

REGISTRO OFICIAL

Organo del Gobierno del Ecuador



Suplemento del Registro Oficial

Año I- Quito, Viernes 26 de Marzo del 2010 - N° 159



REGISTRO OFICIAL

ORGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

Administración del Sr. Ec. Rafael Correa Delgado
Presidente Constitucional de la República

Año I -- Quito, Viernes 26 de Marzo del 2010 -- N° 159

LIC. LUIS FERNANDO BADILLO GUERRERO
DIRECTOR ENCARGADO

Quito: Avenida 12 de Octubre N 16-114 y Pasaje Nicolás Jiménez
Dirección: Telf. 2901 - 629 -- Oficinas centrales y ventas: Telf. 2234 - 540
Distribución (Almacén): 2430 - 110 -- Mañosca N° 201 y Av. 10 de Agosto
Sucursal Guayaquil: Malecón N° 1606 y Av. 10 de Agosto - Telf. 2527 - 107
Suscripción anual: US\$ 400 + IVA -- Impreso en Editora Nacional
1.200 ejemplares -- 64 páginas -- Valor US\$ 2.50 + IVA

S U P L E M E N T O

SUMARIO:

	Págs.		Págs.
CORTE CONSTITUCIONAL Para el Período de Transición		Constitución de la República deben contarse a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de la República, es decir, del 20 de octubre del 2008, día de su publicación en el Registro Oficial N° 449	13
DICTAMENES:		SENTENCIAS:	
0004-10-SEE-CC Declárase la constitucionalidad de la Declaración de Estado de Excepción establecida en el Decreto N° 228 de 19 de enero del 2010 y exhórtase a las autoridades, directivos y trabajadores de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR, sus empresas filiales, y a la empresa PETROAMAZONAS, a que adopten los esfuerzos y precauciones para garantizar y proteger los derechos constitucionales y cumplir con el objetivo que persigue la declaratoria de estado de excepción	2	001-10-SCN-CC Declárase que el contenido del artículo 69 del Código Penal, objeto de la consulta de constitucionalidad, no contradice ni vulnera lo dispuesto en el artículo 94 de la Constitución de la República	17
0005-10-SEE-CC Emítense dictamen favorable de constitucionalidad a la declaratoria de Estado de Excepción, contenida en el Decreto N° 230 de 20 de enero del 2010 ...	6	002-10-SCN-CC Declárase que los artículos 83, inciso quinto del 122, e inciso quinto del 123 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, no contradicen ni vulneran lo dispuesto en el artículo 176 numeral 9 de la Constitución de la República	20
SENTENCIA INTERPRETATIVA:		003-10-SCN-CC Declárase que el contenido del artículo 889 del Código de Procedimiento Civil, objeto de la consulta de constitucionalidad, no contradice ni vulnera el artículo 76, numeral 7, literal m de la Constitución de la República	25
0001-09-SIC-CC Los plazos establecidos en la Disposición Transitoria Primera de la			

	Págs.
004-10-SCN-CC Declárase la inconstitucionalidad de los incisos tercero y quinto del tercer artículo innumerado, agregado luego del artículo 226 por la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 555 del 24 de marzo del 2009	31
0004-10-SEP-CC Declárase la existencia de la violación a los derechos de la tutela judicial efectiva y debido proceso y, en consecuencia, acéptase la acción extraordinaria de protección planteada por Freddy Martín Romero Romoleroux	43
005-10-SEP-CC Niégase la acción extraordinaria de protección deducida por el señor Vicente Antonio Habze Auad, por los derechos que representa de la compañía Panificadora Automática Rey Pan C. A., por improcedente	48
0006-10-SEP-CC Acéptase la acción extraordinaria de protección planteada por el señor Faisal Antonio Misle Zaidan, por haberse demostrado la violación de los derechos de tutela judicial efectiva y seguridad jurídica	55
ORDENANZA MUNICIPAL:	
- Gobierno Municipal Autónomo del Cantón Huaquillas: Que reglamenta el cobro de la tasa por servicio de alcantarillado ...	61

Quito, D. M., 24 de febrero del 2010

Sentencia N.º 0004-10-SEE-CC

CASO N.º 0001-10-EE

Juez Sustanciador: *Dr. Edgar Zárate Zárate*

**LA CORTE CONSTITUCIONAL,
Para el período de transición**

I. ANTECEDENTES

Resumen de admisibilidad:

La Presidencia de la República, mediante oficio N.º T.372-SNJ-10-105 del 20 de enero del 2010, envió al Presidente de la Corte Constitucional la notificación de declaratoria de Estado de Excepción en la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR, y sus empresas filiales, contenida en el Decreto Ejecutivo N.º 228 del 19 de enero del 2010.

De conformidad con lo establecido en el artículo 81 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, una vez recibida la notificación, procede a realizar el sorteo de rigor en sesión ordinaria del 3 de febrero del 2010, correspondiendo sustanciar la presente causa al doctor Edgar Zárate Zárate, Juez Constitucional.

II. LA NORMA OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional, para el período de transición, examina la constitucionalidad del Decreto Ejecutivo N.º 228 del 19 de enero del 2010, de Declaratoria de Estado de Excepción, cuyo texto se transcribe íntegramente a continuación:

“No. 228

RAFAEL CORREA DELGADO

**PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA
REPUBLICA:**

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con el artículo 408 de la Constitución Política de la República del Ecuador los recursos no renovables serán explotados en función de los intereses nacionales;

Que por una deficiente orientación organizacional del Sistema Petroecuador, sostenida por la estructura que debilitó el Estado y sus capacidades, se produce una situación conflictiva en las áreas: Exploración y producción; Industrialización; y, Comercialización y transporte de petróleo lo que significa pérdida de ingresos para el desarrollo del pueblo ecuatoriano, lo que puede provocar una grave conmoción interna;

Que es propósito del Gobierno Nacional recuperar la capacidad operativa del Sistema Petroecuador para detener el progresivo e intensivo proceso de disminución de eficiencia en las áreas de: Exploración y producción; Industrialización; y, Comercialización y transporte de petróleo que va en directo perjuicio del pueblo ecuatoriano;

Que es necesario intervenir urgentemente en todo el Sistema PETROECUADOR para salvaguardar los intereses nacionales;

Que es indispensable la movilización de las instituciones, bienes y recursos públicos, y en ciertos casos la requisición de bienes que fuere menester para lograr los resultados esperados en las actividades conducentes a superar la situación de disminución eficiencia en las áreas de: Exploración y producción; Industrialización; y, Comercialización y transporte de petróleo; y,

En ejercicio de las facultades que le confieren el artículo 164 de la Constitución Política de la República; así como el artículo 2, 36 y siguientes de la Ley de seguridad Pública y del Estado;

DECRETA:

Artículo 1.- Declarar el Estado de Excepción en la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR, y sus empresas filiales permanentes que tiene la empresa para cada una de las siguientes actividades operativas: a) Exploración y producción; b) Industrialización; y, c) Comercialización y transporte de Petróleo.

Este estado de excepción se extiende a todo el denominado Sistema PETROECUADOR, por lo tanto a la parte que dependa de PETROECUADOR, como contraparte de los contratos celebrados con otras empresas para las actividades enumeradas en este artículo y a PETROAMAZONAS.

Esta declaratoria de estado de excepción se funda en que una deficiente administración de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR significaría una pérdida de ingresos para el desarrollo del pueblo ecuatoriano, lo que puede provocar una grave conmoción interna. Por ello es necesario continuar con el esfuerzo indicado en el sistema Petroecuador para revertir esa tendencia negativa que por muchos años afectó al sistema y que en este momento significaría una grave amenaza.

Artículo 2.- La movilización nacional, económica; y, militar de la Fuerza Naval, con el propósito de superar la emergencia provocada por el progresivo e intensivo proceso de disminución de eficiencia en las áreas de: Exploración y producción; Industrialización; y, Comercialización y transporte de petróleo.

Se dispone al Ministerio de Defensa para que mediante el Comandante General de la Fuerza Naval autorice la participación de personal de esa rama de las Fuerzas Armadas en la gestión de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR, y sus empresas filiales permanentes, con la finalidad de superar la situación de excepción presentada.

No cabe duda que la administración de la Fuerza Naval ha generado una reversión positiva de la tendencia intensiva de disminución de eficiencia del sistema de Petroecuador, por ello debe mantenerse, para obtener la estabilización definitiva del sistema.

Artículo 3.- Esta declaratoria de estado de excepción no habilita la contratación por emergencia fundada en el presente decreto.

Artículo 4.- El período de duración de este estado de excepción es el de sesenta días a partir de la suscripción del presente decreto ejecutivo. El ámbito territorial de aplicación es en toda la República.

Artículo 5.- El Ministerio de Finanzas situará los recursos suficientes para atender la emergencia.

Artículo 6.- Notifíquese esta declaratoria a la Asamblea Nacional y a la Corte Constitucional.

Artículo 7.- De la ejecución del presente decreto ejecutivo que entrará en vigencia desde la fecha de su

expedición, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial, encárguense los ministros de Defensa, Finanzas; y, de Recursos Naturales No Renovables.

Dado en el Palacio Nacional, en San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy 19 de enero del 2010.”.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS**Competencia de la Corte**

El Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, es competente para conocer y resolver sobre la constitucionalidad de la declaratoria de estado de excepción, en el ejercicio de las atribuciones establecidas en la Constitución de la República y en las normas de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR, y sus empresas filiales, de conformidad con lo previsto en el artículo 436, numeral 8 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial N.º 449 del 20 de octubre del 2008; en la resolución publicada en el Suplemento del Registro Oficial N.º 451 del 22 de octubre del 2008, y en los artículos 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125 y demás pertinentes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

De esta forma, conforme mandato constitucional, a esta Corte le corresponde pronunciarse de modo inmediato sobre la constitucionalidad o no de las declaratorias de estado de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales. Este examen de constitucionalidad es integral, puesto que corresponde a la Corte Constitucional analizar si dicha declaratoria contenida en el Decreto Ejecutivo reúne los requisitos formales y materiales previstos en la Constitución de la República y la ley, ya que “los estados de excepción son un instrumento útil para atender situaciones excepcionales, pero, ello no excluye que su uso deba hacerse rigurosamente ceñido a las exigencias de la Constitución”¹.

Determinación de los problemas jurídicos a ser tratados en el presente caso

Se recuerda que “la regulación constitucional de los estados de excepción (...) responde a la decisión del constituyente de garantizar la vigencia y eficacia de la Constitución aun en situaciones de anormalidad. La necesidad no se convierte en fuente de derecho y en vano puede apelarse, en nuestro ordenamiento, al aforismo *salus republicae suprema lex est*, cuando, ante circunstancias extraordinarias, sea necesario adoptar normas y medidas que permitan enfrentarlas. Los estados de excepción constituyen la respuesta jurídica para este tipo de situaciones. La particular estructura, naturaleza y limitaciones de la respuesta que ofrece el ordenamiento constitucional, obedece a que ella es precisamente una respuesta jurídica”².

¹ José Vicente Barreto Rodríguez, *La Acción de Tutela*, Bogotá, LEGIS, Segunda Edición, p. 145.

² *Ibidem*, p. 146.

Para determinar la constitucionalidad o no de la declaratoria de estado de excepción en la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR, y sus empresas filiales, debemos analizar los siguientes problemas jurídicos: a) Cumplimiento de los requisitos formales de la declaratoria de estado de excepción, establecidos en el artículo 166 de la Constitución de la República y artículo 120 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; y, b) Cumplimiento de los requisitos materiales de la declaratoria de estado de excepción, previstos en el artículo 166 *ibidem* y artículo 121 *ibidem*.

Control formal de la declaratoria de estado de excepción

Previo a emitir un pronunciamiento respecto al cumplimiento de los requisitos formales de la declaratoria de estado de excepción contenida en el Decreto Ejecutivo N.º 228, es necesario señalar que esta Corte, mediante sentencias N.º 001-08-SEE-CC, 0001-09-SEE-CC, 0003-09-SEE-CC y 0003-10-SEE-CC, declaró la constitucionalidad de los Decretos Ejecutivos N.º 1440 del 19 de noviembre del 2008, 1544 del 20 de enero del 2009, 1680 del 20 de abril del 2009, 1838-A del 20 de julio del 2009, 101 del 19 de octubre del 2009 y 180 del 19 de diciembre del 2009, cuyos contenidos guardan relación con el Decreto Ejecutivo materia de estudio. En este examen realizado por la Corte se determinó que los referidos Decretos Ejecutivos cumplían con los requisitos formales y materiales establecidos en la Constitución de la República y la ley de la materia para la declaratoria de estado de excepción.

Por tanto, al tratarse de un mismo hecho contenido en un texto idéntico, resulta inoficioso detallar nuevamente el análisis respecto del cumplimiento de los requisitos formales de la declaratoria de estado de excepción, pues su contenido ha pasado el examen integral y ha sido establecida su conformidad con la Constitución. Sin embargo, se reitera que el Decreto Ejecutivo N.º 228 cumple con los requisitos formales establecidos en el artículo 120 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. En efecto, se verifican los hechos que dieron lugar a la declaratoria, la causal constitucional y la justificación de la misma, el ámbito territorial y temporal, entre otros. Así, la declaratoria, conforme consta en el texto del Decreto Ejecutivo, se funda en la deficiente administración de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR, que significa una pérdida de ingresos para el desarrollo del pueblo ecuatoriano, lo que puede provocar una grave conmoción interna. Por ello, el Ejecutivo considera necesario continuar con la movilización nacional, económica y militar de la Fuerza Naval, para revertir esa tendencia negativa que por muchos años afectó al sistema Petroecuador.

Control material de la declaratoria de estado de excepción

Además del control formal de la declaratoria de estado de excepción, corresponde a la Corte Constitucional el examen de los requisitos materiales de la declaratoria de estado de excepción, que conlleva a constatar lo siguiente: 1. Que los hechos alegados en la motivación hayan tenido real ocurrencia; 2. Que los hechos constitutivos de la declaratoria configuren una agresión, un conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna,

calamidad pública o desastre natural; 3. Que los hechos constitutivos de la declaratoria no puedan ser superados a través del régimen constitucional ordinario; y, 4. Que la declaratoria se decrete dentro de los límites temporales y espaciales establecidos en la Constitución de la República³. Así como, al realizar el control material de las medidas dictadas, se debe verificar que se cumpla con: 1. Que sean estrictamente necesarias para enfrentar los hechos que dieron lugar a la declaratoria, y que las medidas ordinarias sean insuficientes para el logro de este objetivo; 2. Que sean proporcionales al hecho que dio lugar a la declaratoria; 3. Que exista una relación de causalidad directa e inmediata entre los hechos que dieron lugar a la declaratoria y las medidas adoptadas; 4. Que sean idóneas para enfrentar los hechos que dieron lugar a la declaratoria; 5. Que no exista otra medida que genere un menor impacto en términos de derechos y garantías; 6. Que no afecten el núcleo esencial de los derechos constitucionales, y se respeten el conjunto de derechos intangibles; y, 7. Que no se interrumpa ni se altere el normal funcionamiento del Estado⁴. De esta forma, el control material “*se ocupa de establecer la existencia real de las circunstancias y hechos en los que se sustenta la respectiva declaratoria del estado de excepción*”⁵.

En virtud de los antecedentes particulares del caso en estudio que fueron mencionados en líneas anteriores, esta Corte Constitucional por reiteradas ocasiones ha efectuado el control material de la declaratoria de estado de excepción a la empresa Estatal Petróleos del Ecuador PETROECUADOR, y las empresas filiales permanentes que tiene la empresa para cada una de las siguientes actividades operativas: a) Exploración y producción; b) Industrialización; y, c) Comercialización y Transporte de Petróleo Petroamazonas, llegando a determinar la constitucionalidad de la misma, bajo ciertas consideraciones y términos que conviene citar, los cuales tienen relación a los principios de temporalidad en armonía con el de excepcionalidad y necesidad.

En sentencia N.º 0003-09-SEE-CC del 3 de septiembre del 2009, esta Corte estableció:

“...Al haberse probado la gravedad de los hechos (principio de excepcionalidad) y al haberse agotado todos los medios normales y legales para hacer frente a tal crisis (principio de necesidad) entonces quedaría justificada la promulgación de los Decretos Ejecutivos 1680 y 1838-A. (...)

Por otro lado, el propio Art. 166 inciso tercero, establece que “[c]uando las causas que motivaron el estado de excepción desaparezcan, la Presidenta o Presidente de la República decretará su terminación (...)” es decir, solo se dará por terminado el estado

³ Ver artículo 121 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

⁴ Ver artículo 123 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

⁵ Eduardo Cifuentes Muñoz, *Los Estados de Excepción Constitucional en Colombia*, en Revista IUS et PRAXIS, Derecho en la Región, Reformas Constitucionales, Chile, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2002, p.121.

de excepción cuando las causas desaparecen, por el contrario, no habiendo desaparecido las causas que originaron el estado de excepción en Petroecuador, entonces procede dictar uno nuevo. Aquí otra reflexión adicional. Esta Corte considera que no se puede dar preeminencia a un principio sobre otro para medir la validez de un estado de excepción. Eso sí, hay que procurar conjugar todos ellos para acreditar la total validez del mismo. Ya en el caso sub iudice se ha demostrado que el principio de temporalidad debe necesariamente ir de la mano del principio de necesidad y excepcionalidad. (...) Respecto de la proporcionalidad de las medidas adoptadas por el ejecutivo para conjurar la crisis petrolera con relación a los fines perseguidos, a juicio de esta Corte, las medidas son totalmente idóneas para lograr salir de la crisis porque si bien resulta controvertido entregar la gestión del principal recurso estratégico del país al poder militar, en la coyuntura ecuatoriana, donde el Estado practicante desapareció durante más de una década, la capacidad de planificación, la experiencia administrativa y el potencial logístico de la Marina resultan esenciales a la hora de reconstruir la industria petrolera ecuatoriana. (...) En definitiva, las medidas adoptadas resultan proporcionales a las circunstancias que las generan⁶ y son necesarias porque no existen otros medios legales y normales para superar la crisis (principio de necesidad señalado ut supra).

Bajo estos argumentos, la Corte, en la referida sentencia, concluyó:

“... los Decretos Ejecutivos 1680 y 1838-A son constitucionales en tanto y cuanto, el Estado adopte medidas legítimas que permitan superar situaciones de anormalidad e imponen al Estado “(...) un esfuerzo serio para regresar a la normalidad y restablecer el pleno ejercicio de los derechos suspendidos, especialmente cuando las autoridades del propio Estado admiten que ya no subsisten los motivos que originaron la suspensión”⁷.

Posteriormente, mediante sentencia N.º 0003-10-SEE-CC, en atención al principio de necesidad, la Corte determinó: *“El principio de necesidad.- Los principios que informan la validez constitucional de los estados de excepción son, a no dudarlo, interdependientes y de igual valor, situación que en el presente caso se torna más evidente al mantenerse la situación de grave irregularidad en la que se ha colocado a la empresa Petroproducción y las distintas fases de la actividad petrolera, la adopción de medidas excepcionales se hace tanto más necesaria si se considera que el dejar de adoptarlas ocasionaría una peligrosa situación que pondría en riesgo este importante sector de la economía nacional. (...) Esta Corte concluye, en consecuencia, que al igual que los anteriores estados de excepción, el declarado mediante Decreto Ejecutivo N.º 101 obedece a una imperiosa necesidad de superar una grave situación de*

deterioro de la actividad petrolera a cargo de Petroproducción y sus filiales”. Es así como, reitera la Corte que: “en consideración a que la prolongada situación de gravedad que aqueja a la actividad petrolera, impone la continuación de medidas ya adoptadas en las anteriores declaraciones de estados de excepción en Petroproducción, cuya constitucionalidad fue estudiada por esta Corte. En efecto, la referida sentencia⁸ definió que, medidas como la movilización nacional, económica y militar de la Fuerza Naval, la participación de personal de la Marina en la gestión de Petroecuador y sus empresas filiales permanentes, y la destinación de todos los recursos presupuestarios necesarios para atender la emergencia, constituían medidas ajustadas a la Carta Fundamental.

Como se observa, guardando armonía con los argumentos expuestos y ratificando en el presente caso las causas excepcionales que motivaron la declaratoria del estado de excepción, se deja claro que el control de constitucionalidad del Decreto Ejecutivo N.º 228, efectuado por la Corte, no constituye un mero formalismo para prolongar sin límite un estado de excepción, sino por el contrario, este control se torna necesario para cuidar el respeto de los derechos constitucionales de las personas, como un límite y freno al abuso de la discrecionalidad, pues forzosamente la declaratoria de estado de excepción impone al juez constitucional el deber de observar la existencia de los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad, conforme lo establece el artículo 164 de la Constitución de la República.

Por otra parte, manteniendo la línea jurisprudencial existente en la materia, una de las preocupaciones de esta Corte radica en el mantenimiento de las causas que originaron el estado de excepción en el sistema de Petroecuador, es decir, en la persistencia de los hechos que obligaron al Presidente de la República, por razones de necesidad y excepcionalidad, a continuar con la medida; ante tal circunstancia, se considera que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para lograr superar las situaciones de anormalidad, y restablecer el orden, lo cual significa elevar el nivel de eficiencia en la administración de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador, Petroecuador, y sus empresas filiales, con el propósito de garantizar la vigencia de un estado constitucional de derechos y justicia, a más de ajustar nuestro ordenamiento jurídico a los compromisos internacionales en materia de derechos humanos. En este sentido, se recuerda al Ejecutivo que bajo el amparo de la Constitución de la República no es factible la presencia de estados de excepción permanentes por la amenaza que constituyen al efectivo ejercicio de los derechos constitucionales, debiendo el Estado, una vez superadas las situaciones anormales por las cuales fue necesario decretar el estado de excepción, declarar restablecido el orden público y la plena vigencia de los derechos constitucionales.

Una vez demostrado que las causas formales y materiales de la declaratoria de estado de excepción, a través del Decreto Ejecutivo N.º 228, se encuentran plenamente justificadas, esta Corte, precautelando el bienestar general e individual, expide la siguiente:

⁶ Véase, Faúndez Ledesma, Héctor: *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, San José, IIDH, Tercera Edición, 2004, pág. 126.

⁷ Id., pág. 127.

⁸ Ver sentencia No. 0003-09-SEE-CC.

IV. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, en nombre del Pueblo Soberano y de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional, para el periodo de transición, expide el siguiente:

DICTAMEN:

1. Declarar la Constitucionalidad de la Declaración de Estado de Excepción establecida en el Decreto N.º 228 del 19 de enero del 2010.
 2. Recordar a la Función Ejecutiva el carácter normativo de la Constitución y, especialmente, la importancia de cumplir con los procedimientos y plazos establecidos textualmente en la misma, para así asegurar el cumplimiento estricto de los mandatos constitucionales.
 3. Exhortar a las autoridades, directivos y trabajadores de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR, sus empresas filiales, y a la empresa PETROAMAZONAS, a que adopten los esfuerzos y precauciones para garantizar y proteger los derechos constitucionales y cumplir con el objetivo que persigue la declaratoria de estado de excepción.
 4. Notifíquese publíquese y cúmplase.
- f.) Dr. Patricio Pazmiño Freire, Presidente.
- f.) Dra. Marcia Ramos Benalcázar, Secretaria General (E).

Razón: Siento por tal, que el Dictamen que antecede fue aprobado por el Pleno de la Corte Constitucional, para el periodo de transición con siete votos a favor, de los doctores: Luis Jaramillo Gavilanes, Patricio Herrera Betancourt, Hernando Morales Vinuesa, Ruth Seni Pinoargote, Manuel Viteri Olvera, Edgar Zárate Zárate y Patricio Pazmiño Freire, sin contar con la presencia de los doctores Alfonso Luz Yunes y Nina Pacari Vega, en sesión del día jueves veinticinco de febrero del dos mil diez. Lo certifico.

f.) Dra. Marcia Ramos Benalcázar, Secretaria General (E).

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.- Revisado por f.) Ilegible.- Quito, 16 de marzo del 2010.- f.) El Secretario General.

Quito, D. M., 24 de febrero del 2010

Sentencia N.º 0005-10-SEE-CC

CASO N.º 0002-2010-EE

Juez Sustanciador: Dr. Roberto Brhunis Lemarie

**LA CORTE CONSTITUCIONAL,
Para el período de transición**

I. ANTECEDENTES**Resumen de admisibilidad**

El señor Economista Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la República del Ecuador, en virtud de lo dispuesto en los artículos 166 de la Constitución de la República y 124 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, envió el Presidente de la Corte Constitucional, mediante Oficio N.º T.2982-SNJ-10-117 del 20 de enero del 2010, la notificación de la Declaratoria del Estado de Excepción en las instalaciones de los embalses y presas de “La Esperanza” y “Poza Onda”, y del sistema de transvases, válvulas y sistema de bombeo, así como de los bienes muebles e inmuebles de la Empresa MANAGERACIÓN S. A., contenido en el Decreto Ejecutivo N.º 230 del 20 de enero del 2010.

La Secretaría General de la Corte Constitucional recibió el escrito de notificación de la Presidencia de la República el día 21 de enero del 2010. Con fecha 03 de febrero del 2010 se realizó el sorteo de rigor, correspondiendo sustanciar la presente causa al Dr. Roberto Brhunis Lemarie.

**LA NORMA OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO
DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

La Corte Constitucional examina la Constitucionalidad del Decreto Ejecutivo N.º 230 del 20 de enero del 2010 de la Declaratoria de Estado de Excepción, cuyo texto se transcribe íntegramente a continuación:

No. 230

RAFAEL CORREA DELGADO
PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA
REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que el artículo 318 de la Constitución de la República dispone que el agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos; y que se prohíbe toda forma de privatización del agua; y, establece que el Estado, a través de la Autoridad Única del Agua, será el responsable directo de la planificación y gestión de los recursos hídricos que se destinarán al consumo humano, riego que garantice la soberanía alimentaria, caudal ecológico y actividades productivas, en este orden de prelación;

Que Mediante Decreto Ejecutivo No.- 69 publicado en Registro Oficial No.- 42 de 7 de octubre del 2009, se declara el Estado de Excepción con el propósito de superar la emergencia provocada por el progresivo proceso de disminución de eficiencia en la prestación del servicio de administración y control de los

embalses y presas “La Esperanza” y “Poza Onda”, originado por la empresa MANAGENERACIÓN S.A., así como por la ausencia en la presa “La Esperanza” de una vía para la evacuación de aguas del embalse de manera emergente;

Que la Secretaría Nacional del Agua mediante Oficio No.- SG.1-0110 de enero 19 de 2010, ha solicitado a la Presidencia de la República se adopten las medidas necesarias para la custodia de los bienes e instalaciones de los embalses y presas de la Esperanza y Poza Onda, y del sistema de trasvases, válvulas y sistema de bombeo; así como, de todos los bienes muebles e inmuebles de la Empresa MANAGENERACIÓN S.A., con el objeto de garantizar la capacitación, provisión, producción, almacenamiento y distribución de agua para el consumo humano y uso agropecuario en la provincia de Manabí;

Que la falta de provisión de agua para los usos de consumo humano y agropecuario, podría generar una grave conmoción interna en esa provincia;

Que es necesario utilizar toda la infraestructura del sistema hídrico de la provincia de Manabí con la finalidad de continuar con la intervención, ya que la prioridad es el uso adecuado y racional del agua en esa provincia; y,

En ejercicio de las facultades que le confieren los artículos 164, 165 y 166 de la Constitución de la República; y artículos 29, 30, 36 y 37 de la Ley de Seguridad Pública del Estado,

DECRETA:

Artículo 1.- Declarar el Estado de Excepción en las instalaciones de los embalses y presas de la Esperanza y Poza Onda, y del sistema de trasvases, válvulas y sistema de bombeo, así como de todos los bienes muebles e inmuebles de la empresa MANAGENERACIÓN S.A., con el objeto de garantizar la captación, provisión, producción, almacenamiento y distribución de agua para el consumo humano y uso agropecuario en la Provincia de Manabí, y de esta forma evitar una grave conmoción interna en esa provincia.

Artículo 2.- Disponer la movilización nacional, económica, militar y de las Fuerzas Armadas, para la custodia de los bienes e instalaciones de los embalses y presas de la Esperanza y Poza Onda, y del sistema de trasvases, válvulas y sistemas de bombeo, para lo cual se encarga de esta actividad al Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y a los Comandantes de la Fuerza Aérea, Terrestre y Naval; así como la requisición de todos los bienes muebles e inmuebles de la empresa MANAGENERACIÓN S.A., con la finalidad de emplearlos para superar el Estado de Excepción, para lo cual también se encarga de esta actividad al Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas.

Artículo 3.- El Ministerio de Finanzas situará los recursos suficientes para atender el presente Estado de Excepción.

Artículo 4.- Se autoriza a la Secretaría Nacional del Agua, SENAGUA; y, Secretaria Nacional Técnica de Gestión de Riesgos, para que se ejerza el manejo, control, regulación y administración de los embalses y presas La Esperanza y Poza Onda, así como la adopción de las medidas conducentes para enfrentar los posibles riesgos.

Artículo 5.- El presente Estado de Excepción regirá durante 60 días a partir de la suscripción del presente Decreto Ejecutivo, y el ámbito de aplicación será en toda la provincia de Manabí.

Artículo 6.- Notifíquese esta declaratoria a la Asamblea Nacional y a la Corte Constitucional.

ARTÍCULO FINAL.- De la ejecución del presente decreto ejecutivo que entrará en vigencia a partir de la fecha de suscripción, sin perjuicio de su publicación en el registro Oficial, encárguese a los Ministros de Coordinación de Seguridad Interna y Externa; de Coordinación de los Sectores Estratégicos y Ministra de Finanzas, así como a los Secretarios Nacionales de Agua y de Gestión de Riesgos.

Dado en la ciudad de Quito, el 20 de enero de 2010.

Firma: el Presidente Constitucional de la República, Rafael Correa Delgado.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

COMPETENCIA:

El Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, es competente para conocer y resolver sobre la constitucionalidad de la declaratoria de estado de excepción, en el ejercicio de las atribuciones establecidas en la Constitución de la República y en las normas de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en razón de garantizar el derecho al acceso al agua, así como la captación, provisión, producción, almacenamiento y distribución de este recurso, tanto para el consumo humano como para el uso agropecuario. El Estado de Excepción se da en las instalaciones de los embalses y presas de “La Esperanza” y “Poza Onda”; así como en el sistema de trasvases, válvulas y sistema de bombeo y en todos los bienes muebles e inmuebles de la Empresa MANAGENERACIÓN S.A., ubicada en la provincia de Manabí, conforme lo establecen los artículos 429 y 436 numeral 8 de la Constitución de la República, y artículos 119, 120, 121, 122, 123, 124 y 125 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicadas en el Registro Oficial N.º 52 del 22 de octubre del 2009.¹

¹ **Art. 119.-** Objetivo y Alcance del Control.- El control constitucional de los estados de excepción tiene por objeto garantizar el pleno disfrute de los derechos constitucionales y salvaguardar el principio de separación y equilibrio de los poderes públicos.

La Corte Constitucional efectuará un control formal y material constitucional automático de los decretos que declaren un

La Corte Constitucional debe pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de todos y cada uno de los decretos que establezcan *estados de excepción* con la finalidad de garantizar la plena vigencia de los derechos constitucionales y la salvaguarda de la división de poderes. La declaratoria de constitucionalidad es parte del control constitucional en abstracto, el mismo que no impide la revocatoria del mismo por parte de la Asamblea Nacional (artículo 125 LOGJCC).

III. DETERMINACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS A SER EXAMINADOS EN EL PRESENTE CASO

Corresponde a este Pleno determinar los problemas jurídicos constitucionales y legales, cuya respuesta es necesaria para el pronunciamiento en el presente caso.

Para establecer que la declaratoria del Estado de Excepción sea conforme o no a la Constitución, hay que analizar tres problemas jurídicos fundamentales: 1.- naturaleza jurídica y finalidad de los estados de excepción (Sentencia N.º 002-09-SEE-EE); 2.- lo relativo al cumplimiento de los requisitos formales establecidos en el artículo 166 de la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; y 3.- el cumplimiento de los requisitos materiales establecidos en el artículo 166 de la Constitución y 121 - 123 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

1) Naturaleza jurídica y finalidad de la declaratoria de estados de excepción

La Corte Constitucional acude como fuente del derecho en las denominadas referencias internas, conforme lo establecido en la sentencia N.º 002-09-SEE-EE, respecto de la declaratoria de Estado de Excepción para la protección del derecho a la salud sobre la gripe A1H1.

“[...] Excepción implica por naturaleza la *posibilidad* (que se podría concretar o no) de limitar el ejercicio de determinados derechos (de ahí el término excepción) por lo que en su declaratoria no se puede alegar de antemano si se limitará o no derechos, pues es materialmente imposible conocer cuáles serán las contingencias que dentro de un lapso de excepción, puedan conducir a que se ejercite las

estado de excepción y de los que se dicten con fundamento en éste. El trámite del control no afecta la vigencia de dichos actos normativos.

Art. 120.- Control Formal de la declaración de los estados de excepción.- La Corte Constitucional verificará que la declaratoria de estado de excepción y del decreto cumplan los siguientes requisitos:

1. Identificación de los hechos y de la causal constitucional que se invoca;
2. Justificación de la declaratoria;
3. Ámbito territorial y temporal de la declaratoria;
4. Derechos que sean susceptibles de limitación, cuando fuere el caso; y,
5. Las notificaciones que correspondan de acuerdo con la constitución y a los Tratados Internacionales.

Art. 121.- Control material de la declaratoria del Estado de excepción.- La Corte Constitucional realizará un control material de la declaratoria del estado de excepción, para lo cual verificará al menos lo siguiente:

1. Que los hechos alegados en la motivación hayan tenido real ocurrencia;
2. Que los hechos constitutivos de la declaratoria configuren una agresión, un conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural;
3. Que los hechos constitutivos de la declaratoria no puedan ser superados a través del régimen constitucional ordinario; y,
4. Que la declaratoria se decrete dentro de los límites temporales y espaciales establecidos en la Constitución de la República.

Art. 122.- Control formal de las medidas adoptadas con fundamento en el estado de excepción.- La Corte Constitucional verificará las medidas adoptadas con fundamento en la declaratoria del estado de excepción cumplan al menos con los siguientes requisitos formales:

1. Que se ordene mediante decreto, de acuerdo con las formalidades que establece el sistema jurídico; y,
2. que se enmarque dentro de las competencias materiales, espaciales y temporales de los estados de excepción.

Art. 123.- Control material de las medidas dictadas con fundamento en el estado de excepción.- Para efectos del control material, la Corte Constitucional verificará que las medidas dictadas con fundamento en el estado de excepción cumplan los siguientes requisitos:

1. Que sean estrictamente necesarias para enfrentar los hechos que dieron lugar a la declaratoria, y que las medidas ordinarias sean insuficientes para el logro de ese objetivo;
2. Que sean proporcionales al hecho que dio lugar a la declaratoria;
3. Que exista una relación de causalidad directa e inmediata entre los hechos que dieron lugar a la declaratoria de las medidas adoptadas;
4. Que sean idóneas para enfrentar los hechos que dieron lugar a la declaratoria;
5. Que no exista otra medida que genere menor impacto en términos de derechos y garantías;
6. Que no afecte el núcleo esencial de los derechos constitucionales, y se respete el conjunto de derechos intangibles; y,
7. Que no se interrumpa ni altere el normal funcionamiento del Estado.

Art. 124 Remisión del decreto a la Corte Constitucional.- El trámite para el control constitucional de los estados de excepción se sujetará a las siguientes reglas:

Art. 124 Remisión del decreto a la Corte Constitucional, reglas:

1. La Presidenta o Presidente remitirá el decreto a la Corte Constitucional dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su firma;
2. De no hacerlo, la Corte Constitucional lo conocerá de oficio.
3. En lo no previsto en este capítulo, se seguirá las reglas previstas en el procedimiento general.

Art. 125.- Coexistencia del control de constitucionalidad con el político.- La declaratoria de constitucionalidad no impide el ejercicio del control político de los estados de excepción, ni la revocatoria de los respectivos decretos por parte de la Asamblea Nacional.

prerrogativas extraordinarias contenidas en la declaratoria. En este contexto, la frase <<[...] cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales>>, no hay que concebirla como un condicionante, sino como una proyección prevista por el Constituyente, pues la declaratoria de excepción no suspende como tal derechos, sino otorga la posibilidad de que a consecuencia de las circunstancias fuera de lo común que incentivaron su declaratoria, se llegue a limitar el ejercicio de algunos de ellos.

En efecto, basta considerar lo establecido en el Art. 165 de la Constitución de la República que dice: “Durante el estado de excepción la Presidenta o Presidente de la República únicamente podrá suspender o limitar el ejercicio del derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión y libertad de información, en los términos que señala la Constitución”. En este contexto, más allá de la mención o no de los derechos cuyo ejercicio se limitaría con la declaratoria del estado de excepción, los únicos que podrían limitarse son los mencionados [*en el artículo 165 de la Constitución*], pues si se establece como derechos a ser limitados otros que no sean los contenidos expresamente [...] en la Constitución, su limitación no procede, debido a que gran parte de la doctrina, así como de los arreglos jurídico-constitucionales de la mayoría de países pertenecientes a las democracias occidentales, establecen como derechos susceptibles de limitación en estado de excepción, básicamente los derechos civiles de inviolabilidad de domicilio y de correspondencia, libertad de tránsito, asociación, reunión e información.

Por último, se debe aclarar que el estado de excepción no da carta blanca a la violación indiscriminada de los derechos, pues tan solo otorga la posibilidad (que puede concretarse o no) de limitar determinados derechos civiles, evento en el cual, dicha limitación debe motivarse en virtud de las características del caso concreto.

El Estado de Excepción es un mecanismo o arreglo normativo-constitucional con que cuentan los Estados Democráticos para enfrentar problemas de variada índole, así como, defender los derechos de los ciudadanos que desarrollan su existencia dentro del territorio nacional y que a causa de eventos imprevisibles, dichos derechos no pueden ser protegidos con los mecanismos jurídico-institucionales regulares acogidos en la normativa Constitucional y legal.

Tanto en derecho internacional como en derecho interno, el Estado de excepción implica la suspensión del ejercicio de determinados derechos, sin que esto signifique que aquella facultad sea ilimitada. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Opinión Consultiva OC-8-87 indica que los Estados tienen el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad, por lo que el único fin de la declaratoria de estados de excepción, es el respeto de los derechos, la defensa de la democracia y de las instituciones del Estado².

En este contexto, la declaratoria de Estado de excepción tiene como fin lograr la normalidad institucional del Estado en épocas de crisis, ya sea evitando o mitigando las amenazas a la propia existencia de la sociedad organizada como un todo, y de los ciudadanos que la componen concebidos en su individualidad.”

Los estados de excepción sirven para afrontar situaciones extraordinarias, o como su nombre lo indica, excepcionales, que no pueden ser afrontadas de forma ordinaria. Adicionalmente, se debe tratar de situaciones presentes y verificables o de ocurrencia inminente las que, unidas a su gravedad, le permiten a la Función Ejecutiva declarar la anormalidad.³

La Corte Constitucional, de forma clara, establece que la previsión de restricción de derechos constitucionales no es determinante en la declaratoria de Estado de Excepción, ya que también es posible utilizar este mecanismo cuando se trate de proteger derechos que a través de mecanismos ordinarios demostrados y justificados no serían protegidos, generando una variante a los Estados de Excepción restrictivos de derechos constitucionales.

De la revisión del Decreto Ejecutivo N.º 230-2010, se evidencia que se trata de un estado de excepción que busca la protección del derecho al agua establecido en el artículo 318 de la Constitución de la República, que dice:

“El agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio intangible e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos. Se prohíbe toda forma de privatización del agua.

La gestión del agua será exclusivamente pública o comunitaria. El servicio público de saneamiento, el abastecimiento de agua potable y riego serán prestados únicamente por personas jurídicas estatales o comunitarias.

El estado favorecerá la gestión y funcionamiento de las iniciativas comunitarias en torno a la gestión del agua y la prestación de servicios públicos, mediante el incentivo de alianzas entre lo público y lo comunitario para la prestación de servicios.

El Estado, a través de la autoridad única del agua, será el responsable directo de la planificación y gestión de los recursos hídricos que se destinarán a consumo humano, riego que garantice la soberanía alimentaria, caudal ecológico y actividades productivas, en este orden de prelación. Se requerirá autorización del Estado para el aprovechamiento del agua con fines productivos por parte de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria, de acuerdo con la ley.”

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-8-87, “El Habeas Corpus bajo la suspensión de garantías”. 30 de enero de 1987, párrafo 20.

³ María Cristina Patiño G, Estados de Excepción y Habeas Corpus, Bogota, 2007, I Edc., biblioteca de Tesis doctorales, Edt. Ibáñez y Academia Colombiana de la Colombiana, p. 263.

En ese sentido, se procede al control formal y material de la declaratoria, así como de los fundamentos del Estado de Excepción, por la protección del derecho al acceso al agua, en los siguientes términos:

2) Análisis formal de la declaratoria de Estado de Excepción del Decreto Ejecutivo 230 del 20 de enero del 2009

El artículo 166 de la Constitución de la República dispone que el Presidente Constitucional de la República notifique la declaratoria del Estado de Excepción y envíe el texto del decreto correspondiente a la Corte Constitucional y a la Asamblea Nacional, dentro de las 48 horas siguientes a su expedición para efectos de su control de constitucionalidad. En el presente caso, el decreto ejecutivo de declaratoria del Estado de Excepción es dictado para proteger el derecho al agua, que se relaciona con las instalaciones de los embalses y presas de “La Esperanza” y “Poza Honda”, y del sistema de transvases, válvulas y sistema de bombeo, así como de los bienes muebles e inmuebles de la empresa MANAGENERACIÓN S. A.; fue dictado el 20 de enero del 2010 y remitido mediante oficio N.º T.2982-SNJ-10-117 y recibido en la Corte Constitucional el 21 de enero del 2010. Por lo tanto, se considera que la notificación fue realizada dentro de los límites temporales pertinentes.

Por otra parte, el Decreto Ejecutivo N.º 230 del 20 de enero del 2010 cumple con los requisitos formales establecidos en el artículo 120 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, pues contiene:

1) La identificación de los hechos y de la causal constitucional que se invoca consta en la exposición de motivos del decreto y el artículo 1 del mismo. Por un lado, la emergencia surge con el objeto de garantizar el derecho al agua en las siguientes fases: captación, provisión, producción, almacenamiento y distribución de agua para consumo humano y uso agropecuario, y de esta forma evitar una grave conmoción interna en la Provincia de Manabí. Por otro lado, las normas constitucionales que se invocan son: artículo 318 de la Constitución de la República: el agua es patrimonio nacional estratégico; artículos 164, 165 y 166 de la Constitución de la República, normas relacionadas con la declaratoria de Estado de Excepción.

2) La necesidad de implementar el uso racional y adecuado del agua para evitar una grave conmoción interna, justifica la declaratoria.

3) Se motiva de forma sucinta, pero suficiente, en la necesidad de establecer medidas excepcionales e intervenir de forma urgente con el propósito de evitar la posibilidad de una conmoción interna y que el agua llegue de forma adecuada para el consumo humano y para el riego en la agricultura.

4) El ámbito territorial se encuentra delimitado y afecta exclusivamente a la Provincia de Manabí.

5) Determinación expresa de temporalidad: el decreto ejecutivo de Estado de Excepción que se analiza, en su artículo 5 expresa que regirá un plazo de 60 días contados a partir de su suscripción, hecho que se encuentra conforme lo establecido en el inciso segundo del artículo 166 de la Constitución de la República.

6) El caso amerita limitación racional y temporal del ejercicio de los derechos de la empresa MANAGENERACIÓN S. A.

7) Del proceso se verifica la notificación a la Corte Constitucional, así como para afrontar la disposición y la ejecución del Estado de Excepción se encargó a los Ministros de Coordinación de Seguridad Interna y Externa, de Coordinación de los Sectores Estratégicos y Ministra de Finanzas, y también a los Secretarios Nacionales del Agua y Gestión de Riesgos.

2.1) Control Formal de las medidas adoptadas con fundamentos en el decreto ejecutivo N.º 107-2009

Para finalizar el control formal es menester realizar el análisis de las medidas adoptadas con fundamento en los requisitos de forma según lo establece el artículo 122.1 y 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. 1. El acto mediante el cual se dicta la medida de excepción es el decreto ejecutivo signado con el número 230 dictado el 20 de enero del 2010. 2. Conforme lo establecen los artículos 12 y 318 de la Constitución, el derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable; constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, imprescriptible, inembargable, inalienable y esencial para la vida. Se prohíbe toda forma de privatización, y el servicio público de agua de saneamiento será prestado únicamente por personas jurídicas estatales y comunitarias.

El Estado, a través de la autoridad única del agua, será el responsable directo de la planificación y gestión de los recursos hídricos que se destinarán a consumo humano; riego que garantice la soberanía alimentaria, caudal ecológico y actividades productivas, en este orden. Se requerirá de autorización del Estado para aprovechar el agua con fines productivos por parte de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria. Estas normas dejan claro que el Estado central y la Función Ejecutiva, como parte de la misma, son competentes para emitir medidas dirigidas a la protección del derecho humano al agua.

Por estas razones se considera que la declaratoria de Estado de Excepción formalmente es adecuada, y por tal, se declara su pertinencia.

3) Control material del Decreto Ejecutivo 230 del 20 de enero del 2010

Cabe identificar cuál es el marco constitucional por el fondo de los derechos constitucionales sobre los cuales se pronuncia la Corte en virtud de la declaratoria del Estado de Excepción. El Derecho al agua, tal como lo señala la Observación General N.º 15-2002 del Programa Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, prescribe que el agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente, es condición previa para la realización de otros derechos humanos. La polución incesante, el continuo deterioro de los recursos hídricos y de su distribución están agravando la pobreza ya existente. Los estados partes deben adoptar medidas eficaces para hacer efectivo el derecho al agua sin discriminación alguna.

La Constitución ecuatoriana, en consonancia con los más altos estándares de protección de Derechos Humanos, ha recogido este desarrollo en sus artículos 12 y 318 de la Constitución. Respecto al Derecho Humano al agua, basa su fundamentación en la identificación de este recurso como estratégico y altamente protegible, con la finalidad de que todos podamos disponer de agua de forma suficiente, salubre, accesible y asequible para uso humano, garantizando la soberanía alimentaria, el caudal ecológico y las actividades productivas. Este derecho busca evitar la muerte por deshidratación, reducir el riesgo de enfermedades relacionadas con el agua, así como un abastecimiento adecuado que busca mantener un equilibrio entre el ser humano, los recursos naturales y el desarrollo, en un marco de razonabilidad y equilibrio. Para tal efecto, el Estado garantiza a sus habitantes el acceso a los derechos constitucionales, y en especial constituye el marco de los Derechos Económicos Sociales y Culturales como son el agua, ambiente, la salud, la educación, el desarrollo, etc., no solo de forma enunciativa o declarativa, sino como toda una estructura conducente a que los mismos se viabilicen. En el caso concreto respecto del derecho humano al agua, el Estado asume un rol protagónico en el respeto de este derecho; para ello ha establecido mecanismos efectivos en torno a la gestión, prestación, captación, provisión, producción, almacenamiento y distribución del agua.

Esta motivación de normas constitucionales y jurídicas se encuentra en consonancia con la Convención Americana sobre Derechos Humanos –artículos 16.2 y 26– que establecen las restricciones previstas por la ley, necesarias en una sociedad democrática para que prevalezca el interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, [...] y la obligación progresiva de garantizar los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC).

El derecho al agua se encuentra desarrollado en varios instrumentos internacionales, por ejemplo: en el párrafo 2 del artículo 14 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer se dispone que los Estados Partes aseguran a las mujeres el derecho a “*gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de [...] el abastecimiento de agua*”. El párrafo 2 del artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño exige a los Estados partes que luchen contra las enfermedades y malnutrición mediante “*el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable saludable*.” Igualmente, se encuentra el desarrollo del derecho al agua en las interpretaciones con arreglo a los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y sus Observaciones Generales, en especial la N.º 15-2002.

En relación a esta Observación General N.º 15-2002, se considera que es necesario garantizar el ejercicio del derecho al agua en función de distintas condiciones, siendo aplicables, en cualquier circunstancia, los siguientes factores:

a) **La disponibilidad.** El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales, [ecológico, riego y producción artículo 318 CRE]. Esos usos comprenden normalmente el consumo.

b) **La calidad.** El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o

radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico.

c) **La accesibilidad.** El agua, las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

Accesibilidad física. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. Debe poderse acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas. Todos los servicios e instalaciones de agua deben ser de calidad suficiente y culturalmente adecuados, y deben tener en cuenta las necesidades relativas al género, el ciclo vital y la intimidad. La seguridad física no debe verse amenazada durante el acceso a los servicios e instalaciones de agua.

Accesibilidad económica. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto.

No discriminación. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.

Acceso a la información. La accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua.

Para determinar la constitucionalidad material, ésta se analizará en sus dos dimensiones: material de la declaratoria y material de la medida; análisis que se efectuará bajo los parámetros de los artículos 121 y 123 de la Ley Orgánica de Jurisdicción y Control Constitucional, en el siguiente sentido:

Control material de la declaratoria del Estado de Excepción (artículo 121 LOGJCC). Parámetros de la declaratoria:

1) Los hechos que motivan la existencia del Estado de Excepción se basan en la necesidad de adoptar medidas conducentes a enfrentar posibles riesgos en las instalaciones de los embalses y presas de “La Esperanza” y “Poza Onda”, y del sistema de transvases, válvulas y sistema de bombeo, así como de todos los bienes muebles e inmuebles de la Empresa MANAGERACIÓN S. A., con el objeto de garantizar la captación, provisión, producción, almacenamiento y distribución de agua para el consumo humano y uso agropecuario, porque de seguir la situación actual, deficiente servicio de agua, se estaría a la espera de una grave conmoción interna por este recurso en la Provincia de Manabí.

2) La motivación para la declaratoria del Estado de Excepción es producto de la prevención de un desastre, ya

que por motivo de escasez de agua existiría una grave conmoción interna en la provincia de Manabí, (artículo 164 CRE y artículo 121.2 LOGJCC).

3) El régimen constitucional ordinario es insuficiente para satisfacer la gravedad de este caso, pues la afectación al acceso al agua puede ser irreversible de no intervenir el Estado de forma urgente, a través del decreto ejecutivo de excepción. Para hacerle frente a esta situación se ha dispuesto la movilización nacional, económica y militar de las Fuerzas Armadas para la custodia de los bienes e instalaciones de los embalses y presas de “La Esperanza” y “Poza Honda”, y del sistema de trasvases, válvulas y sistema de bombeo, así como la requisición de todos los bienes muebles e inmuebles de la empresa MANAGERACIÓN S. A., (artículo 2 Decreto 107-2009).

4) Respecto a los límites temporales, de forma expresa en el Decreto Ejecutivo N.º 230-2010, en su artículo, 5 señala que regirá durante 60 días contados a partir de la suscripción del referido decreto.

3.2.- Control Material de las Medidas dictadas en el estado de excepción:

1) Para calificar la necesidad del Estado de Excepción se debe justificar la gravedad de la situación y la inexistencia de otro medio menos oneroso para que se expida el Estado de Excepción. En ese sentido, se verifica que no ha existido otro medio ordinario, idóneo y suficiente, como una política pública que haya previsto y protegido el derecho al acceso al agua para consumo humano y agrícola, hecho que justifica la intervención inmediata y directa del Estado a través de la Función Ejecutiva.

2) Que se justifique la restricción de derechos de forma proporcional en relación al hecho que dio lugar a la declaratoria. El hecho que dio lugar al decreto ejecutivo de Estado de Excepción es que la empresa MANAGERACIÓN S. A., ha provocado un progresivo proceso de disminución de eficiencia en la prestación del servicio, administración y control de los embalses y presas de “La Esperanza” y “Poza Onda”, así como de la ausencia en la presa “La Esperanza” de una vía para evacuación de aguas de manera emergente. La falta de provisión de agua para los usos de consumo humano y agrícola, protegidos por el derecho constitucional de acceso al agua, infiere de forma irresponsable en los derechos garantizados por la Constitución.

3) Que exista una relación de causalidad directa e inmediata entre los hechos que dieron lugar a la declaratoria de las medidas adoptadas. La medida causal directa se relaciona con varios factores que requieren ser regulados debido a la falta de probidad en el uso adecuado y racional del agua, provocado por la Empresa MANAGERACIÓN S. A., que de forma deficiente estaría administrando la prestación del servicio de agua en las presas “Poza Onda” y “La Esperanza”, lo cual vulnera el derecho al agua (artículo 12 CRE).

4) Idoneidad⁴ para enfrentar los hechos que dieron lugar a la declaratoria. Se verifica que la intervención en los derechos de MANAGERACIÓN S. A., es adecuada porque contribuye a un fin constitucionalmente legítimo,

que es garantizar la captación, provisión, producción, almacenamiento y distribución de agua para el consumo humano y uso agrícola de toda la población de la provincia de Manabí, de lo que se colige que la norma que se examina posee un fin constitucionalmente legítimo, y en segundo término, que es idónea por ser temporal, y su intervención sirve para favorecer el derecho al agua.

5) Que no afecte el núcleo esencial de los derechos constitucionales y se respete el conjunto de derechos intangibles. Es claro que el presente Estado de Excepción no restringe derechos en su núcleo esencial de otros derechos fundamentales, por el contrario, impone límites racionales como son la requisición de todos los bienes muebles e inmuebles de la empresa MANAGERACIÓN S. A., con la finalidad de superar el Estado de Excepción, es decir, de forma racional y temporal.

6) No se interrumpe ni altera el normal funcionamiento del Estado. Es claro que la declaratoria del Estado de Excepción no suspende gravemente los derechos protegidos por la Constitución ni afecta a la división de poderes que es la garantía de la democracia.

Toda vez que de forma sucinta en el Decreto que se examina se encuentran determinadas las causas y las razones formales y materiales de su expedición, se considera pertinente y necesaria que la declaratoria del Estado de Excepción sea devuelta a la Función Ejecutiva, ya que en lo principal previene una grave conmoción interna por el derecho humano del acceso al agua, precautelando así el bienestar general e individual.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, en nombre del Pueblo Soberano y de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional, para el periodo de transición, expide el siguiente:

DICTAMEN:

1. Emite dictamen favorable de Constitucionalidad a la declaratoria de Estado de Excepción, contenido en el Decreto Ejecutivo N.º 230 del 20 de enero del 2010.

2. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

f.) Dr. Patricio Pazmiño Freire, Presidente.

f.) Dra. Marcia Ramos Benalcázar, Secretaria General (E).

Razón: Siento por tal, que el Dictamen que antecede fue aprobado por el Pleno de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, con 9 votos a favor, de los doctores: Luis Jaramillo Gavilanes, Patricio Herrera Betancourt,

⁴ Carlos Bernal Pulido, El principio de Proporcionalidad de los Derechos Fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003 p. 689.

Alfonso Luz Yunes, Hernando Morales Vinueza, Ruth Seni Pinoargote, Nina Pacari Vega, Manuel Viteri Olvera, Edgar Zárate Zárate y Patricio Pazmiño Freire, en sesión del día jueves veinticinco de febrero del dos mil diez. Lo certifico.

f.) Dra. Marcia Ramos Benalcázar, Secretaria General (E).

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.- Revisado por f.) Ilegible.- Quito, 16 de marzo del 2010.- f.) El Secretario General.

Quito, D. M., 25 de febrero del 2010

SENTENCIA INTERPRETATIVA N.º 0001-09-SIC-CC

CASO N.º 0019-09-IC

Juez constitucional Sustanciador: Dr. Edgar Zárate Zárate

I. ANTECEDENTES:

Resumen de la admisibilidad:

La doctora Lourdes Tibán Guala, en su calidad de Asambleísta, con fecha 14 de octubre del 2009 presenta ante la Corte Constitucional, para el periodo de transición, una acción de interpretación constitucional. En tal virtud, se procede de conformidad con lo establecido en el artículo 436.1 de la Constitución de la República vigente y artículos 19, 20 y siguientes de las Reglas del Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición.

La Secretaría General de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, certificó que en referencia a la acción de interpretación constitucional N.º 0019-09-IC, no se ha presentado otra demanda con identidad de sujeto, objeto y acción.

Por su parte, la Sala de Admisión, conformada por los doctores: Patricio Pazmiño Freire, Alfonso Luz Yunes y Edgar Zárate Zárate, mediante providencia del 26 de noviembre del 2009 a las 12h05, avocó conocimiento de la presente causa, y en lo principal consideró que: “la solicitud de interpretación reúne todos los requisitos de admisibilidad y procedencia, por lo que se ADMITE a trámite la causa (...)”.

Realizado el sorteo de rigor tal como lo establece las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, se

radicó el caso en la Segunda Sala de Sustanciación, siendo designado como Juez Constitucional Sustanciador el Dr. Edgar Zárate Zárate.

Detalle de la solicitud de interpretación

Descripción del caso:

La accionante manifiesta que la norma constitucional contenida en la Disposición Transitoria Primera, establece que en el plazo de 360 días, la Asamblea Nacional Legislativa aprobará las siguientes leyes: Ley de Soberanía Alimentaria, Ley Electoral, Código Orgánico de la Función Judicial, Ley del Consejo de Participación Social y Ciudadanía, Ley de Control Constitucional y de Garantías Básicas, Ley de Aguas, Ley de Participación Ciudadana, Ley de Comunicación, Ley de Educación, Ley de Servicio Público, Ley de la Defensoría Pública, Ley de Registro Civil, Ley de Registro de Propiedad y Mercantil, Ley de Descentralización Territorial, Código Penal, Código de Procedimiento Penal, Militar y Policial, y Ley de Seguridad Pública; sin embargo, comenta que a pesar de lo dispuesto en el texto constitucional, solamente se ha cumplido con cuatro proyectos de ley. Por ello, sostiene que la Asamblea Nacional no cumplirá con el plazo previsto para la aprobación de las leyes restantes, el que fenecerá el 14 de octubre del 2009.

Argumenta que el criterio de ampliar o extender el plazo previsto al 14 de febrero del 2010 constituye una abrogación de funciones, cuando precisamente lo que se precautela es que el desarrollo de las leyes se realice bajo la amenaza de la inconstitucionalidad por omisión.

De esta forma, la accionante señala que, al respecto, el artículo 436, numeral 10 de la Constitución prevé tratar este tema denominándolo “acción inconstitucional por omisión”; figura creada frente al incumplimiento de las autoridades del sector público y de los legisladores, que no cumplen con el desarrollo legal secundario de las normas constitucionales.

Por lo expuesto, considera que con el objeto de evitar que las leyes se aprueben fuera del plazo establecido por la propia Constitución, en un marco de ilegalidad e ilegitimidad, solicita a la Corte que establezca un plazo razonable para la aprobación de las leyes referidas; plazo que deberá tomar en cuenta la complejidad del tema legislativo y el tiempo que requiere el ejecutivo para actuar como colegislador, ya que también debe presentar sus objeciones.

Petición Concreta

Solicita a la Corte Constitucional que interprete la Disposición Transitoria Primera de la Constitución de la República, en relación con lo dispuesto en el artículo 436, numeral 10 ibídem, y fije un plazo para que la Asamblea Nacional expida las leyes conforme el mandato constitucional.

Normas Constitucionales cuya interpretación se solicita

La accionante solicita que en virtud de lo dispuesto en el artículo 436, numeral 1 y artículos 19 y siguientes de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las

competencias de Corte Constitucional, para el periodo de transición, se interprete la Disposición Transitoria Primera, cuyo texto se transcribe a continuación:

Disposición Transitoria Primera:

“PRIMERA.- El órgano legislativo, en el plazo máximo de ciento veinte días contados desde la entrada en vigencia de esta Constitución aprobará la ley que desarrolle el régimen de soberanía alimentaria, la ley electoral, la ley reguladora de la Función Judicial, del Consejo de la Judicatura y la que regula el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

En el plazo máximo de trescientos sesenta días, se aprobarán las siguientes leyes:

1. La ley que regule el funcionamiento de la Corte Constitucional y los procedimientos de control de constitucionalidad.

2. La ley que regule los recursos hídricos, usos y aprovechamiento del agua, que incluirá los permisos de uso y aprovechamiento, actuales y futuros, sus plazos, condiciones, mecanismos de revisión y auditoría, para asegurar la formalización y la distribución equitativa de este patrimonio.

3. La ley que regule la participación ciudadana.

4. La ley de comunicación.

5. Las leyes que regulen la educación, la educación superior, la cultura y el deporte.

6. La ley que regule el servicio público.

7. La ley que regule la Defensoría Pública.

8. Las leyes que organicen los registros de datos, en particular los registros civil, mercantil y de la propiedad. En todos los casos se establecerán sistemas de control cruzado y bases de datos nacionales.

9. La ley que regule la descentralización territorial de los distintos niveles de gobierno y el sistema de competencias, que incorporará los procedimientos para el cálculo y distribución anual de los fondos que recibirán los gobiernos autónomos descentralizados del Presupuesto General del Estado. Esta ley fijará el plazo para la conformación de regiones autónomas, que en ningún caso excederá de ocho años.

10. La ley penal y la ley de procedimiento penal en materia militar y policial.

11. La ley que regule la seguridad pública y del Estado.

El ordenamiento jurídico necesario para el desarrollo de la Constitución será aprobado durante el primer mandato de la Asamblea Nacional”.

Determinación de los problemas jurídicos objeto de interpretación

El Pleno de la Corte procede a determinar los problemas jurídicos que se derivan del presente caso, con la finalidad de, una vez absueltos, lograr un pronunciamiento respecto al alcance de la norma constitucional contenida en la Disposición Transitoria Primera. De esta forma, conforme se desprende de los argumentos expuestos por la accionante, corresponde determinar: 1) ¿Cuál es el sentido razonable de la Disposición Transitoria Primera de la Constitución de la República?; y, 2) ¿Cuál es el objeto que persigue la solicitud de interpretación constitucional?

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERIODO DE TRANSICIÓN

Competencia

Conforme lo establecido en el numeral 1 del artículo 436 de la Constitución de la República y en los artículos 19 y siguientes de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, el Pleno de la Corte Constitucional es competente para interpretar la Constitución, en el presente caso, para pronunciarse sobre la acción de interpretación constitucional de la norma contenida en la Primera Disposición Transitoria de la Constitución, con la finalidad de determinar su alcance.

Interpretación de la Corte

Conforme el objeto de la presente acción de interpretación constitucional, esta Corte resolverá los problemas jurídicos expuestos anteriormente:

¿Cuál es el sentido razonable de la Disposición Transitoria Primera de la Constitución de la República?

Partiremos señalando que en nuestro ordenamiento jurídico la Constitución ocupa una posición privilegiada, seguida por otras categorías normativas, entre las que se encuentran los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos; es decir, que se pueden diferenciar claramente conforme el principio de jerarquía de las normas, categorías distintas dentro del ordenamiento jurídico, entre ellas, las de rango constitucional, de rango de ley, de normas regionales, de ordenanzas, de decretos y resoluciones, etc. *“Esta diferenciación nos manifiesta como, además de su condición jerárquicamente superior sobre el resto de normas, la Constitución desarrolla una función de irradiación sobre el resto del ordenamiento jurídico”*¹.

1. María Luisa Balaguer Callejón, *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*, Madrid, Editorial TECNOS S. A., 1997, p. 42.

Esta acotación es necesaria, puesto que la incidencia que ejerce la Constitución por sobre todo el ordenamiento jurídico se explica a partir de su carácter normativo, es decir, la Constitución debe ser entendida como un todo integral, compuesta por el Preámbulo, sus normas estructuradas en títulos y capítulos, las disposiciones transitorias y derogatorias. En este sentido, el constituyente aprobó un conjunto de disposiciones, contenidas en un solo cuerpo, denominado *Constitución de la República del Ecuador*; por tanto, la Constitución no es una sola norma, sino un conjunto de normas “fundamentales” que identifican o caracterizan cualquier ordenamiento jurídico².

En el presente caso, la Disposición Transitoria Primera cuya interpretación se solicita, constituye una norma constitucional, aunque su función y naturaleza difieran de las demás que integran la Constitución de la República por su carácter temporal. Por ello, en este enfoque que otorga una función de unificación del ordenamiento jurídico a la Constitución, para efectos de interpretación de la misma, debemos establecer que la Constitución “*no es un cuerpo dogmático cerrado en sí mismo que se impone como una verdad revelada y única sobre el conjunto de operadores jurídicos, sino el resultado de un proceso de conciliación de intereses que se desarrolla y se extiende para renovar, de manera constante esa conciliación y pacificación social*”³. En este orden, para efectos de interpretar la norma constitucional, no podemos ceñirnos en la estructura tradicional de interpretación de la ley, porque la concepción del proceso de interpretación en un estado constitucional de derechos y justicia⁴ es completamente distinta, al pasar de una interpretación de la voluntad del legislador unívoca y homogénea, a una interpretación como combinación de principios, valores y métodos en orden a integrar los textos en el proceso de aplicación del derecho⁵, esto es, de la interpretación meramente literal a la interpretación constitucional garantista de carácter integral.

Además, al efectuar la interpretación requerida es necesario que esta Corte observe lo consagrado en el artículo 427 de la Constitución de la República, que establece: “*Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional*”.

Con ello, tomando en consideración que la norma constitucional a interpretarse no es oscura, contradictoria ni inteligible, además de no existir duda sobre su contenido, conforme se desprende del texto de la demanda, deberá ser interpretada mediante la utilización de métodos exegéticos y de interpretación sistemática de la Constitución; es decir, corresponde a la Corte Constitucional, como intérprete de la Constitución de la República, integrar todos los elementos normativos, con la finalidad de lograr un entendimiento sistemático, integral y coherente del ordenamiento.

En este orden de ideas, esta Corte procede a determinar de forma literal y sistemática que la norma contenida en la Disposición Transitoria Primera establece que el órgano legislativo, en uso de sus facultades, en un plazo máximo de ciento veinte días, contados desde la entrada en vigencia de esta Constitución, aprobará la ley que desarrolle el régimen de soberanía alimentaria, la ley electoral, la ley reguladora de la Función Judicial, del Consejo de la Judicatura y la que

regula el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Adicionalmente, establece un segundo plazo máximo de trescientos sesenta días para la aprobación de varias leyes, entre las que se encuentran: 1. La ley que regule el funcionamiento de la Corte Constitucional y los procedimientos de control de constitucionalidad; 2. La ley que regule los recursos hídricos, usos y aprovechamiento del agua, que incluirá los permisos de uso y aprovechamiento, actuales y futuros, sus plazos, condiciones, mecanismos de revisión y auditoría, para asegurar la formalización y la distribución equitativa de este patrimonio; 3. La ley que regule la participación ciudadana, etc.

Conforme lo expuesto, el plazo para la aprobación de la ley que desarrolle el régimen de soberanía alimentaria, la ley electoral, la ley reguladora de la Función Judicial, la ley del Consejo de la Judicatura y la ley que regula el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, es de ciento veinte días contados a partir de la entrada en vigencia la Constitución, esto es, el 20 de octubre del 2008, fecha de su publicación en el Registro Oficial N.º 449. Adicionalmente, el plazo máximo de 360 días establecido por mandato constitucional para la aprobación de un conjunto de leyes, necesarias para el desarrollo de la Constitución, corre a partir de la misma fecha, es decir, del 20 de octubre del 2008. Sin embargo, el mandato contenido en la referida disposición transitoria establece un lapso prudente, a juicio del constituyente, para la aprobación de un conjunto de cuerpos legales necesarios para adaptar o desarrollar los preceptos constitucionales, en su afán de procurar que el tránsito a un Estado constitucional de derechos y justicia se realice con relativo orden; pero ello no significa que al haber fenecido el mencionado plazo haya también caducado la potestad del legislador de expedir, codificar, reformar y derogar las leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio⁶, conforme lo menciona la accionante al considerar que las leyes que expida la Asamblea Nacional fuera del plazo establecido en la Constitución están viciadas de nulidad. Todo lo contrario: la Función Legislativa ejercida por la Asamblea Nacional por mandato constitucional tiene plena atribución para dictar normas de naturaleza legislativa, es decir, disposiciones escritas de carácter general. En otras palabras, la primera función de la Asamblea Nacional conforme la cláusula de competencia establecida en el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución es legislar, potestad que no se ve limitada por mandato del poder constituyente al establecerse plazos para la expedición de ciertas normas legales; lo que ocurre es que el constituyente señaló ciertos mandatos de optimización para normar la transición a un nuevo modelo de Estado

² Ricardo Guastini, *Sobre el Concepto de Constitución*, en “Teoría de la Constitución”, México, Editorial Porrúa, 2000, p. 96.

³ *Ibidem*, p. 24.

⁴ Ver artículo 1 de la Constitución de la República.

⁵ María Luisa Balaguer Callejón, *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*, op. cit., p. 25.

⁶ Ver artículo 120 de la Constitución de la República.

constitucional y democrático de derechos. De esta forma, nos encontramos frente a una facultad que no es posible desligar del poder legislativo porque es connatural a él.

Adicionalmente, cabe señalar que la vigencia formal y material de la Disposición Transitoria Primera, materia de la presente interpretación, dependía de los plazos establecidos en la propia norma transitoria. Si contamos el lapso transcurrido entre la entrada en vigencia de la Constitución y por tanto de la norma transitoria sujeta a análisis (20 de octubre del 2008) y el momento actual, se colige fácilmente que los plazos contenidos en dicha norma transitoria se extinguieron. En este contexto, al haberse extinguido dichos plazos, la referida norma transitoria perdió vigencia, y por lo tanto, no cabe ser invocada, y peor aún esperar que ésta produzca efectos materiales.

¿Cuál es el objeto que persigue la solicitud de interpretación constitucional que se analiza?

La accionante en el presente caso solicita a la Corte Constitucional que a través de la interpretación de la norma contenida en la Disposición Transitoria Primera de la Constitución establezca un plazo adicional, durante el cual la Asamblea Nacional expida las leyes que por mandato de la Constitución no fueron aprobadas en el plazo inicialmente previsto, haciendo a su vez una interpretación extensiva del numeral 10 del artículo 436 ibídem, que señala: “*Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: 10. Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley*”. Esta disposición, que regula otra facultad de la Corte Constitucional para control de inconstitucionalidades por omisión⁷, no puede ser activada a través de una acción de interpretación, sino conforme lo establece la propia Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Como se observa, la accionante confunde la vía al solicitar erróneamente la interpretación de la Disposición Transitoria Primera de la Constitución, cuyo contenido es a todas luces claro y expreso, en atención a lo manifestado anteriormente, para obtener la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión, que es la consecuencia jurídica que provoca la omisión de la Asamblea Nacional.

III. DECISIÓN

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

SENTENCIA INTERPRETATIVA

1. Los plazos establecidos en la Disposición Transitoria Primera de la Constitución de la República deben

contarse a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de la República, es decir, del 20 de octubre del 2008, día de su publicación en el Registro Oficial N.º 449.

2. La atribución de la Asamblea Nacional de expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, no se limita por el vencimiento de los plazos establecidos por la norma constitucional transitoria; por el contrario, el poder del legislador de aprobar leyes es una atribución específica, propia de su esencia que permanece vigente, pues lo fundamental es que la expedición de leyes responda a un profundo análisis legislativo y una importante participación ciudadana.

3. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

f.) Dr. Patricio Pazmiño Freire, Presidente.

f.) Dra. Marcia Ramos Benalcázar, Secretaria General (E).

Razón: Siento por tal, que la Sentencia Interpretativa que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, con nueve votos a favor, de los doctores: Luis Jaramillo Gavilanes, Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes, Hernando Morales Vinuesa, Ruth Seni Pinoargote, Nina Pacari Vega, Manuel Viteri Olvera, Edgar Zárate Zárate y Patricio Pazmiño Freire, en sesión ordinaria del día jueves veinticinco de febrero del dos mil diez. Lo certifico.

f.) Dra. Marcia Ramos Benalcázar, Secretaria General (E).

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.- Revisado por f.) Ilegible.- Quito, 16 de marzo del 2010.- f.) El Secretario General.

⁷ Respecto a la inconstitucionalidad por omisión, prevista en el numeral 10 del artículo 436 de la Constitución de la República, se señala: “*Aquí, el principio base radica en que la Constitución se puede violar no solo por lo que se hace sino por lo que se deja de hacer. Esto sucede cuando es la propia Constitución la que incluye un mandato específico a cumplirse en un plazo determinado, como por ejemplo la obligación de dictar determinada ley en un año. Si el legislador omite hacerlo viola la Constitución. En tal situación, la Corte, según la nueva Constitución, podría dictar una normativa provisional. La inconstitucionalidad por omisión ha sido reconocida y regulada vía normativa o jurisprudencial en varios países, tales como Brasil, Costa Rica, Portugal, Venezuela, Colombia, España, Italia y Alemania*”. Ver: Agustín Grijalva Jiménez, “Perspectivas y Desafíos de la Corte Constitucional”, en *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 267.

Quito, D. M., 24 de febrero del 2010

Sentencia N.º 001-10-SCN-CC

CASO N.º 0029-09-CN

Juez Constitucional Sustanciador: Dr. Edgar Zárate Zárate

**LA CORTE CONSTITUCIONAL
Para el período de transición:**

I. ANTECEDENTES

Resumen de admisibilidad

Mediante providencia del 11 de agosto del 2009, el doctor Miguel Antonio Arias, Juez Primero de Garantías Penales de Cuenca, dispone remitir el proceso en consulta a la Corte Constitucional para que se pronuncie acerca de si el artículo 69 del Código Penal debe aplicarse cuando se trate también de las acciones extraordinarias de protección, por considerar que el contenido de la norma referida no guarda armonía con el contenido del artículo 94 de la Constitución de la República, en el sentido estricto de si debe o no suspender el cumplimiento de la sentencia emitida en última instancia en sede jurisdiccional, mientras se resuelva la acción extraordinaria de protección en sede constitucional.

Por su parte, la Secretaría General de la Corte Constitucional, para el período de transición, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, certificó que en referencia a la acción N.º 0029-09-CN, no se ha presentado otra demanda con identidad de sujeto, objeto y acción.

En igual sentido, la Sala de Admisión, conformada por los doctores: Patricio Pazmiño, Presidente; Ruth Seni Pinoargote y Alfonso Luz Yunes, con fecha 28 de septiembre del 2009, de conformidad con la Resolución del 20 de octubre del 2008, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N.º 451 del 22 de octubre del 2008, así como en atención a lo dispuesto en las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, en lo principal, consideró que la consulta remitida por el Dr. Miguel Antonio Arias, en su calidad de Juez Primero de Garantías Penales de Cuenca, señalando una presunta contradicción entre lo dispuesto en el artículo 69 del Código Penal y lo dispuesto en el artículo 94 de la Constitución de la República, ha sido planteada observando lo previsto en la norma constitucional y en las Reglas de Procedimiento mencionadas, por lo que admitió a trámite la presente causa.

De conformidad con el sorteo realizado por el Pleno de la Corte Constitucional, en armonía con lo previsto en los artículos 8 y 9 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, se radicó la competencia de la presente consulta de constitucionalidad en la Segunda Sala

de Sustanciación de la Corte Constitucional, para el período de transición, siendo designado posteriormente luego del sorteo efectuado con fecha 14 de octubre de 2009, el doctor Edgar Zárate Zárate como Juez Sustanciador.

Normas cuya constitucionalidad se consulta

Código Penal: (Codificación publicada en el Suplemento del Registro Oficial N.º 147 del 22 de enero de 1971, y posteriores reformas)

*TÍTULO IV
DE LAS PENAS*

*CAPÍTULO I
DE LAS PENAS EN GENERAL*

“Art. 69.- Ninguna pena podrá ejecutarse mientras esté pendiente un recurso o aclaratoria de la sentencia.”.

Identificación de la norma constitucional que estaría en contradicción con la disposición legal

“Art. 94.- La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado”.

Solicitud de consulta de constitucionalidad

La consulta de constitucionalidad en estudio tiene como antecedente el juicio por injurias N.º 770-07, seguido por el señor Fidel Niveló Guaraca en contra del señor Winson Fernando Altamirano Jara, sustanciado por el Juez Primero de Garantías Penales de Cuenca, doctor Miguel Antonio Arias, quien mediante providencia del 11 de agosto del 2009, al considerar que el contenido del artículo 69 del Código Penal no guarda armonía con el contenido del artículo 94 de la Constitución de la República, en el sentido de si debe o no suspender el cumplimiento de la sentencia emitida en última instancia en sede jurisdiccional mientras se resuelva la acción extraordinaria de protección, dispone suspender la ejecución de la sentencia; remitir el proceso en consulta a esta Corte y, en consecuencia, ordenar al señor Jefe de la Policía Judicial que hasta que se resuelva la consulta solicitada, se abstenga de capturar al sentenciado, en tutela de su derecho de libertad individual.

Mediante oficio N.º JIPA-2009-406 del 18 de agosto del 2009, el doctor Carlos Calle Cobos, Oficial Mayor del Juzgado Primero de Garantías Penales de Cuenca, remite el proceso signado con el N.º 770-07, en doce cuerpos.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia de la Corte

El Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, es competente para conocer y resolver la

consulta de constitucionalidad planteada por el Juez Primero de Garantías Penales de Cuenca, en atención a lo previsto en los artículos 428, 429 y 436, numeral 2 de la Constitución de la República vigente, así como de los artículos 141, 142, 143, y literal *b* del artículo 191 y la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N.º 544 del 09 de marzo del 2009.

Legitimación activa

El peticionario, Juez Primero de Garantías Penales de Cuenca, se encuentra legitimado para interponer la presente consulta de constitucionalidad, de conformidad con lo establecido en los artículos 428 de la Constitución de la República, 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, e inciso segundo del artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Naturaleza jurídica de la consulta de Constitucionalidad

Conforme lo establece el artículo 428 de la Constitución de la República¹, cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la norma constitucional o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, para que esta se pronuncie respecto a la constitucionalidad o no de la norma jurídica, estableciendo para el efecto un plazo no mayor a cuarenta y cinco días.

En este sentido, se otorga a la Corte Constitucional, máximo órgano de control constitucional, la facultad de conocer sobre la constitucionalidad de las normas jurídicas que los jueces y juezas consideran inconstitucionales durante el transcurso de un proceso, considerando a la jurisdicción constitucional como el mejor sistema creado para asegurar la supremacía de la Ley Fundamental².

Por su parte, el artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece:

“Art. 142.- Procedimiento.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido. En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma ...”.

Al respecto, esta facultad concedida a los jueces y juezas es considerada como un retroceso por el retardo que implica en la administración de justicia la suspensión de la tramitación del proceso hasta que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad de la norma en contradicción. Sin embargo, al contrario de lo manifestado, uno de los avances de la Constitución de la República vigente es el cambio de control difuso³ a un control concentrado de la constitucionalidad, que tiene como finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales.⁴ Es decir, anteriormente, la Constitución Política (1998) facultaba a los jueces a que inapliquen directamente una norma que a su juicio era contraria al texto constitucional; hoy, las juezas y jueces deben remitir la consulta a la Corte Constitucional para que ésta determine si existe o no contradicción de una determinada norma y la Constitución. *“Se trata, a todas luces, de una de las innovaciones de primera magnitud introducidas por el constituyente, con el propósito de fortalecer la justicia constitucional por medio del control concentrado de la constitucionalidad, responsabilidad de la Corte Constitucional”*⁵.

Adicionalmente, en atención al principio de supremacía de la Constitución, consagrado en el artículo 424 de la Ley Fundamental, que establece que la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, no es posible concebir que un juez o jueza, a pretexto de no retardar la tramitación de la causa, se pronuncie sustentado en normas claramente opuestas al

¹ Ver Art. 428 de la Constitución de la República: “Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente”.

² Jorge Carpizo, p. 17.

³ Como lo señala el profesor Rubén Martínez Dalmau, el “control difuso aparece históricamente en el constitucionalismo norteamericano por vía jurisprudencial, justamente porque la Constitución norteamericana de 1787 no preveía la garantía de la Constitución. Garantía que fue asumida de hecho por el juez ordinario, con capacidad de dejar de aplicar una ley al caso concreto por considerarla inconstitucional, y que partía de la base no solo de la improvisación constitucional, sino del – en término de Pegoraro-background político-jurídico y de las características de la Constitución de 1787 que, en buena medida, han marcado su futuro”. Al respecto ver: “Supremacía de la Constitución” en *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad No. 2, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 284.

⁴ Ver artículo 141 de la Constitución de la República.

⁵ Rubén Martínez Dalmau, “Supremacía de la Constitución”, op. cit., p. 284.

texto constitucional; por ello, la necesidad de consulta sobre la constitucionalidad de la norma, previo a resolver, garantizando efectivamente los derechos constitucionales de la persona, a más de considerar que las normas y los actos de poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

Naturaleza jurídica de la acción extraordinaria de protección

Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación⁶.

En el caso concreto, la acción extraordinaria de protección procede exclusivamente contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión el debido proceso u otros derechos constitucionales reconocidos en la Constitución, una vez que se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado, conforme lo previsto en el artículo 94 de la Constitución de la República.

En otras palabras, la acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución⁷.

En este orden, todos los ciudadanos, en forma individual o colectiva, podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra las sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, en los cuales se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, mecanismo previsto para que la competencia asumida por los jueces esté subordinada a los mandatos del Ordenamiento Supremo. Lo contrario sería que no existiera una acción o recurso al cual recurrir para impugnar las acciones u omisiones de los operadores judiciales que violan derechos constitucionales, resultando que aquellos funcionarios supremos no se encuentran vinculados o bajo el control de la Constitución. Sin duda, entonces, la *“procedencia de las acciones constitucionales frente a las decisiones judiciales constituye un verdadero avance en esta materia. En efecto, el reconocimiento de la supremacía constitucional implica aceptar que todos los poderes del Estado, incluso el Poder Judicial, se encuentran vinculados a la Constitución y a los derechos humanos”*⁸.

Así, la acción extraordinaria de protección se torna en un tema complejo, puesto que son varias las opiniones vertidas tanto a favor como en contra del amparo contra sentencias judiciales, acción que es aceptada y ordenada en otros ordenamientos jurídicos, como es el caso de la justicia constitucional colombiana y, en general, se ha consolidado en el derecho comparado. En el Ecuador *“ha dado un gran salto, pasando de la prohibición expresa del amparo*

*contra providencias judiciales, a la consagración expresa de la figura de la acción (recurso) extraordinaria de protección”*⁹. Con ello se materializa la Constitución en la realidad al reflexionar las juezas y jueces sobre los derechos constitucionales en la argumentación de sus sentencias, lo cual coadyuva además a la unificación de la interpretación sobre derechos constitucionales.

Por lo expuesto, debe quedar claro que la acción extraordinaria de protección no constituye una cuarta instancia o un recurso adicional previsto en la vía constitucional, por el contrario, su finalidad es garantizar la plena vigencia de los derechos constitucionales, el principio de seguridad jurídica y el principio de supremacía de la Constitución, evitando cualquier abuso en la vía ordinaria.

Consideraciones finales de la Corte Constitucional

Con estos antecedentes, corresponde a la Corte Constitucional determinar si la norma contenida en el artículo 69 del Código Penal se encuentra en contradicción con la norma constitucional que regula la acción extraordinaria de protección, puesto que existe duda razonable de si debe ejecutar o no la pena mientras esté pendiente de resolución la mencionada acción en la Corte Constitucional.

Como bien se manifestó, la acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y el debido proceso en las sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, en las que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y no puede ser considerada bajo ninguna circunstancia una instancia adicional. Desde este enfoque, el artículo 69 ordena que ninguna pena podrá ejecutarse mientras esté pendiente un recurso o aclaratoria de la sentencia en la vía ordinaria, entendido tanto los recursos horizontales como los verticales, en cuya categorización no consta la acción extraordinaria de protección por su naturaleza jurídica distinta.

En el caso concreto existe una sentencia condenatoria a tres meses de prisión correccional, por el delito de injurias, impuesta en contra del señor Wilson Fernando Altamirano Jara, sentencia que se encuentra ejecutoriada y en cuya causa no se encuentra pendiente recurso alguno; de allí que no procede la suspensión de la ejecución ni se afectan los plazos y términos señalados para el efecto en la legislación penal ecuatoriana.

⁶ Ver artículo 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

⁷ Ver artículo 58 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

⁸ Claudia Escobar, “Del Tribunal a la Corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?”, en *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Serie Justicia y Derechos Humanos No. 3, 2008, p. 347.

⁹ *Ibidem*, p. 346.

Con la presentación de la acción extraordinaria de protección, el sentenciado pretende evitar la ejecución de la sentencia, haciendo uso de la norma prescrita en el artículo 69 del Código Penal que, como manifestamos, no es pertinente. Por lo expuesto, no es posible utilizar esta vía constitucional para suspender la ejecución de la sentencia en la vía ordinaria, equiparándola a un recurso ordinario aplicable solo en sede judicial o convirtiéndola en una cuarta instancia, de tal forma que la duda razonable sobre la constitucionalidad de la norma jurídica está plenamente justificada; sin embargo, como se explicó, no existe tal contradicción, puesto que no se contraponen con ninguna norma constitucional, considerando, por un lado, la naturaleza jurídica de la garantía jurisdiccional accionada y por otro el derecho a la defensa del sentenciado. Ahora bien, en el evento de que la Corte Constitucional declare que existe vulneración de un derecho constitucional al momento de resolver la acción extraordinaria de protección interpuesta, se ordenará la reparación integral al ofendido o cualquier otra medida necesaria, de tal forma que se protejan en última instancia sus derechos constitucionales, pero no se puede, bajo ninguna circunstancia, suspender la ejecución de una sentencia con base en acciones ajenas a la justicia ordinaria.

Por la novedad que comporta para el ordenamiento jurídico ecuatoriano la posibilidad de interponer una acción en contra de resoluciones judiciales por violación de derechos fundamentales en la vía constitucional, es lógico que surjan este tipo de dudas en la aplicación de las normas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico positivo, y con ello, la intervención de la Corte Constitucional se torna legítima, por así disponerlo la Constitución de la República.

En definitiva, del análisis de la norma impugnada se desprende que no existe contradicción con la norma constitucional contenida en el artículo 94 respecto a la acción extraordinaria de protección, ni con ninguna otra que haga referencia al derecho de defensa y a la posibilidad de recurrir, protegiendo el derecho de las partes a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses.

III. DECISIÓN

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

SENTENCIA

1. Declarar que el contenido del artículo 69 del Código Penal, objeto de la consulta de constitucionalidad, no contradice ni vulnera lo dispuesto en el artículo 94 de la Constitución de la República.
2. Devolver el expediente al Juez de origen para los fines legales pertinentes.
3. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

f.) Dr. Patricio Pazmiño Freire, Presidente.

f.) Dra. Marcia Ramos Benalcázar, Secretaria General (E).

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, con ocho votos a favor, de los doctores: Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes, Hernando Morales Vinuesa, Ruth Seni Pinoargote, Nina Pacari Vega, Manuel Viteri Olvera, Edgar Zárate Zárate y Patricio Pazmiño Freire, sin contar con la presencia del doctor Luis Jaramillo Gavilanes, en sesión del día miércoles veinticuatro de febrero del dos mil diez. Lo certifico.

f.) Dra. Marcia Ramos Benalcázar, Secretaria General (E),

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.-
Revisado por f.) Ilegible.- Quito, 16 de marzo del 2010.- f.) El Secretario General.

Quito, D. M., 24 de febrero del 2010

Sentencia N.º 002-10-SCN-CC

CASOS N.º 0001-09-CN, 0002-09-CN, 0003-09-CN, 0006-09-CN, 0007-09-CN, 0008-09-CN y 0014-09-CN acumulados

Juez Constitucional Sustanciador: Dr. MSc. Alfonso Luz Yunes

**LA CORTE CONSTITUCIONAL
Para el período de transición:**

I. PARTE EXPOSITIVA DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO Y DE DERECHO

Resumen de admisibilidad

Los casos N.º 0001-09-CN, 0002-09-CN, 0003-09-CN, 0006-09-CN, 0007-09-CN, 0008-09-CN y 0014-09-CN ingresan a la Corte Constitucional los días 16 de febrero, 9 de marzo, 18 de marzo, 15 de abril, 22 de abril, 20 de mayo y 5 de junio del 2009.

La Sala de Admisión de la Corte Constitucional, para el período de transición, el 21 de mayo del 2009 aceptó a trámite y dispuso la acumulación de las causas 0001-09-CN, 0002-09-CN y 0003-09-CN, por existir identidad de objeto y acción, en atención a las certificaciones conferidas por el Secretario General.

La Primera Sala de la Corte Constitucional, el día 8 de junio del 2009, en virtud del sorteo correspondiente y de conformidad con lo previsto en el artículo 27 del Régimen de Transición, publicado con la Constitución de la República del Ecuador en el Registro Oficial N.º 449 del 20 de octubre del 2008 y la Resolución publicada en el

suplemento del Registro Oficial N.º 451 del 22 de octubre del 2008, avocó conocimiento de la causa, correspondiéndole la sustanciación de la misma al doctor Alfonso Luz Yunes.

La Sala de Admisión de la Corte Constitucional, el día 18 de septiembre del 2009 aceptó a trámite las acciones N.º 006-09-CN, 0007-09-CN y 0008-09-CN, y dispuso su acumulación a la causa N.º 0001-09-CN.

El día 13 de octubre del 2009, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, admitió a trámite la causa 0014-09-CN y dispuso su acumulación a la causa N.º 0001-09-CN.

La Primera Sala de la Corte Constitucional, el día 11 de noviembre del 2009 avocó conocimiento de las causas N.º 0006, 0007, 0008 y 0014-09-CN, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 del Régimen de Transición, publicado con la Constitución de la República del Ecuador en el Registro Oficial N.º 449 del 20 de octubre del 2008 y la Resolución publicada en el Suplemento del Registro Oficial N.º 451 del 22 de octubre del 2008, y dispuso su acumulación a las causas N.º 0001, 0002 y 0003-09-CN y que se continúe la tramitación de las mismas por parte del juez sustanciador, doctor Alfonso Luz Yunes.

Detalles de consultas sobre constitucionalidad

CASO N.º 0001-09-CN

Se solicita la declaratoria de inconstitucionalidad del inciso quinto de la norma jurídica contenida en el artículo 123 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, que contempla la consulta obligatoria respecto de las sentencias condenatorias y absolutorias dictadas por el Juez en las causas relacionadas con la Ley de la Materia, la que viola el contenido del numeral 6 del artículo 176 de la Constitución.

Los doctores: Juan Genaro Mora Moscoso, Presidente del Tribunal Segundo de lo Penal de Pichincha, Esneider Ramiro Gómez, Vocal Juez Suplente y Renato Vásquez Leiva, Vocal Suplente, señalan que existen básicamente dos modelos de proceso penal: el penal garantista o de estricta jurisdiccionalidad, como el que consagra la actual Constitución, y el sustancialista o de mera jurisdiccionalidad, que puede llamarse decisionista. De estos dos tipos de proceso, uno corresponde al modelo de derecho penal mínimo y el otro al de derecho penal máximo.

El modelo garantista cognoscitivo es el que se orienta a la averiguación de una verdad procesal empíricamente controlable y controlada, aunque necesariamente reducida y relativa. En este modelo las garantías procesales que circundan la averiguación de la verdad procesal aseguran la obtención de una verdad mínima pero garantizada, por el carácter empírico y determinado de las hipótesis acusatorias, por cánones de conocimiento como la presunción de inocencia, la carga de la prueba para la acusación, el principio *in dubio pro reo*, la publicidad del procedimiento probatorio, el principio de contradicción y el derecho de defensa mediante la refutación de la acusación. Este modelo confiere, a su vez, un fundamento y una justificación específica a la legitimidad del poder judicial y a la validez de sus pronunciamientos. Según nuestro actual

modelo de garantías, los actos jurisdiccionales inculpativos, mandamientos, pericias, informes, requerimientos, alegatos defensivos, autos y sentencias, constan de proposiciones asertivas, susceptibles de verificación y refutación, y ello requiere procedimientos de control mediante prueba y refutación, que solo un proceso de partes, fundado sobre el conflicto institucional entre acusación y defensa, puede garantizar. Y precisamente son todas estas garantías procesales las que violentan la consulta obligatoria, ya que el órgano judicial que la conoce y resuelve lo hace en observancia o sin aplicación de estos principios fundamentales que son los que sustentan un modelo procesal penal de garantías, cognoscitivo, que integran a su vez, la jurisdiccionalidad en sentido estricto. Algunas de estas garantías, como la orgánica de la separación entre juez y acusación y las procesales de publicidad, oralidad y contradicción en la formación de la prueba, son propias de manera específica del método acusatorio.

El proceso decisionista y típicamente inquisitivo pretende la averiguación de la verdad sustancial, perseguida sin ningún límite normativo en cuanto a los medios de adquisición de las pruebas, y al mismo tiempo no vinculada sino discrecional. En este modelo la verdad se obtiene mediante un relajamiento de las garantías procesales, y de forma más o menos apriorísticamente intuida por el juez, por lo que es justo que el juez sea un órgano activo en la investigación de la verdad sustancial, informada por criterios discrecionales. La actividad instructora puede ser secreta; el papel de la defensa resulta irrelevante o se considera un obstáculo para la buena marcha del juicio.

En cumplimiento a lo previsto en el artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador y por considerar el Tribunal Segundo de lo Penal de Pichincha que la consulta es contraria a la Constitución y Tratados Internacionales de Derechos Humanos, remiten el expediente N.º 94-08 a fin de que se resuelva sobre la referida inconstitucionalidad.

CASO N.º 0002-09-CN

La doctora Jenny Morales Calva, Secretaria Relatora del Tribunal Penal Primero de Pichincha, remite a la Corte Constitucional el juicio penal N.º 135-08 por el delito de narcotráfico, por cuanto en sentencia del 9 de febrero del 2009, el Tribunal Penal Primero de Pichincha consideró que la institución de la consulta es contraria a la Constitución de la República, así como a los tratados internacionales de los derechos humanos, suspendiendo en la causa la tramitación de la consulta establecida en el inciso quinto del artículo 122 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, disponiendo que se remita el proceso a la Corte Constitucional, a fin de que se resuelva sobre dicha inconstitucionalidad.

CASO N.º 0003-09-CN

Los señores doctores: Juan Genaro Mora Moscoso, Esneider Ramiro Gómez y Renato Vásquez Leiva, Presidente y Vocales Jueces Suplentes del Tribunal Segundo de lo Penal de Pichincha, presentan ante la Corte Constitucional otro informe de inconstitucionalidad en los mismos términos del caso N.º 0001-09-CN, al que se adjunta el proceso N.º 171-6F-08.

CASOS N.º 0006-09-CN Y 0007-09-CN

Los señores doctores: Juan Genaro Mora Moscoso, Esneider Ramiro Gómez y Ricardo Renato Vásquez Leiva, Presidente y Vocales Jueces Suplentes del Tribunal Segundo de lo Penal de Pichincha, presentan ante la Corte Constitucional, para el período de transición, otro informe de inconstitucionalidad en los mismos términos del caso N.º 0001-09-CN, al que se adjunta el expediente N.º 94-08.

CASO N.º 0008-09-CN

La señora doctora Jenny Morales Calva, Secretaria Relatora del Tribunal Penal Primero de Pichincha, remite a la Corte Constitucional, para el período de transición, el juicio penal N.º 95-07, seguido a Nuno Sergio Da Silva Mendes Cardoso, por cuanto en sentencia, los señores doctores Milton García Ramos, Mario Bedoya Ulluari y María Rodríguez, Presidente Subrogante, Juez Tercero (s) y Jueza Ad-hoc, solicitaron que se resuelva sobre la inconstitucionalidad del inciso quinto de la norma jurídica contenida en el artículo 122 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

CASO N.º 0014-09-CN

Los señores doctores: Juan Genaro Mora Moscoso, Esneider Ramiro Gómez y Ricardo Renato Vásquez Leiva, Presidente y Vocales Jueces Suplentes del Tribunal Segundo de lo Penal de Pichincha, en cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia dictada en la causa 129-BSM-08, solicitan a la Corte Constitucional, para el período de transición, que resuelva sobre la inconstitucionalidad de los artículos 83 y 123, quinto inciso de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

2. Argumentos contrarios a los puestos en la consulta

El Dr. Domingo Paredes Castillo, Secretario Ejecutivo del Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, manifiesta que los doctores Juan Genaro Mora, Esneider Gómez Romero y Renato Vásquez, miembros del Tribunal Segundo de lo Penal de Pichincha, en sentencia dictada el 2 de febrero del 2009 dentro del juicio penal N.º 129-2008 BSM, seguido contra María Fabiola Tituaña Simbaña por el delito de corretaje, manifiestan que: *“Por cuanto el artículo trescientos veintitrés de la Constitución establece expresamente “Se prohíbe toda forma de confiscación” y esta disposición engloba a todas las formas que incluyen las penas; el Tribunal establece que hay inconstitucionalidad en el artículo ochenta y tres (83) de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas ...cuyo proceso de extinción del dominio exige un juicio justo bajo los presupuestos del debido proceso y derecho de defensa, por lo que no se puede declarar el comiso como pena accesoria de la principal, como bien lo prescribe la Constitución de la República; por lo expuesto el Tribunal se abstiene de declarar el comiso especial de los bienes de la acusada..Pese a que ya se declaró la inconstitucionalidad de la institución procesal de drogas de la consulta en los casos 160-08 NOWAK PAWL KRZYSTOF, 94-08 TINOCO VIVANCO VICTOR DAVID Y OTROS y, no obstante que el Tribunal en las sentencias que ha dictado en casos análogos por delitos relacionados con la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, ha declarado la*

inaplicabilidad del inciso quinto del Art. 123 de dicha Ley, porque el actual Código de Procedimiento Penal no contempla la consulta que era, en el Código derogado, una institución de naturaleza procesal; y, porque la disposición final del mismo Código, derogó todas las disposiciones generales y especiales que se le opongan, así como porque en la legislación no existen actualmente leyes especiales sino ordinarias y orgánicas...luego porque la consulta vulnera los principios constitucionales de independencia judicial, de intermediación, de celeridad, eficiencia, eficacia, economía, defensa e identidad física del juzgador; principios sin cuya aplicación ningún juez puede resolver, reformar y menos aún empeorar la situación jurídica del condenado, principio procesal conocido como nom reformateo in pejus y, finalmente porque así lo han declarado varias Salas de las Cortes Superiores de Justicia del país y la propia Segunda Sala Especializada de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia de casación de Alfredo Campo de la Torre, de 20 de noviembre del 2002, as las 15h00 y otras); ...”. Los Vocales referidos suspenden tanto la pena del comiso especial como la consulta, por estimar que son contrarios a la Constitución y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, disponiendo que se remita el proceso a la Corte Constitucional a fin de que resuelva sobre la inconstitucionalidad planteada. Cita las resoluciones del Tribunal Constitucional N.º 030-01-DI, en la que se desechó el informe de inaplicabilidad del inciso quinto del artículo 122 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, presentado por el Presidente del Tribunal Penal del Carchi; 003-04-DI, acumulado al 004-04-DI, publicada en el Registro Oficial N.º 513 del 27 de enero del 2005, en la que se desechó el informe de inaplicabilidad y el pedido de inconstitucionalidad planteados por los doctores Fernando Casares Carrera y José García Falconí, Ministro Presidente y Ministros Jueces de la Segunda Sala de lo Penal, Colusorios y de Tránsito de la ex Corte Superior de Justicia de Quito. Los Ministros de las tres Salas de lo Penal de la ex Corte Suprema de Justicia y los de la Segunda Sala de lo Penal de la actual Corte Nacional de Justicia, al resolver los recursos de casación interpuestos a las sentencias dictadas por delitos tipificados en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, han observado que en algunos juicios no se ha realizado la consulta obligatoria de toda sentencia, sea condenatoria o absolutoria, que contempla el inciso quinto del artículo 123 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, por lo que en estos casos devolvieron el expediente a las Cortes Superiores para que la consulta sea absoluta o han desechado los recursos de casación por haber sido interpuestos antes de resolverse la consulta. Los Ministros de las tres Salas Especializadas de lo Penal, Colusorio y Tránsito de la Corte Provincial de Pichincha, por lo previsto en los artículos 122 y 123 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, esto es, el auto en el que se revoca la prisión preventiva, de suspensión o cesación de medidas de aprehensión, retención e incautación, el sobreseimiento provisional o definitivo, dictado por el Juez, y las sentencias condenatorias y absolutorias serán obligatoriamente elevadas en consulta a la respectiva Corte Superior; envían el proceso al Fiscal Provincial de Pichincha para que emita el dictamen, previo a resolver la consulta. Tanto para los Magistrados de las Cortes Penales como para los Miembros del Tribunal Constitucional, la consulta de la sentencia, sea condenatoria o absolutoria, conforme lo prevé el inciso quinto del artículo 123 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas sigue

siendo obligatoria, de lo cual ha sentado jurisprudencia. De lo expuesto se desprende que los Vocales del Tribunal Penal no quieren elevar a consulta ante el superior las sentencias condenatorias o absolutorias y autos que cancelan las medidas cautelares.

El General de Distrito, doctor Freddy Martínez Pico, Director Nacional de Antinarcóticos, señaló que la Dirección Nacional de Antinarcóticos se allanó a la queja del doctor Domingo Paredes por considerar que no se puede entregar para el uso y beneficio de bienes que son producto del delito de drogas o los bienes que sirvieron para ejecutarlo. La Constitución de la República, al prohibir la confiscación, no abarca a los bienes adquiridos o que han sido utilizados para cometer un delito de narcotráfico, siendo necesario manifestar que el Comiso Especial, conforme se estatuye en el artículo 83 de la Ley de Sustancias Estupeficientes y Psicotrópicas, es como pena accesoria al delito principal, siendo que, conforme establece la citada norma legal, es una disposición taxativa y no facultativa para el Juez. Sobre la presunta inconstitucionalidad del Comiso Especial como pena accesoria a la pena principal impuesta en una sentencia por delitos de narcotráfico, anteriormente el Tribunal Constitucional ya se pronunció al respecto, desechando estas pretensiones. Por lo señalado, pidió que se desechen las peticiones de inconstitucionalidad del Comiso de Bienes producto del delito o con los que se cometió el mismo, como sanción complementaria a los responsables de los delitos tipificados en la Ley de Sustancias Estupeficientes y Psicotrópicas.

II. PARTE MOTIVA

Competencia de la Corte Constitucional

Competencia general de la Corte Constitucional para el período de transición

El Pleno de la Corte Constitucional para el período de transición es competente para resolver la presente consulta de constitucionalidad y lo hace de acuerdo con las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el período de transición, aplicando la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Competencia particular de la Corte Constitucional para resolver consultas sobre inconstitucionalidad

La Corte Constitucional es competente para conocer y resolver la presente causa, de conformidad con lo establecido en el artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador y 39 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición.

Argumentación de la Corte sobre cada problema jurídico

Los recurrentes, señores: Dr. Juan Genaro Mora Moscoso; Presidente del Tribunal Segundo de lo Penal de Pichincha, y Doctores: Esneider Ramiro Gómez y Renato Vásquez Leiva, vocales jueces suplentes, pretenden la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 83 y 123 inciso quinto de la Ley de Sustancias Estupeficientes y Psicotrópicas, que

contemplan “el comiso especial” y la consulta obligatoria respecto de las sentencias condenatorias y absolutorias dictadas por el juez en las causas relacionadas con la Ley de la materia.

En efecto, conforme el artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador “*Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma*”.

En el expediente, de fojas 408 a 425, consta la sentencia del Segundo Tribunal Penal de Pichincha del 23 de enero del 2008, causa N.º 94-2008, mediante la cual, dicho Tribunal, luego de imponer penas de reclusión a varios ciudadanos por considerarlos autores del delito de tenencia y posesión ilícita de sustancias estupeficientes o psicotrópicas sujetas a control y fiscalización, dispone que al tenor de lo previsto en el artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador, por estimar que la consulta obligatoria respecto de las sentencias condenatorias o absolutorias dictadas por el juez en las causas relacionadas con la Ley de la materia y que se encuentra contemplada en el inciso quinto del artículo 123 de la Ley de Sustancias, Estupeficientes y Psicotrópicas, es contraria a la Constitución y Tratados Internacionales de Derechos Humanos, se suspende su tramitación disponiéndose que se remita a la Corte Constitucional, a fin de que se pronuncie respecto de la inconstitucionalidad, así como de todas las demás normas relacionadas con la consulta, como la contenida en el artículo 122 ibídem.

Por similares circunstancias, tanto el Tribunal Penal Primero de Pichincha como el mismo Tribunal Segundo de lo Penal de Pichincha, respecto de varios ciudadanos, han suspendido la tramitación de la “consulta”, por estimar, igualmente, que dicha institución es contraria a la Constitución y tratados internacionales de los derechos humanos, motivo por el cual, la Corte Constitucional, mediante auto del 21 de mayo del 2009, procedió a su acumulación, esto es, de las causas N.º 0001-09-CN, 0002-09-CN y 0003-09-CN, por existir identidad de objeto y acción.

Asimismo, mediante autos del 18 de septiembre del 2009 y del 13 de octubre del 2009, debidamente notificadas los días 21, 22 de septiembre y 26 de octubre del año en curso, admitió a trámite y dispuso la acumulación de las causas N.º 0006-09-CN, 0007-09-CN, 0008-09-CN y 0014-09-CN, a las causas N.º 0001-09-CN, 0002-09-CN y 0003-09-CN, inicialmente acumuladas.

Del mismo modo, en la causa penal N.º 129-08 que se tramitó y sentenció en el Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, se declaró la existencia de inconstitucionalidad del artículo 83 de la Ley de Sustancias Estupeficientes y Psicotrópicas, que señala: “*Además de las penas establecidas en este capítulo, el juez dispondrá el comiso especial...*”, por contrariar el mandato del artículo 323 de la Constitución de la República que establece expresamente “*Se prohíbe toda forma de confiscación*”, disposición que

englobaría en todas a todas las formas de privar de los bienes, para ser asumidas por el fisco, que incluyen las penas. Por lo tanto, el artículo 83 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, constituye también materia de análisis a través de esta acción.

Respecto a la consulta, señalan que tanto el Tribunal Penal que eleva en consulta una sentencia dictada en una causa de drogas, cuanto la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial que resuelve la misma, por quebrantamiento expreso de la ley al conceder y resolver sobre un recurso – etapa– instancia no procesal, les convertiría en responsables del perjuicio que se pudiere ocasionar a las partes y, a su vez, en caso de ser demandado el Estado ecuatoriano por violación de los principios y reglas del debido proceso, daría lugar al derecho de repetición sobre los jueces responsables del daño producido, conforme lo estatuye el inciso segundo del numeral 9 del artículo 11 de la Constitución; se violentan los principios de inmediación y celeridad, y al resolverse “en mérito de los autos” implica la no inmediación, no contradicción, no oralidad, se les priva del derecho a la defensa a las partes, garantía básica del debido proceso. El actual Código de Procedimiento Penal no contempla la consulta, misma que en el Código derogado constituía una institución de naturaleza procesal; y porque la disposición final del mismo Código, derogó todas las disposiciones generales y especiales que se le oponían, así como porque en la legislación no existen actualmente leyes especiales, sino ordinarias y orgánicas, sin que las primeras puedan estar en oposición a la segundas, como lo puntualiza el artículo 424 en relación con el artículo 425 de la Constitución de la República, luego porque la consulta vulnera los principios constitucionales de independencia judicial, oralidad, contradicción, de inmediación, de celeridad, eficiencia, eficacia, economía, defensa e identidad física del juzgador; principios sin cuya aplicación juez alguno puede resolver; además, porque así lo han declarado varias salas de las ex Cortes Superiores de Justicia del país y la propia Segunda Sala Especializada de lo Penal de la ex Corte Suprema de Justicia, y finalmente, porque la falta de unificación de criterio de los jueces de impugnación ha provocado sanciones a los jueces de decisión por este motivo.

Los Tribunales Primero y Segundo de lo Penal de Pichincha, básicamente en sus informes se fundamentan en el numeral 6 del artículo 167; numeral 6 del artículo 176; 172; inciso segundo del numeral 9 del artículo 11, y numeral 7 del artículo 76 y 323 de la Constitución de la República del Ecuador.

Respecto a tales planteamientos corresponde el siguiente análisis: Conforme se desprende de los autos, el Tribunal Constitucional, mediante resolución 030-2001-DI del 26 de junio del 2002 (fojas 14 a 16, causa N.º 0001-09-CN), desechó el informe de inaplicabilidad del inciso quinto del artículo 122 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas presentado por el Presidente del Tribunal Penal del Carchi, por carecer de fundamento, y consecuentemente, desechó la inconstitucionalidad planteada. Posteriormente, mediante Resolución N.º 003-04-DI, del 11 de enero del 2005 (fojas 17 y 18 íbidem), nuevamente desechó el informe de inaplicabilidad y el pedido de inconstitucionalidad planteados por los doctores Fernando Casares Carrera y José García Falconí, Ministros de la Segunda Sala de lo Penal, Colusorios y de Tránsito de la Corte Superior de Justicia de Quito, respecto de las

causas penales N.º 130 y 312-2004, en las que se declaró, por parte de dicha Sala, la inaplicabilidad del inciso quinto del artículo 122 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

Por lo tanto, en ocasión de los fallos del ex Tribunal Constitucional y su fuerza vinculante, otro juez o tribunal no podía declarar la inaplicabilidad del mismo precepto, pues aquello habría significado contradecir las resoluciones desestimatorias del Tribunal Constitucional; por lo mismo, no se puede aceptar válido el argumento en el sentido de que con posterioridad al primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional, no se diga del segundo, los jueces y tribunales habrían insistido en declarar inaplicable dicha norma legal; y peor aún, aceptar que por este motivo se haya generado entre los jueces una suerte de “falta de unificación de criterio”, pues ello estaría evidenciando el desacato a las resoluciones del Tribunal Constitucional, en desmedro de la seguridad jurídica.

Ahora bien, la Constitución de la República del Ecuador en vigencia, si bien es verdad, no contempla la inaplicabilidad como una forma del control difuso asignada por delegación constitucional a los jueces, que sí contemplaba la Constitución de 1998, el artículo 428 de la referida Constitución contempla la “consulta”, que es el medio jurídico por el cual han llegado a conocimiento de esta Corte Constitucional las causas acumuladas, lo que hace posible, en principio, una revisión sobre el tema, no obstante que ya fue conocido por el ex Tribunal Constitucional.

En efecto, en virtud del principio *stare decisis*, las magistraturas, en principio, deben someterse a sus decisiones, pues caso contrario se pondría en riesgo principios como la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva; sin embargo, este sometimiento no necesariamente debe perpetuarse, más aún, si como en el caso ecuatoriano, ha sido aprobada una nueva Constitución, misma que como pregona su artículo 1: “*El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia...*”, lo cual supone que el Ecuador es un Estado donde los derechos constitucionales tienen especial prioridad y connotación; en otras palabras, la actual Corte Constitucional no puede limitar su actuación por la existencia de una resolución previa, tanto más si consideramos que los fallos anteriores se pronunciaron con fundamento en la Constitución Política de 1998, la misma que tuvo un desarrollo importante en cuanto al reconocimiento de los derechos; sin embargo, la actual Constitución permite no solo el reconocimiento de los derechos sino el desarrollo de los mismos; es decir, se puede tornar inconstitucional de forma superviniente, un precepto que antes de la modificación, era conforme a la anterior Constitución.

Sin embargo, las consultas efectuadas por parte de los Tribunales Primero y Segundo de lo Penal de Pichincha tienen que ver con delitos de narcotráfico, que por sus connotaciones negativas han sido catalogados como delitos de *lesa humanidad*, lo cual ha promovido a nivel internacional la adopción de medidas jurídicas, entre otras, con el fin de evitar en alguna medida su propagación. Esto precisamente, exige de la Corte Constitucional, en salvaguarda del interés general y el buen vivir que establece en el numeral 7 del artículo 83 de la Constitución de la República del Ecuador, garantizar la plena vigencia de mecanismos jurídicos de control de las actuaciones de los

jueces y tribunales penales, como los previstos tanto en el artículo 83 como en el inciso quinto del artículo 123 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, que han sido cuestionados en su constitucionalidad.

El CONSEP, a través de su Secretario Ejecutivo, a propósito del narcotráfico, ha expresado que: “...la organización delictiva del narcotráfico entre otros efectos negativos, genera grandes rendimientos financieros y fortunas ilegítimas, cuyos tentáculos son casi incontrolables y no respetan gobiernos, constituciones, convenciones, tratados, leyes, ideologías ni principios sociales, permitiéndose contaminar y corromper las estructuras del Estado...”.

En este sentido, tenemos que la consulta obligatoria ante las Cortes Provinciales de Justicia, respecto de las sentencias condenatorias y absolutorias que prevé el inciso quinto del artículo 123 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, necesariamente debe resolverse en “mérito de lo autos”, tal cual ocurre con otras instancias y recursos que franquea el ordenamiento jurídico, como único mecanismo jurídico idóneo que garantice la transparencia y correcto manejo de los expedientes en materia de drogas; por lo tanto, mal puede existir violación a las normas del debido proceso o atentado a los principios que rigen el procedimiento penal, como infundadamente han propuesto los Tribunales Penales de Pichincha.

Por lo anotado, corresponde a la Función Legislativa elaborar las reformas pertinentes a fin de incorporar la institución de la “consulta” en materia de drogas al Código de Procedimiento Penal, de modo tal que guarde coherencia con el orden jerárquico de aplicación de las normas, previsto en el artículo 425 de la Constitución en vigencia, que también ha sido observado por los Tribunales Penales de Pichincha.

Asimismo, respecto al “comiso especial”, es necesario precisar que la Constitución de la República, al prohibir la confiscación, no abarca a los bienes adquiridos o que han sido utilizados para cometer un delito de narcotráfico, siendo necesario manifestar que el comiso especial, conforme se estatuye en el artículo 83 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, es el equivalente a una pena accesoria o complementaria al delito principal por narcotráfico, ante cuyo caso, mal puede adolecer de inconstitucionalidad.

Conclusión de la Corte

En definitiva, es obligación del Estado garantizar formas y métodos jurídicos que permitan aminorar los impactos negativos que, en todos los órdenes, promueve e impulsa el narcotráfico, de los cuales no está excluida la administración de justicia, y en ese marco, “el comiso especial” y “la consulta” de las decisiones judiciales en esta materia que prevé el artículo 83, y el inciso quinto del artículo 123 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, respectivamente, buscan de alguna manera aminorar este flagelo; por consiguiente, mal puede existir inconstitucionalidad que declarar.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República, el Pleno de la

Corte Constitucional, para el período de transición, en uso de sus atribuciones, expide la siguiente:

SENTENCIA

1. Declarar que los artículos 83, inciso quinto del 122, e inciso quinto del 123 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, no contradicen ni vulneran lo dispuesto en el artículo 176 numeral 6, de la Constitución de la República.
2. Devolver los expedientes a los Jueces respectivos para los fines legales pertinentes.
3. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

f.) Dr. Patricio Pazmiño Freire, Presidente.

f.) Dra. Marcia Ramos Benalcázar, Secretaria General (E).

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, con siete votos a favor, de los doctores: Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes, Hernando Morales Vinueza, Ruth Seni Pinoargote, Manuel Viteri Olvera, Edgar Zárate Zárate y Patricio Pazmiño Freire, sin contar con la presencia de los doctores: Nina Pacari Vega y Luis Jaramillo Gavilanes, en sesión del día miércoles veinticuatro de febrero del dos mil diez. Lo certifico.

f.) Dra. Marcia Ramos Benalcázar, Secretaria General (E).

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.- Revisado por f.) Ilegible.- Quito, 16 de marzo del 2010.- f.) El Secretario General.

Quito, D. M., 25 de febrero del 2010

Sentencia N.º 003-10-SCN-CC

CASO N.º 0005-09-CN

Jueza Constitucional Sustanciadora: Dra. Nina Pacari Vega

LA CORTE CONSTITUCIONAL
Para el período de transición

I. ANTECEDENTES:**Resumen de admisibilidad**

La Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, mediante providencia del 26 de marzo del 2009, suspende la tramitación de la demanda de recusación en contra del Juez Tercero de lo Penal de Chimborazo, dentro del Juicio Penal N.º 64-2008, disponiendo remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional para el periodo de transición.

En tal virtud, se procede con lo establecido en los artículos 428 y 436.2 de la Constitución vigente y artículos 39 y 40 de las Reglas del Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición.

La Secretaría General de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, certificó que la consulta de constitucionalidad N.º 0005-09-CN no ha sido presentada anteriormente con identidad de sujeto, objeto y acción; en consecuencia, la solicitud no contraviene la norma citada. Igualmente, la Sala de Admisión conformada por el doctor Patricio Pazmiño, Presidente; Dr. Patricio Herrera Betancourt y Dr. Hernando Morales Vinuesa, el 18 de septiembre del 2009, de conformidad con la Resolución del 20 de octubre publicada en el Suplemento del Registro Oficial N.º 451 del 22 de octubre del 2008 y en base a las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de Competencias de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, consideró en lo principal: que la consulta remitida por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo reúne los requisitos y es pertinente, en cuanto a la procedencia de la acción, por tanto se la admite a trámite, ordenando que se proceda al sorteo correspondiente.

El 22 de septiembre del 2009 se realizó el sorteo de rigor, tal como lo establecen los artículos 8 y 9 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, radicándose la competencia en la Segunda Sala de Sustanciación de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, designando, luego del sorteo correspondiente, como Jueza Constitucional Sustanciadora a la doctora Nina Pacari Vega.

Normas cuya constitucionalidad se consulta

Código de Procedimiento Civil (R.O 58-S, 12-VII-2005).
Libro Segundo: Del Enjuiciamiento Civil
Título II De la sustanciación de los juicios
Sección 25a.
Del juicio sobre recusación

Art. 889.- “Cualquier providencia o resolución dictada en los casos de esta Sección, no será susceptible de recurso alguno”.

Identificación de la norma constitucional que estaría en contradicción con la disposición legal

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho

al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”.

Solicitud de consulta de constitucionalidad

La presente consulta tiene como antecedente el juicio de recusación N.º 192-09, seguido por Rogelio Miguel Ortiz Romero en contra del Dr. Fabián García Jaramillo, Juez Tercero de lo Penal de Chimborazo, que por sorteo le correspondió conocer a la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo; ante lo cual, esta Sala, en la providencia del 26 de marzo del 2009 a las 14h52, al tener una “*duda razonable y motivada de que la norma jurídica contenida en el art. 889 del Código Adjetivo Civil, es contraria a la Constitución de la República, motivo por el que, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 4 inciso segundo del Código Orgánico de la Función Judicial, se suspende la tramitación de la causa, disponiendo remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional, para que resuelva sobre la constitucionalidad de la norma*”, ordenando a la secretaria relatora de la Sala para que cumpla con lo ordenado en este auto. Mediante oficio N.º 71-2009-SPCPJCH del 31 de marzo del 2009, la Dra. Alicia Medina, Secretaria Relatora de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, da cumplimiento a lo ordenado por los señores jueces de esta Sala en el auto del 26 de marzo del 2009, remitiendo el proceso en copias certificadas con la consulta respectiva.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS**Competencia de la Corte**

El Pleno de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, es competente para conocer y resolver el presente caso, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 del Régimen de Transición, publicado en la Constitución de la República del Ecuador, en el Registro Oficial N.º 449 del 20 de octubre del 2008 y la Resolución del Pleno de la Corte Constitucional publicada en el suplemento del Registro Oficial N.º 451 del 22 de octubre del 2008.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 428, 429 y 436.2 de la Constitución vigente, así como de los artículos 39 y 40 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, y de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el suplemento del Registro Oficial N.º 544 del 09 de marzo del 2009, la Corte Constitucional es competente para conocer la consulta constitucional proveniente de una jueza o juez.

Para resolver la causa, esta Corte procede a efectuar el análisis correspondiente.

Legitimación activa

Los peticionarios son los jueces de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, quienes se

encuentran legitimados para interponer la presente consulta, en virtud de cumplir con los requerimientos establecidos en los artículos 428 de la Constitución de la República, así como 39 y 40 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, y conforme también a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en suplemento del Registro Oficial N.º 544 del 09 de marzo del 2009.

Naturaleza jurídica, alcances y efectos de la consulta de Constitucionalidad

El artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador¹ establece la figura de la consulta de constitucionalidad, en virtud de la cual, si una jueza o juez de oficio o a petición de parte considerase que existe una contradicción entre una norma proveniente del ordenamiento jurídico y una norma constitucional o de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa, y remitirá el expediente a la Corte Constitucional para que se pronuncie respecto a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma.

Con aquello se pretende que sean las juezas y jueces *a quo* quienes ejerciten este imperativo constitucional de la consulta, de modo que, en caso de evidenciar que existe una norma supuestamente contradictoria a los enunciados de la Carta Fundamental deberán remitir en consulta a la Corte Constitucional la que, siendo el máximo órgano de control de constitucionalidad, tiene la tarea de despejar esta interrogante, en donde además mediante un ejercicio valorativo, deberá determinar si existe o no contradicción entre la norma consultada y el texto constitucional.

Esta consulta ha sido objeto de serios cuestionamientos, ya que mientras se produce el proceso de consulta el juez o jueza a quo suspende la tramitación de la causa, lo cual podría entenderse como un atentado al principio de celeridad en la administración de justicia, toda vez que la jueza o juez a quo no podrán decidir en el proceso mientras no se dilucide la consulta de constitucionalidad; empero, esta Corte considera que en apego al principio de supremacía constitucional y a la fuerza normativa de la Constitución², ninguna disposición contenida dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano puede guardar contradicción con las normas constitucionales, por lo que se encuentra justificada la suspensión del proceso por parte del juez o jueza, ya que estos operadores judiciales no pueden pronunciarse fundamentando sus resoluciones en normas contradictorias al texto constitucional.

“A diferencia de lo que ocurría con su par de 1998, la actual Constitución ecuatoriana del 2008, aunque mantiene la sujeción de todas las personas, autoridades e instituciones a la Constitución, conminando a su aplicación directa, expresamente no dice nada respecto a la inaplicabilidad de oficio de la cual contaban las autoridades según la Constitución codificada de 1998. Sino que más bien determina que los jueces o juezas suspendan la tramitación de la causa y consulten a la Corte Constitucional para que sea este órgano quien resuelva acerca de la

constitucionalidad de la norma, lo cual ha sido objeto de críticas por parte de los detractores de la actual Constitución, quienes consideran aquello como un freno a la actividad judicial en materia de control, asociando que esta consulta generará retraso en la administración de justicia al suspenderse los procesos

¹ Art. 428. CRE- “Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente”.

² Respecto a la Fuerza normativa de la Constitución el ex Tribunal Constitucional ecuatoriano se pronunció de la siguiente manera: “[...]el principio de la fuerza normativa de la Constitución, claramente consignado en nuestra Carta Política, según el cual se reconoce su supremacía, cuyas normas prevalecen sobre cualquier otras las que deben mantener conformidad con sus disposiciones, caso contrario carecen de valor (artículo 272). Si una ley admite dos interpretaciones o más debe escogerse aquella que sea conforme con la Constitución y/o con los instrumentos internacionales referentes a los derechos fundamentales del hombre. Jorge Carpizo, Linares Quintana y otros concuerdan en que los principios de interpretación constitucional son en especial: 1.- La unidad de la Constitución; 2.- El principio 'favor libertatis'; 3.- La mayor jerarquía de la norma constitucional; 4.- El principio de la divisibilidad de las normas impugnadas; y, 5.- Tener como principal referente las situaciones sociales, económicas y políticas existentes. De la amplia gama de principios o reglas mencionadas, por los distintos tratadistas, existe concordancia o coincidencia, con ligeras variantes en lo siguiente: a) Al dictar una resolución el Juez Constitucional debe interpretar las normas constitucionales, no sólo como un medio para promover el actuar de la Carta Política, tomada en su integridad, sino como una unidad y en su conjunto, en relación directa con los instrumentos internacionales vigentes y en particular con la Carta Internacional de los Derechos Humanos de la ONU; b) Debe existir concordancia entre las normas antes mencionadas y si existe discrepancia darle preferencia a la parte dogmática sobre el resto de la Constitución y sobre todo la efectiva vigencia de los derechos humanos; c) El principio de la fuerza normativa de la Constitución no puede ser eludido en ninguna circunstancia ya que sus normas prevalecen sobre las demás leyes, sean éstas referentes al derecho público o al derecho privado y consecuentemente sobre las disposiciones de la Ley Orgánica de la Función Judicial o Código de Procedimiento Civil; d) Las sentencias o resoluciones deben ser razonadas y ese razonamiento darse en todas las etapas de la misma, es decir, sus considerandos deben estar sólidamente fundamentados, basados en principios generales y doctrinarios sin obedecer a la voluntad del juzgador o de cualquier otra contingencia; e) Las sentencias dictadas en un debido proceso deben cumplirse; y, f) Por último el Juez Constitucional no puede ignorar la realidad político social y económica dentro de cuyo contexto debe dictar su resolución y proyectándola a un futuro cercano, sin crear conflictos mayores y por el contrario coadyuvando para un ambiente de paz, armonía y justicia sociales. Si aplicamos estos parámetros, podemos acertar en la resolución del caso concreto [...]”. (TC 8-XI-99; Expediente No. 078-99-TP, R.O. 346-S, 24-XII-99).

hasta por cuarenta y cinco días, tiempo para que la Corte Constitucional se pronuncie respecto a la constitucionalidad o no de la norma”³.

El rol que desempeña la consulta es aclarar el panorama de los jueces en casos de dudas respecto a la constitucionalidad de una norma puesta a su conocimiento dentro de un caso concreto; algunos tratadistas asocian a esta figura con el denominado control difuso de constitucionalidad; para otros, bajo la nueva Constitución, aquel control difuso ha desaparecido, ya que en la anterior Carta Fundamental, el artículo 274 establecía la facultad de inaplicar directamente o a petición de parte una norma contraria a la Constitución, debiendo remitir el expediente al ex Tribunal Constitucional para que éste se pronuncie con efectos erga omnes. La nueva figura de la consulta prevé que ya no sea el juez quien inaplique directamente, sino que es la Corte Constitucional la que debe dilucidar este conflicto normativo, situación que va acorde con la supremacía material de la Constitución.

Bajo esta acometida, la Corte Constitucional realiza un papel de control de constitucionalidad normativa respecto a un asunto que tiene su origen en un caso concreto, pero que una vez conocido por la Corte se torna abstracto con efectos generales, debiendo, en caso de encontrar contradicción normativa con el texto constitucional, expulsar a esa norma del ordenamiento jurídico ecuatoriano; empero, aquello comporta un complicado ejercicio interpretativo, en donde la expulsión normativa debe ser la última medida adoptada por la jueza o juez constitucional, dando de esta forma cumplimiento a lo que doctrinariamente se conoce como el principio de “in dubio pro legislatore”, por medio del cual ha de entenderse que en la promulgación de una norma, el legislador ha observado las disposiciones contenidas en la Carta Fundamental del Estado y en caso de duda respecto a la constitucionalidad o no de una determinada norma se le concederá el beneficio de la duda a favor del legislador y por tanto se considerará constitucional la norma consultada.

De esta forma, mediante el mecanismo de la consulta de constitucionalidad, la Corte realiza un control de constitucionalidad a posteriori, puesto que la norma ya forma parte del ordenamiento jurídico vigente. El efecto inmediato de la consulta de constitucionalidad es la suspensión del proceso, el mismo que se mantendrá inamovible hasta que exista un pronunciamiento de la Corte Constitucional, mismo que no podrá exceder de cuarenta y cinco días, tiempo con el cual cuenta la Corte para pronunciarse.

El derecho a la interposición de recursos como garantía del debido proceso

Nuestra Constitución vigente, dentro de su artículo 76, determina las garantías del debido proceso. En la especie, en el caso objeto de la presente consulta, aquella aparente vulneración a las normas del debido proceso contenidas dentro de la Carta fundamental guardan estrecha relación con el principio de defensa y en lo medular con lo que consagra el numeral 7, literal *m* del artículo precitado; es decir, la garantía de “recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”.

[...] para el Juez los recursos son una valiosa ocasión de reflexionar, enderezar el rumbo, comunicarse con

las partes y demostrar que la grandeza no está en nunca equivocarse sino en reconocer humildemente nuestros errores [...]”⁴.

Previo a adentrarnos al análisis de esta disposición constitucional y la norma objeto de consulta, debemos establecer qué se entiende por debido proceso. Al respecto, para Jhonn Rawls, es aquel “razonablemente estructurado para averiguar la verdad, de formas consistentes con las otras finalidades del ordenamiento jurídico, en cuanto a determinar si se ha dado alguna violación legal y en qué circunstancias”⁵.

Este derecho a recurrir las resoluciones judiciales es un elemento que se ha incorporado dentro de los textos constitucionales para limitar el poder que asume el juez dentro de una determinada causa, puesto que aquel es susceptible de cometer errores, ante lo cual, la tutela judicial debe estar garantizada por un juez o tribunal superior que determine si la actuación del juez de primera instancia es acorde con la Constitución y las leyes.

Este derecho consta en instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en su artículo 8, numeral 2, literal *h*, que determina: “h) derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

El artículo 24 de la Constitución española establece dentro de las garantías del debido proceso, en su literal *e*, el derecho a recurrir los fallos judiciales. En igual sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional colombiana en la sentencia N.º T-474 de 29, VII, 1992, en donde trata acerca del principio de doble instancia y la “reformatio in Peius”.

En Panamá aquel derecho está consagrado en el artículo 207 de su Constitución, surgiendo en ese país la interrogante respecto a si en todo proceso deben existir necesariamente por lo menos dos instancias.

“Hasta ahora, la posición que ha tomado la Corte Suprema de Justicia sobre este punto parece negativa a la interrogante sobre la existencia del principio de la doble instancia como integrante de nuestro ordenamiento constitucional. Así la C.S.J. en sentencia de 24, V, 1977, publicada en Gaceta Oficial, núm. 18.433, al resolver advertencia de inconstitucionalidad planteada por las sociedades Depcon Panamá International Corp. y Kraft Construction, entre otros, sobre el art. 12 de la Ley

³ Christian Masapanta Gallegos, “El Control difuso de constitucionalidad por parte de los operadores judiciales ecuatorianos”; Tesis de Maestría en Derecho Constitucional, UASB-Ecuador, Quito, 2008, pág. 54, 55.

⁴ Edgardo Villamil Portilla, “Teoría Constitucional del Proceso”, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 1999, pág. 202.

⁵ Alberto Hoyos, “El debido proceso en el sistema jurídico de Panamá” en El debido Proceso, Editorial Temis, Bogotá, 1998, pág. 4.

7ma. de 1975 que señalaba que las decisiones dictadas por las Juntas tenían carácter definitivo, no admitían recurso alguno y producían efecto de cosa juzgada, sostuvo la Corte que dicha norma no era inconstitucional y que las resoluciones de la Junta constituían ‘una verdad legal irrecurrible’[...]”⁶.

Como vemos, no en todas circunstancias este derecho a recurrir las resoluciones judiciales se aplica, sin que aquello comporte una vulneración de la normativa constitucional, ya que existen procesos que por su naturaleza excepcional ameritan una tramitación sumaria sin que medien otras instancias para su prosecución.

CONSIDERACIONES FINALES A LAS QUE LLEGA LA CORTE CONSTITUCIONAL

Según Dworkin “[...] *todo juez es capaz y debe interpretar de forma acertada la Constitución en todos los casos* [...]”⁷. En aquel sentido, corresponde a las juezas y jueces constitucionales realizar un control de constitucionalidad de las normas. En la presente consulta se ha determinado que la norma contenida en el artículo 889 del Código de Procedimiento Civil, estaría en contradicción con la normativa contenida en el artículo 76, numeral 7, literal *m* de la Constitución de la República, en la especie, en lo que tiene relación a poder recurrir los fallos judiciales.

*“Una de las garantías más importantes para el justiciable es la de que su juicio no quede al arbitrio de una sola persona investida de jurisdicción. Por ello en los sistemas democráticos se erige el principio de la doble instancia en los procesos para que las decisiones más importantes puedan ser impugnadas ante otro juez o tribunal que pueda corregir los errores en que se haya podido incurrir”*⁸.

Se debe destacar que el derecho a recurrir las resoluciones judiciales se encuentra directamente relacionado con el derecho a la defensa dentro de un proceso. Para Pierro Calamandrei, “[...] *el derecho inviolable de defensa ha entrado al campo constitucional ‘entre los derechos fundamentales reconocidos a todos’* [...]”⁹; configurándose de esta forma aquel derecho como una garantía básica de todos los regímenes democráticos; sin embargo, la disyuntiva que se presenta es en cuanto a si todos los juicios son susceptibles de la interposición de recursos.

Así, el problema planteado se remite a la no interposición de recursos en los juicios de recusación, lo cual estaría en contradicción con el principio de doble instancia consagrado en la Constitución de la República, el mismo que forma parte del derecho a la defensa.

Para solventar ese problema determinaremos que el núcleo duro del derecho supuestamente vulnerado es el derecho a la defensa, y respecto a aquel nos encontraremos con una serie de derechos subsidiarios que se derivan del mismo; es así como nos encontramos con el derecho a la doble instancia, como un elemento que gira alrededor de este derecho principal.

Los operadores judiciales son seres humanos susceptibles de cometer errores; es por ello que el derecho a recurrir una resolución por parte de las partes procesales es una garantía

que configura su derecho constitucional a un proceso justo; empero, la interrogante planteada va más allá y se circunscribe a casos especiales en donde no se está resolviendo la causa principal de litigio, como es un juicio de recusación, y respecto a si en este proceso es o no aplicable la doble instancia.

La interrogante planteada es: ¿acaso el hecho de no permitir la interposición de recursos en un juicio de recusación, viola el derecho a la defensa de los jueces? Para dar contestación a esta interrogante debemos remitirnos a lo que dispone nuestro ordenamiento jurídico respecto al juicio de recusación, en donde taxativamente se establecen las causales¹⁰ para que una jueza o juez sean recusados. Encontrándonos con que aquel obedece a una circunstancia especial en donde el fin último de la recusación es acceder a una justicia efectiva y proba, se puede considerar que este juicio reviste una connotación incidental dentro de un juicio principal, puesto que no se está resolviendo directamente sobre los derechos de las partes procesales, sino respecto a la idoneidad de la jueza o juez encargado de sustanciar la causa.

⁶ Alberto Hoyos, “El debido proceso en el sistema jurídico de Panamá” en *El debido Proceso*, Editorial Temis, Bogotá, 1998, págs. 73 y 74.

⁷ Citado por Carlos Bernal Pulido, “*El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005 pp. 40.

⁸ Edgardo Villamil Portilla, “Teoría Constitucional del Proceso”, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 1999, pág. 200.

⁹ Piero Calamandrei, “El respeto de la personalidad en el proceso”, en *Proceso y democracia*, trad. De Héctor Fix-Zamudio, Buenos Aires, EJE, 1960, pág. 179. Citado por Alberto Hoyos, pág. 6.

¹⁰ Art. 856 del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano.- (Reformado por la Disposición Reformativa segunda, num. 3 de la Ley s/n, R.O. 544-S, 9-III-2009).- Una jueza o juez, sea de tribunal o de juzgado, puede ser recusado por cualquiera de las partes, y debe separarse del conocimiento de la causa, por alguno de los motivos siguientes:

- 1.- Ser cónyuge o conviviente en unión de hecho o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de alguna de las partes, o de su representante legal, o de su mandatario, o de su abogado defensor;
- 2.- Ser acreedor, deudor o garante de alguna de las partes, salvo cuando lo fuere de las entidades del sector público, de las instituciones del sistema financiero, o cooperativas. Habrá lugar a la excusa o recusación establecida en este número sólo cuando conste el crédito por documento público o por documento privado reconocido o inscrito, con fecha anterior al juicio;
- 3.- Tener él o su cónyuge, o sus parientes dentro de los grados expresados en el número 1, juicio con alguna de las partes o haberlo tenido dentro de los dos años precedentes, si el juicio hubiese sido civil, y de los cinco, si hubiese sido penal;

No serán motivos de excusa ni de recusación la demanda civil o la querrela que no sean anteriores al juicio;

Respecto a si mediante esta prohibición se conculca el derecho a la defensa de los jueces, debemos destacar que no opera aquella circunstancia, puesto que existe un procedimiento en donde se les permite a los operadores judiciales demostrar, conforme a derecho, la existencia o no de causales para que proceda la recusación.

Además, la existencia del principio “pro legislatore” obliga a la institución de control constitucional a adoptar la expulsión del ordenamiento jurídico como una medida excepcional y extrema, aplicable exclusivamente cuando existan circunstancias evidentes de violación de una norma constitucional; en caso de duda se estará a la aplicación del principio de buena fe de la producción normativa por parte del legislador.

Por otro lado, existe la disyuntiva de si la posibilidad de interponer recursos en estos juicios podría atentar contra el principio de celeridad en la administración de justicia, así como con la tutela judicial efectiva. En cuanto a la celeridad, la posibilidad de interponer recursos en la recusación podría ocasionar dilataciones al proceso y generar que, por ejemplo, en un juicio en donde se encuentren derechos en juego, debido a la interposición de recursos por causas accesorias a la litis principal, se perjudique a las partes, lo cual puede causar indefensión. De igual manera, a través de la recusación se busca la mayor probidad por parte de los operadores judiciales, ante lo cual, en caso de ser admitida la recusación, lo que se hace es continuar la sustanciación de la causa pero con otro operador judicial en aras de un verdadero acceso a la justicia por parte de la colectividad, bien este que sopesándolo en este caso concreto debe primar por sobre las expectativas de un juez o jueza que en muchas ocasiones, luego de un proceso de recusación, puede estar sesgado para asumir un proceso.

La jurisprudencia comparada comparte el criterio de que el derecho a la interposición de recursos es relativo respecto a determinados casos; al respecto, nos valdremos de criterios jurisprudenciales emitidos por la Corte Constitucional Colombiana, que ha resuelto problemas derivados de casos análogos, manifestando que el derecho a doble instancia no es un derecho absoluto. Así, en la sentencia de constitucionalidad C 411 de 1997 dijo la Corte Constitucional colombiana:

*“[...] ajustado a la constitución un proceso de única instancia como los que se adelantan contra los congresistas, pues el derecho a la doble instancia, con todo y ser uno de los principales dentro del conjunto de garantías que estructuran el debido proceso, no tienen un carácter absoluto. El legislador puede indicar en qué casos no hay segunda instancia en cualquier tipo de proceso, sin perjuicio de los recursos extraordinarios que, como el de revisión, también él puede consagrar, y sobre la base de que, para la defensa de los derechos constitucionales fundamentales afectados por vías de hecho, quepa extraordinariamente, la acción de tutela”.*¹¹

Otro ejemplo de única instancia opera en la llamada teoría de los órganos límites, según la cual no es susceptible instancia superior ante órganos que se encuentran en la cúspide de la jerarquía judicial, ya que no existe otro órgano superior de control. La sentencia C-102 de 1996 dijo que: “Los procesos de única instancia, no implican una

situación desfavorable procesalmente. Ello ocurre cuando la persona es procesada ante la instancia superior de una jurisdicción, puesto que en tales eventos el investigado goza de la garantía de ser juzgado por el más alto tribunal”.

El Tribunal Constitucional español¹² también se ha pronunciado respecto a este derecho de interponer recursos: “El derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a los recursos, pero no en todo caso y siempre sino en relación a los recursos establecidos por la ley”¹³.

La Corte Suprema de Justicia de Panamá mantiene este criterio respecto a que los procesos de única instancia no son violatorios a los preceptos constitucionales:

“De acuerdo con el criterio de la Corte, pues, los procesos de instancia única no violan la garantía constitucional del debido proceso legal ya que dentro de este concepto no está integrado el principio de la doble instancia necesaria en todo proceso (el fallo de la Corte confrontó el art. 12 de la ley 7ma. de 1975 con el art. 31 de la Constitución y el art. 192 de la misma equivalente al art. 207 de la numeración actual anteriormente citados). La C.S.J. ha mantenido el mismo criterio en sentencia de 12, VII,

-
- 4.- Tener interés personal en la causa por tratarse de sus negocios, o de su cónyuge, o de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;
 - 5.- Ser asignatario, donatario, empleador, o socio de alguna de las partes;
 - 6.- Haber fallado en otra instancia y en el mismo juicio la cuestión que se ventila u otra conexas con ella;
 - 7.- Haber intervenido en el juicio, como parte, representante legal, apoderado, defensor, agente del ministerio público, perito o testigo;
 - 8.- Haber sido penado, multado o condenado en costas en la causa que conocía, en caso de que la sanción le hubiese impuesto otro juez o tribunal;
 - 9.- Haber dado opinión o consejo sobre el juicio que conste por escrito; y,
 - 10.- No sustanciar el proceso en el triple del tiempo señalado por la ley.

¹¹ Edgardo Villamil Portilla, “Teoría Constitucional del Proceso”, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 1999, pág. 203.

¹² “Se afirma igualmente y de forma repetida por las jurisprudencia del TC (SSTC 19/1983, de 14 de marzo; 57/1984, de 8 de mayo; 60/1985, de 6 de mayo; 36/1986, de 12 de marzo; 3/1987, de 21 de enero; 185/1988, de 14 de octubre; 46/1989, de 21 de febrero; 121/1990, de 2 de julio; 51/1992, de 2 de abril, entre otras) que el derecho a la utilización de los recursos constituye uno de los contenidos del derecho a la Tutla judicial efectiva sin indefensión”. Iñaki Esparza Leibar, el principio del debido proceso, J.M Bosch Editor, Barcelona, 1995, pp.225.

¹³ Ramos Méndez, “El Proceso Penal”, citado por Iñaki Esparza Leibar, en *El principio del debido proceso*, J.M Bosch Editor, Barcelona, 1995, pp.225.

1983 al absolver consulta del Tribunal Superior de trabajo sobre la inconstitucionalidad del art. 639 del Código de Trabajo y ha afirmado que: 'el hecho de que el art. 639 del Código de Trabajo que dispone que la resolución expedida sobre acumulación de procesos es irrecusable no afecta, ni puede presumirse tan [sic] siquiera que no se juzgó - conforme a los trámites legales-, porque esta expresión, la ha entendido la Corte, se refiere a formalidades indispensables para fallar, que no es el caso que ahora se resuelve'¹⁴.

En fin, en el juicio de recusación no se está decidiendo sobre los derechos de las partes, sino que se está pretendiendo acceder a una tutela judicial efectiva; de esta manera se estaría garantizando la probidad por parte de los administradores de justicia. En virtud de aquello, del análisis de la norma impugnada se colige que aquella resulta ser accesoria al juicio principal, por lo que al estar amparado el derecho de las partes a una tutela judicial efectiva, y en aras de precautar la celeridad en la administración de justicia, la Corte Constitucional considera que no existe contradicción de esta norma contenida en el Código Adjetivo Civil con la disposición constitucional, y el derecho a la defensa contenido en el artículo 76, numeral 7, literal *m*.

IV. DECISIÓN

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

SENTENCIA

1. Declarar que el contenido del artículo 889 del Código de Procedimiento Civil, objeto de la consulta de constitucionalidad, no contradice ni vulnera el artículo 76, numeral 7, literal *m* de la Constitución de la República.
2. Devolver el expediente al Juez de origen para los fines legales pertinentes.
3. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

f.) Dr. Patricio Pazmiño Freire, Presidente.

f.) Dra. Marcia Ramos Benalcázar, Secretaria General (E).

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, con nueve votos a favor, de los doctores: Patricio Herrera Betancourt, Luis Jaramillo

Gavilanes, Alfonso Luz Yunes, Hernando Morales Vinuesa, Ruth Seni Pinoargote, Nina Pacari Vega, Manuel Viteri Olvera, Edgar Zárate Zárate y Patricio Pazmiño Freire, en sesión del día jueves veinticinco de febrero del dos mil diez. Lo certifico.

f.) Dra. Marcia Ramos Benalcázar, Secretaria General (E).

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.- Revisado por f.) Ilegible.- Quito, 16 de marzo del 2010.- f.) El Secretario General.

Quito, D. M., 25 de febrero del 2010

Sentencia N.º 004-10-SCN-CC

CASO N.º 0025-09-CN

Jueza Constitucional Sustanciadora: Dra. Nina Pacari Vega

**LA CORTE CONSTITUCIONAL
para el período de transición:**

I. ANTECEDENTES

De la demanda (consulta) y sus argumentos

Los doctores: Isabel Ulloa, Eduardo Ochoa Chiriboga y Ramiro García Falconí, en sus calidades de Juez Titular, Conjuez Titular y Conjuez Permanente de la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, con fundamento en el artículo 428 de la Constitución de la República, consultan a la Corte Constitucional lo siguiente:

Mediante sorteo de ley correspondió conocer a la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha el proceso N.º 212-2009 por el supuesto delito de robo calificado seguido en contra de Paúl Apunte Arias y otros.

Paúl Apunte presentó recursos de nulidad y apelación, siendo negado el de nulidad, en cuanto a la apelación del auto de llamamiento a juicio, el recurrente justifica su no intervención en el ilícito.

El Agente Fiscal, Dr. Ángel Abendaño, ratifica en la audiencia oral el dictamen acusatorio y solicita que se deseche la apelación; no presenta argumento alguno que justifique el auto de llamamiento a juicio; no enuncia los elementos de convicción en que funda su acusación; es más, de manera expresa, reconoce que respecto del recurrente, Paúl Apunte, no existen elementos de convicción que hagan presumir su participación.

Las normas cuya constitucionalidad se consulta son los incisos tercero y quinto del tercer artículo innumerado

¹⁴ Alberto Hoyos, "El debido proceso en el sistema jurídico de Panamá" en *El debido Proceso*, Editorial Temis, Bogotá, 1998, págs. 73 y 74.

agregado al artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.

Consideran inconstitucionales los incisos indicados, por las siguientes razones:

1. La Constitución establece en el artículo 76, numeral 2, la presunción de inocencia que ampara a toda persona sometida a procedimiento; el principio de inocencia, a más de su consagración constitucional, está contemplado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 11 párrafo I) y en la Declaración Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8, numeral 2), entre otros instrumentos internacionales. De este principio se desprenden todas las garantías del debido proceso, entre ellas, de manera fundamental, el derecho a la defensa.
2. En virtud del principio de inocencia, entre otros aspectos, se obliga a la existencia de una acusación para que pueda procederse a juicio, conforme lo establece el artículo 251 del Código de Procedimiento Penal. En virtud de este principio, el sistema acusatorio obliga a que la acusación de la fiscalía se someta a la decisión del juez, para que sea éste quien decida si procede o no llamar a juicio a una persona.
3. El principio de inocencia y su derivación, el principio *in dubio pro reo*, por el cual solo la convicción firme justifica un llamamiento a juicio y únicamente la certeza justifica una sentencia condenatoria, imponen la carga de la prueba a la Fiscalía, titular de la acción penal en el caso de los delitos de acción pública. Este principio de carga de la prueba implica que es obligación del órgano investigador o requirente, la producción de la actividad probatoria tendiente a demostrar la responsabilidad del procesado y, correlativamente, implica que este mismo órgano (Fiscalía), no puede ser el mismo que evalúe dichas pruebas y determine la responsabilidad del procesado en las diferentes etapas del proceso.
4. El sistema acusatorio que rige al proceso penal ecuatoriano, al menos como postulado, obliga a igualar las condiciones en las que actúan tanto el procesado como el órgano de persecución (Fiscalía). Dicha igualdad aparece como ideal utópico, pero plausible, al intentar acercarse en la mayor medida posible al proceso de partes, dotando al imputado –aún de manera parcial– de facultades equivalentes a la del órgano investigador (Fiscalía) para que pueda resistir la persecución penal, con posibilidades parejas a la del acusador.
5. La búsqueda de esta igualdad en el proceso penal, teniendo en cuenta las posibilidades con las que cuenta la Fiscalía y Policía frente al procesado, obliga, entre otros aspectos, a la existencia de dos órganos estatales distintos: los jueces, que ejercen la llamada jurisdicción y cuyas expresiones de voluntad son manifestaciones del poder de decisión; y la fiscalía, cuyas manifestaciones de voluntad son las del poder requirente, esto es, del poder de perseguir penalmente.
6. La existencia y actuación independiente de los órganos requirente y decisorio son fundamentales para el ejercicio de las garantías del debido proceso y especialmente para la protección del principio de inocencia. Si el destino procesal del procesado se decide

por parte del mismo órgano que produce la actividad probatoria, no existe la independencia que tanto la Constitución y los fines del sistema acusatorio obligan.

Concluyen: “*Este es exactamente el caso de los incisos tercero y quinto del tercer artículo innumerado agregado al artículo 226 del Código de Procedimiento Penal...*”.

Pretensión Concreta

Los consultantes señalan: “*No es la potestad decisoria del juez lo que se discute, sino sobre todo las garantías básicas del procesado, especialmente el principio de inocencia que lo ampara, por lo que solicitamos a la Corte Constitucional se sirvan declarar como inconstitucionales los incisos tercero y quinto del tercer artículo innumerado agregado al artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, mediante Ley publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 555 de 24 de marzo de 2009*”.

II. COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERIODO DE TRANSICION

De la Admisión y la Competencia

El 19 de agosto del 2009 ante la Corte Constitucional, para el período de transición, se presenta la acción que nos ocupa. Mediante auto del 28 de septiembre del 2009, la Sala de Admisión de esta Corte, considerando que la consulta planteada reúne lo requisitos de admisibilidad determinados en el artículo 6 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, admite a trámite la presente acción; el 21 de octubre del 2009, luego del sorteo de rigor, avoca conocimiento la Segunda Sala de Sustanciación, correspondiendo sustanciar la presente acción, como Jueza Sustanciadora, a la Dra. Nina Pacari Vega.

La Corte Constitucional, para el periodo de transición, es competente para conocer y resolver la presente causa, de conformidad con lo previsto en los artículos 428 y 429 de la Constitución de la República, y el artículo 27 del Régimen de Transición, publicados en el Registro Oficial N.º 449 del 20 de octubre del 2008, en concordancia con los artículos 39 y 40 de las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N.º 466 del 13 de noviembre del 2008, y sobre todo, por la Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N.º 52 del 22 de octubre del 2009, que establece: “*Segunda.- Las reglas de Procedimiento para el ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición, expedidas, en uso de sus atribuciones, por el Pleno de la Corte, publicadas en el Suplemento del Registro Oficial No. 466 de 13 de noviembre de 2008, tienen validez jurídica para las causas constitucionales ingresadas hasta antes de la vigencia de esta ley, en lo que resultaren más favorables a la vigencia y eficacia de los derechos constitucionales*”.

La presente acción ha sido tramitada de conformidad con el ordenamiento jurídico constitucional y legal aplicable al caso, por lo que se declara su validez.

III. DETERMINACION DE LOS PROBLEMAS JURIDICOS QUE SE RESOLVERAN

Para decidir el fondo de la cuestión, esta Corte considera necesario sistematizar los argumentos planteados en el caso a partir de la solución de los siguientes problemas jurídicos:

- ¿Cuál es la naturaleza de la “consulta de constitucionalidad”, como control concreto de constitucionalidad?
- ¿Cuáles son las disposiciones legales respecto de las cuales se pide la consulta de constitucionalidad?
- ¿Cuál es el entorno jurídico-procesal de las normas cuya consulta de constitucionalidad se solicita?
- ¿Cuál es el rol, función y/o deber de los sujetos procesales Juez y Fiscal en el proceso penal?
- ¿Afectan o no las normas consultadas y sometidas a control concreto de constitucionalidad, a las garantías de presunción de inocencia y del debido proceso?

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

Sobre la naturaleza de la “consulta de constitucionalidad”, como control concreto de constitucionalidad

El artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador dispone que cuando una jueza o juez, ya sea de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a un Instrumento Internacional que contemple derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, deberá suspender la tramitación de la causa y remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional; claro está, indicando la norma jurídica sobre la cual existan dudas acerca de su constitucionalidad, a fin de que el máximo organismo de control constitucional emita su pronunciamiento. Esta es una de las modificaciones más relevantes que incorpora la actual Constitución, vale decir, el cambio de un sistema de control difuso a un sistema concentrado del control de la constitucionalidad.

En el artículo 424 *ibidem* se instituye el principio de supremacía constitucional al señalar: “*las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales*”, caso contrario, se impone la consecuencia de carecer de eficacia jurídica.

Así concebida la naturaleza de esta acción de consulta de constitucionalidad, como control concreto de constitucionalidad, dicho control tiene que ver y/o guarda estrecha relación con el examen de constitucionalidad que se debe hacer a la norma o normas consultadas, todo ello bajo los parámetros de la acción de inconstitucionalidad. De ahí que, cabe señalar en lo que respecta a la acción pública de inconstitucionalidad, según lo señala el profesor de Derecho Constitucional y ex Presidente del Tribunal Constitucional de Colombia, en su artículo sobre “*Jurisdicción Constitucional en Colombia*”, que esta acción es un mecanismo de control de constitucionalidad

concentrado al establecer que “*en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales*”¹.

La defensa de la Constitución apela a mecanismos propios del modelo concentrado y difuso, e involucra en esa tarea a la Corte Constitucional y a todos los jueces y tribunales sin excepción. La acción de consulta de constitucionalidad está dentro de aquellas acciones y mecanismos para la defensa de la Constitución, así como de los derechos reconocidos en la Constitución.

Control concreto de constitucionalidad

Cabe señalar que a la Corte Constitucional le corresponde resolver sobre la constitucionalidad de la norma que el juez, ya sea de oficio o a petición de parte, haya considerado que resulta ser contraria a la Constitución.

En la acción de consulta de constitucionalidad, la Corte Constitucional debe hacer un control integral y de unidad normativa; en la sentencia debe pronunciarse de fondo sobre todas las normas demandadas. Adicionalmente, el fallo podrá cobijar normas no demandadas que, sin embargo, conformen unidad normativa con aquellas otras que se someten al examen de constitucionalidad².

La norma legal consultada, por regla general, se confronta con la totalidad de los preceptos de la Constitución a fin de garantizar de esta manera su supremacía e integridad. En consecuencia, la sentencia de la Corte puede fundarse en normas de la Constitución no invocadas por el demandante. El control integral que obligatoriamente realiza la Corte, se asocia a los efectos de cosa juzgada constitucional que se predica de sus fallos³.

¹ Un texto al respecto se publicó originalmente en la obra del Dr. Francisco Fernández Segado “*La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*” pp. 469-497.

En el campo del Derecho Comparado, encontramos que en el año de 1991 la Asamblea Nacional Constituyente Colombiana enriqueció la ya larga tradición de ese país de defensa judicial de la Constitución, mediante la creación de la Corte Constitucional y la consagración de múltiples recursos y acciones de salvaguarda de los derechos y de los bienes que la Constitución pretende preservar, entre los cuales está precisamente la acción pública de inconstitucionalidad.

² La unidad normativa se define a partir de la existencia de una relación lógica, necesaria, principal y objetiva entre las disposiciones que son objeto de la declaración de inconstitucionalidad y las que identifica la Corte, unidad ésta que se conforma con el objeto de que el fallo de inconstitucionalidad que se profiera no vaya a ser inocuo. Las normas sobre las que recae el fallo de inconstitucionalidad o constitucionalidad, deben estar vigentes. El principal efecto de la sentencia de inconstitucionalidad es el de expulsar del ordenamiento jurídico la norma que contraviene la Carta.

³ En el caso Colombiano, con arreglo a la norma del Art. 243 de su Constitución “*ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable [inconstitucional] por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución*”. La

La consulta de constitucionalidad como medio de control constitucional

Como un medio de control constitucional, la importancia de la consulta de constitucionalidad es evidente; una de las características que le agrega importancia es que es un medio de control constitucional al alcance de órganos del Estado, en este caso de los jueces, sin limitar su procedencia o invasión de esferas de competencia, como es el caso de la controversia constitucional. En estos términos, la consulta de constitucionalidad podrá ocuparse no sólo de violaciones a la parte orgánica de la Constitución (lo que ocurre en el caso de la controversia constitucional), sino que también podrá ocuparse de violaciones a garantías o derechos individuales o colectivos, según el caso.

Sobre la Identificación de las disposiciones legales respecto de las que se pide la consulta de constitucionalidad

El tercer artículo innumerado, agregado a continuación del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, incorporado mediante Ley Reformativa publicada en el Suplemento del Registro Oficial N.º 555 del 24 de marzo del 2009, cuyo texto es el siguiente:

“Art...- Resolución.- Concluidas las intervenciones de los sujetos procesales el juez de garantías penales anunciará de manera verbal a los presentes su resolución, la que se considerará como notificada en el mismo acto. La secretaría del juzgado conservará por escrito o en una grabación las actuaciones y exposiciones realizadas en la audiencia y el contenido íntegro de la resolución judicial.

Si el juez de garantías penales observare que las alegaciones respecto de la existencia de causas de nulidad del proceso están debidamente sustentadas, declarará la nulidad a partir del acto procesal que lo invalida.

Si a criterio del juez de garantías penales no hay vicios de procedimiento que afecten la validez del proceso, dictará auto de llamamiento a juicio cuando el dictamen fiscal sea acusatorio.

Si se impugna la constitucionalidad o la legalidad de la evidencia, el juez de garantías penales deberá pronunciarse rechazando la objeción o aceptándola, y en este último caso declarará qué evidencias son ineficaces hasta ese momento procesal.

En el evento anterior, el juez de garantías penales preguntará al fiscal si es su decisión mantener la acusación sin contar con la evidencia que se considera ineficaz hasta ese momento; si el fiscal decide mantenerla, el juez de garantías penales dictará auto de llamamiento a juicio, en cuya etapa la Fiscalía deberá desarrollar los actos de prueba necesarios para perfeccionar y legalizar la evidencia ineficaz.

El secretario elaborará, bajo su responsabilidad y su firma, el extracto de la audiencia, que recogerá la identidad de los comparecientes, los procedimientos especiales alternativos al proceso ordinario que se

hubieren aplicado, las alegaciones, los incidentes, y la resolución del juez de garantías penales”⁴ (negrilla en los incisos cuya inconstitucionalidad se alega).

Sobre el entorno jurídico-procesal de las normas cuya constitucionalidad se consulta

Como queda indicado, los incisos cuya consulta de constitucionalidad se solicita, han sido agregados mediante reforma al Código de Procedimiento Penal, y se refieren a los actos procesales que deben realizarse durante la denominada “etapa intermedia” del proceso penal, que tiene como antecedente a su vez la instrucción fiscal, cuya etapa es iniciada y desarrollada por el representante de la Fiscalía General del Estado, y que tiene por objeto la investigación de los elementos de convicción que permitan deducir la existencia del delito, así como las presunciones de participación de los imputados.

Entre algunas definiciones dadas por la doctrina penal, respecto de esta etapa procesal, podemos citar a *Francesco Carnelutti*, quien nos enseña que la primera etapa del proceso penal llamada “*jurisdicción instructoria*” “*es aquella especie de potestad jurisdiccional, que se da al juez a fin de que él pueda proveer los medios, o sea las razones y las pruebas necesarias para la decisión*”⁵.

Jorge Clariá Olmedo nos dice que se denomina instrucción, acorde a la corriente moderna, a la primera y preparatoria etapa del proceso penal, cumplida por escrito y con limitada intervención de la defensa, con el objetivo de reunir y seleccionar las pruebas sobre el supuesto de hecho imputado, suficientes para realizar el juicio sobre la base de una acusación o evitarlo mediante el sobreseimiento⁶.

José Antonio Martín y Martín nos dice: “*Puede conceptuarse a la instrucción penal como la fase del proceso penal que pudiendo comprender una diversidad de actuaciones relativas a la constatación del hecho delictivo imputado, mediante la comprobación o averiguación del mismo y el acopio del material para su prueba, y relativas también a la adopción de medidas de aseguramiento del resultado del fallo, se inicia ante el ejercicio de la acción penal persecutoria tutelando los derechos individuales que*

jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana se ha encargado de matizar la regla anotada. Junto a la “*cosa juzgada absoluta*”, ha señalado que existe la “*cosa juzgada relativa*”, la que se configura cuando la misma Corte expresamente limita los efectos de sus fallos a los artículos o disposiciones de la Constitución a los que se ha contraído el examen (*Corte Constitucional, sentencias C-527 de 1994 y C-37 de 1996*). Entre otros casos, la anterior situación se presenta cuando la demanda contiene una censura global o general -no particularizada en relación con sus distintas disposiciones- contra una ley y ésta no prospera.

⁴ Este Artículo corresponde al tercer innumerado del Art. 59 de la Ley s/n, R.O. 555-S, 24-III-2009.

⁵ CARNELUTTI, Francesco. (Lecciones sobre el Proceso Penal Vo. II).

⁶ CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal Tomos I y VI

en todo ello resulten afectados, deduciendo en su caso la correspondiente imputación judicial, para tras su conclusión decidirse sobre el sobreseimiento o la apertura del juicio oral”⁷.

Julio B. J. Maier, por su parte, señala: “la instrucción (procedimiento preparatorio y preliminar) es el período procesal cuya tarea principal consiste en averiguar los rastros –elementos de prueba– que existen acerca de un hecho punible que se afirmó como sucedido, con el fin de lograr la decisión acerca de si se promueve el juicio penal –acusación– o si se clausura la persecución penal –sobreseimiento–”⁸.

Alfredo Velez Mariconde concibe a esta etapa del proceso penal como: “la fase eventual y preparatoria del juicio, que cumple un órgano jurisdiccional en virtud de excitación oficial (de la Policía o el Ministerio Público) y en forma limitadamente pública y limitadamente contradictoria, para investigar la verdad acerca de los extremos de la imputación penal y asegurar la presencia del imputado, con el fin (específico) de dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento”⁹.

Queda claro entonces que el objeto de la instrucción fiscal, promovida por el representante de la Fiscalía General del Estado, es el de obtener los elementos de convicción, indicios y presunciones de participación, con la finalidad de demostrar la existencia del delito y sustentar la acusación, en caso de haberla.

Es precisamente en este escenario procesal donde, al finalizar la instrucción, el representante de la Fiscalía, pide al Juez de garantías penales se convoque a una audiencia, la cual con las últimas reformas introducidas al Código de Procedimiento Penal, se denomina “audiencia preparatoria del juicio y de formulación del dictamen”. En esta audiencia, el fiscal, estimando que los resultados de su investigación han proporcionado datos relevantes sobre la existencia del delito, y que hay fundamentos graves que deduzcan que el procesado es autor o partícipe del mismo, emitirá su acusación y requerirá al juez que habilite el tránsito a la siguiente etapa del proceso penal, que es el juicio propiamente dicho¹⁰.

En la audiencia indicada, puede darse también el caso de que el fiscal estime que no hay mérito para promover juicio contra el procesado, y se pronuncie sobre su abstención de acusar al concluir que no existen datos relevantes que acrediten la existencia del delito, o si frente a la existencia del hecho, la información recabada no es suficiente para acusar¹¹.

Esta audiencia *preparatoria del juicio y de formulación del dictamen*, anteriormente denominada audiencia preliminar, se circunscribe a dos aspectos: el primero: analizar aspectos de forma y de procedimiento que pueden incidir en la validez del proceso; y, el segundo relacionado con la fundamentación del dictamen fiscal, así como con la formulación de pruebas que se presentarán en la etapa del juicio¹².

Los incisos tercero y quinto de la norma cuya constitucionalidad se consulta, hacen referencia a la “resolución” que puede y debe emitir el juez de garantías penales al concluir la audiencia que queda indicada; resolución que estriba de los siguientes eventos:

1. Cuando la existencia de causas de nulidad o impedimentos procesales está debidamente sustentada, el Juez deberá declarar la nulidad o inhibición correspondiente.

2. Cuando el dictamen fiscal es acusatorio y no hay vicios de procedimiento, el juez deberá dictar auto de llamamiento a juicio. (Este evento es el que se considera inconstitucional, pues a decir de los consultantes, “convierten al juzgador en un mero notificador de las decisiones de la Fiscalía [sic]”).

3. Cuando la legalidad o constitucionalidad de la evidencia ha sido impugnada, el juez deberá pronunciarse sobre tal objeción, ya sea rechazándola o aceptándola.

4. Cuando se acepte la objeción sobre la constitucionalidad o legalidad de la evidencia, el juez deberá declarar la evidencia como ineficaz.

5. Cuando la objeción sobre la constitucionalidad o legalidad de la evidencia ha sido aceptada y declarada por el juez como evidencia ineficaz, y si el fiscal decide mantenerla, el Juez deberá dictar auto de llamamiento a juicio, donde el fiscal deberá perfeccionar y legalizar la evidencia. (Este es el otro evento que los consultantes consideran inconstitucional, pues señalan: “*Quien decide si se llama a juicio al procesado, en virtud de esta reforma ya no es el juez, sino el fiscal a través de su dictamen acusatorio. Lo anterior, además de ubicar a nuestro proceso dentro del Sistema Inquisitivo más ortodoxo, vulnera tanto el principio de inocencia, como todas las demás garantías constitucionales de debido proceso que de ésta se derivan [sic]*”).

Sobre el rol, función y/o deber de los sujetos procesales: Juez y Fiscal en el proceso penal

Una vez que han sido identificadas tanto las disposiciones legales respecto a las cuales se consulta su constitucionalidad, como el escenario jurídico procesal en el que éstas operan, la Corte cree necesario establecer una clara distinción entre el proceso penal de índole “inquisitivo” y el proceso penal “acusatorio” que es el adoptado por nuestro ordenamiento jurídico, para, a partir de aquello, tener claras las funciones, roles, deberes y atribuciones de los sujetos procesales que intervienen en el

⁷ MARTÍN Y MARTÍN, José. La Instrucción Penal.

⁸ MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos.

⁹ VELEZ MARICONDE, Alfredo. Derecho Procesal Penal Tomo III.

¹⁰ Ver Art. 224 (reformado) del Código de Procedimiento Penal (Ley s/n, R.O. 555-S, 24-III-2009)

¹¹ Ver Art. 226 (reformado) del Código de Procedimiento Penal (Ley s/n, R.O. 555-S, 24-III-2009)

¹² Ver primer Art. innumerado agregado después del Art. 426 por la reforma. (Ley s/n, R.O. 555-S, 24-III-2009)

proceso penal, como son el Fiscal y el Juez que, dicho sea de paso, en la actualidad y acorde al nuevo paradigma constitucional adoptado por nuestro Estado como un estado constitucional de derechos (Estado garantista) la denominación del juez penal es “juez de garantías penales”.

Sistema inquisitivo: características

Este sistema nace desde el momento en que aparecen las primeras pesquisas denominadas “de oficio”; y esto ocurre cuando desaparece la venganza privada y cuando el Estado, velando por su conservación, comprende la necesidad de garantizar determinados bienes jurídicos, a través de la concepción de “reprimir” poco a poco ciertos actos que los vulneran y que en ejercicio del denominado “*ius puniendi*”, cataloga como delitos, lo cual pasa a denominarse “*vindicta publica*”. Es así como nació en Roma y en las monarquías cristianas del siglo XII (de allí su denominación). En este sistema, el Juez es el que por denuncia, por quejas, y aún por rumores, inicia el procedimiento de oficio; se dedica a indagar las pruebas, examina a los testigos, al tiempo que todo lo guarda en secreto. Este sistema tuvo su presencia hasta la aparición de la Revolución Francesa, cuya influencia se extiende por toda Europa, y por el espíritu renovador de los libertarios, que generó una conciencia crítica frente a todo lo que venía de la vieja sociedad feudal. El nuevo modelo proponía en lugar de la escritura y el secreto de los procedimientos, de la negación de la defensa y de los jueces delegados del poder imperial, la publicidad y oralidad en los debates, la libertad de defensa y el juzgamiento de los jurados, lo cual generó la extinción de este sistema netamente inquisitorio, para aparecer el denominado sistema inquisitivo reformado o sistema mixto.

El proceso penal inquisitivo reformado, se caracterizaba porque el juzgador pretendía ser un técnico. Durante el curso del proceso el acusado era aislado de la sociedad, mediante la institución denominada prisión preventiva. El juzgador era un funcionario designado por autoridad pública, representaba al Estado y era superior a las partes; el proceso continuaba hasta su término a pesar de que el ofendido desistía; el juez tenía iniciativa propia y poderes discrecionales para investigar. La prueba, en cuanto a su ubicación, recepción y valoración, era facultad exclusiva del juez; se otorgaba un valor a la confesión del reo, llamada la reina de las pruebas; el juez no llegaba a una condena si no hubiera obtenido una completa confesión, la cual más de una vez se cumplía utilizando los métodos de tortura. No existía conflicto entre las partes, sino que obedecía a la indagación “técnica” del juez, por lo que esta decisión era susceptible de apelación. Todos los actos eran secretos y escritos (en esto conservaba las bases del modelo inquisitorio feudal); el acusado no conocía el proceso hasta que la investigación no estuviere afinada; el juez no estaba sujeto a recusación de las partes; la decisión no se adoptaba sobre la base del convencimiento moral, sino de conformidad con el sistema de pruebas legales.

Sistema acusatorio: características

La primitiva concepción del “Juicio Criminal” exigía un acusador, preveía el interés privado, el del ofendido; posteriormente evoluciona y esta persona pasa a ser cualquier individuo del pueblo, procedimiento que a su vez evoluciona por introducir la publicidad y la oralidad.

El sistema penal acusatorio está caracterizado porque la titularidad de la acción corresponde a la sociedad mediante la acusación que es libre y cuyo ejercicio se confiere no sólo al ofendido y a los parientes, sino a cada ciudadano, lo cual se hace a través del Ministerio Público (Fiscalía). El proceso es como un duelo entre el acusador y el acusado, en el que el juez permanece inactivo. La etapa contradictoria del juicio se debe realizar con igualdad absoluta de derechos y armas entre acusador y acusado; si no existe acusación no puede haber juicio. En el proceso se juzga el valor formal de la prueba, la cual incumbe al acusador. La presentación de las pruebas constituye una carga exclusiva de los sujetos procesales; la libertad personal del acusado debe ser respetada hasta el instante en que se dicte la sentencia condenatoria; el veredicto se fundamenta en el libre convencimiento.

El papel del Juez

El juez, que puede ser unipersonal (juez penal) o pluripersonal (tribunal penal), es el titular del órgano jurisdiccional penal que tiene, como lo dice el tratadista *Clariá Olmedo*, “*el poder de dirección y decisión en los procesos penales*”,¹³ y a quien, acorde al Código de Procedimiento Penal, corresponde el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

En esta acción de consulta de constitucionalidad no corresponde detenerse en la importancia capital de la función de juzgar, pues sobre este tema existen varias obras de tratadistas de la talla de *Couture, Calamandrei, etc.*¹⁴ Acorde a las reformas introducidas al Código de Procedimiento Penal por la misma ley que incorpora el artículo innumerado tercero, cuyos incisos tres y cinco son objeto de consulta de constitucionalidad, se señala que entre las competencias del juez de garantías penales, constan las de garantizar los derechos del procesado y ofendido, conforme a las facultades y deberes establecidos en el mismo Código de Procedimiento Penal, la Constitución y los instrumentos internacionales de pro-

¹³ CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. Cit.

¹⁴ “...el juez debe tener conciencia plena de la importancia fundamental de las funciones que el Estado le ha encargado. Estudio, independencia y honestidad intelectual y moral, debe ser la trilogía sobre la cual se sustente el trabajo del juez, sea éste único o pluripersonal... ...El administrar justicia es una tarea difícil y sacrificada. Necesariamente, entre las pretensiones procesales en pugna, una debe ser estimada y la otra, en consecuencia, debe ser rechazada. El juez cada vez que dicta el fallo, deja inconforme al perdedor y es víctima de injustos ataques y de penosa labora de desprestigio. Contra esta ruin actitud la sociedad debe reaccionar porque la administración de justicia no consiste, en definitiva, sino en el triunfo de la razón a través del Derecho y, por tanto, la sociedad no debe permitir el menosprecio de esa labor por parte de quien actúa a base de un resentimiento particular. (parte del texto del documento aprobado por la Federación Nacional de Abogados del Ecuador en 1968, citado por Jorge Zavala Baquerizo en su Tratado de Derecho Penal, Tomo II. pp 314-315).

tección de derechos humanos, a más de otras facultades de tramitación y sobre todo de “resolución” propias de su calidad de juzgador¹⁵.

Por otro lado, entre las características de los órganos jurisdiccionales están la “independencia” y la “imparcialidad”, que son principios constitucionales que, como en el presente caso sometido a consulta constitucional, al examinar las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, particularmente las introducidas mediante reformas y que son objeto de esta acción constitucional; principios que se encuentran comprometidos en razón de que la ley atribuye a la Fiscalía capacidades de intervención dentro del proceso penal, en aspectos de pura y neta “decisión”.

El papel del Fiscal

El artículo 195 de la Constitución de la República establece:

“Art. 195.- La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal. [...]”.

Por su parte el Código de Procedimiento Penal, en su artículo 65, señala que corresponde al fiscal el ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública, que el fiscal interviene como parte durante todas las etapas del proceso penal de acción pública, sin tener participación alguna en los delitos de acción privada. Este artículo concluye precisando que el fiscal tiene como obligación actuar con absoluta objetividad, realizando su investigación no solo en lo concerniente a las circunstancias de cargo, sino también a las que sirvan de descargo del procesado¹⁶; de ahí su particular condición de sujeto procesal titular de la acción penal, pero al mismo tiempo garantista de los derechos de los otros sujetos procesales, por su condición de “representante de la sociedad”.

Desde este ámbito normativo, esta Corte, en cuanto al rol del fiscal dentro del proceso penal establece:

a) Si bien es cierto que la Fiscalía es la que “dirigirá” la investigación preprocesal y procesal, ello no implica la facultad de “decidir” en el proceso penal, facultad que es exclusiva de los jueces de garantías penales.

b) La Fiscalía, como sujeto procesal que es, al “ejercer” la acción pública durante el proceso, lo hará con sujeción a los principios de “oportunidad” y “mínima intervención penal”.

c) Finalmente, la Fiscalía, en el evento de haber encontrado méritos, deberá acusar y presentar a consideración del “juez competente” (juez de garantías penales) dicha acusación, siendo tal juez, el único dotado de capacidad decisoria para resolver sobre la procedencia o no de la acusación fiscal y de la acusación particular en caso de haberla.

Sobre si los incisos tercero y quinto del tercer artículo innumerado, agregado luego del artículo 226 por la Ley

Reformatoria al Código de Procedimiento Penal publicada en el Registro Oficial 555-S del 24 de marzo del 2009, consultados y sometidos a control concreto de constitucionalidad, ¿vulneran o no las garantías de presunción de inocencia y del debido proceso?

Para efectuar el control de constitucionalidad, objeto de la consulta formulada, esta Corte considera los siguientes aspectos:

a) Mezcla de roles y/o funciones del Fiscal con las del Juez

Al absolver la presente consulta de constitucionalidad se ha señalado que el Fiscal ejerce la titularidad de la acción penal, en condición de sujeto procesal; es decir, su función es la de investigar y si es del caso, iniciar, ya sea *ex officio*, o *por denuncia*, los procesos penales cuya acción es pública; mientras que, la función del juez de garantías penales es ejercer la jurisdicción, entendida como la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo resuelto; de tal suerte que los roles de titular de la acción penal y de titular de la jurisdicción penal, deben quedar absolutamente diferenciados, siendo esta característica fundamental para distinguir al sistema procesal acusatorio adversarial, del inquisitivo.

Sin perjuicio de lo manifestado, y en razón de que el proceso penal además de ser acusatorio es adversarial, lo que precisamente convierte al Fiscal en un sujeto procesal que actúa en representación de la sociedad, implica que al ser parte activa y necesaria del proceso, tiene interés en los resultados finales del mismo, lo cual demanda que en su actuación, tanto las normas como los jueces de garantías penales propendan a la existencia de la denominada “igualdad de armas”, tanto para el ejercicio de la acción penal, cuanto para el adecuado ejercicio del derecho de defensa; de ahí, que, deviene en ilegítimo e inconstitucional que se confiera obligatoriedad a su dictamen acusatorio, o su insistencia en el mismo pese a la carencia y debilidad de las evidencias, lo que a su vez le estaría confiriendo capacidad de decidir dentro del proceso penal, todo lo cual implica una evidente confusión de roles entre Fiscalía y jurisdicción penal, que es contraria a los principios del sistema acusatorio y por tanto, contraria a la Constitución; además, de vulnerar el derecho a la seguridad jurídica y los principios de independencia e imparcialidad del órgano jurisdiccional penal, que a su vez son principios y garantías fundamentales del debido proceso penal reconocidas por la Constitución¹⁷.

En el proceso penal, el juez es el único que debe y tiene que ser imparcial, mientras que el fiscal, cuando exhibe una pretensión punitiva, carece de una total imparcialidad, ya que es de naturaleza humana que se reconozca como correcta su posición frente al problema concreto respecto del cual ha tomado partido, es decir, que adopte una posición definida, y quien ha adoptado tal posición no

¹⁵ Ver Art. 27 reformado del CPP (Ley s/n, R.O. 555-S, 24-III-2009).

¹⁶ Ver Art. 65 CPP.

¹⁷ Ver Art. 76 CRE.

puede ser objetivo. En palabras del maestro *Carnelutti*, se puede afirmar que: *“Es inconcebible la naturaleza de parte con una posición neutral”*¹⁸.

De todo lo mencionado, resulta que es el Juez de garantías penales el único llamado a tomar decisiones y resoluciones dentro del proceso penal y para ello no debe encontrarse normativamente constreñido en tales facultades, ni por la existencia de un dictamen fiscal acusatorio, ni por la insistencia en mantener una acusación aunque la evidencia resulte ineficaz.

b) Presunción de Inocencia

La presunción de inocencia implica el derecho del imputado a ser tratado como inocente durante el proceso. La inocencia es un derecho connatural del hombre que existe antes de toda forma de autoridad y de Estado. Esta, a diferencia de lo que ocurría en el procedimiento inquisitivo, debe ser ampliamente reconocida en el procedimiento acusatorio. Las consecuencias más importantes al afectar este principio se refieren a la supresión del auto de procesamiento y, consiguientemente, la calidad de procesado y las gravosas consecuencias que de ella se derivan; y a la reglamentación de las medidas cautelares, en especial la prisión preventiva, que debe ser una medida excepcional, fundada estrictamente en la necesidad de asegurar el cumplimiento de los fines del proceso penal.

Precisando, la condición natural y derecho político fundamental de carácter inalienable e irrenunciable, que es la inocencia, en el desarrollo de un proceso penal, está amparada por una presunción, que viene a ser un mecanismo por el cual toda persona procesada legalmente debe ser tratada como inocente durante la investigación o juzgamiento, hasta el fallo condenatorio con tránsito a cosa juzgada¹⁹.

Este principio se encuentra amparado en nuestra Constitución de la República en su artículo 76, numeral 2, que manifiesta: *“Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”*, y es la piedra angular sobre la cual se ha erigido toda la doctrina y procedimiento penal que debe respetar u observar en todo momento la institución del *indubio pro reo*, a partir de lo cual, a su vez han devenido todas las garantías del debido proceso.

La presunción de inocencia supone por una parte la obligatoriedad de prueba en contrario por parte de quien pretende desvirtuarla; y por otra, la aceptación de dicha prueba por el órgano jurisdiccional competente, que al declararlo mediante una decisión en firme, desvirtúa dicha presunción; lo cual en el proceso penal es posible únicamente mediante sentencia condenatoria ejecutoriada y la sentencia se expide luego de concluida la etapa de juicio, encontrándose en firme sólo después de haberse evacuado los medios de impugnación establecidos en la propia Ley procesal penal.

De lo expuesto se concluye que al no ser la etapa intermedia aquella en que se expide sentencia, la obligatoriedad del dictamen fiscal acusatorio establecido en las normas cuya constitucionalidad se consulta, vulnera la presunción de inocencia, en tanto se confiere a dicho dictamen acusatorio

un valor exorbitante, equiparándolo al de una decisión judicial que se debe expedir en otra etapa del proceso penal.

Realizado así el juicio de constitucionalidad sobre los incisos tercero y quinto del tercer artículo innumerado agregado luego del artículo 226 por la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal publicada en el Suplemento del Registro Oficial N.º 555 del 24 de marzo del 2009, absuelta la consulta de constitucionalidad sobre dichas disposiciones legales, y realizando el “control concreto de constitucionalidad”, esta Corte evidencia que dichas disposiciones riñen con la Constitución de la República del Ecuador conforme queda analizado.

Con el objeto de evitar que los plazos de suspensión de los procesos penales por efectos de la consulta de constitucionalidad, se utilicen indebidamente para alcanzar la caducidad de la prisión preventiva, esta Corte en correcta aplicación del artículo 77 numeral 9 de la Constitución de la República, determina que el lapso en que los procesos penales se encuentran en trámite de consulta de constitucionalidad, no debe computarse para los efectos de dicha caducidad.

DECISION:

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

SENTENCIA:

1. Declarar la inconstitucionalidad de los incisos tercero y quinto del tercer artículo innumerado, agregado luego del artículo 226 por la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N.º 555 del 24 de marzo del 2009; y, en consecuencia, expulsar del ordenamiento jurídico los incisos tercero y quinto antes señalados.
2. Precisar que el tiempo que los procesos penales permanezcan en la Corte Constitucional con ocasión del trámite de consulta de constitucionalidad, no serán computables para efectos de la declaratoria de caducidad de la prisión preventiva.
3. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

f.) Dr. Patricio Pazmiño Freire, Presidente.

f.) Dra. Marcia Ramos Benalcázar, Secretaria General (E).

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, con ocho votos a favor, de los doc-

¹⁸ CARNELUTTI, Francesco. Ob. Cit.

¹⁹ RODRÍGUEZ, Orlando Alfonso, “La presunción de inocencia” Principios Universales. 2ª edición. Reimpresión. Bogotá, D. C.- Colombia. pp.147.

tores: Patricio Herrera Betancourt, Luis Jaramillo Gavilanes, Alfonso Luz Yunes, Hernando Morales Vinueza, Ruth Seni Pinoargote, Nina Pacari Vega, Edgar Zárate Zárate y Patricio Pazmiño Freire, y un voto salvado del doctor: Manuel Viteri Olvera, en sesión del día jueves veinticinco de febrero del dos mil diez. Lo certifico.

f.) Dra. Marcia Ramos Benalcázar, Secretaria General (E).

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.- Revisado por- f.) Ilegible.- Quito, 16 de marzo del 2010.- f.) El Secretario General.

**VOTO SALVADO
DEL DR. MANUEL VITERI OLVERA**

Sentencia No. 0025-09-CN

CASO: 0025-09-CN

1. ANTECEDENTES

De la demanda (consulta) y sus argumentos.-

Los doctores Isabel Ulloa, Eduardo Ochoa Chiriboga y Ramiro García Falconí, en sus calidades de Juez Titular, Conjuez Titular y Conjuez Permanente de la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, con fundamento en el Art. 428 de la Constitución de la República, consultan a la Corte Constitucional, lo siguiente:

Que, mediante sorteo de ley correspondió conocer a la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el proceso No. 212-2009 por el supuesto delito de robo calificado seguido en contra de Paúl Apunte Arias y otros.

Que, Paúl Apunte presentó recursos de nulidad y apelación, siendo negado el de nulidad, en cuanto a la apelación del auto de llamamiento a juicio, el recurrente justifica su no intervención en el ilícito.

Que, el Agente Fiscal, Dr. Ángel Abendaño, ratifica en la audiencia oral el dictamen acusatorio y solicita se deseche la apelación, no presenta argumento alguno que justifique el auto de llamamiento a juicio, no enuncia los elementos de convicción en que funda su acusación; es más, de manera expresa reconoce que respecto del recurrente Paúl Apunte no existen elementos de convicción que hagan presumir su participación.

Que, las normas cuya constitucionalidad se consulta son los incisos tercero y quinto del tercer artículo innumerado agregado al artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.

Que, consideran inconstitucionales los incisos indicados, por las siguientes razones:

1. La Constitución establece en el Art. 76 num. 2 la presunción de inocencia que ampara a toda persona sometida a procedimiento; el principio de inocencia, a más de su consagración constitucional, está contemplado en la Declaración Universal de los

Derechos Humanos (Art. 11 párrafo 1) y en la Declaración Americana sobre Derechos Humanos (Art. 8 num. 2), entre otros instrumentos internacionales; de este principio se desprenden todas las garantías del debido proceso, entre ellas, de manera fundamental el derecho a la defensa.

2. En virtud del principio de inocencia, entre otros aspectos, se obliga a la existencia de una acusación para que pueda procederse a juicio, conforme lo establece el Art. 251 del Código de Procedimiento Penal; en virtud de este principio, el sistema acusatorio obliga a que la acusación de la fiscalía se someta a la decisión del juez, para que sea éste quien decida si procede o no llamar a juicio a una persona.

3. El principio de inocencia y su derivación, el principio in dubio pro reo, por el cual solo la convicción firme justifica un llamamiento a juicio y únicamente la certeza justifica una sentencia condenatoria; imponen la carga de la prueba a la Fiscalía, titular de la acción penal en el caso de los delitos de acción pública. Este principio de carga de la prueba, implica que es obligación del órgano investigador o requirente, la producción de la actividad probatoria tendiente a demostrar la responsabilidad del procesado y, correlativamente, implica que este mismo órgano (Fiscalía), no puede ser el mismo que evalúe dichas pruebas y determine la responsabilidad del procesado en las diferentes etapas del proceso.

4. El sistema acusatorio que rige al proceso penal ecuatoriano, al menos como postulado, obliga a igualar las condiciones en que actúan tanto el procesado como el órgano de persecución (Fiscalía); dicha igualdad aparece como ideal utópico pero plausible, al intentar acercarse en la mayor medida posible al proceso de partes, dotando al imputado -aún de manera parcial- de facultades equivalentes a la del órgano investigador (Fiscalía) para que pueda resistir la persecución penal, con posibilidades parejas a la del acusador.

5. La búsqueda de esta igualdad en el proceso penal, teniendo en cuenta las posibilidades con que cuenta la Fiscalía y Policía frente al procesado, obliga, entre otros aspectos, a la existencia de dos órganos estatales distintos: los jueces, que ejercen la llamada jurisdicción y cuyas expresiones de voluntad son manifestaciones del poder de decisión; y, la fiscalía, cuyas manifestaciones de voluntad son las del poder requirente, esto es, del poder de perseguir penalmente.

6. La existencia y actuación independiente de los órganos requirente y decisorio, son fundamentales para el ejercicio de las garantías del debido proceso y especialmente para la protección del principio de inocencia. Si el destino procesal del procesado se decide por parte del mismo órgano que produce la actividad probatoria, no existe la independencia que tanto la Constitución y los fines del sistema acusatorio obligan.

Concluyen: "Este es exactamente el caso de los incisos tercero y quinto del tercer artículo innumerado agregado al artículo 226 del Código de Procedimiento Penal...".

Pretensión Concreta.

Los consultantes señalan: *“No es la potestad decisoria del juez lo que se discute, sino sobre todo las garantías básicas del procesado, especialmente el principio de inocencia que lo ampara, por lo que solicitamos a la Corte Constitucional se sirvan declarar como inconstitucionales los incisos tercero y quinto del tercer artículo innumerado agregado al artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, mediante Ley publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 555 de 24 de marzo de 2009.”*

II. COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERIODO DE TRANSICION

De la Admisión y la Competencia.-

El 19 de agosto de 2009 ante la Corte Constitucional para el Periodo de Transición se presenta la acción que nos ocupa; mediante auto de 28 de septiembre de 2009 la Sala de Admisión de esta Corte considerando que la consulta planteada reúne lo requisitos de admisibilidad determinados en el Art. 6 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de Competencias de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición admite a trámite la presente acción; el 21 de octubre de 2009, luego del sorteo de rigor, avoca conocimiento la Segunda Sala de Sustanciación, correspondiendo sustanciar la presente acción, como Jueza Constitucional Sustanciadora, a la Dra. Nina Pacari Vega.

La Corte Constitucional, para el periodo de transición, es competente para conocer y resolver la presente causa, de conformidad con lo previsto en los Arts. 428 y 429 de la Constitución de la República y el Art. 27 del Régimen de Transición, publicados en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre del 2008, en concordancia con los Arts. 39 y 40 de las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 466 del 13 de noviembre del 2008; y, sobre todo, por la Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009, que establece: *“Segunda.- Las reglas de Procedimiento para el ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición, expedidas, en uso de sus atribuciones, por el Pleno de la Corte, publicadas en el Suplemento del Registro Oficial No. 466 de 13 de noviembre de 2008, tienen validez jurídica para las causas constitucionales ingresadas hasta antes de la vigencia de esta ley, en lo que resultaren mas favorables a la vigencia y eficacia de los derechos constitucionales”*.

La presente acción ha sido tramitada de conformidad con el ordenamiento jurídico constitucional y legal aplicable al caso, por lo cual se declara su validez.

III. DETERMINACION DE LOS PROBLEMAS JURIDICOS QUE SE RESOLVERAN

Para decidir el fondo de la cuestión, esta Corte considera necesario sistematizar los argumentos planteados en el caso a partir de la solución de los siguientes problemas jurídicos:

- ¿Cuál es la naturaleza de la “consulta de constitucionalidad”, como control concreto de constitucionalidad?
- ¿Cuáles son las disposiciones legales respecto de las cuales se pide la consulta de constitucionalidad?
- ¿Cuál es el entorno jurídico-procesal de las normas cuya consulta de constitucionalidad se solicita?
- ¿Cuál es el rol, función y/o deber de los sujetos procesales Juez y Fiscal en el proceso penal?
- ¿Afectan o no las normas consultadas y sometidas a control concreto de constitucionalidad, a las garantías de presunción de inocencia y del debido proceso?

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

Sobre la naturaleza de la “consulta de constitucionalidad”, como control concreto de constitucionalidad.-

El Art. 428 de la Constitución de la República del Ecuador dispone que cuando una jueza o juez, ya sea de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a un Instrumento Internacional que contemple derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, deberá suspender la tramitación de la causa y remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional; claro está, indicando la norma jurídica sobre la cual existan dudas acerca de su constitucionalidad, a fin de que el máximo organismo de control constitucional emita su pronunciamiento. Esta es una de las modificaciones más relevantes que incorpora la actual Constitución, vale decir, el cambio de un sistema de control difuso a un sistema concentrado del control de la constitucionalidad.

En el Art. 424 ibidem se instituye el principio de supremacía constitucional al señalar: *“las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales”*, caso contrario, se impone la consecuencia de carecer de eficacia jurídica.

Así concebida la naturaleza de esta acción de consulta de constitucionalidad, como control concreto de constitucionalidad, dicho control tiene que ver y/o guarda estrecha relación con el examen de constitucionalidad que se debe hacer a la norma o normas consultadas, todo ello bajo los parámetros de la acción de inconstitucionalidad. De ahí que, cabe señalar en lo que respecta a la acción pública de inconstitucionalidad, según lo señala el profesor de Derecho Constitucional y Ex Presidente del Tribunal Constitucional de Colombia, en su artículo sobre *“Jurisdicción Constitucional en Colombia”*, que esta acción es un mecanismo de control de constitucionalidad concentrado al establecer que *“en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”*.

La defensa de la Constitución apela a mecanismos propios del modelo concentrado y difuso, e involucra en esa tarea a la Corte Constitucional y a todos los jueces y tribunales sin excepción. La acción de consulta de constitucionalidad, está

dentro de aquellas acciones y mecanismos para la defensa de la Constitución así como de los derechos reconocidos en la Constitución.

Control concreto de constitucionalidad.

Cabe señalar que a la Corte Constitucional le corresponde resolver sobre la constitucionalidad de la norma que el juez, ya sea de oficio o a petición de parte, haya considerado que resulta ser contraria a la Constitución.

En la acción de consulta de constitucionalidad, la Corte Constitucional debe hacer un control integral y de unidad normativa; en la sentencia debe pronunciarse de fondo sobre todas las normas demandadas, adicionalmente, el fallo podrá cobijar normas no demandadas que, sin embargo, conformen unidad normativa con aquellas otras que se someten al examen de constitucionalidad.

La norma legal consultada, por regla general, se confronta con la totalidad de los preceptos de la Constitución a fin de garantizar de esta manera su supremacía e integridad. En consecuencia, la sentencia de la Corte puede fundarse en normas de la Constitución no invocadas por el demandante. El control integral que obligatoriamente realiza la Corte, se asocia a los efectos de cosa juzgada constitucional que se predica de sus fallos.

La consulta de constitucionalidad como medio de control constitucional.

Como un medio de control constitucional, la importancia de la consulta de constitucionalidad es evidente; una de las características que le agrega importancia es que es un medio de control constitucional al alcance de órganos del Estado, en este caso de los jueces, sin limitar su procedencia o invasión de esferas de competencia como es el caso de la controversia constitucional. En estos términos, la consulta de constitucionalidad podrá ocuparse no sólo de violaciones a la parte orgánica de la Constitución (lo que ocurre en el caso de la controversia constitucional), sino que también podrá ocuparse de violaciones a garantías o derechos individuales o colectivos, según el caso.

Sobre la Identificación de las disposiciones legales respecto de las cuales se pide la consulta de constitucionalidad.-

El tercer artículo innumerado, agregado a continuación del Art. 226 del Código de Procedimiento Penal, incorporado mediante Ley Reformatoria publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 555 de 24 de marzo de 2009, cuyo texto es el siguiente:

“Art....- Resolución.- Concluidas las intervenciones de los sujetos procesales el juez de garantías penales anunciará de manera verbal a los presentes su resolución, la que se considerará como notificada en el mismo acto. La secretaría del juzgado conservará por escrito o en una grabación las actuaciones y exposiciones realizadas en la audiencia y el contenido íntegro de la resolución judicial.

Si el juez de garantías penales observare que las alegaciones respecto de la existencia de causas de

nulidad del proceso están debidamente sustentadas, declarará la nulidad a partir del acto procesal que lo invalida.

Si a criterio del juez de garantías penales no hay vicios de procedimiento que afecten la validez del proceso, dictará auto de llamamiento a juicio cuando el dictamen fiscal sea acusatorio.

Si se impugna la constitucionalidad o la legalidad de la evidencia, el juez de garantías penales deberá pronunciarse rechazando la objeción o aceptándola, y en este último caso declarará qué evidencias son ineficaces hasta ese momento procesal.

En el evento anterior, el juez de garantías penales preguntará al fiscal si es su decisión mantener la acusación sin contar con la evidencia que se considera ineficaz hasta ese momento; si el fiscal decide mantenerla, el juez de garantías penales dictará auto de llamamiento a juicio, en cuya etapa la Fiscalía deberá desarrollar los actos de prueba necesarios para perfeccionar y legalizar la evidencia ineficaz.

El secretario elaborará, bajo su responsabilidad y su firma, el extracto de la audiencia, que recogerá la identidad de los comparecientes, los procedimientos especiales alternativos al proceso ordinario que se hubieren aplicado, las alegaciones, los incidentes, y la resolución del juez de garantías penales” (negrilla en los incisos cuya inconstitucionalidad se alega).

Sobre el entorno jurídico procesal de las normas cuya constitucionalidad se consulta.-

Como queda indicado, los incisos cuya constitucionalidad se solicita, han sido agregados mediante Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 555 del martes 24 de marzo del 2009, y se refieren al Capítulo III, Título II, Sección 1ª, que trata de la “Audiencia Preparatoria del Juicio”; esto es, la resolución que el Juez de Garantías Penales anunciará a los presentes en forma verbal.

Análisis de las Disposiciones Legales.-

Previamente vale destacar que la Constitución vigente señala en su artículo 168 numeral 6, que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo y, en lo que tiene que ver con el Código de Procedimiento Penal, la oralidad se consolidó con la Ley Reformatoria del 24 de marzo de 2009.

Entre las finalidades de la Audiencia Preparatoria del Juicio y de formulación del dictamen, según el Código de Procedimiento Penal, Art. ...226.1 en su inciso tercero textualmente dice: “*Los sujetos procesales anunciarán las pruebas que serán presentadas en el juicio, cada una tendrá el derecho a formular solicitudes, observaciones, objeciones y planteamientos que estimaren relevantes referidos a la oferta de prueba realizada por los demás intervinientes*”; y, el Art. 79 del mismo Código textualmente dice: “*Las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales de garantías penales*

correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes, que serán practicadas por las juezas y jueces de garantías penales. Las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción Fiscal alcanzarán el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa del juicio”.

Es importante destacar que sujetos procesales son las personas que de alguna manera intervienen en la sustanciación de un proceso, entre ellos los sujetos principales necesarios como son el juez, fiscal, procesado y defensor público, los sujetos procesales contingentes son el acusador particular, Procurador General del Estado, Contralor General del Estado y, Superintendente de Bancos; y, sujetos procesales auxiliares como secretario, perito, intérprete, testigo y curador. De la misma manera vale señalar que hay sujetos procesales que además intervienen como parte procesal (este es el caso del Fiscal, que intervendrá como parte durante todas las etapas del proceso penal de acción pública. Art. 65 Código de Procedimiento Penal).

El artículo ...226.2 del C.P.P. que trata respecto del **Procedimiento de la Audiencia Preparatoria del Juicio**, nos dice en sus incisos quinto y octavo, entre otros, lo siguiente:

Que el juez de garantías penales una vez que ha instalado la audiencia, consultará a los sujetos procesales para que directamente o a través de sus defensores, se pronuncien acerca de la existencia de vicios de procedimiento que pudieren afectar la validez del proceso y, de ser pertinente, dicho Juez resolverá en la misma audiencia.

Los sujetos procesales pueden presentar la evidencia documental que sustente sus alegaciones.

Concluidas las intervenciones de los sujetos procesales en la **Audiencia Preparatoria de Juicio y de Formulación del Dictamen**, el Juez de Garantías Penales según el art. ...226.3 del C.P.P., anunciará en forma verbal a los presentes su resolución, resolución que conforme a dicha disposición legal en los incisos tercero y quinto señalan:

Inciso tercero: Si a criterio del juez de garantías penales no hay vicios de procedimiento que afecten la validez del proceso, dictará auto de llamamiento a juicio cuando el dictamen fiscal sea de acusación.

Inciso Quinto: En el evento anterior, el juez de garantías penales preguntará al fiscal si es su decisión mantener la acusación sin contar con la evidencia que se considera ineficaz hasta ese momento; si el fiscal decide mantenerla, el juez de garantías penales dictará auto de llamamiento a juicio, en cuya etapa la Fiscalía deberá desarrollar los actos de prueba necesarios para perfeccionar y legalizar la evidencia ineficaz.

AL SER LAS INDICADAS DISPOSICIONES LEGALES, LAS CONSULTADAS EN CUANTO A SU CONSTITUCIONALIDAD O NO, CORRESPONDE REALIZAR DICHO CONTROL CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDAD.

El **inciso tercero** no contradice norma constitucional alguna; sin embargo debo anotar que dicha disposición

habla de Dictamen Fiscal, cuando en la audiencia oral preparatoria de juicio lo que se pronuncia es Acusación Fiscal. Por tanto siendo un clamor social garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades, corresponde a la Asamblea Nacional adecuar esta normativa legal conforme lo previsto en el art. 84 de la Constitución de la República.

Además, el control abstracto de constitucionalidad se rige por los principios generales de control constitucional previstos por la Constitución, las Normas Constitucionales, la Jurisprudencia y la Doctrina. Uno de los principios por los que tiene que regirse el control abstracto de constitucionalidad es el de: Presunción de constitucionalidad de las disposiciones jurídicas. Permanencia de las disposiciones en el ordenamiento jurídico, e In dubio pro legislature.

Para resolver sobre la constitucionalidad o no del **inciso quinto**, previamente revisemos los requisitos que se requieren para que proceda el auto de llamamiento a juicio en un proceso penal de acción pública: Cuando el fiscal considera que dispone de una explicación convincente que le permite asociar el resultado lesivo observado, a la acción de un sujeto concreto: y que cuenta con fuentes de prueba de las que puede extraer elementos para apuntalar esta afirmación, **demostrando su realidad, entonces pronuncia acusación fiscal**, es decir formula una acusación que será una hipótesis acusatoria; de tal modo que para que se inicie la etapa del juicio, debe necesariamente haberse efectuado la indicada audiencia oral preparatoria del juicio por parte del juez de garantías penales, a quien el fiscal le ha presentado las evidencias y elementos que puedan convertirse en pruebas como para llevarle a la convicción de que es necesario avanzar en el proceso y juzgar al procesado, contra el cual, el fiscal ha presentado acusación formal que la ha sustentado en la audiencia oral preparatoria del juicio ante el juez de garantías penales.

Aquí cabe plantearse la siguiente pregunta ¿Cuándo no procede que el juez de garantías penales dicte auto de llamamiento a juicio?; y la contestación es no procede en dos casos:

- 1.- Porque las evidencias obtenidas por la Policía Judicial y Ministerio Público, no son suficientes; y,
- 2.- Porque las evidencias han sido obtenidas en forma ilegal.

De tal modo, decir que si el fiscal sostiene en la audiencia oral preparatoria del juicio que la evidencia que él ha presentado y que ha sido impugnada su constitucionalidad o la legalidad, y que el juez de garantías penales, le pregunte si es su decisión mantener la acusación, dicho juez está en la obligación de dictar el auto de llamamiento a juicio, esto sin lugar a dudas que atenta contra los derechos y garantías señalados en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales vigentes y que por ende tienen que ser aplicados directa e inmediatamente por cualquier juez, tribunal o autoridad competente. Específicamente violenta los derechos de protección señalados en el art. 76 numerales 2 y 7 literales c) y h); así como el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación de la misma Constitución.

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

SENTENCIA

1. Declarar que el contenido del **inciso tercero** del tercer artículo innumerado, agregado luego del Art. 226 por la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 555 de 24 de marzo de 2009 no contradice norma constitucional alguna.
2. Declarar la inconstitucionalidad del **inciso quinto** del tercer artículo innumerado, agregado luego del Art. 226 por la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 555 de 24 de marzo de 2009, y expulsar del ordenamiento jurídico dicha disposición legal.
3. Publicar la presente sentencia en el Registro Oficial.-
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

f.) Dr. Manuel Viteri Olvera, Juez Constitucional.

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.-
Revisado por- f.) Ilegible.- Quito, 16 de marzo del 2010.- f.) El Secretario General.

Quito, D. M., 24 de febrero del 2010

Sentencia N. ° 0004-10-SEP-CC

CASO N. ° 0388-09-EP

**LA CORTE CONSTITUCIONAL
Para el período de transición**

Juez Sustanciador: Dr. Hernando Morales Vinueza

I. ANTECEDENTES

Freddy Martín Romero Romoleroux presenta acción extraordinaria de protección e impugna el auto de aceptación de recurso de hecho y admisión a trámite de recurso de casación interpuesto por el representante legal del Banco Centro Mundo, en el juicio ordinario 194-2007 y la sentencia de casación, dictados dentro del mismo juicio por la mayoría de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la que fuera Corte Suprema de Justicia del Ecuador.

La demanda fue presentada el 11 de junio del 2009 y admitida a trámite el 5 de agosto del mismo año por la Sala de Admisión, mediante auto en el que además se dispone, como medida cautelar, la suspensión provisional de la ejecución del auto y sentencia impugnados. Luego del correspondiente sorteo, la causa pasa a la Tercera Sala, la que avoca conocimiento de la misma el 25 de agosto del 2009, designa como Juez Sustanciador al Dr. Hernando Morales Vinueza y dispone su notificación a los demandados, a fin de que presenten informe de descargo sobre los argumentos que fundamentan la demanda, en el plazo de 15 días, así como que se haga saber al doctor José Orio Marcos Pinargotty, concediéndole 15 días para que se pronuncie exclusivamente sobre la presunta vulneración de derechos en el proceso de juzgamiento.

La audiencia convocada por la Sala de sustanciación para el día 16 de junio del 2009 se realizó únicamente con la asistencia del demandante, a través de sus defensores, cuya intervención fue debidamente ratificada.

LA DEMANDA

Los antecedentes de la demanda

Señala el demandante que interpuso demanda civil de daño moral en contra del Banco Centro Mundo S. A., a fin de que se estableciera el monto de indemnización que debía pagar dicho banco por los perjuicios morales causados a partir de un injusto y temerario juicio penal interpuesto en su contra, en el que había probado su inocencia.

El antecedente del juicio penal ha sido una denuncia y acusación particular en su contra por el presunto delito de peculado bancario, supuestamente cometido en el ejercicio de sus funciones como Gerente de la Sucursal del Banco Centro Mundo S. A., de la ciudad de Machala, proceso que determinó no sólo la pérdida de su trabajo, sino también de su reputación, lo que le impidió conseguir trabajo en el sector comercial, bancario y financiero. Después de más de cuatro años obtuvo sobreseimiento provisional dictado por el Juez Segundo de lo Penal de El Oro mediante auto del 27 de febrero del 2003, confirmado mediante auto de sobreseimiento definitivo de la ex Sala de lo Penal, Colosorio y de Tránsito de la Corte Superior de Justicia de Machala, del 22 de junio del 2004.

En el juicio civil interpuesto por daño moral, el Juez Décimo Cuarto de lo Civil de El Oro ha dictado sentencia negando las pretensiones de la demanda, la que ha sido revocada por la ex sala de lo Civil de la entonces Corte de Justicia de Machala, en sentencia del 15 de mayo del 2007, declarando con lugar la demanda y ordenando al Banco Centro Mundo S. A., el pago de una indemnización compensatoria a su favor, por la suma de seiscientos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

El Banco Centro Mundo, a través de su representante legal, señor Álvaro Valenzuela, ha interpuesto recurso de casación contra la indicada sentencia, recurso que fue negado mediante auto del 4 de julio del 2007. El demandado ha interpuesto recurso de hecho del auto que negó la procedencia del recurso de casación, petición que fue aceptada mediante auto de mayoría de la ex Primera Sala de la entonces Corte Suprema de Justicia de 26 de septiembre del 2007 (que impugna); en consecuencia, admitió a trámite el recurso de casación. Mediante sentencia del 8 de abril del

2008, la ex primera Sala de lo Civil de la ex Corte Suprema de Justicia, casó inconstitucionalmente la sentencia y rechazó sus pretensiones (sentencia que igualmente impugna).

Supuestos derechos vulnerados

Considera el demandante que el auto y sentencia impugnados vulneran su derecho al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva por parte de jueces imparciales, conforme las normas del debido proceso establecidas en los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República del Ecuador y el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Señala que el derecho a la tutela judicial efectiva contempla varios elementos como garantías mínimas para el ejercicio de los derechos, y entre ellas, las que hacen parte del núcleo esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, se encuentra la imparcialidad del juez.

Aduce que las decisiones judiciales que impugna vulneran la obligación de actuar imparcialmente por haber aceptado el recurso de hecho y consecuentemente el de casación, sin tomar en cuenta que éste no reunía los requisitos formales exigidos por el artículo 6 de la ley de la materia.

Los ex Magistrados de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, al ignorar el alcance del recurso de casación, vulneran el debido proceso, pues en el considerando primero de la sentencia de mayoría tomaron una decisión *ultra petita* que determinó todo el contenido posterior de la demanda, lo que refuerza la violación a la falta de imparcialidad del juez, llegando al extremo de completar de mutuo propio el escrito de la demanda, al escoger, más allá del libelo de la misma, la causal de procedencia de la acción, violando la ley de casación, el principio dispositivo que informa este recurso y los propios precedentes jurisprudenciales, ya que por el carácter formal de la casación civil, el tribunal competente solo puede pronunciarse sobre las violaciones al ordenamiento jurídico que han sido solicitadas por el recurrente. De esta forma, se favoreció al Banco Centro Mundo, sin importar el derecho positivo vigente y la jurisprudencia de la Corte, lo que implica una violación clara al principio de imparcialidad, y demuestra no solo una apariencia, sino la certeza de que los magistrados tenían la determinación previa de favorecer al Banco Centro Mundo.

Pretensión

Solicita el demandante lo siguiente:

- a) Declarar la vulneración de los principios constitucionales de tutela judicial efectiva, e imparcialidad en que han incurrido los ex Magistrados.
- b) Dejar sin efecto el auto de mayoría dictado el 26 de septiembre del 2007, dentro del juicio ordinario 194-2007, por la ex Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, mediante el cual se aceptó el recurso de hecho y se admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por el Banco Centro Mundo.

- c) Dejar sin efecto la sentencia de mayoría dictada por la misma Sala, el 8 de abril del 2008, dentro del recurso de casación señalado.
- d) Disponer al juez a quo la ejecutoria y la ejecución, en un plazo razonable, de la sentencia de la ex Sala de lo Civil de la ex Corte Superior de Justicia de Machala, del 15 de mayo del 2007, dictada dentro del juicio ordinario N.º 733-2006 (daño moral).
- e) Ordenar, como medida cautelar, para evitar la perpetración del juicio irremediable, la suspensión provisional del auto y la sentencia impugnados.

Informe de los demandados

Los doctores Carlos Ramírez Romero y Manuel Sánchez Zuraty, Jueces de la Primera Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, presentan un informe en el que realizan una descripción cronológica de todo el trámite del proceso de casación respecto de la providencia que negó el recurso. El informe no contiene motivaciones de descargo de los fundamentos de la demanda de acción extraordinaria de protección y precisa que los jueces no conocieron ni sustanciaron el proceso por no haber estado en funciones en esa época. Remiten copia certificada del cuadernillo de casación.

El Banco Centro Mundo no ha presentado informe alguno respecto a la vulneración de derechos alegada por el demandante.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

El Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, es competente resolver la presente acción extraordinaria de protección, y lo hace de acuerdo con las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de transición, aplicando la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Determinación de los problemas jurídicos constitucionales planteados

A fin de verificar si en el caso puesto a conocimiento de la Corte Constitucional hubo vulneración de derechos del demandante en el juicio ordinario por daño moral en la aceptación del recurso de hecho y posterior casación de sentencia, presentados por el Banco Centro Mundo, demandado en el referido juicio, concretamente, el derecho a la tutela judicial efectiva y la imparcialidad de los jueces como parte del debido proceso que, en consecuencia, también considera vulnerado, la Corte estima necesario señalar los siguientes problemas jurídicos que plantea la demanda, a partir de los derechos que considera han sido vulnerados.

¿Cuál es el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva?

La orientación garantista de la Constitución de la República se encuentra plasmada no solo en la parte dogmática

destinada, entre otros aspectos, a determinar los derechos de las personas consagrados y reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos, y otros derivados de la dignidad de las personas individualmente consideradas, ya en su participación en comunidades, pueblos y nacionalidades, mismos que son indispensables para su desenvolvimiento pleno. A diferencia de anteriores cartas políticas, el reconocimiento de los derechos de las personas constituye parte fundamental de la constitución orgánica y programática.

Entre los derechos que reconoce la Constitución se hallan aquellos que denomina "de protección" que tienen relación con el acceso a la justicia en reclamo de sus derechos, siendo uno de ellos el contenido en el artículo 75, que dispone el derecho al acceso gratuito a la justicia y a *la tutela efectiva, imparcial y expedita* de sus derechos e intereses. La aplicación de estos derechos en la parte orgánica de la Constitución se encuentra definitivamente vinculado a los principios de la administración de justicia, contenidos en el artículo constitucional 168, y que se concreta al consagrar al sistema procesal como medio para la realización de la justicia, y dispone que las normas procesales deben observar principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad, economía procesal y garantizar el debido proceso.

La tutela judicial efectiva que consagra la Constitución es el derecho de toda persona, no solo a acudir a los órganos jurisdiccionales, sino a que a través de los debidos cauces procesales y con mínimas garantías, obtenga una decisión fundada en derecho respecto de sus pretensiones. «El derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le "haga justicia", a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas».¹

Como derechos de prestación, hoy concebidos derechos de protección en la Constitución, es posible determinar que del Estado se pueden obtener beneficios, ya sea porque impone la actuación de la jurisdicción en el caso concreto, o porque exige que el Estado «[...] cree los instrumentos para que el derecho pueda ser ejercido y la justicia prestada»². Por ello, la propia Constitución determina que existirá responsabilidad del Estado por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación al derecho a la tutela judicial efectiva, y por violaciones a las reglas y principios del debido proceso (artículo constitucional 11, penúltimo inciso).

En el Derecho Internacional de protección de derechos, la tutela efectiva tiene fundamento en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En efecto, el punto uno del referido artículo dispone:

"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."

Este derecho, por tanto, tiene como objetivo una justicia efectiva, tanto porque permite que las personas puedan

acceder al sistema judicial del país, como en la tramitación de la causa para que se cumplan reglas del debido proceso y obtener una sentencia basada en derecho, es decir, libre de arbitrariedad.

¿En qué consiste la imparcialidad de los jueces?

Es necesario señalar que el debido proceso no solo conlleva un mínimo de presupuestos y condiciones para tramitar adecuadamente un procedimiento y asegurar condiciones básicas para la defensa. Constituye una concreta disposición desde el ingreso al proceso, se mantiene durante el transcurso de toda la instancia para concluir con una decisión adecuadamente motivada que encuentre concreción en la ejecución de lo dispuesto por los jueces.

El debido proceso, entonces, es el conjunto de principios a observar en cualquier procedimiento, no solo como orientación sino como deber, destinado a garantizar de manera eficaz los derechos de las personas. Con razón, Gozaíni define el derecho al debido proceso como:

*"el derecho a la justicia lograda en un procedimiento que supera las grietas que otrora lo postergaron a una simple cobertura del derecho de defensa en juicio"*³.

En el artículo 76 de la Constitución de la República constan las garantías básicas que conforman el derecho al debido proceso a ser observado en toda causa que tenga por objeto la determinación de derechos y obligaciones de cualquier orden; adicionalmente, el artículo 77 contiene las reglas básicas que debe observar todo proceso penal en el que se ha privado de la libertad a una persona.

Como garantía del debido proceso, el artículo 76, literal *k* estatuye:

"Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente (...)".

La independencia que impone la Constitución se orienta a controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al derecho, provenientes del sistema social, vale decir, externas al proceso, como influencias de parte de otras funciones del Estado. La imparcialidad se refiere exclusivamente a circunstancias concretas del juez en relación al proceso, y la independencia se refiere al marco general del sistema judicial en su conjunto. La competencia, en cambio, tiene relación con la materialización de la jurisdicción, en distintos ámbitos: la materia, el territorio, las personas y los grados.

¹ Jesús González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, tercera edición, Madrid, Civitas, 2001, Pg. 33.

² Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho constitucional*, octava edición, Madrid, Marcial Pons, 2002, Pg. 489.

³ Gonzalo Alfredo Gozaíni, *El debido Proceso*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni,

La imparcialidad de los jueces debe ser considerada desde dos aspectos: uno, *subjetivo*, por el que el juez debe carecer de prejuicio personal. Otro, *objetivo*, por el cual debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima respecto a su imparcialidad, por cuanto en su actuación los jueces deben inspirar confianza por la objetividad con la que actúen. Señala Gozaíni en torno a este aspecto:

*“aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso”*⁴.

Como garantía del debido proceso, la actuación de un juez imparcial debe asegurar que el ejercicio de funciones de juez se desarrolle con la mayor objetividad, previsión que a la vez permite que los jueces cuenten con la confianza necesaria, tanto de las partes como de la ciudadanía en general.

Constituye, por tanto, garantía del debido proceso que sea un juez desinteresado el que resuelva el conflicto de las partes interesadas con un criterio objetivo e imparcial, objetividad que demanda que el juez esté comprometido con el correcto cumplimiento de sus funciones y la aplicación del derecho objetivo al caso concreto, asegurando que ninguna circunstancia extraña influya en sus decisiones. La imparcialidad es condición esencial para el ejercicio de la función jurisdiccional que debe satisfacer la persona.

¿Existió falta de imparcialidad en la decisión de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la extinta Corte Suprema de Justicia, y vulneración de derechos del demandante?

Corresponde determinar si la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, al aceptar a trámite el recurso de casación presentado por el Banco Centro Mundo en el juicio que por daño moral siguió en su contra el señor Freddy Romero Romoleroux, actuó de manera objetiva, es decir, observando el derecho aplicable al caso. Al respecto, el demandante en esta acción señala que la sala no tomó en cuenta el artículo 6 de la Ley de Casación, por tanto, no actuó de una manera imparcial.

De manera previa, es necesario establecer que el recurso de casación ha sido instituido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano como un recurso extraordinario, a diferencia de otros, como el de apelación, que es recurso ordinario. En la previsión legal de este recurso se encuentran taxativamente determinadas las causas por las que procede y por las que, en consecuencia, serán admitidos, a diferencia de los recursos ordinarios que pueden ser interpuestos aduciendo lesión de cualquier norma jurídica en la sentencia o auto, razón por la que para el recurso de casación se han previsto requisitos más rigurosos que para cualquier otro recurso. La extraordinariedad del recurso se justifica por cuanto, en general, en la tramitación de los procesos anteriores se ha cumplido con la pluralidad de instancias, por lo que la posibilidad de interponer un nuevo recurso debe obedecer a circunstancias especiales.

De la revisión del auto emitido por la Primera Sala Civil Mercantil de la Corte Suprema de Justicia que acepta el recurso de hecho interpuesto ante la negativa del recurso de casación, dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Residuales de la Corte Superior de Machala, la Corte determina lo siguiente:

- 1) Procederá a realizar el examen de admisibilidad del recurso de casación denegado, para declarar si admite o rechaza el recurso de hecho y dar paso o no al proceso de casación. Al efecto, señala, revisará el análisis efectuado por el Tribunal de instancia del escrito de fundamentación para determinar si cumple con los requisitos indispensables: a) que la parte que interpone el recurso esté legitimada para ello, es decir, haya sufrido agravio; b) que la providencia sea de aquellas susceptibles del recurso; c) presentación en el término legal; d) que cumpla con los requisitos de la forma que imperativamente dispone el artículo 6 de la Ley de Casación;
- 2) En el segundo considerando, determina que el recurso ha sido interpuesto dentro de término por quien ostenta legitimación activa, respecto de una providencia susceptible de recurso y *“el escrito de fundamentación reúne los requisitos de forma previstos en el artículo 6 de la Ley de Casación lo que no ha sido advertido por el tribunal ad-quem”*.
- 3) Acepta el recurso de hecho y admite a trámite el recurso de casación.

En el segundo considerando, si bien se señala que reúne los requisitos de forma, no determina los aspectos que el Tribunal *ad-quem* ha inadvertido y que permiten a la Sala considerar que el recurrente sí ha dado cumplimiento a los requisitos establecidos por Ley para la procedencia del recurso.

La providencia del 4 de julio del 2007 en la que la Corte Superior de Justicia de Machala, Sala Civil, rechazó el recurso, definió que el escrito no cumple con el requisito formal 3 del artículo 6 de la Ley de Casación, por cuanto el casacionista se ha limitado a manifestar que la determinación de las causales en las que se funda el recurso *“son las causales primera del artículo 3 de la Ley”* sin precisar cuál de las tres hipótesis contenidas en ella le sirven de fundamento; añade la providencia que, en la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia, tales causales son excluyentes. Siendo este el fundamento de la decisión de la Sala de lo Civil de la Corte Superior de Machala, correspondía a la Sala de lo Civil de la Corte Suprema, desvirtuarlo, para así proceder a aceptar el recurso de casación, sin que haya actuado en tal sentido.

La Corte procede a revisar el escrito de interposición de recurso de casación y, en efecto, encuentra que en el punto tercero relativo a la determinación de las causales en que funda el recurso plantea: *“Las causales en las que fundo mi Recurso de Casación, son las causales Primera del artículo*

⁴ En el boletín jurisprudencial del Ministerio Público de Costa Rica N° 89 se hace referencia a los criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la imparcialidad objetiva y subjetiva del juez.

3 de la Ley de Casación”, sin que concrete en cuál de los tres supuestos de la normas se enmarca el recurso, pues la referida causal dispone: “*Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva.* Esta causal, como puede establecerse, contiene a la vez tres elementos (causales) que son excluyentes, por lo que no existe fundamento del recurso si no se individualiza la misma, así ha establecido la misma Sala de lo Civil y Mercantil de la ex corte Suprema de Justicia en fallos de triple reiteración, en los que ha decidido:

*"No se pueden invocar al mismo tiempo y respecto de una misma norma jurídica: falta de aplicación, indebida aplicación y errónea interpretación pues estos son vicios excluyentes e incompatibles"*⁵.

Al respecto, resaltando la práctica jurisprudencial de la ex Corte Suprema de Justicia, en relación a la estricta observación de requisitos de procedibilidad y admisión del recurso de casación, señala Marco A. Guzmán, profesor universitario:

*"(...) de acuerdo con la práctica reiterada que se observa en la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, con ella no se admitirá el recurso si en el escrito en el que se lo deduce simplemente se hace referencia general a las causales que enuncia el artículo 3 de la Ley; o si se manifiesta, que, al mismo tiempo, se registran falta de aplicación o aflicción indebida, o falta de aplicación y errónea interpretación de específicas normas de derecho"*⁶.

La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, al resolver el recurso de hecho por negativa al recurso de casación y revisar el escrito de interposición, define que éste reúne los requisitos de forma previstos en el artículo 6 de la Ley de Casación, no obstante haber incumplimiento del artículo 6, numeral 3, que estatuye como requisito “*La determinación de las causales en que se funda*”, inobserva lo previsto en el punto tres del artículo 7 de la misma Ley que, respecto a los presupuestos para la calificación del recurso, señala: “*Si el escrito mediante el cual se lo deduce reúne los requisitos señalados en el artículo anterior.*” Estos aspectos constituyen requisitos de admisibilidad que en la Corte Suprema de Justicia son observados de manera estricta; en este sentido, el artículo 8 prevé:

"Cuando concurran las circunstancias señaladas en el artículo 7, el Juez o el órgano judicial respectivo, dentro del término de tres días, concederá el recurso y notificará a las partes."

La Corte observa que la Sala de casación, al admitir el recurso, separándose de sus propios precedentes, sin motivación ni argumentación alguna que impida considerarla arbitraria, contrariando los artículos 3 y 6 de la Ley de Casación, inobserva la línea jurisprudencial y de fallos reiterados y obligatorios de la ex Corte Suprema; en consecuencia, actuó prescindiendo de la realidad reflejada en el escrito de recurso y alejada del derecho, con lo cual,

de manera evidente, actuó favoreciendo al recurrente que no observó las reglas vigentes para la interposición de recursos de casación, lo que en casos análogos ha determinado el rechazo del recurso por parte de la misma Sala que, ahora, al conocer el recurso de hecho, decide admitir a trámite la casación. Evidentemente, la Sala no actuó de manera neutral, incurriendo así en falta de imparcialidad objetiva, afectando el derecho del demandante a ser juzgado por un juez imparcial que, como se ha analizado, forma parte del derecho al debido proceso, garantizado en el artículo 76, y a la vez del derecho a la tutela judicial efectiva que, como igualmente se ha analizado, demanda un proceso con el mínimo de garantías.

La sentencia de casación ¿vulnera derechos del demandante?

El antecedente de la sentencia de casación presentada a conocimiento de la Corte es la aceptación del recurso de hecho y, en consecuencia, la admisión del recurso de casación interpuesto por el demandado, Banco Centro Mundo, en juicio por daño moral, admisión decidida con vulneración de derechos del demandante, conforme ha analizado la Corte, vicio que, en consecuencia, afecta también a la decisión final: la sentencia de casación, no solo porque el proceso nació de un acto viciado, sino porque en el mismo se confirma los mismos errores. En efecto, la sentencia señala que la actividad jurisdiccional de la Sala se desenvolverá “en los límites dados por el recurrente” en aplicación del principio dispositivo, no obstante que el recurso de casación no determinó individualizadamente la causal en que se fundaba, por tanto, no correspondía a la Sala escoger y adecuar la referida causal para resolver, si el recurrente no lo hizo, no correspondía hacerlo a la Sala, pues la misma Corte ha señalado que las causales del artículo 3, numeral 1 de la Ley de Casación, son excluyentes, por lo que, en el recurso de casación debe concretarse la causal.

La sentencia dictada como efecto de la aceptación de un recurso que no cumplía los requisitos legalmente establecidos, en consecuencia, violando derechos del demandante, conlleva la reproducción del mismo vicio, contrario a la Constitución garantista de derechos, que impone a toda autoridad la obligación de actuar respetándolos, evitando así toda actuación arbitraria.

⁵ Las siguientes resoluciones de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, contienen el precedente jurisprudencial sobre admisibilidad del recurso de casación - 11-IX-1997 (Resolución No. 540-97, Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, G.J. S. XVI, No. 13, p. 3410, R.O. 222-S, 24-XII-1997)

- 20-X-1997 (Resolución No. 578-97, Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, G.J. S. XVI, No. 13, p. 3410, R.O. 83, 8-XII-1998)

- 23-X-1997 (Resolución No. 596-97, Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, G.J. S. XVI, No. 13, p. 3411, R.O. 227, 2-I-1998)

⁶ Marco Antonio Guzmán Carrasco, La Casación en Ecuador, en especial la administrativa y la Civil, *Revista de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central*, Quito, 2008 p. 33

En ese contexto, la Corte Constitucional observa que la Sala de la Corte Suprema de Justicia, al admitir el recurso de hecho, se ha separado sin motivación suficiente tanto del texto de la Ley de Casación (artículos 3 y 6 de la Ley de Casación), como de sus propios precedentes; ha contradicho fallos reiterados y quebrantando la línea jurisprudencial vigente en la materia, que disponen que el recurrente en casación debe individualizar claramente la causal por la cual impugna la sentencia.

Tal inobservancia normativa y del precedente jurisprudencial implica un tratamiento diferenciado respecto de casos análogos que, en el caso concreto, generan una clara vulneración de los derechos constitucionales del accionante, particularmente de los derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva que hace parte del debido proceso, por cuanto con esta decisión se generaron efectos jurídicos contrarios a claras disposiciones de la ley y distintos a lo resuelto por la misma Sala en otros casos análogos.

Otras consideraciones de la Corte

La acción extraordinaria de protección se encuentra instituida para la tutela de derechos de los usuarios de la justicia que han sido vulnerados por actuaciones de jueces y tribunales. El objetivo de esta garantía se orienta a garantizar el respeto a los derechos de las personas mediante la restitución de los mismos y, de ser el caso, la reparación.

En la presente causa, la Corte encuentra que la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia ha actuado vulnerando derechos del demandante, señor Freddy Martín Romero Romoleroux, al aceptar a trámite el recurso de casación interpuesto por el demandado, Banco Centro Mundo y, en consecuencia, al dictar sentencia de casación, razón por la que estima procedente restituir los derechos del demandante, disponiendo la restitución del proceso hasta el momento en que se vulneraron los derechos.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando justicia y por mandato de la Constitución de la República, la Corte Constitucional, para el período de transición, expide la siguiente:

SENTENCIA:

1. Declarar la existencia de la violación a los derechos de la tutela judicial efectiva y debido proceso y, en consecuencia, aceptar la acción extraordinaria de protección planteada por Freddy Martín Romero Romoleroux.
2. Disponer que el proceso N.º 194-2007, tramitado por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, cuyas decisiones judiciales se impugnan en esta acción extraordinaria, se retrotraiga al momento procesal en que se vulneraron los derechos referidos en el numeral anterior; esto es, se debe sustanciar nuevamente el recurso de hecho propuesto

por el Banco Centro Mundo; sustanciación que corresponderá a la Sala de Conjuces respectiva de la Corte Nacional de Justicia.

3. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

f.) Dr. Patricio Pazmiño Freire, Presidente.

f.) Dra. Marcia Ramos Benalcázar, Secretaria General (E).

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, con nueve votos a favor, unanimidad, de los doctores: Luis Jaramillo Gavilanes, Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes, Hernando Morales Vinuesa, Ruth Seni Pinoargote, Nina Pacari Vega, Manuel Viteri Olvera, Edgar Zárate Zárate y Patricio Pazmiño Freire, en sesión del día miércoles veinticuatro de febrero de dos mil diez. Lo certifico.

f.) Dra. Marcia Ramos Benalcázar, Secretaria General (E).

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.- Revisado por- f.) Ilegible.- Quito, 16 de marzo del 2010.- f.) El Secretario General.

Quito, D. M., 24 de febrero del 2010

Sentencia N.º 0005-10-SEP-CC

CASO N.º 0041-09-EP

LA CORTE CONSTITUCIONAL
Para el periodo de transición:

Juez Sustanciador: Dr. MSc. Alfonso Luz Yunes

I. ANTECEDENTES:

Resumen de Admisibilidad

El caso N.º 0041-09-EP se presenta en la Corte Constitucional, para el período de transición, el 29 de enero del 2009.

La Sala de Admisión de la Corte Constitucional, el día 19 de junio del 2009, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el Período de Transición, aceptó a trámite la acción extraordinaria de protección N.º 0041-09-EP.

El señor Secretario General certificó que no se había presentado otra solicitud con identidad de sujeto, objeto y acción, por lo que la solicitud no contraviene lo establecido en el artículo 7 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el Período de Transición.

La Primera Sala de Sustanciación de la Corte Constitucional el día 9 de julio de 2009, en virtud del sorteo correspondiente y de conformidad con lo previsto en el artículo 27 del Régimen de Transición publicado con la Constitución de la República del Ecuador en el Registro Oficial N.º 449 de 20 de octubre del 2008, avocó conocimiento de la causa y señaló que la Jueza Constitucional doctora Ruth Seni Pinoargote, sustancie la presente causa.

Detalle de la demanda.

El señor Vicente Antonio Habze Auad, en su calidad de representante de la Compañía Panificadora Automática Rey Pan, presentó acción extraordinaria de protección e impugnó la sentencia dictada el día 17 de mayo de 1999, dentro del juicio de expropiación N.º 556-5-1995 propuesto por la ex Corte Suprema de Justicia en contra de la sociedad de su representada; la sentencia pronunciada el día 27 de octubre del 2000 por la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil; el auto expedido el día 17 de febrero del 2002 por la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil; y, el auto dictado el día 21 de mayo del 2008 por el Juez Sexto de lo Civil del Guayas.

Señaló que se violó el contenido de los artículos 75, 76, letra i), 321 y 323 de la Constitución de la República del Ecuador.

Solicitó se deje sin efecto todas y cada una de las actuaciones judiciales, sentencias y autos dictados dentro del juicio de expropiación y se disponga la reparación inmediata e integral de los perjuicios que los funcionarios judiciales han irrogado a su representada, propietaria de un inmueble desde el año 1985.

Manifiesta que la Corte Suprema de Justicia, considerando que es indispensable para la administración de justicia que en un solo inmueble se encuentren reunidos los diferentes locales en que funcionan los tribunales y juzgados de Guayaquil, resolvió declarar de utilidad pública con fines de expropiación los inmuebles ubicados en la parroquia Rocafuerte del cantón Guayaquil, provincia del Guayas, entre los que se encontraba el de propiedad de su representada, resolución que fue publicada en el Registro oficial N.º 594 de 21 de diciembre de 1994. Que el 18 de mayo de 1995 el Presidente de la ex Corte Suprema de Justicia Subrogante, fundamentado en el artículo 42 de la Ley de Contratación Pública y en la Sección 19a. del Título II, Libro II del Código de Procedimiento Civil, demandó a la actual propietaria Compañía Panificadora Automática Nacer C.A, la expropiación del inmueble, compuesto de la edificación y el solar N.º 13, manzana 75, calle Vélez N.º 1008, entre Pedro Moncayo y Quito, a favor de la ex Corte Suprema de Justicia para destinarlo a locales y espacios físicos integrados para juzgados y tribunales con sede en la ciudad de Guayaquil. Que el Presidente de la ex Corte Suprema de Justicia no era persona jurídica de derecho público para proponer la demanda de expropiación, por lo que sus actuaciones judiciales dentro del juicio son nulas.

Por sorteo le correspondió conocer la demanda al Juzgado Sexto de lo Civil de Guayaquil (N.º 556-5-1995), la que fue aceptada a trámite el 3 de julio de 1995 y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 798 y 256 del Código de Procedimiento Civil se designó perito de la terna remitida por el Colegio de Ingenieros del Guayas al ingeniero civil Ernesto Pólit Alcívar, para que practique el avalúo del predio. El día 5 de agosto de 1996, se le citó al señor Pedro Habze Auad, por los derechos que representa de la compañía Panificadora Automática Nacer, con la demanda de expropiación, compareciendo dentro del juicio y solicitó se rectifique los nombres de su representada e impugnó el avalúo propuesto por la parte accionante. En providencia de 19 de septiembre de 1996, se declaró caducado el nombramiento del perito y en providencia de 24 de octubre de 1996 se designó al ingeniero José Antonio Ávila Soria, quien no presentó su informe en el tiempo correspondiente, por lo que el 7 de agosto de 1998 se declaró dicho incumplimiento y se designó un nuevo perito, arquitecto Francisco Andrade Chiriguayo, el que presentó el informe el 11 de septiembre de 1998, en el que estableció como avalúo la cantidad de \$ 2'481.156.250,00 y al no estar de acuerdo con dicho avalúo, lo impugnó. El señor Juez Sexto de lo Civil de Guayaquil en providencia de 12 de abril de 1999 aprobó el informe pericial. El 26 de mayo de 1999 interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada dentro del juicio de expropiación, la que fue aceptada y pasó a conocimiento de la Quinta Sala de la ex Corte Superior de Justicia, la que el día 27 de octubre del 2000 dictó sentencia, reformando la que le fue venida en grado y estableciendo que la ex Corte Suprema de Justicia estaba obligada a pagar la suma de cien mil dólares a la compañía demandada y haciendo un llamado de atención al señor Juez Sexto de lo Civil por el retraso en la tramitación de la causa, sobre dicha sentencia ambas partes interpusieron recurso de casación, el que fue rechazado en el auto dictado el día 19 de febrero del 2002. Al existir una sentencia en firme, al amparo de lo estipulado en el artículo 814 del Código de Procedimiento Civil solicitó se declare sin lugar la expropiación, la que no fue atendida. La ex Corte Suprema posteriormente consignó el valor a pagar, luego del término legal concedido por el Juez Sexto de lo Civil y una vez consignado el valor, ejecutaron la sentencia y ordenaron la inmediata desocupación del inmueble.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

El señor doctor Néstor Arboleda Terán, Director Nacional de Patrocinio, delegado del Procurador General del Estado, manifestó que en el trámite del juicio expropiación se aplicaron las disposiciones legales vigentes y la propia jurisprudencia de la ex Corte Suprema de Justicia, por lo que no existía violación por acción u omisión de derechos, solicitando se niegue dicha acción.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

El Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, es competente resolver la presente acción extraordinaria de protección, y lo hace de acuerdo con las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, aplicando la Disposición Transitoria Segunda de

la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

La sustanciación del juicio de expropiación, objeto del caso *sub judice* ¿vulnera el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita del recurrente y las normas del debido proceso?

El Pleno de la Corte Constitucional considera necesario concentrar sus argumentaciones en la constatación de vulneraciones a derechos constitucionales, especialmente aquellos invocadas por el demandante y que hacen relación con la tutela judicial efectiva y las normas del debido proceso.

Ahora bien, con respecto a las presuntas vulneraciones al principio constitucional de tutela judicial efectiva, provenientes de la sustanciación del juicio de expropiación materia de análisis en la presente acción, esta Corte considera necesario referirse inicialmente a la naturaleza y alcance del derecho a una tutela efectiva.

El derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita se encuentra proclamado en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), así como, también es ampliamente reconocido en otros instrumentos internacionales vigentes como la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. El referido artículo 10, señala:

“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

De esta forma, como bien manifestó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, publicada en el Registro Oficial N.º 801, de 6 de agosto de 1984, en forma similar a los demás instrumentos internacionales consagra el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos, en su artículo 8, titulado “garantías judiciales”:

“1. 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”.

Por su parte, el artículo 25.1 íbidem, dispone:

“Protección judicial.- 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

En atención a la normativa internacional citada, la Constitución de la República, proclama como deber primordial del Estado, garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, y en concordancia con aquel postulado, el artículo 75 íbidem establece 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*, y en ningún caso quedará en indefensión.

En doctrina, el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de las personas, hace relación con el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para luego de un proceso imparcial que observe las garantías mínimas establecidas en la Constitución y en la ley, se haga justicia; por tanto, se puede afirmar que su contenido es amplio y que en el que se diferencian tres momentos: el primero relacionado con el acceso a la justicia, *el segundo con el desarrollo del proceso, que deberá desarrollarse en un tiempo razonable y ante un juez imparcial*; y el tercero que dice relación con la ejecución de la sentencia.¹

En alusión al principio de interdependencia de los derechos, Pablo Esteban Perrino, establece algunos objetivos que persigue el derecho a una tutela judicial efectiva:

- a) *“A ocurrir ante los tribunales de justicia y a obtener de ellos una sentencia útil;*
- b) *A acceder a una instancia judicial ordinaria y a lograr un control judicial suficiente sobre lo actuado ...;*
- c) *A un juez natural e imparcial;*
- d) *A la eliminación de las trabas que impidan u obstaculicen el acceso a la jurisdicción;*
- e) *A la interpretación de las normas reguladores de los requisitos de acceso a la jurisdicción en forma favorable a la admisión de la pretensión, evitándose incurrir en hermenéuticas ritualistas (in dubio pro actione);*
- f) *A que no se desestimen aquellas pretensiones que padecen de defectos que pueden ser subsanados;*
- g) *A la no aplicación en forma retroactiva de nuevas pautas jurisprudenciales con relación a los requisitos de admisibilidad, a fin de evitar situaciones de desamparo judicial;*
- h) *A peticionar y obtener tutela cautelar para que no se torne ilusorio el derecho que se defiende;*
- i) *Al cumplimiento de todas las etapas del procedimiento legalmente previsto, el cual deberá asegurar la posibilidad del justiciable a ser oído, y a ofrecer y producir la prueba pertinente antes de dictarse sentencia;*

¹ Jesús González Pérez, *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, Madrid, Civitas Ediciones, Tercera Edición, 2001, p. 57.

- j) *A una decisión fundada que haga merito de las principales cuestiones planteadas;*
- k) *A impugnar la sentencia definitiva;*
- l) *A tener la posibilidad de ejecutar en tiempo y forma la sentencia y, por ende, a su cumplimiento por parte de la autoridad condenada;*
- m) *Al desarrollo del proceso en una dimensión temporal razonable;*
- n) *A contar con asistencia letrada;*².

En esa línea, el derecho a la tutela judicial efectiva será tal si el órgano jurisdiccional reúne ciertas condiciones y previo a dictar sentencia ha observado un proceso debido, y sobre todo expedito e imparcial.

Bajo esas consideraciones, y una vez delimitado el contenido, alcance y efectos del derecho a una tutela judicial efectiva, esta Corte en aras de constatar si en el caso sub iudice se ha respetado el derecho a una tutela judicial *expedita, e imparcial*, considera necesario esquematizar cronológicamente los momentos procesales inherentes a la sustanciación del *juicio de expropiación* que ha dado lugar a la interposición de la presente acción extraordinaria de protección:

1. Mediante resolución publicada en el Registro Oficial N.º 594 de miércoles 21 de diciembre de 1994, la ex Corte Suprema de Justicia, considerando que es indispensable para la administración de justicia que en un solo inmueble se encuentren reunidos los tribunales y juzgados de Guayaquil, resuelve declarar de utilidad pública con fines de expropiación los inmuebles ubicados en la Parroquia Rocafuerte del Cantón Guayaquil.
2. Con fecha 18 de mayo de 1995, el Doctor Jorge Antonio Fantoni Camba, en su calidad de Presidente subrogante de la ex Corte Suprema de Justicia, amparado en la disposición prevista en el artículo 42 de la Ley de Contratación Pública y en la Sección 19ª. del Título II, Libro II del Código de Procedimiento Civil, demandó a la Compañía Panificadora Automática Nacer CA, por intermedio de su representante legal señor Pedro Habze Auad, la expropiación del inmueble.

Al respecto, esta Corte precisa que el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil dice que:

“La demanda de expropiación debe ser presentada por el Procurador General del Estado o por el funcionario que éste designare, si se trata de una expropiación que interese al Estado. Para las expropiaciones determinadas por las demás instituciones del sector público, la demanda será presentada por sus respectivos personeros” (Lo subrayado es nuestro).

A partir de la normativa legal citada, es evidente que el señor Doctor Jorge Antonio Fantoni Camba, en su calidad de Presidente Subrogante de la ex Corte Suprema de Justicia de ese entonces, contaba con plena competencia para interponer la respectiva demanda de expropiación.

Como consecuencia de lo dicho, las alegaciones de la parte accionante, en el sentido de que el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia carecía de personería para proponer la demanda expropiación, no encuentra asidero jurídico.

Siendo así, existen disposiciones legales que amparan la actuación del entonces Presidente de la ex Corte Suprema de Justicia; sin embargo, el juez constitucional debe determinar hasta que punto la aplicación literal de un mandato legal puede llegar a vulnerar derechos constitucionales. Es en este punto cuando el juez constitucional debe elegir entre aplicar la norma vigente, o la norma válida provista de contenidos axiológicos sustanciales tendientes a alcanzar una auténtica justicia material. En efecto, en el caso sub iudice, es el señor Dr. Jorge Antonio Fantoni Camba, en su calidad de Presidente Subrogante de la ex Corte Suprema de Justicia de ese entonces, quien demandó la expropiación del bien inmueble de propiedad de la empresa accionante, con el fin de ubicar en esas dependencias una serie de juzgados y tribunales de justicia, para lo cual, mediante un juicio de expropiación en los términos previstos en el Código de Procedimiento Civil, inició la sustanciación ante la justicia ordinaria, función del Estado competente para resolver sobre la expropiación del inmueble aludido:

1. El día 23 de mayo de 1995, correspondió conocer la demanda de expropiación, al Juzgado Sexto de lo Civil de Guayaquil.
2. El día 3 de julio de de 1995, el señor Juez Sexto de lo Civil de Guayaquil, calificó la demanda de expropiación de clara, precisa y completa, y por consiguiente admitió a trámite la misma. Así también, en la misma fecha se designó perito para que practique el avalúo del predio materia de la expropiación.
3. El día 5 de agosto de 1996, se citó a la compañía accionante con la demanda de expropiación.
4. El día 11 de septiembre de 1998, el perito evaluador presentó su informe, el mismo que es puesto en conocimiento de las partes para su aprobación u objeción. En el mismo, se determina como avalúo del inmueble la cantidad de S/ 2. 481. 156.250,00.
5. El día 12 de abril de 1999, luego de que el informe pericial en mención fuera impugnado por el accionante, el señor Juez Sexto de lo Civil de Guayaquil, aprobó el informe pericial citado en el numeral precedente.
6. El día 17 de mayo de 1999, vía sentencia, el señor Juez Sexto de lo Civil del Guayaquil, resolvió que el justo precio que se debe pagar por concepto de expropiación del inmueble de propiedad del accionante es S/. 580. 882. 700, oo (suces).

² Pablo Esteban Perrino, “El Derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa”, en *Revista de Derecho Público, Proceso Administrativo I*, Buenos Aires, Editorial RUBINZAL-CULZONI, 2003, p. 261-262.

7. El día 26 de mayo de 1999, el accionante interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada en el juicio de expropiación.
8. El día 27 de octubre del 2000, la Quinta Sala de la ex Corte Superior de Justicia, dictó sentencia, y reformó aquella expedida por el Juez Sexto de lo Civil del Guayaquil, y dispuso que la ex Corte Suprema de Justicia, pague a la compañía accionante, la suma de cien mil dólares por el bien inmueble expropiado.
9. El día 19 de febrero de 2002, la ex Corte Suprema de Justicia, desechó el recurso de casación interpuesto por las partes.
10. El día 17 de octubre de 2002, a partir de un término legal concedido por el Juez Sexto de lo Civil del Guayaquil, se consignó el valor del inmueble objeto de expropiación.
11. El día 21 de mayo de 2008, el señor Juez Sexto de lo Civil de Guayaquil determinó la improcedencia de la restitución del inmueble expropiado.

Como se puede apreciar, los datos cronológicos hablan por sí solos. Si bien la causa ha cumplido con las etapas procesales, lo que evidencia el cumplimiento a las normas del debido proceso y a la tutela judicial efectiva, dicho accionar, más allá de lesionar los derechos en mención, ha afectado directamente la cuantificación del justo precio a consignar por concepto del bien inmueble objeto de la expropiación, lo que, a nuestro criterio, atenta contra el derecho de propiedad y la amenaza de cometerse una injusticia; consecuentemente, convertir a la figura de la expropiación en una confiscación que prohíbe la Constitución.

En efecto, la expropiación, es decir la apropiación por parte de una institución del Estado de un bien particular, es un acto unilateral del Estado en ejercicio de la potestad pública que le confieren la Constitución y la ley. De acuerdo con nuestra legislación, la expropiación opera mediante un acto administrativo, y el particular afectado puede oponerse a la expropiación en el ámbito administrativo, sólo en el supuesto de que el bien no vaya a destinarse a una obra de beneficio social o colectivo, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 783 del Código de Procedimiento Civil. Por tal motivo, la declaración de utilidad pública como medida previa a la expropiación efectuada por el Estado mediante sus instituciones públicas, no constituye materia de discusión judicial. El juicio de expropiación, en cambio, no es para dilucidar si procede o no la apropiación por parte del Estado del bien del particular, sólo tiene por objeto determinar la cantidad que ha de pagarse por concepto del precio del bien inmueble expropiado por causa de utilidad pública, cuando la entidad expropiante y el expropiado no han llegado a un acuerdo sobre el tema.

Al respecto, el artículo 323 de la Constitución de la República, a propósito de la expropiación, establece:

“Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán

declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación”.

Por su parte, el artículo 307 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, al determinar los elementos para establecer el valor del inmueble, dispone que:

“El valor de la propiedad se establecerá mediante la suma del valor del suelo y, de haberlas, el de las construcciones que se hayan edificado sobre él. Este valor constituye el valor intrínseco, propio o natural del inmueble y servirá de base para la determinación de impuestos y para otros efectos no tributarios como los de expropiación.”.

En la especie, el Juez Sexto de lo Civil de Guayaquil, mediante sentencia del 17 de mayo de 1999, resuelve que el justo precio que se debe pagar por concepto de expropiación del inmueble es el valor de S/. 580.882.700.00; posteriormente, y en virtud del recurso de apelación, la Quinta Sala de la ex Corte Superior de Justicia, mediante sentencia del 27 de octubre del 2000, determinó como justo precio el monto de \$100.000.00 dólares de los Estados Unidos de América, valor que a pesar de haber sido consignado, no ha sido aceptado por el recurrente por estimar a su juicio que dicho valor causa un perjuicio económico a su representada, y que como se ha señalado en este fallo, efectivamente existe la amenaza de atentar contra el derecho de propiedad e incurrir en la figura de la confiscación.

Por lo mismo, se hace necesario adoptar los correctivos necesarios para determinar nuevamente lo que sería el precio justo debiendo, para el efecto, sujetarse a lo establecido en el artículo 788 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y demás normas conexas sobre la materia, y proceder sin dilación alguna a nombrar a los peritos que corresponda, mismos que deberán proceder de conformidad con los valores que rigen la economía en la actualidad.

III. DECISIÓN

Por las razones anteriormente expuestas, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República, el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, en uso de sus atribuciones, expide la siguiente:

SENTENCIA:

1. Aceptar parcialmente la acción extraordinaria de protección deducida por el señor Vicente Antonio Habze Auad, por los derechos que representa de la compañía PANIFICADORA AUTOMÁTICA REY PAN C. A., y en consecuencia, se deja sin efecto la sentencia del 17 de mayo de 1999, dictada por el señor Juez Sexto de lo Civil de Guayaquil, mediante la cual, determinó como justo precio del inmueble, materia de expropiación, el valor de S/. 580.882.700,00 (sucres), así como la sentencia del 27 de octubre del 2000, dictada por la Quinta Sala de la ex Corte Superior de Guayaquil, que reformó la decisión del inferior y

determinó como justo precio el monto de 100.000.00 dólares de los Estados Unidos de América.

2. Disponer que el señor Juez Sexto de lo Civil de Guayaquil proceda de manera inmediata y sin dilación alguna a nombrar a los peritos, a fin de que en aplicación de lo establecido en el artículo 788 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y demás normas conexas aplicables al caso, procedan a fijar un nuevo y definitivo "precio justo", disponiendo para ello, los términos que establece la referida normativa.
3. Vencidos tales términos y sin perjuicio del recurso de apelación para ante la Corte Provincial del Guayas, deberá dicho Juez informar documentadamente el cumplimiento de lo resuelto en esta sentencia, previniéndole de la disposición constante en el numeral 4 del artículo 86 de la Constitución de la República.
4. Notifíquese, cúmplase y publíquese.

f.) Dr. Patricio Pazmiño Freire, Presidente.

f.) Dra. Marcia Ramos Benalcázar, Secretaria General (E).

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, con siete votos a favor, de los doctores: Luis Jaramillo Gavilanes, Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes, Hernando Morales Vinuesa, Ruth Seni Pinoargote, Manuel Viteri Olvera y Patricio Pazmiño Freire, con un voto salvado de la doctora Nina Pacari Vega, y sin contar con la presencia del doctor Edgar Zárate Zarate, en sesión del día miércoles veinticuatro de febrero del dos mil diez. Lo certifico.

f.) Dra. Marcia Ramos Benalcázar, Secretaria General (E).

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.- Revisado por f.) Ilegible.- Quito, 16 de marzo del 2010.- f.) El Secretario General.

**VOTO SALVADO Dra. NINA PACARI VEGA
JUEZA CONSTITUCIONAL**

Apartándome del Voto de Mayoría, en la causa No. 0041-09-EP, consigno mi Voto Salvado en los siguientes términos.

La Constitución de la República del Ecuador, adoptada a partir del 20 de octubre del 2008 consagra para aquellas controversias sobre violación de derechos constitucionales por parte de las autoridades judiciales, el principio de la doble instancia judicial; a lo cual se agrega, esta acción, de la eventual revisión de fallos (sentencias o autos definitivos) vía protección constitucional extraordinaria por parte de la Corte Constitucional; vale decir que la acción extraordinaria de protección se configura como un verdadero derecho constitucional para reclamar y/o exigir una conducta de obediencia y acatamiento estricto a los derechos constitucionales de los ciudadanos, de parte de las autoridades judiciales.

Con el surgimiento del neoconstitucionalismo y de conformidad con la realidad ecuatoriana, es preciso e ineludible, consolidar el control, la jurisdicción constitucional como una magistratura especializada capaz de poner límites a los poderes fácticos locales o externos, como fórmula primigenia para garantizar los derechos fundamentales de las personas, los colectivos y del entorno ambiental, como un órgano especializado que coadyuva a que nazca, crezca y se consolide el Estado Social y Democrático de los Derechos, donde se reconoce la unicidad, universalidad e interdependencia de todos los derechos: individuales, económicos, sociales, culturales, colectivos y ambientales para que todos los derechos sean para todas las personas y pueblos.

Es de señalar que la acción extraordinaria de protección nace y existe para proveer que la supremacía de la Constitución sea segura; para garantizar y resguardar el debido proceso, en tanto y en cuanto a su efectividad y resultados concretos, el respeto a los derechos constitucionales y para procurar la justicia; ampliándose así el marco del control constitucional. Es por ende una acción constitucional para proteger, precautelar, tutelar, amparar los derechos constitucionales que han sido violados o afectados por la acción u omisión en un fallo judicial (sentencia o auto definitivo) dictado por un juez.

En el presente caso, la acción extraordinaria de protección se presenta en contra de la sentencia dictada por el Juzgado Sexto de lo Civil del Guayas el 17 de mayo de 1999, dentro del juicio de expropiación No. 556-5-1995 propuesto por la Ex Corte Suprema de Justicia en contra de la Compañía Panificadora Automática Rey Pan; así como de la sentencia pronunciada el 27 de octubre del 2000 por la quinta sala de la Corte superior del Guayas, el auto dictado el 17 de febrero del 2002 dictado por esta sala y el auto de 21 de mayo del 2008 dictado por el Juez Sexto de lo civil del Guayas.

En lo particular, lo que se alega por parte del legitimado activo es que se ha atentado contra su derecho a la propiedad por medio del proceso de expropiación, y es precisamente lo que esta Corte debe analizar en este fallo, vale decir, debe circunscribir el análisis a si en el proceso de expropiación seguido por la Corte Suprema de Justicia en contra de la empresa cuya representación mantiene el legitimado activo existió vulneración de derechos constitucionales (derecho a la propiedad), o si en el proceso y posterior fallo existieron violaciones a la garantía del debido proceso.

La actual Constitución, así como las dos anteriores, esto es la de 1998 y la de 1979 reformada, han consagrado el derecho a la propiedad pero fijando limitaciones, que se han constituido en el hecho de que la propiedad responda a una finalidad social, (en la actual se incluyo la finalidad ambiental).

La Constitución de 1979 manifestaba:

"Art. 63.- La propiedad, en cualesquiera de sus formas, constituye un derecho que el Estado reconoce y garantiza para la organización de la economía, mientras cumpla su función social...".

El Art. 30 de la Constitución Política de 1998 manifiesta:

“La propiedad, en cualquiera de sus formas y mientras cumpla con su función social, constituye un derecho que el estado reconocerá y garantizará para la organización económica...”

En la actual Constitución de la república en el Art.321, manifiesta:

“El estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal y asociativa, cooperativa, mixta y que deberá cumplir con su función social y ambiental”.

Como se nota, en nuestro país el derecho a la propiedad se encuentra garantizado por el estado, no obstante aquello existe una excepción que posibilita que esta propiedad sea expropiada a favor del estado, previo el trámite de ley y el reconocimiento del valor de la misma a sus propietario, todo ello bajo el concepto y criterio de utilidad pública.

Podríamos conceptualizar, entonces a la expropiación como el desposeimiento o privación de la propiedad, por causa de utilidad pública o interés social, a cambio de una indemnización previa. Esta constituye una de las potestades que utiliza el Estado para el cumplimiento de sus fines.

Las expresiones utilidad pública o interés social no son sinónimas. La utilidad pública se entiende como, todo lo que resulta de interés o conveniencia para el bien colectivo, para la masa de individuos que componen el Estado; o, con mayor amplitud, para la humanidad en su conjunto. El interés social para efectos de expropiación en cambio es todo lo que resulta de interés o conveniencia para una colectividad o un grupo de individuos determinados.

En el presente caso, la actuación tomada por el ex Corte Suprema de Justicia para proceder a la expropiación del bien, tenía todo el sustento constitucional, para obrar como efectivamente lo hizo.

Por otro lado, en el caso concreto el Art. 42, de la Ley de Contratación Pública, vigente a la fecha de la declaratoria efectuada por parte de la ex Corte Suprema de Justicia, manifestaba que la mas alta autoridad del organismo o entidad del sector público haya resuelto adquirir determinado bien inmueble procederá a la declaratoria de utilidad pública o de interés social, luego de lo cual buscará un acuerdo directo entre las partes, de no lograrlo se procederá, con el juicio de expropiación conforme al trámite del Código de Procedimiento Civil

El Art. 781 de la actual Codificación del Código de Procedimiento Civil, recogiendo el principio constitucional (tanto de la actual constitución como de las dos anteriores) manifiesta que *“nadie puede ser privado de su propiedad raíz en virtud de expropiación, sino en conformidad con las disposiciones de esta sección...”*; es decir se establece el procedimiento de manera previa para este tipo de actuación, lo que asegura el principio constitucional de legalidad así como la seguridad jurídica, que se reflejan en una posterior tutela judicial efectiva.

El objetivo del juicio de expropiación es determinar la cantidad que debe pagarse por concepto de precio de la cosa expropiada, siempre que conste que se trata de una acción por causa de utilidad pública o interés social.

En este juicio no se discute el hecho de la decisión tomada por la autoridad pública, pues eso es materia de otra instancia judicial (contencioso administrativa), sino el valor que debe ser cancelado al propietario del bien que sufre esta afectación.

Fijada así las cosas, a decir de Guillermo Cabanellas, en su obra Diccionario Jurídico, define a la justa valoración como: *“Estimación o fijación del valor de las cosas. Justiprecio”*; y esta como se establece, pues a decir del Art 788 del Código de Procedimiento Civil establece lo siguiente: *“Presentada la demanda y siempre que se hayan llenado los requisitos determinados en los artículos anteriores, el juez nombrará perito o peritos, de conformidad con lo establecido en este Código, para el avalúo del fundo. (...)”*.

Los peritos juegan un papel muy importante dentro del juicio de expropiación, ya que van a orientar al juez en apreciar el valor que puede tener la cosa materia de la expropiación; pero esta disposición, Art. 788 CPC, dice que el juez nombrará perito o peritos, por lo que en los juicios de expropiación se puede llegar a tener 2 o más, en la medida en que las partes procesales lo soliciten. No obstante es el juez quien determinará este valor a pagarse por el bien materia de la expropiación, **guiándose por los criterios que rigen la sana crítica basados en el conocimiento, la lógica y la experiencia.**

El establecimiento del justo precio constituye un aspecto de mera legalidad cuyo determinación se halla previamente establecida en la normativa adjetiva civil dejando al Juzgador conforme a la sana crítica la fijación de la misma, atribución que nace para este funcionario del precepto constitucional.

Cancelado el justo precio, se evita el abuso de parte del Estado o sus organismos, o que, se proceda a una confiscación, pues al cancelar el valor se esta reconociendo la propiedad y el derecho que sobre el bien ha tendido la persona sobre quien se ha incidido con la acción de expropiación, por ello no puede hablarse de confiscación cuando se ha cancelado o consignado el valor por la expropiación.

En el presenta caso, se denota que las normas jurídicas establecidas para la expropiación efectuada por la ex. Corte Suprema de Justicia en contra de de la Compañía Panificadora Automática Rey Pan, se encontraban previa y claramente determinadas (seguridad jurídica), así como el accionar de la máxima autoridad del organismo público se ha realizado con apego a las disposiciones constitucionales y legales.

El proceso de expropiación seguido, se ha sustanciado con base a la tutela judicial efectiva en la que no se ha evidenciado violación al debido proceso, pues obra del expediente que el legitimado activo ha concurrido al proceso, ha ejercitado su derecho a la contradicción, ha sido escuchado y ha impugnado las resoluciones, es decir ejercitó todos los derechos del Art. 76 numeral 7 de la actual Constitución de la República.

No se ha demostrado que se haya violentado garantías constitucionales en la decisión de expropiación, pues ésta se ha tomado con base a la normativa constitucional

(Constitución de 1979, reformada, Constitución de 1998 y actual carta Magna), y se ha cancelado el valor o justo precio, establecido en la vía judicial.

El no estar de acuerdo con el valor fijado en el año de 1999, el mismo que se halla consignado desde aquella fecha, no puede ser entendido, bajo ningún concepto como "confiscación", pues jamás se ha coartado el derecho a la propiedad que mantenía el legitimado activo, por el contrario se ha reconocido la misma en toda su vigencia por ello se ha procedido judicialmente con la expropiación, se ha determinado procesalmente el valor a cancelar por el organismo público, dicho valor se ha cancelado vía consignación.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Pleno de la Corte Constitucional, administrando justicia, por mandato de la Constitución, dicta la siguiente:

SENTENCIA

1.- Negar la Acción Extraordinaria de Protección deducida por el señor Vicente Antonio Habze Auad, por los derechos que representa de la compañía PANIFICADORA AUTOMATICA REY PAN C. A, por improcedente.

2.- Publicar la presente sentencia en el Registro Oficial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

f.) Dra. Nina Pacari Vega, Jueza Constitucional.

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.- Revisado por f.) Ilegible.- Quito, 16 de marzo del 2010.- f.) El Secretario General.

Quito, D. M., 24 de febrero del 2010

Sentencia N. ° 0006-10-SEP-CC

CASO N. ° 0712-09-EP

LA CORTE CONSTITUCIONAL
Para el periodo de transición:

Juez Sustanciador: Dr. Patricio Herrera Betancourt

I. ANTECEDENTES

Resumen de admisibilidad

La Secretaría General de la Corte Constitucional señala que la presente Acción Extraordinaria de Protección fue planteada ante la Corte Constitucional, para el período de transición, el 03 de agosto del 2009 y admitida a trámite el 20 de agosto a las 17H30 del mismo año por la Sala de Admisión.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 7 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, publicadas en el Suplemento del Registro Oficial N.º 466 del 13 de noviembre del 2008, de fs. 46, el señor Secretario General certifica que no se ha presentado otra (s) demanda (s) con identidad de sujeto, objeto y acción; en consecuencia, la solicitud no contraviene la norma citada, de lo que se deja constancia para los fines pertinentes.

La Sala de Admisión de la Corte Constitucional, para el período de transición, conformada por los doctores: Patricio Pazmiño Freire, Edgar Zárate Zárate y Roberto Bhrunis Lemarie, en auto del 20 de agosto del 2009 a las 17h30, avoca conocimiento de la causa y admite a trámite la acción planteada, indicando que se proceda al sorteo para la sustanciación de la misma.

De conformidad con el sorteo correspondiente realizado el 05 de marzo del 2009 y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, pasó el expediente a la Tercera Sala para la sustanciación respectiva.

A los veintidós días de diciembre del 2009 a las 10H40, en la Tercera Sala de la Corte Constitucional, para el período de transición, se efectuó el sorteo correspondiente conforme lo prescrito en los artículos 437 de la Constitución de la República, y artículos 9 inciso segundo, y 10 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, correspondiéndole la causa N.º 0712-09-EP al Juez Sustanciador, Dr. Patricio Herrera Betancourt, y dispone su notificación a los demandados a fin de que presenten informe motivado de descargo sobre los argumentos que fundamentan la demanda, en el plazo de 15 días, así como que se haga saber a los demandados Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, quien a su vez deberá notificar al señor Luis Ernesto Martínez Cobo, actor en el juicio N.º 325-2004, con el contenido de la providencia de avoco, a fin de que se pronuncie en el mismo plazo, exclusivamente respecto a la presunta vulneración en el proceso de juzgamiento de los derechos reconocidos en la Constitución. Con posterioridad, en providencia del 12 de enero del 2010 a las 11H40, esta Sala dispone que se notifique con el contenido de las providencias dictadas por la Sala y la demanda respectiva a los señores jueces de la Primera Sala de lo Civil de la Corte provincial de Quito, así como a los jueces de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, a fin de que presenten un informe motivado de descargo sobre los argumentos que fundamentan la demanda en el plazo de 15 días de recibida la presente providencia. Mediante providencia se señala día y hora para la Audiencia Pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 86, numeral 3 de la Constitución de la República.

ANTECEDENTES DE HECHO Y FUNDAMENTOS DEL LEGITIMADO ACTIVO

Presenta la demanda Faisal Antonio Misle Zaidan. Refiere que el ingeniero Luis Ernesto Martínez Cobo presentó una demanda en su contra, propuso que se dé por terminado el convenio que suscribió y que se ordene el pago de las multas establecidas en el referido convenio, que buscaba evitar confrontaciones que perjudicaran a la compañía, o prevenir pugnas que impidiesen el normal desenvolvimiento de las actividades productivas comerciales de INGESA S. A.

El Convenio suscrito el 9 de abril de 1999, estipulaba en la cláusula N.º 3 una cláusula de arbitraje que literalmente decía:

“3.3 En caso de desacuerdo las partes acudirán a la dirimencia de un árbitro mutuamente seleccionado. La decisión de este árbitro será obligatoria para los dos grupos. El costo de los honorarios el árbitro será pagado por el grupo al cual (sic) no le asita la razón de acuerdo a dicho fallo. Adicionalmente el grupo que no tenga la razón, reconocerá y pagará una multa de \$ 5.000,00 al otro grupo.

“3.4 Las dos partes seleccionarán de común acuerdo a una terna de tres árbitros para que actúe, uno de ellos previo sorteo, de acuerdo a lo indicado en el numeral 3.3. Hasta tanto se designe esta terna, los dos grupos están de acuerdo que el árbitro sea el Ing., Pedro Pinto Rubianes”.

El proceso signado con el N.º 327-04-PT le correspondió conocer al Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, en cuya audiencia alegó como excepción la incompetencia de dicho juzgador, justamente porque existía la transcrita cláusula de arbitral. Sin embargo, el Juez, a pesar de ser incompetente y sin tener jurisdicción para conocer el caso, de modo ilegítimo, resolvió en sentencia, del 9 de enero del 2006, aceptar las pretensiones procesales del ingeniero Luis Ernesto Martínez Cobo. Señala que dicho vicio insubsanable, a más de ser expuesto en la audiencia, fue demostrado a lo largo de las diversas etapas procesales, elementos que debieron ser tomados en cuenta por el Juez de la causa. Que no ha renunciado el convenio, como equivocadamente lo interpreta el Juez Tercero de lo Civil: lo que hizo fue señalar que no existía controversia, y que el artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación, en ningún momento prevé que por un supuesto incumplimiento haya renuncia a la cláusula arbitral.

La sentencia del Juez Tercero de lo Civil de Pichincha fue apelada para ante la Corte Superior de Quito, que mediante sentencia del 13 de noviembre del 2006, desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia del juez a quo; que esta sentencia repite los mismos errores del juez de instancia, que señala, entre otros aspectos, que al existir la alegación de convenio arbitral ha debido sustanciar y resolverse tal excepción, lo cual no se ha hecho en el respectivo momento procesal, sino al resolver sobre lo principal, es decir, al momento de la sentencia, lo que si bien constituye una irregularidad, en cambio, insiste, ella no ha influido ni ha podido influir en la decisión de fondo o de mérito, y como lo ha sostenido la Corte Suprema: si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales de defensa en juicio no hay porqué declarar la

nulidad. Recuerda que las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales, así como que las omisiones o quebrantos procesales son saneables porque el fin primordial de la administración de justicia es el de buscar la paz social. Es decir que se reconoce la irregularidad, pero se sostiene que la misma no tiene trascendencia, como declarar la nulidad del proceso, lo cual es inexcusable porque ello afecta su derecho al debido proceso y la tutela de sus derechos constitucionales.

Señala la demanda que es necesario conocer y tener en claro cuáles son los requisitos esenciales del proceso y distinguirlos de las irregularidades no invalidantes y subsanables, lo que conduce a sostener que el análisis de fondo de la cuestión de la competencia o incompetencia judicial no es meramente formal, lo cual se determina según exista o no un convenio arbitral, por lo que se pregunta si ¿la competencia es un puro requisito formal que no tiene importancia para declarar la nulidad proceso? Según la doctrina, “la competencia es la aptitud del juez para ejercer su jurisdicción en un caso determinado”[...] es un presupuesto de la relación procesal, doctrina que se recoge en disposiciones con rango constitucional, así el artículo 76 numeral 7 literal k establece como garantía del debido proceso, la presencia de un juez competente, y la normativa procesal civil califica como solemnidad sustancial a la competencia, por tanto, la excepción de incompetencia no puede tomarse como una mera alegación destinada a satisfacer “pruritos formales”, sino como una defensa que reivindica el derecho que tiene todo ciudadano a ser demandado ante el juez idóneo para resolver la controversia. En suma, el convenio arbitral determina la jurisdicción y competencia de los árbitros y la falta de jurisdicción y la incompetencia del juez ordinario o, en otros términos, la aptitud legal de los árbitros para resolver un conflicto, calidad de la que carecerá el juez ordinario, lo que desde el punto de vista del derecho al debido proceso, constituye una garantía para las partes, las que únicamente podrán ser juzgadas por aquellas personas que les inspiren confianza de acuerdo a una convención, que según el ordenamiento jurídico es obligatoria, vinculante y determinante de la competencia.

La sentencia de la Primera Sala de lo Civil de la Corte Superior de Quito fue conocida a través del recurso de casación por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia que, en sentencia del 26 de mayo del 2008, resolvió desechar el recurso interpuesto, que establece entre otras consideraciones, la indeterminación en cuanto uno de los elementos esenciales del convenio arbitral, el árbitro o juez particular designado por las partes, al no saberse quien actuaría como árbitro y como lo haría; tampoco se establecieron las reglas de procedimiento que regularían el arbitraje, razones por las que los numerales 3.3 y 3.4 del Convenio del 9 de abril de 1999, resultaban inoperantes e inejecutables. La intención de las partes fue nombrar un amigable componedor, pero en ningún momento se estableció el arbitraje como mecanismo de solución de conflictos, reflexiones que según el proponente de esta demanda denotan un desconocimiento de la legislación ecuatoriana que regula los métodos alternativos de solución de conflictos, que según la Corte Suprema de Justicia, no es otra cosa que el arbitraje en equidad y se ha puesto en duda la existencia de un auténtico convenio arbitral, desconociendo el contenido de los artículos 6 y 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación; y el contenido mismo del Convenio en sus puntos 3.3 y 3.4 que se refieren a la

dirimencia de un tercero en caso de desacuerdos, y de un fallo obligatorio dictado por este.

La Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia esconde la incompetencia de los órganos de la Función Judicial, la evidente nulidad procesal y la violación de su derecho al debido proceso, ya que los jueces de lo civil deben inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado por falta de competencia, asunto que debió ser tratado por el propio arbitro, tal como lo dice el artículo 22 de la Ley de esta materia; que sobre la naturaleza del arbitraje establecido en el Convenio éste era independiente, ya que las partes acordaron que sea el Ing. Pedro Pinto, tal como consta en el convenio; y en cuanto a que no se establecieron las reglas de procedimiento, el propio artículo 38 establece modalidades de procedimientos, por lo que no importa que las partes hayan omitido determinar un procedimiento, ya que en ese supuesto se aplicaría lo que dice la Ley o los reglamentos del centro de arbitraje que escojan las partes. Que en el caso de estudio se han violado normas constitucionales como el debido proceso, que implica el derecho a ser juzgado por juez competente, como lo dispone la Carta Fundamental en el artículo 76, numeral 7, literal *k*, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8 y el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14, lo que lleva a determinar que estuvo determinada la competencia de un árbitro, sacándola de la justicia ordinaria; produciéndose una violación a las normas constitucionales que garantizan la aplicación de métodos alternativos de resolución de conflictos; y la violación a la seguridad jurídica, que de conformidad con el artículo 82 de la Constitución, fundamenta el respeto al ordenamiento jurídico y, en virtud de este derecho, los jueces deben procurar que este convenio se cumpla, para con ello garantizar la certeza jurídica que debe existir sobre el juez competente para conocer las controversias que se produjeron entre los accionista de INGESA.

PRETENSIÓN

Con estos antecedentes y fundamentos, se presenta la acción extraordinaria de protección a fin de que se disponga la reparación integral de sus derechos constitucionales, que se declare que carecen de eficacia jurídica las sentencias dictadas en el caso, y que los jueces ordinarios son incompetentes para conocer las controversias que surjan por el incumplimiento del Convenio del 9 de abril de 1999; que la Función Judicial se abstenga de conocer las controversias que surjan de la aplicación del referido convenio, y se declare que el arbitraje es el único procedimiento aplicable en el caso. Solicitan medidas cautelares a efecto de que no entren en etapa de ejecución las sentencias impugnadas.

COMPETENCIA

El Pleno de la Corte Constitucional para el período de transición es competente resolver la presente acción extraordinaria de protección, y lo hace de acuerdo con las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de transición, aplicando la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

DERECHOS CONSTITUCIONALES QUE SE CONSIDERAN VULNERADOS POR LOS FALLOS JUDICIALES IMPUGNADOS

A criterio del accionante, se ha vulnerado, a través de los fallos impugnados, el derecho al debido proceso, que implica ser juzgado por un juez competente. En este sentido, señala lo que expresa la Constitución de la República en el artículo 76:

“En todo proceso que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso, que incluirá las siguientes garantías básicas:

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.”

De la misma manera, expresa que se están vulnerando las disposiciones constantes en el numeral 1 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dice: Garantías Judiciales, así como el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

DETERMINACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICO CONSTITUCIONALES A SER RESUELTOS

El elemento medular de la acción planteada es determinar si la vía jurídica de reclamo por un incumplimiento del Convenio de Administración y manejo de la compañía INGESA S. A., celebrado entre el señor Ernesto Martínez Cobo y el señor Faisal Misle Zaidan, en representación de los grupos EMC y FMZ respectivamente, es activar la jurisdicción ordinaria o la de solución alternativa de controversias, mediante arbitraje.

Para llegar a esta determinación, es importante plantear la siguiente interrogante y llegar a la conclusión respectiva:

¿Se configuró un convenio arbitral para la solución de controversias entre los grupos representados por el señor Ernesto Martínez Cobo (EMC) y Faisal Misle Zaidan (FMZ)?

El Convenio antes referido constante a fjs. 1 a 3, en sus puntos 3.3 y 3.4, cuyo contenido fue transcrito en los antecedentes, efectivamente establece que en caso de desacuerdo o conflicto entre los grupos respectivos, acudirán para la solución o dirimencia del mismo a un arbitro mutuamente seleccionado, destacándose que la decisión de éste será obligatoria en su acatamiento e incluso la posibilidad de que se imponga una multa al grupo que no se le haya concedido la razón. También parte del acuerdo para la solución de controversias es establecer la forma de designación del árbitro, que saldrá de una terna comúnmente seleccionada, y entre estos tres se designará al árbitro mediante sorteo. Mientras no se designe la correspondiente terna, las partes avalan que el árbitro sea el Ing. Pedro Pinto Rubianes.

Sobre los mecanismos de solución alternativa de conflictos, tanto la Constitución Política de 1998, como la Constitución vigente reconocen esta posibilidad jurídica, en

casos y materias que sean transigibles y conforme las normas respectivas. Nuestro país sobre esta materia cuenta con la Ley de Mediación y Arbitraje, como cuerpo normativo regulador.

Nuestra Constitución sobre este particular expresa:

“Art. 190 Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias que por su naturaleza se pueda transigir”.

Es decir, existe la posibilidad, determinada por la Constitución, de que no solo la vía de la jurisdicción ordinaria sea la idónea para procesar conflictos, sino que se crea una alternativa, a la que, cumpliendo requisitos establecidos por la ley, se puede acudir para solucionar una divergencia.

Establecida como queda la posibilidad de acudir al arbitraje como uno de los mecanismos para solucionar conflictos, es preciso determinar si las cláusulas arbitrales establecidas en los puntos 3.3 y 3.4 del referido Convenio, cumplen con los requisitos respectivos, con la finalidad de que surtan sus efectos jurídicos.

Sobre la existencia de un convenio arbitral, la Ley de Mediación y Arbitraje dice:

“Art. 6.- Se entenderá que existe un convenio arbitral no solo cuando el acuerdo figure en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje”.

La ley exige, que para que proceda el convenio arbitral, que exista un documento escrito, en el que se señale la voluntad de las partes de someterse al arbitraje. En ese sentido, **los numerales 3.3 y 3.4 del Convenio son claros y expresos al señalar la voluntad de las partes de someterse a la dirimencia de un árbitro** y no de la justicia ordinaria, en caso de que existan divergencias o conflictos entre los grupos firmantes del convenio.

Por otra parte, la misma Ley de la materia establece la posibilidad de que se dé un arbitraje independiente; en este sentido se estipula:

“Art. 2. El arbitraje es administrado cuando se desarrolla con sujeción a lo determinado en esta Ley y a las normas y procedimientos de un Centro de Arbitraje, y es independiente cuando se realiza conforme a lo que las partes pacten, con arreglo a esta ley”.

Esta disposición establece que un arbitraje se puede dar no solo en los Centros de arbitraje y mediación y con las normas de procedimiento respectivo, sino que una persona que no está vinculada con el conflicto (tercero), pueda dirimir la controversia puesta a su decisión. En el caso concreto, es preciso determinar que según consta en el texto del convenio, las partes optaron por un arbitraje denominado independiente, para lo cual designaron al señor Pedro Pinto Rubianes como árbitro.

En base a estas disposiciones legales, se evidencia que efectivamente existe la voluntad de las partes firmantes en este Convenio, en someter la solución de sus diferencias a un árbitro independiente.

¿Surten efecto jurídico las cláusulas arbitrales incorporadas al convenio suscrito entre Ernesto Martínez Cobo y Faisal Misle Zaidan?

La Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia fundamenta su fallo de casación respecto al efecto de la cláusula arbitral, en el sentido de *“advertir una indeterminación en cuanto a uno de los elementos esenciales del convenio arbitral. El Arbitro...¹*, y por otra parte, la Sala, citando a la autora mexicana Sofia Gómez Ruano, en un artículo escrito para la Revista Jurídica “Abogado Corporativo” titulado ***Cheklis de Patologías en una cláusula arbitral***, refiriéndose a otro autor, Frederic Eisemann, quien bautizó como **cláusulas patológicas**, como denominación a una cláusula arbitral que traerá problemas en un arbitraje o que incluso lo hará inoperante. Por lo tanto, aplicando este criterio, se expresa que para considerar un convenio arbitral eficiente y eficaz se debe cumplir con cuatro funciones esenciales: producir consecuencias obligatorias para las partes, excluir la intervención de autoridades judiciales, darle facultades suficientes al Tribunal Arbitral y crear un procedimiento que lleve a un laudo arbitral, el cual se pueda cumplir voluntariamente o, en su caso, sea ejecutable².

En base a esta argumentación, es criterio de la mencionada Sala que la cláusula arbitral no surte efecto jurídico, porque sería lo que doctrinariamente se conoce como **cláusula patológica**.

En este sentido, si efectivamente una cláusula arbitral no contiene expresamente todos los elementos señalados para que surta efectos, **¿es factible que esta omisión supla la ley?** Efectivamente, la Ley de Arbitraje y Mediación, en su artículo 16, contiene disposiciones sobre determinación y designación del árbitro (s), así como procedimientos para llevar adelante el arbitraje y ejecutar sus decisiones. En el caso *sub judice*, como quedó establecido, se trata de un arbitraje independiente, por lo que son aplicables los incisos sexto, séptimo y octavo del artículo 16 de la Ley de Arbitraje y Mediación, los cuales complementan o suplen la omisión de la cláusula arbitral. Además, respecto a la indeterminación del árbitro, resulta ciertamente curioso que la Sala desconozca una estipulación expresa respecto a la designación de mutuo acuerdo del Ing. Pedro Pinto Rubianes.

De conformidad con el análisis anterior, y en vista de que la ley suple lo que no se ha estipulado en la cláusula arbitral, es improcedente determinar a la misma como patológica, por lo tanto, la misma surte los efectos jurídicos respectivos.

¹ Segunda Sala de la Ex Corte Suprema de Justicia, Fallo de Casación # 92-2007, 26 de mayo del 2008, pag. 11.

² Fallo de Casación cit. Págs. 12 y 13.

¿Existe renuncia al arbitraje por parte del señor Faisal Mile Zaidan?

Conforme consta citado en los antecedentes, efectivamente el señor Ernesto Martínez Cobo dirigió una carta al árbitro designado en la cláusula arbitral, Ing. Pedro Pinto Rubianes, indicando el incumplimiento de la contraparte del convenio de administración y manejo conjunto de la compañía Ingesa S. A., el mismo que hizo conocer de dicha misiva al señor Faisal Misle Zaidan, quien responde la misma en el sentido de que no tiene discrepancia de ninguna naturaleza con el ingeniero Ernesto Martínez.

Esta circunstancia es interpretada por el Juez Tercero de lo Civil de Pichincha como negativa de cumplir el convenio y, por consiguiente, una renuncia a la cláusula arbitral, lo que le abriría la posibilidad al ingeniero Martínez, de accionar ante la justicia ordinaria, como efectivamente lo hizo.

Así lo expresa el Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, en la parte correspondiente de su sentencia, fs. 13 del proceso:

“El actor se dirigió al señor Ingeniero Pedro Pinto Rubianes, árbitro nombrado por las partes para que intervenga a efecto de dar cumplimiento al numeral 3.4, del referido convenio. El mencionado árbitro le hizo conocer al señor Faisal Misle Zaidan, de la reclamación, quien indicó que no tiene discrepancia de ninguna naturaleza, lo que evidencia que no hubo negativa para cumplir con el convenio también sobre este aspecto, situación por la cual no se encuentra inmerso en la excepción constante en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación, consecuentemente el proceso siguió el trámite correspondiente”³.

Es evidente que en el análisis del Juez existe una mezcla o confusión de conceptos, entre el incumplimiento del Convenio y específicamente de la cláusula arbitral, con el de renuncia al arbitraje. Sobre la renuncia de someterse al arbitraje, el artículo 8 de la ley de la materia expresa:

“Las partes pueden de mutuo acuerdo renunciar por escrito al convenio arbitral que hayan celebrado, en cuyo caso cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá sin embargo, que tal renuncia existe cuando presentada por cualquiera una demanda ante un órgano judicial, el demandado no opondrá al contestar la demanda, la excepción de existencia convenio arbitral...”

Ninguna de las maneras de renuncia al arbitraje establecidas por la ley se ha producido en el presente caso, razón por la cual la cláusula arbitral continuaba vigente y surtía todos sus efectos.

Sin perjuicio de lo manifestado, esta Corte establece la existencia de un evidente incumplimiento de lo dispuesto en el mismo artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación, en lo que tiene que ver con la interposición por parte del demandado de la excepción declinatoria de la competencia del Juez, por existir un convenio arbitral.

Al respecto, la parte pertinente de la mencionada norma legal manifiesta:

“...En el evento de haber sido propuesta esta excepción, el órgano judicial respectivo deberá sustanciarla y resolverla, corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones dentro de los tres días subsiguientes a la fecha en que se haya notificado el traslado. Aceptada la excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, en caso contrario, ejecutoriada el auto dictado por el juez, se sustanciará el proceso según las reglas generales”.

De lo transcrito se infiere que al haber propuesto el demandado dicha excepción declinatoria, el juez debió resolverla como una cuestión de previo y especial pronunciamiento, antes de disponer la apertura del término de prueba sobre los hechos que constituyeron el objeto de fondo de la controversia y por lo mismo, antes de expedir la sentencia; lo cual no ocurrió, sino que por el contrario, el Juez Tercero de lo Civil de Pichincha concedió al clausurar la audiencia de conciliación y contestación a la demanda, dos términos de prueba, el uno por tres días, y el otro, por seis días, pero continuó la sustanciación del proceso sin resolver previamente sobre la excepción declinatoria, sino que se pronunció acerca de la misma, al igual que de las demás excepciones y pruebas, al momento de expedir sentencia.

Este incumplimiento normativo, que no fue corregido por los Jueces Superiores, se traduce en una evidente vulneración a los derechos de tutela judicial efectiva, establecido en el artículo 75 de la Constitución de la República vigente, así como al derecho del debido proceso, establecido en el artículo 76, numeral 1 de la misma Carta Fundamental.

Finalmente, esta Corte advierte que el momento procesal para dilucidar sobre la existencia o no del convenio arbitral era precisamente la fase de sustanciación y resolución de la excepción declinatoria, como cuestión de previo y especial pronunciamiento ante el juez de primera instancia, lo que en el presente caso no ocurrió, sino que es en el fallo de casación donde se aborda este problema jurídico, pero para concluir desechando el recurso de casación, lo cual es también contradictorio, pues ante la ausencia de pronunciamiento expreso sobre este aspecto en las dos instancias, lo que habría correspondido es que el Tribunal de Casación se pronuncie casando la sentencia y expidiendo, en sustitución de la misma, la Sentencia correspondiente, en la que sí se aborde *in extensu* el problema jurídico sobre la existencia y validez del Convenio Arbitral, para de esta forma corregir el error de derecho existente en la sentencia de primera instancia y que consiste en la falta de pronunciamiento motivado y oportuno sobre la excepción declinatoria por existencia de Convenio Arbitral.

Que la justicia ordinaria conozca y resuelva las divergencias que surgen, fruto de un convenio arbitral, ¿vulnera derechos constitucionales de las partes que firmaron el mismo?

³ Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, Sentencia Nro. 2004-0327, de 9 de enero del 2006.

Nuestra Constitución de la República *acoge, de manera amplia, los principios del debido proceso conceptuados como derecho fundamental*, en el conjunto de garantías denominadas “de Protección”, constantes en el artículo 75 y siguientes de la norma ídem. El artículo 76, numeral 1 de la norma fundamental, *determina la función garantista de las autoridades administrativas o judiciales*. En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurará el derecho al debido proceso, que incluirá las siguientes garantías básicas:

“3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con la observancia del trámite propio de cada procedimiento”.

De igual forma, el artículo 76, numeral 7, literal *k* de la antes mencionada disposición constitucional determina dentro del derecho al debido proceso:

“Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto”.

En efecto, el debido proceso constituye un derecho tutelado y garantizado por la Constitución y Convenios Internacionales de Derechos Humanos.

Con la aparición de los derechos humanos, el derecho a tener jueces competentes, a ser oído y a tener un proceso ya sea administrativo o judicial con todas las garantías, (debido proceso) pasó de ser un enunciado procesalista y formalista, a establecer un verdadero derecho constitucional, con el agregado de principios y presupuestos que concilian con la necesidad de que existan garantías procesales efectivas y certeras. El debido proceso es un derecho a la justicia, lograda en un procedimiento que supera las grietas o dificultades que otorga un simple derecho a la defensa en juicio. En este sentido, éste (debido proceso) ya no son solo reglas, son fundamentalmente principios.⁴

Sobre la competencia para resolver una controversia que surja de un Convenio de Administración de Manejo de la compañía INGESA S. A., que contiene cláusula arbitral, el artículo 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación expresa:

“El convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo arbitral que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria”.

Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley. En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje. Toda resolución a este respecto deberá ser modificada a

las partes en el término de dos días”. (lo subrayado es nuestro).

Aplicando esta disposición, *y una vez que, como quedó establecido, se configuró un convenio arbitral con todos sus efectos*, la justicia ordinaria estaba impedida, por no tener jurisdicción ni competencia para este caso, de conocerlo y resolverlo. Pues bien, como a pesar de este impedimento, tanto el Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, la Primera Sala de lo Civil de la ex Corte Superior de Justicia de Pichincha, hoy Corte Provincial de Justicia, y la Segunda Sala de lo Civil de la ex Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia, fallaron en el caso en mención, atribuyéndose una competencia que no la tenían, vulneraron claramente el derecho del accionante al debido proceso en lo que respecta a ser juzgado por un juez o autoridad competente, con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

III. DECISIÓN

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

SENTENCIA

1. Aceptar la acción extraordinaria de protección planteada por el señor Faisal Antonio Misle Zaidan, por haberse demostrado la violación de los derechos de tutela judicial efectiva y seguridad jurídica. Por lo tanto, dejar sin efecto los fallos emitidos por el Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, de fecha 9 de enero del 2006, dentro del proceso verbal sumario N.º 2004-0327, por la Primera Sala de la ex Corte Superior de Justicia de Pichincha de fecha 13 de noviembre del 2006, dentro del proceso de apelación N.º 269-06, y por la Segunda Sala de la ex Corte Suprema de Justicia de fecha 26 de mayo del 2008, dentro del proceso de casación N.º 92-2007.
 2. Disponer que el proceso se retrotraiga a la fase procesal de conclusión de la Audiencia de Conciliación y contestación de la demanda, a efecto de que en aplicación del artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el juez de primera instancia, designado previo sorteo, resuelva como cuestión de previo y especial pronunciamiento, antes de la sentencia de fondo, sobre la pertinencia de la excepción de incompetencia del juez.
 3. Notifíquese, publíquese y cúmplase.
- f.) Dr. Patricio Pazmiño Freire, Presidentre.
- f.) Dra. Marcia Ramos Benalcázar, Secretaria General (E).

⁴ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, Derecho Procesal Constitucional. EL DEBIDO PROCESO, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, pags. 25 y 26.

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, con siete votos a favor, de los doctores: Luis Jaramillo Gavilanes, Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes, Hernando Morales Vinuesa, Ruth Seni Pinoargote, Manuel Viteri Olvera y Patricio Pazmiño Freire; sin contar con la presencia de los doctores Nina Pacari Vega y Edgar Zárate Zarate, en sesión del día miércoles veinticuatro de febrero del dos mil diez. Lo certifico.

f.) Dra. Marcia Ramos Benalcázar, Secretaria General (E).

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.- Revisado por- f.) Ilegible.- Quito, 16 de marzo del 2010.- f.) El Secretario General.

**EL GOBIERNO MUNICIPAL AUTONOMO DEL
CANTON HUAQUILLAS**

Considerando:

Que es de su obligación preocuparse por todo lo que signifique mejoramiento sanitario del cantón;

Que es menester la evacuación, tratamiento y disposición de aguas residuales y de lluvias, de acuerdo a lo que aconsejan las técnicas modernas para estos servicios;

Que es indispensable proteger y mantener en condiciones adecuadas el medio ambiente del cantón; y,

En uso de las atribuciones que le confiere la Ley de Régimen Municipal,

Expide:

La siguiente:

**ORDENANZA QUE REGLAMENTA EL COBRO DE
LA TASA POR EL SERVICIO DE
ALCANTARILLADO EN EL CANTON
HUAQUILLAS.**

Art. 1.- OBJETO DE LA TASA.- Constituye objeto de esta tasa el servicio de operación y mantenimiento del sistema de alcantarillado, constituido por tuberías y conductos subterráneos empleados para la evacuación de aguas residuales y aguas lluvias.

Art. 2.- SUJETO ACTIVO.- El sujeto activo de la tasa por el servicio de alcantarillado es el Gobierno Municipal del Cantón Huaquillas, dentro del ámbito de su jurisdicción.

Art. 3.- DE LOS USUARIOS DEL SERVICIO.- Son sujetos pasivos de esta tasa las personas naturales o jurídicas, sociedades de hecho como usuarios del servicio

de alcantarillado dentro de los límites del Cantón Huaquillas.

Art. 4.- OBLIGACIONES DE LOS USUARIOS.- La acometida del sistema de alcantarillado es obligatoria, para todas las propiedades urbanas implantadas en el área donde existe servicio público municipal de alcantarillado; en las zonas donde existan servicios de alcantarillado pluvial y sanitario se dispondrá de un sistema de doble desagües, dentro de las viviendas o predios, para la evacuación independiente de aguas servidas (cocina, baños, lavanderías, etc.) y de las aguas provenientes de la lluvia (cubierta, patios y jardines).

Los propietarios de construcciones existentes en la ciudad y de las que posteriormente se construyan localizadas en la zona donde exista la posibilidad de conexión al servicio de alcantarillado, deberá dotarles del servicio de alcantarillado sanitario y de sistemas adecuados para la evacuación de aguas lluvias.

En los lugares que no se disponga del servicio de alcantarillado, se deberá recurrir a soluciones individuales de tratamiento y disposición, tales como: tanques sépticos con sistemas de absorción, filtración, desinfección, etc. o más complejos de ser necesarios.

Art. 5.- PARA ACCEDER AL SERVICIO.- Para solicitar la conexión al sistema público de alcantarillado se deberá seguir el trámite siguiente:

- a) Solicitud al Concejo, especificando el tipo y características del servicio;
- b) Certificado de no adeudar a la Municipalidad; y,
- c) Certificación de la calidad de los materiales a emplearse (tuberías calificadas por el INEN).

Art. 6.- PROHIBICIONES Y MEDIDAS ATENUANTES.- No se permitirá a los colectores públicos, la descarga de agua a temperatura de 40 grados centígrados o más, ácidos o cualquier sustancia que pueda deteriorar el sistema de alcantarillado.

En todo establecimiento que se emplee maquinaria cuyo funcionamiento requiere de uso de gasolina, aceite, volátiles, sustancias inflamables así como, en lugares en los cuales se expendan o se almacenan estas sustancias, se deberán emplear los dispositivos adecuados para la separación de las grasas, aceites, etc.

En sitios de producción con un elevado consumo de grasas, aceites o en aquellas que descarguen arcilla, arenas, etc., tales como las mecánicas, lavadoras de vehículos, etc. se deberá emplear como paso previo a la conexión al alcantarillado público, el trámite y los dispositivos que señale el Municipio a través de los departamentos de Obras Públicas y Saneamiento Ambiental, con el fin de retener parcial o totalmente los materiales o sustancias indicadas.

Los propietarios de inmuebles destinados a fines industriales y comerciales que evacuen en el alcantarillado público, líquidos industriales, productos tóxicos, cuerpos

metálicos, etc. deberán incluir a la solicitud de conexión los siguientes datos; caudal a evacuarse (máximo y mínimo), características físicas y químicas, bacteriológicas, problemas de residuos, procedencia, etc.

Los departamentos de Obras Públicas y Saneamiento Ambiental verificarán estos datos y establecerán la necesidad del tratamiento que debe realizar el usuario para no perjudicar el funcionamiento y conservación de los colectores, las instalaciones de depuración y evitar la contaminación ambiental (suelo, agua, aire), tratamiento cuyo diseño y construcción correrá por cuenta del usuario.

En cada caso, el Departamento de Obras Públicas establecerá las condiciones bajo las cuales se autorizará el desagüe de los líquidos residuales. Si constatare que no se cumplen los requisitos establecidos o que estos son insuficientes para satisfacer los fines indicados en los párrafos anteriores, exigirán la adopción de medidas más eficaces, fijándose para ello un plazo de 90 días. En caso de que no se cumpla este requisito, el Gobierno Municipal de Huaquillas establecerá las condiciones y ordenará la suspensión del servicio.

Queda terminantemente prohibido evacuar las aguas residuales o de las lluvias de un inmueble a otro sitio que no sea la red del sistema de alcantarillado, salvo en casos especiales que previamente tendrá la autorización del Gobierno Municipal de Huaquillas.

Los materiales sólidos y desechos que puedan dificultar la normal operación del sistema de alcantarillado no deberán ser evacuados por este sistema.

Cualquier agua que contengan ácidos fuertes, sustancias tóxicas, corrosivas o en general peligrosas, que hayan sido neutralizadas, no deben ser descargadas en los sistemas de alcantarillado público ni en las conexiones superficiales, para lo cual los departamentos de Obras Públicas y Saneamiento Ambiental adoptarán medidas preventivas.

Queda prohibido descargar al alcantarillado público sustancias que contengan fenoles o produzcan olores que excedan los límites permitidos por el Código de Salud.

Art. 7.- SANCIONES.- Las personas particulares que ejecutan por su cuenta acometidas, reparaciones o reformas en el sistema de alcantarillado, sin conocimiento de una autoridad competente exceptuando casos emergentes, serán sancionados con una multa igual a tres veces el valor del daño o perjuicio ocasionado, la primera vez y con un valor doble, en caso de reincidencia.

Cuando las instalaciones de un edificio sean efectuadas o produzcan alteraciones en el régimen de las corrientes de la red de alcantarillado o cuando se ha construido en forma diferente a la planificada o aprobada, motivarán la aplicación de una multa no menor a los costos de reparación, por los daños causados, debiendo además realizarse la respectiva modificación interna a costa del propietario del edificio.

Los gastos de limpieza, arreglo de tuberías, arreglo o desperfectos del alcantarillado, causados por materiales u

objetos arrojados intencionalmente, por descuido o negligencia, serán a cargo del causante o responsable del daño.

Será sancionada la persona que construya tanques sépticos letrinas o cualquier otro dispositivo para eliminación de excretas sin la autorización de la Municipalidad a través de los departamentos de Obras Públicas y Saneamiento Ambiental.

La persona que cause daños en las estructuras, colectores o equipos que formen parte del sistema de alcantarillado estará sujeta a las sanciones legales pertinentes.

El causante o responsable del daño que perjudique a las instalaciones del sistema de alcantarillado y que no se haya previsto en esta ordenanza o cualquier acción que entorpezca la normal prestación del servicio, será sancionado con una multa no menor a los costos de reparación del daño causado, previo informe de los departamentos de Obras Públicas y Saneamiento Ambiental.

Art. 8.- DEL CATASTRO DE LA TASA POR SERVICIO DE ALCANTARILLADO.- El Departamento de Obras Públicas, llevará el catastro de la tasa por servicio de alcantarillado, conjuntamente con la información y catastros del consumo de agua potable de la EMRAPAH (Empresa Municipal Regional de Agua Potable de Arenillas y Huaquillas), a través de la administración de agua potable, y en el que se consigna los mismos datos del usuario:

- Nombre del usuario.
- Ubicación del inmueble.
- Código del local.
- Número de cédula de identidad o del RUC.
- Número de medidor de agua.
- Categoría del servicio.
- Cuenta de usuario.
- Tipo de tarifa.
- Valor mensual a cobrarse.

Art. 9.- DETERMINACION DE LA CUANTIA DE CONSUMO.- La determinación de la cuantía por servicio de alcantarillado será igual a un porcentaje del valor del volumen del agua potable consumido mensualmente por cada usuario, de acuerdo a la categoría y tarifas vigentes en la Ordenanza que regula el cobro de tasas por EMRAPAH en el Cantón Huaquillas.

Art. 10.- TARIFA DE LA TASA.- Sobre el valor de la cuantía determinada, conforme a las disposiciones del artículo noveno de esta ordenanza, se aplicará la siguiente tarifa o porcentaje de acuerdo a la categoría establecida.

CATEGORIA	VALOR
DOMESTICO O RESIDENCIAL	25% del valor del volumen del agua potable
AREAS VERDES COMUNALES PRIVADAS	25% del valor del volumen del agua potable
COMERCIAL	25% del valor del volumen del agua potable
CASOS ESPECIALES	25% del valor del volumen del agua potable
OFICIAL O PUBLICA	25% del valor del volumen del agua potable
INDUSTRIAL	25% del valor del volumen del agua potable
OTROS	25% del valor del volumen del agua potable

En todo caso la tasa de alcantarillado no podrá exceder del costo de mantenimiento.

Los valores serán incluidos en las facturas o planillas de consumo de agua emitidas por EMRAPAH, las mismas que serán entregadas mensualmente a cada usuario.

Art. 11.- EXENCIONES.- Conforme a lo previsto en el primer inciso del artículo 35 del Código Tributario y en el artículo innumerado, agregado al artículo 378; 379; 393 y 394 de la Ley de Régimen Municipal, no existe exención alguna en favor de persona natural o jurídica, consecuentemente, el Estado y más entidades del sector público, pagarán la tasa por el servicio de operación y mantenimiento del sistema de alcantarillado de acuerdo a los establecido en esta ordenanza.

Las instituciones de asistencia social y educativas pagarán considerando la tarifa para la categoría pública.

Art. 12.- PROCESO DE RECAUDACION.- Se aplicará el mismo proceso seguido para el cobro de las planillas de agua potable, esto es a través de la Oficina de Recaudación de EMRAPAH, además de que el pago se lo realiza conjuntamente y se utiliza un recibo único, luego la Tesorería de EMRAPAH depositará en la cuenta de ingreso del Municipio de Huaquillas N° 1010120892 Banco de Machala lo recaudado por alcantarillado y entregará con acta entrega recepción el comprobante de depósito al Jefe de Recaudación del Gobierno Municipal Autónomo del Cantón Huaquillas.

Art. 13.- INTERESES A CARGO DEL USUARIO DEL SERVICIO.- Los usuarios de este servicio deberán cancelar sus respectivos títulos de crédito dentro de los treinta días a partir de la fecha de emisión, de no hacerlo causarán el interés anual equivalente al máximo convencional permitido por la ley desde la fecha de exigibilidad de la obligación tributaria hasta su extinción, calculado de acuerdo a las tipos de interés vigentes en los correspondientes períodos conforme a lo dispuesto en el artículo 21 del Código Tributario. Los intereses se cobrarán junto con la obligación tributaria.

Art. 14.- DE LOS RECLAMOS.- En caso de errores en la determinación de la tasa por el servicio de alcantarillado, el usuario del servicio tiene derecho a solicitar, la revisión del

proceso de determinación y por ende la rectificación de la cuantía en caso de comprobarse el error; también deberá solicitar la exclusión de su nombre del catastro correspondiente, en los casos de enajenación, permuta, compra-venta, etc.

Art. 15.- SUPLETORIEDAD.- Para todo lo previsto en la presente ordenanza se aplicará las disposiciones del Código de Salud y los de la Ley Orgánica de Régimen Municipal en lo que fuera pertinente.

Art. 16.- VIGENCIA.- La presente ordenanza, entrará en vigencia a partir de su aprobación sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Dada y firmada en la sala de sesiones del Gobierno Municipal Autónomo del Cantón Huaquillas, a los catorce días del mes de diciembre del año dos mil nueve.

f.) Manuel Aguirre Piedra, Alcalde del cantón.

f.) Jorge Preciado Miranda, Secretario del Concejo.

Jorge Preciado Miranda, Secretario General del Gobierno Municipal Autónomo del Municipio de Huaquillas.- Certifica.- Que la presente ordenanza fue discutida y aprobada en las sesiones ordinarias de fecha lunes diez y seis de noviembre del año 2009 y lunes siete de diciembre del año 2009, en primera y segunda instancia, respectivamente.

Huaquillas, miércoles 16 de diciembre del año 2009.

f.) Jorge Preciado Miranda, Secretario General del Gobierno Municipal Autónomo del Cantón Huaquillas.

Huaquillas, 17 de diciembre del año 2009.

VISTOS.- La ordenanza que antecede y amparada en lo prescrito en el Art. 125 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, elévese a conocimiento del señor Alcalde del Cantón Huaquillas la presente ordenanza para su sanción.

Cúmplase.

f.) Sr. Francel Poma Lozano, Vicealcalde del cantón.

f.) Jorge Preciado Miranda, Secretario del Concejo.

Jorge Preciado Miranda, Secretario General del Gobierno Municipal Autónomo del Cantón Huaquillas.- Siento razón que notifique personalmente al señor Manuel Aguirre Piedra, Alcalde del cantón Huaquillas con la providencia que antecede el día de hoy lunes 21 de diciembre del año 2009, a las 08h45.

f.) Manuel Aguirre Piedra, Alcalde del cantón Huaquillas.

Huaquillas, martes 22 de diciembre del año 2009; a las 09h00.

VISTOS.- Manuel Aguirre Piedra, Alcalde del cantón Huaquillas en uso de las atribuciones que le confiere la Ley Orgánica de Régimen Municipal, sanciono la presente

Ordenanza que reglamenta el cobro de la tasa por el servicio de alcantarillado en el cantón Huaquillas.- Publíquese de conformidad con la ley.

Cumplase.

f.) Manuel Aguirre Piedra, Alcalde del cantón Huaquillas.

Proveyó y firmó la providencia que antecede el señor Manuel Ignacio Aguirre Piedra, Alcalde titular del cantón Huaquillas en la fecha y hora que se señala en la misma.

Lo certifico.- Huaquillas, martes 22 de diciembre del año 2009.

f.) Jorge Preciado Miranda, Secretario General del Gobierno Municipal Autónomo del Cantón Huaquillas.

SUSCRIBASE !!

Venta en la web del Registro Oficial Virtual
www.corteconstitucional.gov.ec

R. O. W.

Informes: info@cc.gov.ec
Teléfono: (593) 2 256 5163



REGISTRO OFICIAL
ORGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

Av. 12 de Octubre N 16-114 y Pasaje Nicolás Jiménez /
Edificio NADER

Teléfonos: **Dirección:** 2901 629 / Fax 2542 835

Oficinas centrales y ventas: 2234 540

Editora Nacional: Mañosca 201 y 10 de Agosto / Teléfono: 2455 751

Distribución (Almacén): 2430 110

Sucursal Guayaquil: Malecón N° 1606 y Av. 10 de Agosto, esquina,
bajos de la I. Municipalidad de Guayaquil / Teléfono: 04 2527 107