.

Señor: *José Henoc Romero Soriano* Dr. *José Henoc Romero Soriano*
CASILLERO: 23

En la causa penal N° 471-09-AC, que por ESTAFA se sigue en contra de GALO ALFONO TROYA VILLACORTA, se ha dictado la siguiente SENTENCIA:

JUZGADO SEGUNDO DE LO PENAL DE PICHINCHA. Quito, a 08 de febrero del 2009, las 17h00.- VISTOS, EL D. JOSE HENOC ROMERO SORIANO, Vicepresidente y Representante Legal del Banco Internacional S.A., comparece ante el órgano judicial y deduce formal acusación particular en contra de GALO ALFONSO TROYA VILLACORTA, de la que se tiene conocimiento que La Compañía Hojas Vivas S.A., de la

RESOLUCIÓN:

... la culpabilidad del acusado. ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, de conformidad con el Art. 563 del Código Penal en concordancia con el Art. 42 del mismo cuerpo legal, se dicta sentencia condenatoria en contra de GALO ALFONSO TROYA VILLACORTA, ecuatoriano, con C.I. N° 170307286-6, de 37 años de edad, casado, y domiciliado en la ciudad de Ambato, imponiéndole la pena de dos años de prisión correccional y multa de ciento cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica; pena que la cumpla en el Centro de Rehabilitación Social de Varones de esta ciudad, debiéndose para su localización, captura y remisión a dicho centro carcelario, oficiarse al Sr. Director Nacional de la Policía Judicial.- Con danos y perjuicios.- Cumplase Notifíquese.- D) Dra. Angela Sarmiento M., Jueza.

Lo que pongo en su conocimiento, para los fines legales consiguientes.

Dr. Abelardo Verdesoto Barona
SECRETARIO ENCARGADO.

Sentencia dictada por la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha dentro de la causa No. 216-10-J.LL, que por el delito de Estafa siguió José Henoc Romero Soriano, representante legal de Banco Internacional en contra del ciudadano Galo Alfonso Troya Villacorta.
ABSOLUTORIA.

JUEZ PONENTE DR. RAMIRO GARCIA FALCONI
JUICIO No. 216-10 J.LL

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA.- TERCERA SALA DE LO PENAL.- Quito, 18 de marzo del 2010.- Las 15h09.- **VISTOS.** Este caso sube a conocimiento de esta Sala por los recursos de apelación presentados por acusador particular DR. JOSE ROMERO SORIANO y el acusado GALO TROYA VILLACORTA de la sentencia dictada por la señora Jueza Segunda de Garantías Penales de Pichincha.

RESOLUCIÓN:

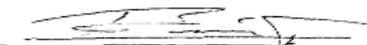
anotadas esta Sala, HACIENDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, rechaza el recurso de apelación planteado por la acusación, y aceptando el recurso de apelación planteado por la defensa, revoca la sentencia condenatoria dictada en contra del procesado GALO ALFONSO TROYA VILLACORTA, respecto de quien se dicta sentencia ratificatoria de inocencia. Cualquier medida ordenada en contra del procesado queda revocada. No se califica la querrela como maliciosa y temeraria. Actúe el Dr. Marcelo Totoy Toledo, en calidad de Secretario Relator (E), en virtud de la Acción de Personal No. 347-DP-DPP- de 25 de febrero del 2010.- NOTIFIQUESE.-


Dr. Patricio Carrillo Dávila

JUEZ


Dr. Eduardo Ocho Chiriboga

JUEZ


Dr. Ramiro García Falconi

JUEZ

Sentencia dictada por la Segunda Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, dentro del proceso No. 295-2012, que por el delito de Estafa siguió José Henoc Romero Soriano, representante legal de Banco Internacional en contra del ciudadano Galo Alfonso Troya Villacorta. **CONDENATORIA.**

JUEZ PONENTE DR. LUIS QUIROZ ERAZO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.-SEGUNDA SALA PENAL

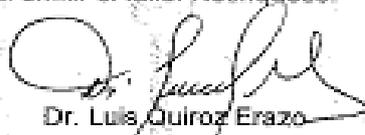
~~Quito, 15 de marzo de 2011. - 1As 11h00. -~~

VISTOS: Dentro del proceso penal que por el tipo penal establecido en el Art. 563 del Código Penal persigue el Banco Internacional S.A. a través de su representante legal el doctor José Romero Soriano en contra de Troya Villacorta Galo, la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha rechaza el recurso de apelación planteada por el querellante y aceptando el planteado por el querellado, revoca la sentencia condenatoria dictada en contra de GALO ALFONSO TROYA VILLACORTA y en su lugar dicta sentencia declarando la inocencia del procesado, por lo que interpone recurso de casación el querellante. Concedido el mismo por encontrarse interpuesto de acuerdo a lo previsto en el artículo 350 del Código Procesal Penal, esta Sala considera para resolver. **PRIMERO:** Que es competente para conocer y resolver este recurso de

RESOLUCIÓN:

Penal **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR**

AUTORIDAD DE LA LEY declara procedente el recurso de casación, casa la sentencia venida en grado y en su lugar ratifica la sentencia dictada por la Jueza Segunda de Garantías Penales de Pichincha quien dicta sentencia condenatoria ~~en contra de GALO ALFONSO TROYA VILLACORTA~~ con CC 170307286 por encontrarlo culpable en calidad de autor del tipo penal establecido en el Art. 563 en concordancia del 42 ibidem, imponiéndole la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN CORRECCIONAL, condenando al pago de daños y perjuicios al querellante. A través de Secretaria oficiase a la Policía Judicial a fin de que proceda a su localización, captura y posterior remisión al Centro de Rehabilitación de Varones. LLámese severamente la atención a los Jueces de la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia por no observar las normas constitucionales y legales al emitir el fallo. Notifíquese.-


Dr. Luis Quiroz Erazo

CONJUEZ PRESIDENTE


Dr. Felipe Granda Aguilera

CONJUEZ NACIONAL


Dr. Enrique Pacheco Jaramillo

CONJUEZ NACIONAL

Certifico.-


Dr. Honorato Jara Vicuña

SECRETARIO RELATOR

Certifico que las copias que anteceden constantes en doce fojas (12), son igual a sus originales.- Lo que certifico para los fines de Ley.-


Dr. Honorato Jara Vicuña
SECRETARIO RELATOR

ANEXO 2

Sentencia dictada por el Juzgado Segundo de garantías Penales y Tránsito de Pastaza, dentro de la causa No. 095-2009, que por el delito de USURPACIÓN siguió el ciudadano Edgar Augusto Campaña Sánchez en contra de Edgar Castro López. **ABSOLUTORIA.**

JUZGADO SEGUNDO DE GARANTÍAS PENALES Y TRÁNSITO DE PASTAZA.

Puyo, 3 de Mayo del 2010.-Las 09H30.-

VISTOS: Edgar Augusto Campaña Sánchez, presenta querrela penal en contra de Edgar Castro López, argumentando que es propietario de un inmueble ubicado a la altura del Kilómetro 1 y 1/2 de la Vía Puyo-Veracruz-Puente Rio Pastaza, ciudad y Parroquia Puyo, Cantón y Provincia de Pastaza, el mismo que lo adquirió junto con su cónyuge Mercedes Apolo Tinoco, mediante contrato de Compra-venta y sustitución de crédito suscrito en la ciudad de Puyo, el 23 de Octubre de 1977, -ante doña Nancy Guerrero Pozo de Feleán, Notaria Pública del Cantón Pastaza, cuyo testimonio debidamente autenticado acompaño.

RESOLUCIÓN:

la intervención dolosa del querrelado en la acción demandada. Por todo lo expuesto, el Juzgado ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, se rechaza la querrela deducida por el Ing. EDGAR CAMPAÑA SANCHEZ, en contra del EDGAR CASTRO LOPEZ, por no haber justificado dentro del marco legal lo afirmado en la respectiva acusación Particular. Se deja expedita la acción que pueda proponer el querelante para la

Sentencia dictada por la Sala Única de la Corte provincial de Justicia de Pastaza, dentro de la causa No. 141'2010, que por el delito de USURPACIÓN siguió el ciudadano Edgar Augusto Campaña Sánchez en contra de Edgar Castro López. **ABSOLUTORIA.**

A DR. FRANKLIN LALAMA CASILLERO NRO. 79

Que dentro de la querrela No. 141-2010, seguido por EDGAR CAMPAÑA SANCHEZ en contra de EDGAR CASTRO LOPEZ.

se ha dictado lo que sigue:

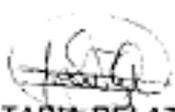
CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PASTAZA.- Puyo 05 de Agosto del 2010.- Las 10h30. VISTOS - La presente causa sube en grado en virtud del recurso de apelación interpuesto por el querellante Edgar Augusto Campaña Sánchez de la sentencia dictada en el juicio de usurpación seguida en contra de Edgar Castro López dictada por el Juez Segundo de Garantías Penales de Tránsito de Pastaza, por medio del cual se rechaza la querrela deducida por el mencionado querellante por no haber justificado dentro del marco legal lo afirmado en la respectiva acusación particular, dejando expedita la acción que

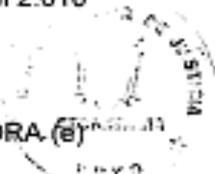
RESOLUCIÓN:

anteriormente expuesto esta Sala Única **"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA"** rechazando el recurso de apelación interpuesto por el querellante Edgar Augusto Campaña Sánchez confirma el fallo subido en grado en su integridad, por medio de la cual se rechaza la querrela. Sin costas ni honorarios que resolver en esta instancia. Interviene en la presente causa y en la emisión de este fallo el Dr. Frowen Alcivar Basurto, en calidad de Conjuez Provincial, como también interviene la Dra. Margarita Tobanda Mora, en calidad de Secretaria Relatora Encargada, según oficio No. 516 DPCJDP-10 de fecha 23 de julio del 2010. Una vez ejecutoriado este fallo devuélvase la causa al Juzgado de origen para los fines legales consiguientes **NOTIFÍQUESE.-** F).- Drs. Fausto Lana Castro, Oswaldo Vimos Vimos, Frowen Alcivar B. Jueces y Conjuez de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza.

Particular que se que se comunica para fines legales.

Puyo, 05 de Agosto del 2.010


SECRETARIA RELATORA. (e)



Sentencia dictada por la segunda Sala de los Penal de la Corte Nacional de Justicia, dentro de la causa No. 666-2010, que por el delito de USURPACIÓN siguió el ciudadano Edgar Augusto Campaña Sánchez en contra de Edgar Castro López. **CONDENATORIA.**

DR.ENRIQUE PACHECO JARAMILLO.



CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SEGUNDA SALA DE LO PENAL.-

Quito, 06 de junio de 2011.- Las 09h30.-

VISTOS: El recurrente Edgar Augusto Campaña Sánchez, interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza. Para resolver se considera: **PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** Esta Segunda Sala Especializada de lo Penal es competente

RESOLUCIÓN:

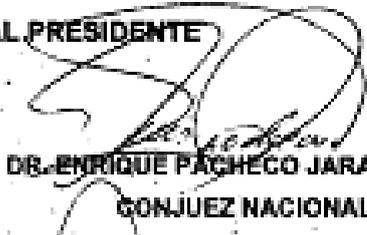
RESOLUCIÓN Por estas consideraciones, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, se acepta el Recurso de Casación interpuesto por el recurrente Edgar Augusto Campaña Sánchez, se casa la sentencia dictada por la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza, el 05 de agosto del 2010, y corrigiendo el error de derecho cometida en la sentencia, al imputado Edgar Castro López de conformidad con lo previsto en el artículo 580 numeral 2) del Código Penal, se dicta orden de prisión por el lapso de 6 meses, pena que la cumplirá en un Centro de Rehabilitación Social que corresponda, además se le condena al pago de costas, daños y perjuicios y honorarios que deberá regular el Inferior. Se llama severamente la atención a los jueces provinciales de la Corte Provincial de Pastaza para que de manera especial pongan atención en lo que dispone el Art. 76 literal 1) de la Constitución de la República, esto es, demostrar la certeza positiva, debidamente motivada y fundamentada. Para la localización, aprehensión y posterior traslado de Edgar Castro López al Centro de Rehabilitación Social que corresponda, oficiese a la Policía Judicial. Igualmente oficiese al Señor Registrador de la Propiedad del Cantón Pastaza para que proceda a la Prohibición de enajenar bienes del procesado. Se dispone devolver los autos al Tribunal Penal de origen.-
Notifíquese.-



DR. LUIS QUIROZ ERAZO
CONJUEZ NACIONAL PRESIDENTE



DR. FELIPE GRANDA AGUILAR
CONJUEZ NACIONAL



DR. ENRIQUE PACHECO JARAMILLO
CONJUEZ NACIONAL

ANEXO 3

Sentencia dictada por el Tribunal Primero de Garantías Penales de Pichincha, dentro de la causa No. 0103-2011, que por el delito de PECULADO siguió el ciudadano José Henoc Romero Soriano, representante legal de Banco Internacional en contra de Mayeli Carolina Ruíz Paucarima y otros.
ABSOLUTORIA.

Juicio No: 17241-2011-0103
Re: Sr. LUIS ESPINOSA

Casill

Quito, miércoles 8 de febrero del 2012

A: JOSE ROMERO SORIANO (ACUSADOR PARTICULAR)

En el Juicio por Peculado No. 17241-2011-0103 que sigue AL ACUSADOR PARTICULAR JOSE HENOC ROMERO SORIANO en contra de A LA PROCESADA MAYELI CAROLINA RUIZ PAUCARINA, AL PROCESADO ROSERO GARCIA CHRISTIAN OMAR, FAUSTO FERNANDO CALVOPIÑA VALDIVIEZO, hay lo siguiente:

RESOLUCIÓN:

pronunciamiento de la fiscalía, este Tribunal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPUBLICA, declara la culpabilidad de los acusados FAUSTO FERNANDO CALVOPIÑA VALDIVIEZO, cuyo estado y más datos personales constan en esta sentencia en calidad de AUTOR, del delito contemplado en el Art. 257, del Código Pena, en concordancia con el Art 42, y le impone la pena de OCHO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA, que deberá cumplir en el Centro de Rehabilitación Social Varones de Quito, teniéndose en cuenta el tiempo que ha permanecido detenido por la presente causa; CHRISTIAN OMAR ROSERO GARCIA, cuyo estado y más datos personales constan en esta sentencia, en calidad de COMPLICE, del delito contemplado en el Art. 257, del Código Penal, en concordancia con el Art. 43, del mismo cuerpo de Ley, y le impone la pena modificada de DOS AÑOS DE PRISIÓN CORRECCIONAL, por las circunstancias atenuantes conducta buena anterior y su confesión espontánea, conforme lo establece el Art 29, casos 7 y 10, del Código Penal, en concordancia con el Art. 72, del mismo cuerpo legal y que deberá cumplir en el Centro de Rehabilitación Social de Varones de Quito, teniéndose en cuenta el tiempo que ha permanecido detenido por la presente causa.- En relación a MAYELI CAROLINA RUIZ PAUCARINA, se confirma la inocencia de la acusada, cuyo estado y más datos personales constan en esta sentencia, por no tener la certeza de que la misma es responsable de la infracción que se juzga y se cancelan las medidas cautelares que existían dentro de esta causa Nro. 103-11, y con relación a esta la acusación no es temeraria ni maliciosa.- Con costas, daños y perjuicios; en tres mil dólares estadounidenses, se regula el honorario del Abogado de la parte acusadora, debiéndose descontarse el 5% para el Colegio de Abogados de Pichincha, para cuya recaudación se oficiará a dicha Institución.- En el presente caso, no ha existido mala actuación de la Agente fiscal ni de los defensores de los acusados.- Actúe en la presente causa, la Ab. Katuska Alarcón, secretaria encarrada de este Tribunal.-LEÁSE Y NOTIFIQUESE.- f)- DR. MILTON GARCIA RAMOS, JUEZ, f)- DR. WILTHER GUILLERMO DURAN DAVILA, JUEZ, f)- DR. CARLOS CALAHORRANO, JUEZ.

Lo que comunico a usted para los fines de ley.


AB. KATUSKA ALARCÓN C.
SECRETARIA (E)

Sentencia dictada por la Primera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro de la causa No. 0077-2012, que por el delito de PECULADO siguió el ciudadano José Henoc Romero Soriano, representante legal de Banco Internacional en contra de Mayeli Carolina Ruíz Paucarima y otros. **CONDENATORIA.**

En el Juicio por Peculado No. 17121-2012-0077 que sigue ROMERO SORIANO JOSE HENOC en contra de CALVOPIÑA VALDIVIEZO FAUSTO FERNANDO, ROSERO GARCIA CHRISTIAN OMAR, RUIZ PAUCARIMAMAYELI CARLINA, hay lo siguiente:

**JUEZ PONENTE: DR. PATRICIO ARIZAGA GUDIÑO
CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA. - PRIMERA SALA DE GARANTIAS PENALES.-** Quito, jueves 31 de mayo del 2012, las 12h02.- **VISTOS:**

RESOLUCIÓN:

En tal virtud y sin necesidad de otras disquisiciones, la Primera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha "HACIENDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", en forma motivada y razonada, en observancia de las normas constitucionales y legales, RESUELVE: 1) Aceptar el recurso de apelación interpuesto por el doctor José Romero Soriano, representante del Banco Internacional, primeramente sobre la procesada Mayeli Carolina Ruiz Paucarina, puesto que de las pruebas ingresadas al juicio, como las de video de las cámaras que mantiene la entidad bancaria, se ha observado que la procesada ha recibido fujos de dinero de parte del procesado Christian Rosero, hecho probatorio que, lo corrobora en su declaración el testigo Teniente Norman Romero Romero, Vicepresidente de Seguridad del Banco Internacional igualmente, de las declaraciones del acusador particular José Romero Soriano y la del Ing. Edgar Duque, Jefe de Central de claves del Banco Internacional, se estableció que el día 31 de mayo del 2010, el Cajero Automático ATM, de la Oficina Matriz del Banco, no fue cargado por la procesada Mayeli Ruiz, como era su trabajo, además no se entregó ningún dinero a los cajeros, en la forma como constan de los balances incorporados a la audiencia de juzgamiento y demás pruebas testimoniales introducidas al juicio, pruebas que no han sido tomadas en cuenta por el Tribunal a quo. Por consiguiente, éste Tribunal de Alzada, concluye que la procesada MAYELI CAROLINA RUIZ PAUCARINA, tiene participación en el ilícito que se persigue, en calidad de encubridora, en la forma que prescribe el Art. 44 del Código Penal; 2) Con relación al procesado CHRISTIAN OMAR ROSERO GARCIA, la Sala considera que su participación en el presente enjuiciamiento penal, es el de coautor como manda el Art. 42 del Código Penal, y, no el de cómplice como así lo ha calificado el tribunal a quo, toda vez que la prueba ingresada al juicio por la acusación fiscal y particular, son suficientes, como así lo determinan las pruebas testimoniales y documentales, donde se da a conocer que el procesado ingresó sin autorización al sistema informático del banco fuera de las horas laborales, alteró documentos contables, que éste emitió vales de caja, etc., pruebas que el tribunal a quo, no las consideró en legal y debida forma; 3) En la consecuencia anterior, revocándose la sentencia del inferior, se declara la culpabilidad del acusado CHRISTIAN OMAR ROSERO GARCIA, cuyo estado y mas condiciones obran del proceso, como responsable del delito contemplado y sancionado en el artículo 257, inciso tercero del Código Penal, en su calidad de coautor, en concordancia con el Art. 42 ibídem, imponiéndole la pena atenuada de OCHO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA, y, a MAYELI CAROLINA RUIZ PAUCARINA, de la edad y más condiciones que obran del proceso, como encubridora del delito de peculado tipificado y sancionado por el artículo 257, inciso tercero del Código Penal, en concordancia con el artículo 44 del citado cuerpo legal, imponiendo la pena de TRES AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA; 4) Se desestima el recurso de apelación interpuesto por el procesado Christian Omar Rosero Garcia, puesto que los argumentos esgrimidos en esta audiencia, no han podido desvirtuar la prueba suficiente que se encuentra en autos que conducen a que el procesado es responsable en su calidad de coautor del delito juzgado. 5) Por lo expuesto en los términos indicados en los

Considerandos 1,2 y 3 de este fallo, se revoca la sentencia venida en grado, quedando lo demás inamovible. 6) Para la captura de la procesada Mayeli Carolina Ruiz Paucarina, oficiarse al Director Nacional de la Policía Judicial. Igualmente se ordena la prohibición de enajenar sus bienes, para cuyo efecto, se oficiará al señor Registrador de la Propiedad del cantón Quito; 7) En cumplimiento con los artículos 81 del Código de la Democracia y 64.2 de la Constitución de la República, una vez que se encuentra ejecutoriada la sentencia, se hará conocer al Consejo Nacional Electoral, sobre la pérdida de los derechos políticos de los sentenciados.- Igualmente, en la forma que prescribe el inciso quinto del Art. 257 del Código Penal, los sentenciados quedan incapacitados para el desempeño de todo cargo o función públicos, para lo cual, se oficiará al Ministerio de Relaciones Laborales e Inclusión Social.- En la forma que prescribe los Art. 82 y 172 inciso segundo de la Constitución de la República en vigencia que garantiza la seguridad jurídica y el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia, ejecutoriada este fallo, devuélvase inmediatamente, el expediente al Tribunal de origen.- actúa la Rosa Real como Secretaria Relatora encargada, en razón de la acción de personal No. 2140-DP-DPP, de 23 de Mayo del 2012.- NOTIFIQUESE ñ.-DR. PATRICIO ARIZAGA GUDIÑO, JUEZ PROVINCIAL, ñ.- DR. JORGE VILLARROEL MERINO, JUEZ PROVINCIAL, ñ.- DR. JORGE CADENA CHAVEZ, JUEZ ENCARGADO.

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

DRA. ROSA REAL
SECRETARIO RELATOR (E).



Sentencia dictada por la Sala Temporal Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, dentro de la causa No. 830-2012, que por el delito de PECULADO siguió el ciudadano José Henoc Romero Soriano, representante legal de Banco Internacional en contra de Mayeli Carolina Ruiz Paucarima y otros. **CONDENATORIA.**

JUEZ PONENTE: DR. LUIS QUIROZ

Dentro del Juicio Penal No. 830-2012 que por PECULADO sigue BANCO INTERNACIONAL S.A.; en contra de ROSERO GARCÍA CHRISTIAN OMAR, CALVOPIÑA VALDIVIEZO FAUSTO FERNANDO, RUIZ PAUCARIMA MAYELI CAROLINA se dictó lo que sigue:

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA TEMPORAL ESPECIALIZADA DE LO PENAL

Quito, 27 de Agosto del 2013, 10H00

RESOLUCIÓN:

aplicación de la ley por la cual se la condena a la inimputable. En tal virtud, Por lo expuesto, esta Sala Temporal Especializado de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPUBLICA,** se declara procedente el recurso de casación presentado por **Mayeli Carolina Ruiz Paucarima**, revocando parcialmente la sentencia recurrida, y corrigiendo el error, se impone a la recurrente la pena de dos años de prisión correccional, en los demás se estará a lo dispuesto en el

texto de la sentencia materia del presente recurso.. Notifíquese, publíquese y devuélvase.-f) Dr. Luis Quiroz Erazo, Juez Presidente de la Sala Temporal.-f) Dr. Edmundo René Bodero Cali, Juez Nacional Temporal.-f) Dr. Juan Salazar Almeida, Juez Nacional Temporal. Certifico.- Ab. Erik López Moscoso, Secretario Relator.

Lo que comunico a Usted para los fines legales consiguientes.

Abg. Erik López Moscoso
SECRETARIO RELATOR

