



Facultad de Derecho

Tema:

“El non reformatio in peius: Análisis desde la perspectiva constitucional ecuatoriana y sentencia 768-15 EP/20 emitida por la Corte Constitucional”.

Trabajo de Titulación para la obtención del Título de Abogada

Presentada por:

Maria Gabriela Cruz Ortiz

Tutor:

Hugo Javier Montalvo Yanez

Quito, noviembre, 2021

RESUMEN

El “principio *non reformatio in peius*” implica que la sentencia de un procesado no se puede empeorar en una posterior sentencia de otra instancia. Sin embargo, este principio no es absoluto ya que si fuera así los fiscales o la acusación particular no tendrían acceso a una segunda instancia en caso de que la primera fuese absolutoria. Los estándares constitucionales de la Corte Constitucional se habían referido a este particular estableciendo que la garantía de *non reformatio in peius* solo será transgredida si se agrava el estado jurídico del procesado siendo el mismo el único recurrente. Este criterio fue cambiado por la sentencia 768-15-EP/20, la cual ha impuesto un nuevo punto de vista respecto de ello restringiendo aún más la aplicabilidad del *non reformatio in peius*, este cambio podría vulnerar la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa de la víctima.

Palabras clave: Non reformatio in peius, Sentencia, Tutela Judicial Efectiva, Derecho Constitucional y Debido Proceso.

DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN DE NORMA ÉTICA Y DERECHOS.

El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad Hemisferios. Así, declaro que lo contenido en este ha sido redactado con entera sujeción al respeto de los derechos de autor, citando adecuadamente las fuentes. Por tal motivo, autorizo a la Biblioteca a que haga pública su disponibilidad para lectura dentro de la institución, a la vez que autorizo el uso comercial de mi obra a la Universidad Hemisferios, siempre y cuando se me reconozca el cuarenta por ciento (40%) de los beneficios económicos resultantes de esta explotación.

Además, me comprometo a hacer constar, por todos los medios de publicación, difusión y distribución, que mi obra fue producida en el ámbito académico de la Universidad Hemisferios.

De comprobarse que no cumplí con las estipulaciones éticas, incurriendo en caso de plagio, me someto a las determinaciones que la propia Universidad plantee.

María Gabriela Cruz Ortiz.

C.I 080381469-8

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'María Gabriela Cruz Ortiz', with a horizontal line extending to the right.

DEDICATORIA

Agradezco a mis padres por todo el esfuerzo y la paciencia por todos estos años de estudio, así mismo este trabajo está dedicado a ellos Alberto y Victoria, quienes supieron guiarme y ayudarme en todos los aspectos de mi vida, también mis Amigas Gabrielas quien sin ellas no habría podido continuar con todo lo que he vivo en el trascurso de estos años de estudios, A mis hermanas y abuelos, quienes esperan con ansias verme convertirme en una profesional de bien.

Índice

DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN DE NORMA, ÉTICA Y DERECHOS.	3
DEDICATORIA	4
RESUMEN.....	6
ABSTRACT.....	¡Error! Marcador no definido.
INTRODUCCIÓN	7
1.1. Justificación.....	8
1.2 Objetivos	9
CAPÍTULO I:.....	9
ANTECEDENTES.....	9
1.1. Fundamentación teórica	9
1.2. Análisis doctrinal	11
1.3. Análisis de la Constitución.....	13
1.4. Principios de la Constitución.....	15
1.4.1. Limitación parcial de la Reformatio in Peius.....	18
CAPITULO II:	21
JURISPRUDENCIA	21
2.1. Razón o justificación de la Non Reformatio in Peius	25
CAPITULO III:	27
ANALISIS CRITICO DEL CASO 768-15-EP 20.	27
3.1. Hechos del caso y alegaciones de las partes.....	27
3.2. Argumentos de la Corte Constitucional	29
3.3. Análisis de la jurisprudencia	33
3.3.1. Vulneración a la tutela judicial efectiva y derecho a la defensa.....	34
3.3.2. Las extralimitaciones de la Corte Constitucional.....	36
CONCLUSIONES:	38
RECOMENDACIONES	39
REFERENCIAS:.....	40

EL NON REFORMATIO IN PEIUS: ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL ECUATORIANA Y SENTENCIA 768-15 EP/20 EMITIDA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Autor: María Gabriela Cruz Ortiz

Correo electrónico: gabycruz_14@hotmail.es

Resumen

El “principio *non reformatio in peius*” implica que la sentencia de un procesado no se puede empeorar en una posterior sentencia de otra instancia. Sin embargo, este principio no es absoluto ya que si fuera así los fiscales o la acusación particular no tendrían acceso a una segunda instancia en caso de que la primera fuese absolutoria. Los estándares constitucionales de la “Corte Constitucional” se habían referido a este particular estableciendo que la garantía de *non reformatio in peius* solo será transgredida si se agrava el estado jurídico del procesado siendo el mismo el único recurrente. Este criterio fue cambiado por la sentencia 768-15-EP/20, la cual ha impuesto un nuevo punto de vista respecto de ello restringiendo aún más la aplicabilidad del *non reformatio in peius*, este cambio podría vulnerar la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa de la víctima.

Palabras Clave: Non reformatio in peius, Sentencia, Tutela Judicial Efectiva, Derecho Constitucional y Debido Proceso.

Abstract

The non reformatio in peius principle implies that the sentence of a defendant cannot be worsened in a later sentence of another instance. However, this principle is not absolute, if it were the case, the prosecutors or the private prosecution would not have access to a second instance if the first was acquitted. The constitutional standards of the Constitutional Court had referred to this issue, establishing that the guarantee of non reformatio in peius principle will only be violated if the legal situation of the accused worsens, being the accused the only one who appeals. This criterion has been changed by the “Constitution Court” 768-15-EP / 20, it has imposed a new criterion in this regard, further restricting the applicability of the non reformatio in peius, this change could violate effective judicial protection and the right to defense of the victim.

Key words: Non reformatio in peius, Judgment, Effective Judicial Protection, Constitutional Law and Due Process.

INTRODUCCIÓN

El *Non reformatio in peius*, es considerado como un principio en el ámbito procesal penal, sin embargo, en este trabajo investigativo su aplicación será analizada desde el ámbito constitucional, el cual radica en que un juez superior prohíbe empeorar, perjudicar o incluso agravar la situación del apelante. Silka Sanchez (2018) indica que resulta inconcebible que “el órgano rector delegado del asunto, en vía de recurso, pueda trastornar o rebasar los límites objetivos y subjetivos que se han impuesto llegando a empeorar la situación procesal que estaba previamente fijada por la sentencia de instancia, salvo en casos donde ambas partes hayan recurrido, en cuyo caso el tribunal tendría completa libertad para moverse” (Sánchez, 2018, pág. 2).

Desde otra perspectiva se puede definir que este término hace referencia a aquella “Prohibición dirigida al juez superior con el fin de reformar una sentencia en perjuicio del recurrente, restringiendo la posibilidad judicial de que se haga más gravosa la situación de quien impugna, de esta manera evitar la retractación de una interposición del recurso con relación a una sentencia, que le corresponde conocer al juez *ad quem*” (Guevara, 2017, pág. 240).

Es necesario una correcta definición y aclaración en la legislación ecuatoriana debido a que no se puede llegar a dar malinterpretaciones porque está en juego la limitación del derecho del inculpado a recurrir a una resolución injusta, provocando temor porque su pena pueda agravarse anulando el derecho a la impugnación. (Nowell, 2018, pág. 27).

En tal virtud desde una perspectiva general, se destaca que la acusación fiscal permite a la defensa recurrir ante un tribunal de alzada, pero si no existiese recurso por parte de la Fiscalía, el procesado no debe contradecir o generar algún tipo de oposición porque sería algo que no existe. Por lo tanto, los tribunales mediante el principio acusatorio están en completa prohibición para modificar sentencias llegando a perjudicar al procesado en el plano sancionatorio, cuando el recurso fue planteado únicamente por la defensa “*pro reo*”.

Análisis de caso: “La Corte Constitucional acepta la acción extraordinaria presentada contra una sentencia de la Corte Nacional de Justicia que agravó la condena del

procesado (en fase de casación) y vulneró el derecho al *non reformatio in peius*. ”. (CASO No. 768-15-EP, 2020, pág. 1).

Conforme a lo expresado en la Constitución el Art. 77 numeral 14, indica que:

“Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona se debe respetar y brindar garantías básicas (...) 14. Al resolver la impugnación de una sanción, quien no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 36).

Los estándares constitucionales de la “Corte Constitucional” se habían referido a este particular estableciendo que “la garantía de *non reformatio in peius* solamente será transgredida si se empeora la situación jurídica del procesado siendo el mismo el único recurrente” (CASO No. 768-15-EP, 2020, pág. 16). Este criterio dejaba las puertas abiertas para que el fiscal y la acusación particular pudiesen apelar la sentencia y conseguir una pena mayor para el reo. Sin embargo, este criterio ha sido cambiado por la sentencia 768-15-EP/20 ha impuesto un nuevo estándar respecto de ello lo cual ha generado cambios sustanciales en la aplicabilidad del *non reformatio in peius*. Este cambio implica que solamente cuando el fiscal apela, la pena puede ser modificada mas no cuando el apelante es la víctima. El alejamiento de la Corte respecto de su precedente constitucional podría vulnerar la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa de las víctimas.

1.1. Justificación

Esta investigación tiene importancia académica, ya que aporta un específico análisis en base al principio “*non reformatio in peius*”, por medio de una perspectiva constitucional, pues en todo proceso existe la inviolabilidad a la defensa, es decir, destacar los principios de verdad y justicia mediante la protección especial donde las víctimas por infracciones según el art 78 de la Constitución tienen derechos específicos a su calidad de víctima. Estas leyes incluyen el derecho a una sentencia justa que reconozca la verdad de los hechos. Limitar la posibilidad de apelación generaría una negativa en el acceso a la justicia. Además de ello la “Corte Constitucional” merece ser cuestionada en su actuar dadas las amplísimas prerrogativas que ha venido manifestando en los últimos años. Cabe cuestionar si la Corte verdaderamente puede actuar como legislador, modificando las normas infra constitucionales aun cuando no se ha alegado su inconstitucionalidad.

1.2 Objetivos

1.2.1 Objetivo general

- Analizar la aplicación del *non reformatio in peius*: desde la perspectiva constitucional ecuatoriana

1.2.2 Objetivos específicos

- Analizar el principio *non reformatio in peius* como un derecho.
- Analizar en cuanto a la sentencia 768-15/20 EP

CAPÍTULO I: ANTECEDENTES

1.1. Fundamentación teórica

La historia de la “*prohibitio reformatio in peius*” se remonta a la época de aplicación del derecho romano, y se analiza un pasaje de Ulpiano (170-228 AC) que contenía el siguiente enunciado:

“Licet Enimnonunquam bene lastas sententias in peius reformet –es ilícito en ocasiones reformar empeorando las sentencias bien pronunciadas-prohibición de pronunciar una nueva sentencia más desfavorable sobre el mismo objeto”. (Gómez. Cadavid, 2015, pág. 69).

Es por esto que, el concepto de “*Non reformatio in peius*” se traduce en “No reformar en peor” o también ha sido aceptada como la acepción de “*Prohibitio reformatio in peiu (pejus)*” (Prohibición de reformar en peor), lo cual hoy en día se constituye en un principio jurídico universal que prohíbe a un tribunal superior, sentenciar empeorando la situación del recurrente en sentencia de juez anterior en tribunal inferior.

El marco jurídico ecuatoriano establece la obligatoriedad al ser suscriptor, de respetar y acatar el marco jurídico supranacional, convenciones y tratados, de los cuales es signatario. El Art. 84 y 147 de la Constitución de la República, establecen la obligatoriedad de adecuar la normativa legal vigente a estos instrumentos internacionales,

de manera que es el estado a través de sus organismos de gobierno serán los llamados a acatar, resolver y administrar justicia bajo esta prerrogativa.

“La Convención Interamericana de los Derechos Humanos” (CIDH), ya define en varios de sus textos del ejercicio de múltiples sentencias; el derecho a recurrir ante una sentencia por parte de cualquier ciudadano de los países signatarios, de acuerdo a lo previsto en el Artículo 8.2.h¹; que tiene el derecho a hacerlo ante un juez de legítima competencia. El Artículo 25.2 de la CIDH garantiza el derecho a interponer recursos ante el sistema legal, a desarrollar las posibilidades positivas de lograr que el recurso le beneficie, que las autoridades de justicia hagan cumplir lo resuelto por el juez de alzada y que se garantice el cumplimiento de las mismas.²

Sin embargo, el ejercicio de la administración de justicia no se encuentra exento de vicios y errores, como es el caso que, al recurrir el reo, el juez de segunda instancia o alzada termina sentenciando en detrimento del que recurrió generándose un flagrante irrespeto a sus derechos. Es por lo tanto que, la CIDH reconoce al incumplimiento del “*non reformatio in peius*” como una incongruencia procesal que, a más de ser “un principio general del derecho procesal” propia del recurrente, también viola el derecho a la tutela judicial efectiva al empeorar la situación actual del recurrente. Por lo cual, en muchos de sus sentencias, los jueces y tratadistas de la CIDH la denominan “**sentencia peyorativa**”

La “Constitución de la República del Ecuador”, indica en el artículo 76, numeral m, que, reconoce el derecho que tienen todos los ciudadanos de recurrir ante juez superior, estableciendo la clara conexión con los acuerdos de la CIDH, por lo cual se puede inferir que este principio jurídico es un derecho universal que debe ser respetados por todos los entes de justicia.

Pero un análisis epistemológico sobre el término “*non reformatio in peius*” o “*non reformatio in pejus*” es necesario revisar textos del derecho romano en los cuales se establece que para la época las sentencias podían ser apeladas (*apellatio*) ante un

¹ 8.2.h: “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. (Convención Interamericana de Derechos Humanos)

² 25.2.- “Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y; c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

magistrado de nivel jerárquico superior, el cual pronunciaría una nueva sentencia sobre la situación controvertida que reemplazaría a la primera.

Para Ulpiano (170 a.c. – 223 d.c.) la apelación tiende a corregir la injusticia o impericia de los jueces, aunque en ocasiones, la sentencia sea más perjudicial porque no siempre resuelve mejor el último que dicta sentencia.³

El análisis sobre los inicios de aplicación de la “**no reforma peyorativa**” se remonta a los Siglos XVIII y XIX, debido al prestigio del que gozaba el Derecho Romano en Europa y lo popular que se había convertido al usar conceptos y citas en latín, sin embargo, su institucionalización no se dio hasta el siglo XX con el nacimiento de la ONU y la convención de los derechos humanos universales. Castillo (1975), detalla un extenso análisis desde sus inicios provenientes del Derecho Romano, su evolución a través del Derecho alemán y francés, hasta llegar a nuestros días en los que se ha transformado en una condición “*sine qua non*” hacia los jueces superiores al momento de emitir sentencia subida en grado.

1.2. Análisis doctrinal

El análisis de la doctrina nos lleva a desentrañar el fundamento que dio lugar a la existencia de exclusión de la “*reformatio in peius*”, para lo cual lo primeros eruditos legales se preguntaron sobre la razón para que un tribunal de alzada no pueda modificar la resolución impugnada, cuando el imputado es el único recurrente, lo cual dio paso a tres grandes teorías, compitiendo entre ellas para definir su validez. Una de estas teorías es la que se basa en el “**Principio dispositivo del proceso penal**”, la cual parte de la afirmación que en el proceso penal tiene supremacía “**El principio dispositivo**” el cual supone una limitación de las facultades de conocimiento y decisión del juez superior, lo que hace que éste sea llevado hacia el interés de la propuesta del recurrente sobre el tema en que basa su impugnación; por lo tanto, el conocimiento de la causa impugnada se sujeta a los hechos fácticos y derechos del que recurre, y no conociendo otras razones expuestas,

³ Morachel Pocaterra, Mariana. Compendio de Derecho Romano. Universidad Autónoma Metropolitana, ISBN: 978-607-28-1088-4, 2017. Pp. 110

no podría modificar la resolución en su detrimento jurídico o en contra interés del imputado (Castillo, 1975, pág. 187).

El Código Orgánico de la Función Judicial, sostiene que todo proceso legal será promovido por decisión de las partes legitimadas, por lo tanto, jueces y juezas se limitarán a resolver conforme a lo solicitado por los actores conforme a la Ley.⁴ Expresando claramente que: “el principio dispositivo corresponde a las partes procesales en materias no penales como dar inicio al proceso, hacer uso de mecanismos extraordinarios de terminación del proceso como el desistimiento, el allanamiento, la conciliación, la transacción, abandono; todo esto mediante sus actos de proposición” (Ramirez, 2017, pág. 141).

Por otra parte, la **Teoría de Prohibición de la cosa juzgada parcial de la sentencia**, está fundamentada en que, al existir sentencia de primera instancia, el juez de alzada se está enfrentando a una sentencia parcial del *juez a quo* que tiene el carácter de cosa juzgada en la parte que no ha sido impugnada, debido a que se impugna únicamente en la parte resolutive que afecta al recurrente, por lo tanto, todo lo demás no aludido en el recurso, queda en firme (Castillo, 1975, pág. 190). Recapitulando se puede decir que el Tribunal de alzada no ha sido autorizado a revisar, aunque encontrare en esas partes de la sentencia que el recurrente debería ser castigado con mayor severidad; prohibiéndose resolver de forma más desventajosa para él.

La Teoría del carácter político criminal de prohibición, establece que el acusado que se considera injustamente juzgado, se abstendría de recurrir o impugnar el fallo de primera instancia si supiera que existe la posibilidad de ser afectado por una pena mayor, por lo cual se hace necesaria la prohibición de la *reformatio in peius* como política criminal de corte humanitario para con ello proteger la libertad del imputado de manera que en cualquier momento podrá decidir si aplica o no el recurso impugnatorio y el juez de alzada deberá llevar al verdadero fin del proceso penal, que es la investigación de la verdad material, mediante el acto propuesto por el recurrente.

⁴ Art. 19 “Código Orgánico de la Función Judicial”.

1.3. Análisis de la Constitución

Ramírez (2017) indica que en la “Constitución de la República del Ecuador de 1998” (Asamblea Constituyente de 1998), apareció como parte del articulado constitucional en su artículo número 24, numeral 13, el principio “*non reformatio in peius*” que establece: “Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente” (Sánchez, 2018, pág. 12).

Nuestra constitución actual que inició su vigencia en el año 2008 dedica varios artículos a configurar la prohibición de la *non reformatio in peius*, basado siempre en derechos más amplios y generales que se configuran alrededor del “respeto a los derechos del imputado”, siendo el génesis de los derechos el honesto proceso y la tutela efectiva de la justicia: Así por ejemplo, el “artículo 77 numeral 14 de la Constitución de la República del Ecuador”, indica: “Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:... (...) 14. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre” (Ramírez, 2017, pág. 30) (Sánchez, 2018, pág. 4).

Para efectos de este acápite, es necesario iniciar el análisis diseccionando el carácter general en la garantía de derechos que se establecen en la “Carta Universal de los Derechos Humanos” de la cual nuestro país es suscriptor y **miembro** de la convención, seguido de un enfoque en el marco jurídico constitucional ecuatoriano para la aplicación de este principio, de la no sentencia peyorativa o agravada contra el imputado que recurre a tribunal superior, para así tratar de esclarecer el alcance aplicado a la disciplina del derecho procesal penal.

La “Carta Universal de Declaración de los Derecho Humanos” de 1948, ya establecía de forma temprana el reconocimiento de la personalidad jurídica del individuo, resaltando su condición de beneficiario de derechos políticos, sociales y jurídicos reconocidos en este documento que fue aceptado inicialmente por los 56 países miembros de los que 3 se abstuvieron de su aprobación.⁵

Así mismo en el artículo 8 se define el derecho a lo que hoy conocemos como tutela judicial efectiva, en la cual el individuo goza del derecho a que los tribunales de cada

⁵ Art. 6 de la Carta de “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, Paris. 1948

país, resuelva de manera efectiva su reclamo ante hechos que vulneren los derechos esenciales.⁶

Pero la más clara de las definiciones sobre los principios de tutela judicial efectiva y el debido proceso se manifiesta en la “Carta de la Convención del Pacto de San José”, celebrada el 22 de noviembre de 1969, donde se dejó plasmado en su artículo 8 intitulado “Garantías Judiciales”, y que para el tema específico de esta tesis se lo puede encontrar en el literal h) el cual habla sobre el derecho a apelar la sentencia ante juez o tribunal superior.⁷

Los mencionados instrumentos jurídico supranacionales, tienen eco al ser incorporados como parte de la Constitución del año 2008, en la que se establece mediante el primer numeral del artículo 3 en la que: “El Estado se compromete a garantizar el goce efectivo de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales” (Cornejo Aguiar, 2015). Mientras que la reafirmación que hace el artículo 11 es claro con respecto al marco jurídico que obedece al acatamiento de estos derechos por la autoridad estatal y la administración de justicia, en el literal 3 del mencionado define que: “los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales serán de inmediata aplicación por todos los entes del sector público, administrativo y judicial de oficio o a petición de parte” (Jurisprudencia AEP, 2011) .

En este artículo resaltamos dos numerales más que apoyan la garantía de derechos. El numeral 5 que exhorta a: “Los servidores públicos, administrativos y judiciales para que apliquen la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia” (Jurisprudencia AEP, 2011) y el penúltimo inciso innumerado en el que el Estado se reconoce como responsable en caso se dé una detención arbitraria, retraso o ineficiente “administración de justicia, violación de derecho a la tutela judicial efectiva y por violaciones de reglas al debido proceso” (Jurisprudencia AEP, 2011).⁸

El Art. 76, letra h) establece que los ciudadanos tienen la posibilidad de presentar de recursos establecidos conforme la ley a los procedimientos en los que se juzgue sobre sus derechos, por lo cual es lógico que de estos recursos se espera no se empeore la situación del imputado o reo.

⁶ Art. 8 de la “Carta de Declaración Universal de los Derechos Humanos”, Paris. 1948.

⁷ Art. 8 de la “Convención Interamericana de los Derechos Humanos. Pacto de San José” 1969.

⁸ Art. 11 de la “Constitución de la República del Ecuador”. 2008.

En concatenación con lo expresado en los análisis precedentes, la Constitución prevé en el Art. 77, numeral 14, específicamente la prohibición como derecho para el que recurre a juez superior, aplicar una pena mayor o agravar la situación del imputado en la que se hallaba antes de presentar el recurso de apelación o casación.

Los motivos en los que se fundamenta este principio procesal son con el fin de velar el derecho a reclamar, o impugnar la decisión de un juez de primera instancia que, de ser contrario a lo pretendido por el impugnado, busca en el juez superior que sus derechos sean reconocidos. Pero de no existir este derecho, y de saber que la nueva sentencia podría ser perjudicial a su situación ya sentenciada, se abstendría; por lo que se vulneraría el derecho a la legítima defensa.

Por reiteración de sentencias la Corte Constitucional ha analizado varios casos que fueron presentados por ciudadanos que consideraron en su momento vulnerados sus derechos, y esto deja de manifiesto que el principio de prohibición de empeorar la situación del imputado sigue vigente en el orbe jurídico en el caso de recurrir. Sin embargo, si éste no recurre en la fase de casación, aunque haya sido declarado inocente o con una pena menor en la sentencia de primera instancia, podría ser declarado culpable o ver aumentada su pena en casación si no compareciere o recurriere y sólo lo hace el actor o el fiscal, sin que esto signifique vulneración alguna al principio de *“non reformatio in peius”*.

1.4. Principios de la Constitución.

Uno de los principios en los cuales el sistema de impugnaciones al que tiene derecho el imputado es el que se impide que el órgano realice un nuevo examen en la resolución jurisdiccional, ya que una vez acatada puede reformar la decisión o exceder el motivo del reclamo en perjuicio del imputado, solo cuando la impugnación haya abierto la vía recursiva.

Nowell (2008) considera que: “Actualmente se considera que el principio es un estándar internacional y comparado del debido proceso, sin embargo, surge la necesidad de evaluar la legislación nacional y compararla en función de la aplicación efectiva del principio en apelación y casación como parte del debido proceso y la tutela judicial efectiva”.

La prohibición de la reforma peyorativa, tiene un alcance constitucional, pues representa a los principios procesales, que forman parte de la tutela judicial efectiva, a través del régimen de garantías legales que prohíbe dejar en indefensión al que recurre.

Además, es una proyección de la congruencia en el segundo o posterior grado jurisdiccional que impide al Juez *Ad quem* exceder los límites en los que se ha planteado el recurso, acordando un empeoramiento de la sentencia impugnada que tenga origen exclusivo en la propia interposición de este, pues, de admitirse que los tribunales jurisdiccionales, puedan modificar de oficio en perjuicio del recurrente la resolución por él impugnado, se introduciría un elemento para disuadir el ejercicio del derecho a los recursos legalmente establecidos en la ley, que se encuentren incompatibles con la tutela judicial efectiva que se consideran obligatorios para los órganos jurisdiccionales.

Nuestra Constitución de la República manifiesta en su Artículo 11, numeral 9, inciso 3:

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: numeral 9.- El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 12)

Por consiguiente, Ramirez (2017) comenta que “Es importante entender que los ciudadanos tienen derecho al acceso gratuito de la justicia y a la tutela judicial efectiva, que se manifiesten de manera ecuánime y libre de sus derechos e intereses, con una sujeción a los principios de inmediación, celeridad y que no queden en indefensión” (pág. 476).

Pico I Junoy (1997) indica que:

“El derecho a la tutela judicial efectiva, hace referencia a un contenido completo que incluye aspectos tales como el derecho al acceso a los tribunales, el derecho a obtener una sentencia fundada y en si el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, que comprenden sin duda la facultad de poder reclamar a los órganos judiciales la apertura de un proceso, para obtener una resolución motivada y argumentada sobre una petición ampara por la ley”.

Cesar Quintero en su libro *Derecho Constitucional* - menciona: “La ley no es más que una norma dictada por una autoridad pública que a todos ordena, prohíbe o permite concepto muy similar al que nosotros tenemos en nuestro Código Civil en el artículo primero, que menciona la ley es aquella declaración de la voluntad soberana que

manifiesta en la forma prescrita por la Constitución manda, prohíbe o permite” (Torres, 2017, pág. 66).

Torres (2017) indica “La tutela judicial efectiva va dirigida a todas las personas como la facultad de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través de los debidos procesos y con las garantías establecidas, obtengan una decisión fundada en derecho, sobre las pretensiones propuestas, que si bien se mencionan unas están destinadas a la concepción de un derecho generado por parte del Estado” (pág. 3).

La conceptualización de la tutela judicial efectiva se encuentra mencionado en el “Código Orgánico de la Función Judicial”, la misma que expresa textualmente:

*Art.15.-“la función judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigida”*⁹ (Ramirez, 2017, pág. 90).

La tutela judicial efectiva nace de la violación de un derecho, es ahí donde existe la necesidad de que se dé la composición de una Litis, la cual es una contradicción que se da entre las partes, debido a los diferentes argumentos y posturas que se tienen y, que al criterio de cada uno son válidos. Es por esto que es necesario que un juez conozca la realidad de la causa, escuche los argumentos de las partes y junto con la Constitución, demás leyes estatales e instrumentos internacionales ratifique o anule las afirmaciones, pretensiones que utilizarán ambas partes como elementos probatorios (Torres, 2017, pág. 67) (Cornejo Aguiar, 2015).

La tutela judicial efectiva es aquella que impone el cumplimiento obligatorio de los fallos o sentencias judiciales que no son aceptadas en todas las ocasiones, ya que al considerar el término justicia esto hace más difícil definirlo ya que existen varias posturas.

Cornejo Aguiar (2015) indica que “Al conocerse de la existencia de un principio reconocido como un derecho fundamental de la persona que intente conseguirlo como justo, no debe hacerlo a nombre de la ley, sino en nombre de sí mismo, ya que esto

⁹ Art.15, Código Orgánico de la Función Judicial, 2009.

permitirá actuar de una manera independiente con desinterés y tomar a lo justo como una visión de lo bueno y lo injusto como un uso desmesurado del derecho”.

La tutela judicial efectiva es el Estado el responsable de los casos en donde existan evidente error judicial, retardo injustificado, detención arbitraria o citado por Macas (2016) “Inadecuada administración de justicia, de esta manera violando el derecho a la tutela judicial efectiva y las violaciones de los principios y reglas del debido proceso” (pág.) (Macas, 2016).

Al hablar de los posibles errores surge este principio que como lo menciona la Constitución, en el artículo 11 si nos fijamos es casi textual a lo que se nos indica en el art 15 del “Código Orgánico de la Función Judicial” que habla del principio de responsabilidad.

Por consiguiente, “La tutela judicial efectiva y el debido proceso, es una de las partes que se le impugno el derecho de defensa o cual condujo a una sentencia adversa, en la cual no debería existir una sola sanción de nulidad por violación al debido proceso y la expedición de una posterior sentencia condenatoria, pues la indefensión también significa que se ha denegado justicia oportuna a la parte afectada y que no existió efectividad, lo cual esto conlleva a una posible indemnización y responsabilidad del Estado” (Cornejo Aguiar, 2015).

“La tutela judicial efectiva permite que las sentencias y actos decisorios, sean debidamente motivados en derecho y que resuelvan en su totalidad los asuntos sometidos al conocimiento del Juez” (Cornejo Aguiar, 2015), a fin de evitar que los reclamos queden sin una argumentación de la “decisión sobre lo principal, por el reiterado pronunciamiento de la falta de competencia de las juezas y jueces que previnieron el conocimiento, en la situación permitida por la ley, los jueces y juezas mismos que están obligados a dictar fallo sin que les sea permitido excusarse o inhibirse por no corresponderles, tales como las causas específicas de inhibición establecidas” (Torres, 2017, pág. 68).

1.4.1. Limitación parcial de la Reformatio in Peius

Nuestra legislación se ha debatido entre aceptar o no la adhesión al recurso, ya que se considera que esta es una figura del proceso civil mismo que se encuentra vigente en nuestro “Código Orgánico General de Procesos” en su artículo 263 del “COGEP”, aprobada para el expediente de apelación, pero en el artículo 277, inciso final, donde se

establece “el recurso de casación no es aceptado, mientras exista un vacío o silencio respecto de la legislación procesal penal, se discute si cabe utilizar esta figura procesal proveniente del proceso civil, que de manera supletoria se aplica en materia procesal penal”.

Guevara (2017) detalla que:

“La doctrina anterior en el Ecuador se lo puede considerar como unánime ya que siendo posible la adhesión al recurso, esto no puede tenerse como perjudicial a la prohibición de reformar en perjuicio, ya que en algunos casos el tribunal de alzada puede realizar algunos cambios al fallo venido en grado que no necesariamente deba entenderse realizar en perjuicio al procesado recurrente, sino que es una especie de corrección del mismo, sin que afecte a lo principal la punición que subió por recurso”.

“La forma más usual de afectar el principio de la prohibición de reformar en perjuicio del procesado es la de abolirla indirectamente, o relativizándola, al conceder el mismo beneficio a todas las partes procesales, concluidos los acusadores. Esto quiere decir, que al momento de que se presente una interposición del recurso como único recurrente, el beneficio no afecta al reo en sus derechos adquiridos, ya que se extienden a los demás sujetos procesales”.

Julio Cesar Trujillo (2013) en su libro- indica que el debido proceso “Es un derecho de todo ser humano que se encuentra de forma transitoria o permanente en el territorio ecuatoriano, siempre que esté sometido a un proceso en el que va a decidirse un conflicto de sus derechos con los de otros que reclaman lo contrario y comprende, a su vez, varios derechos y garantías” (Lúa & Luzarraga, 2018, pág. 11).

Para Eduardo J. Couture, “El debido proceso resulta ser, en esta construcción, algo más que la simple garantía de un proceso. Es la garantía misma del derecho justo” (Couture, 2010).

“En la Declaración Universal de los Derechos Humanos en sus artículos, 8, 9, 10 y 11 reconocen varias garantías enmarcadas dentro del debido proceso. Asimismo, la Convención Americana de Derechos Humanos, en sus artículos 8 y 9, establece como uno de los derechos humanos a ser respetado y garantizado por los estados parte de esta convención, el debido proceso, por lo tanto, este derecho, es un derecho subjetivo, pues

busca impedir que los derechos de los individuos se puedan ver afectados por ausencia de un adecuado o justo proceso” (Lúa & Luzarraga, 2018, pág. 13).

La “Corte Constitucional” dentro de la sentencia 768-15/20 EP, define al derecho a la defensa como un valor que se encuentra sustentado en el debido proceso, dando importancia a las garantías básicas ya que se trata del principio jurídico constitucional procesal o sustantivo, por el que todas las personas gozan de algunas garantías para certificar un resultado justo dentro de un proceso jurídico.

El derecho a la defensa actúa dentro de proceso, es por esto que no se lo puede poner en el mismo tipo que otras garantías procesales, debido a que es la única que permite que las demás garantías se consideren como vigentes y concretas dentro de cualquier ámbito procesal, ya que si el derecho a la defensa no es cumplido como se debe, este puede llegar a tener nulidades dentro del mismo procedimiento. Ruiz y colaboradores (2016) indican que de esta forma “ha sido recogido por varios tratados internacionales de derechos humanos, suscritos y ratificados por el Ecuador y posteriormente introducidos en el ordenamiento jurídico a partir de la constitución, mediante el llamado bloque de constitucionalidad” (pág. 90).

El derecho a la defensa es de carácter dispositivo normativo con una jerarquía constitucional, cuya legalidad se encuentra tácito en todo tipo de procesos. Este derecho permite garantizar las mismas oportunidades que permitan correcta administración de la justicia, esto permite que el accionante como el accionado sean escuchados.

Además, se establece que: “Las partes en un proceso tengan derecho a proponer toda clase de pruebas e intervenir en la práctica de las mismas, ya que deben ser tomadas en cuenta y valoradas por la instancia juzgadora a la hora de tomar la decisión, para comprobar cualquier tipo de indefensión y asegurar la mayor imparcialidad posible” (Ruiz, Aguirre, & Ávila, 2016, pág. 248).

La indefensión tiene un concepto muy amplio y puede originarse por varios motivos, habitualmente por normas que, para Vintimilla & Olaya (2021), “Impiden al acusado ejercitar oportunamente su defensa, o cuando se obstaculice la actividad de impugnar y apelar el contenido de la acusación que en su contra se recurre” (pág. 13). La indefensión, está relacionada directamente con el derecho a la motivación de las resoluciones, se fundamenta en el art.76, numeral 7, literal l) de la Constitución, el cual indica:

“Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivados, ya que no existe motivación si en la resolución no se enuncia las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos” (Vintimilla & Olaya, 2021, pág. 13).; ya que el oponente del proceso debe conocerlos para ellos se debe crear una adecuada defensa y en la misma proporción a la otra carga argumentativa. (Torres, 2017, pág. 99).

Además, su estructura procesal forma parte de “La administración de justicia y como uno de los elementos que garantizan el debido proceso en relación con la seguridad jurídica y en cuanto al principio como tal, se debe proponer el amparo y protección de las normas procesales en general y la seguridad individual de los sujetos en particular” (Ruiz, Aguirre, & Ávila, 2016, pág. 94).

CAPITULO II:

JURISPRUDENCIA

La *non reformatio in peius* se considera un principio fundamental no absoluto que se aplica como garantía procesal penal, en la que prohíbe al Juez *ad quem* perjudicar la situación del enjuiciado que ha apelado la totalidad o una parte de un fallo, en un proceso de apelación. Es ley, que este principio debe someterse a consulta y se ha consolidado ampliamente en la jurisprudencia de la “Corte Constitucional”, la cual ha definido su importancia y atención en el mencionado principio de legalidad, el debido proceso y el derecho a la defensa. (Echeverri Enciso & Oñate Delgado, 2016, pág. 3)

En el ordenamiento jurídico, ha sido de gran provecho la defensa de los derechos ya que con este se da cumplimiento y se obtiene la validez del debido proceso por medio de la honradez, la igualdad en la defensa y la rectitud en las decisiones ejecutadas por los jueces superiores, sin embargo, esta figura procesal requiere empaparse de los principios fundamentales, con el objetivo de que no sean utilizados en contra de los implicados dentro del proceso. Esto significa que no se puede utilizar de forma arbitraria y se debe cumplir con la finalidad al cual fue asignado. (Echeverri Enciso & Oñate Delgado, 2016, pág. 113)

Cárdenas Ruiz (2004) comenta que, “El principio de la *reformatio in peius* limita la facultad revisora del tribunal *ad quem* respecto del fallo expedido por el juez *ad quo* aplicándose únicamente en la etapa del juzgamiento por cuanto el superior encuentra condicionada su competencia respecto a la materia del grado o la impugnación, debiendo a lo sumo confirmar la sentencia pero no reformarla en contra del procesado (*tantum devolutum quantum appellatum*- conoce el superior, solo lo que se le apela)” (Cárdenas Ruiz, 2004).

El “Tribunal Constitucional Español” señala que; “La *reformatio in peius* supone una modalidad de incongruencia procesal que tiene lugar cuando se ocasiona un empeoramiento o un agravamiento de la situación jurídica en que ha quedado el recurrente, que impugna una determinada resolución” (Cárdenas Ruiz, 2004).

En la sentencia del Caso 768-15-EP/20 (2020), se redactó la prohibición de reformar una sentencia en forma perjudicial al apelante, se aplica para todos los recursos que se presenten en tribunales superiores y se compone de: “i) La interposición del recurso únicamente por parte del procesado, y; ii) La prohibición de empeorar la situación jurídica inicial del recurrente” (CASO No. 768-15-EP, 2020).

Esta decisión se argumenta en la imposibilidad de violar el derecho a defenderse. Por otro parte, las tesis de la contraparte (fiscales) permiten la defensa; al no haber acusación por medio de la fiscalía, el inculpado no tiene que refutar u enfrentar algo que no existe (CASO No. 768-15-EP, 2020, pág. 4). Además, si un individuo acusado de un delito, plantea un recurso para intentar mejorar su estado actual y conoce que es posible que empeore su pena de oficio, se abstendrá de usar los recursos judiciales que la ley le otorga. Por tanto: “***no se puede cortar la mano al que pide clemencia***”. (CASO No. 768-15-EP, 2020, pág. 4)

La actual Constitución “es garantista” de los derechos hacia las víctimas de infracciones penales se les ha reconocido los siguientes derechos específicos:

“Las víctimas de infracciones penales gozan de protección especial, se les garantizará su no re victimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilatación, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Se establecerá un sistema de protección y

asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales” (Constitución de la República del Ecuador., 2008, pág. 37).

Cuando una persona es víctima, goza de cuatro derechos específicos verdad, justicia, reparación y no re victimización.

El CASO 768-15- EP (2020) indica que “Uno de los mecanismos para hacer efectivos los derechos de las víctimas reconocido en la constitución ha sido el garantizarles que puedan presentar acusación particular, ser parte procesal y ejercer los derechos que se derivan del debido proceso, entre ellos el contar con defensa, presentar pruebas, ser escuchadas y recurrir. Las víctimas tienen un gran protagonismo en el proceso penal y pueden, además, requerir la reparación del daño y aportar a la investigación. También tienen derecho, en caso de no intervenir formalmente, a ser informadas de las decisiones judiciales, notificadas de las audiencias para que puedan dar a conocer su posición y criterio y escuchadas antes de adoptar decisiones definitivas en el proceso penal. Asimismo, su parecer debe ser escuchado antes de determinar la calificación de la conducta y definir la configuración de sus elementos. Las víctimas entonces, podrían argumentar sobre el tipo penal, la responsabilidad e incluso sobre la pena”.

Varios autores están de acuerdo en que la acción penal es una facultad que normalmente, le incumbe al Estado, a excepción que, por decisión del poder legislativo, existan ciertas infracciones que concedan a la persona particular injuriada el ejercicio de la acción, en la legislación ecuatoriana esto ocurre con 3 delitos (calumnias, usurpación, lesiones y estupro). Solamente en temas de “acción penal privada”, la inculpación particular no es subsidiaria ni contingente y por ello, el fiscal no interviene. En otros casos participa el “principio de oficialidad”, según el cual, la parte oponente (Fiscalía), busca que el delito de oficio con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intromisión penal. También se toma en cuenta los modelos concretos aplicables a la conducta indagada.

El motivo de que la Fiscalía tenga solamente la capacidad de solicitar una condena en delitos de acción pública y por tanto esta entidad pueda agravar el estado jurídico de una persona a la cual se está procesando, tiene mayor sentido al tener en cuenta el “equilibrio procesal” que inspira al sistema penal oponente y acusatorio. La fiscalía ejecuta la acción penal al amparo del “principio de objetividad”, por lo que su actuar está dirigido a la buscar la veracidad de lo hechos y no siempre a la condena del acusado, y además trabaja en la atención de los derechos de las víctimas, lo cual incluye “el conocimiento de la

verdad de los hechos y la satisfacción del derecho violado”. Cuando una víctima realiza una denuncia particular no se le puede obligar tener una objetividad en la petición de demanda. Esta diferencia entre la acusación fiscal y particular, en términos de posición procesal, es tan significativa que incluso presume que la fiscalía, si considerare meritorio, podría interponer recursos a favor del procesado.

El CASO No. 768-15-EP (2020) indica que: “En este contexto, cuando no exista impugnación fiscal, el derecho a recurrir que tiene la víctima tiene como alcance las cuestiones relacionadas con la reparación integral y no podría extenderse a la pretensión punitiva. Incluso cuando haya impugnación fiscal y esta no tendría alegación sobre el posible aumento de pena, los tribunales de alzada no podrían agravar la sanción establecida en la sentencia en perjuicio del procesado. los jueces y juezas, en estos casos solo podrían alterar la pena para mejorar la situación la persona condenada. Si, por ejemplo, ante la multiplicidad de procesados y la interposición de recurso contra la situación jurídica de solo uno de ellos, los tribunales están privados de la posibilidad de decidir de oficio respecto a los demás, salvo que sea para otorgarles un resultado jurídico-penal más beneficioso” (pág 7).

En el mencionado caso, el accionante argumenta que: “Luego de recurrir por la vía de la casación, se vieron agravadas sus circunstancias jurídico-penales, por lo que se configuró una vulneración del derecho previsto en el artículo 77 numeral 14 de la Constitución”, el cual es:

“Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

14. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre”.

Respecto a la prohibición de agravar el estado jurídico inicial del recurrente.

1. La prohibición de la *reformatio in peius* es necesario entender debido a que el sistema penal examina diferentes tipos de penas; tales como: “privativas de libertad, no privativas de libertad, restrictivas de los derechos de propiedad y multas”. Con el objetivo de abstenerse de caer en la transgresión que supone la *reformatio in peius*, además es necesario analizar el hecho de agravar la situación jurídica del procesado con

concordancia al uso de cuales de las penas predichas en el ordenamiento jurídico penal y en la situación del procesado o condenado. (CASO No. 768-15-EP, 2020, pág. 7)

2. El agravamiento de las sentencias penales no implica el aumento de las penas privativas de libertad, antes bien, el estado jurídico del procesado es el que genera un aumento negativo a las consecuencias jurídicas en el ámbito sancionatorio

2.1. Razón de la *Non Reformatio in Peius*

Echeverri & Oñate (2016) en su artículo “*La prohibición de reforma peyorativa como principio y garantía constitucional*” señalan que: “La prohibición de reforma en perjuicio termina por garantizar la seguridad jurídica, puesto que la parte de la sentencia sobre la cual ya ha fallado el juez de primera instancia, y que no fue objeto de recurso, se convierte en cosa juzgada para el funcionario de segunda instancia, por lo que ha de fallar únicamente en torno a las pretensiones de la parte impugnada por el procesado” (pág 118). Por tanto, lo que puede el recurrente al interponer el recurso sería la ratificación de la sentencia de primera instancia o la decisión a su favor respecto de sus pretensiones.

Monroy quien considera que: “La Reforma Peyorativa se produce cuando el tribunal superior no utiliza adecuadamente sus poderes sobre el proceso, en lugar de limitarse a resolver el recurso planteado, se extralimita y agrava la condición del recurrente” (Monrey, 2000, pág. 479). Desde esta acotación, el agravamiento solo se puede aceptar si se acercan otras partes apelantes al proceso.

La razón del *Non reformatio in peius* es coherente ya que interviene el “principio de favorabilidad” permitiendo tener una postura más benéfica al recurrente, y no se puede admitir, cuando el juez de segunda instancia empeora las circunstancias impuestas. Es ahí donde se piensa que los principios no son absolutos y que existe un choque entre los principios de legalidad y la reforma peyorativa, ya que se debería acudir a una ponderación de conflictos de dichos principios (Echeverri Enciso & Oñate Delgado, 2016, pág. 119).

Los principios se presentan en los casos en que el juez superior excede los términos señalados en las normas penales sustanciales, estableciendo un fallo mayor o menor al que se muestra en la norma. Si ocurre este suceso dicho fallo debe ser corregido sin importar que el demandante sea el único recurrente. (Echeverri Enciso & Oñate Delgado, 2016, pág. 122).

No puede ser concebible que el juez superior desconozca las normas y conceda beneficios al procesado. Este hecho va en contra de los derechos de las víctimas, originando injusticia y la ilegalidad del proceso, y también se transgrede contra la seguridad jurídica y contra la equidad de derechos. Esto daría como resultado un trato preferencial al inculpado en relación a otros procesados que se encuentran en la misma situación por el mismo delito y cuya pena sería superior.

Echeverri & Oñate (2016) indican que:

“Esta afirmación se sustenta en la ponderación de procesos en la cual se determina que:

1. Es adecuado sacrificar el principio que prohíbe la reforma peyorativa porque su obligación permite preservar la legalidad y con ello el derecho de las víctimas y la sociedad a que se haga justicia;
2. Es necesario tal sacrificio porque no existe otro medio menos lesivo disponible para preservar la legalidad penal y la igualdad reclamada desde la Constitución;
3. Se afecta el derecho de la *non reformatio in pejus* en el menor grado posible compatible con la mayor satisfacción en el ejercicio de los derechos fundamentales de legalidad y equidad en la aplicación de la ley” (pág 120).

Hay que entender e insistir que la *non reformatio in peius* tiene dos claras excepciones, **la primera** es que no es un derecho absoluto y **segundo** es de carácter imperativo y se funda en el interés general, ya que el funcionario superior está autorizado en resolver sin limitante alguno, reconociendo que se empeore la condena si el juez superior lo considera ajustado a derecho.

La prohibición de la sentencia peyorativa termina por avalar la seguridad jurídica, debido a que la parte del fallo que mantiene el juez de primera instancia, que no fue objeto de recurso, se convierte en una situación que el juez de segunda instancia debe juzgar, y esto podría generar que se falle únicamente en consideración a los intereses de la parte impugnada por el condenado.

Echeverri & Oñate concluyen que: “La *non reformatio in peius* constituye una limitación al juez superior para modificar la sentencia de primera instancia agravando la penal o imponiendo una a quien había sido absuelto en primera instancia. Esto es con el fin de garantizar el debido proceso del procesado, su derecho a la defensa, a la seguridad

jurídica, a la dignidad humana, y a la libertad en un Estado de Derecho. Esto debe tratarse de una sentencia modificatoria de la situación del enjuiciado en detrimento de su condición anterior, se exige que se trate de un apelante único, es decir, que se impugne un mismo interés por uno o varios recurrentes” (pág. 144).

CAPITULO III:

ANALISIS CRITICO DEL CASO 768-15-EP 20.

En los capítulos anteriores se ha referido a las bases del principio *non reformatio in peius* y al tratamiento legal y constitucional que se le ha dado al principio. En esta sección se tratará sobre la sentencia 768-15-EP/20 de la “Corte Constitucional del Ecuador” en la cual se da un cambio de los estándares anteriores de la “Corte Constitucional” y se modifica la legislación penal mediante una interpretación conforme de los artículos pertinentes de la legislación en materia penal.

En este capítulo se resumirán los principales hechos del caso y alegaciones de las partes de la sentencia 768-15-EP/20, posteriormente se expondrá el nuevo estándar propuesto por la conformación actual de la “Corte Constitucional” y finalmente se hará un estudio sobre si el cambio del paradigma constitucional establecido podría resultar en una violación de derechos constitucionales.

3.1. Hechos del caso y alegaciones de las partes

El señor Carlos Rolando Freire Cevallos fue procesado por el “delito de abuso de confianza”. En la primera instancia mediante sentencia de fecha 30 de septiembre de 2013. El “Tribunal Octavo de Garantías Penales de Pichincha” ratificó el estado de inocencia del procesado. Este fallo fue recurrido por la acusación particular y por la Fiscalía. En la sentencia de segunda instancia dictada con fecha 11 de abril por la “Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha” se admitió la apelación planteada con lo cual se encontró al acusado Carlos Rolando Freire culpable del “delito de abuso de confianza” y se asignó la pena privativa de libertad de seis meses. (CASO No. 768-15-EP, 2020, pág. 1)

De la sentencia de segunda instancia el señor Carlos Freire y la acusación particular, el señor Edison German Collantes Salguero, interpusieron un recurso de casación. En sus

argumentos de derecho, el procesado reclamó por la indebida aplicación y los inexistentes elementos necesarios establecidos en el Art. 560 del “Código Penal”. Por su parte la acusación particular fueron la indebida aplicación de los numerales 3 y 7 del artículo 29 del “Código Penal” por cuanto las atenuantes previstas en este articulado no eran aplicables al caso y por tanto se violó el artículo 73 ibidem. Además, el ofendido señala que existían agravantes aplicables al caso, esto es los numerales 1 y 4 del artículo 30 del “Código Penal”. La Fiscalía General por su parte comparece y solicita que se declaren improcedentes los dos recursos interpuestos y se confirme la sentencia de la “Corte Provincial de Pichincha”.

Respecto de estas argumentaciones la “Corte Nacional”, que es la entidad competente para resolver la casación de sentencias estableció: 1) respecto del argumento el procesado la Corte Nacional señala que es improcedente la alegación de que no se han justificado los elementos de la conducta punible por cuanto la prueba ha sido valorada de forma adecuada de conformidad con la sana crítica del Tribunal de instancia; 2) respecto de los argumentos de la acusación particular la Corte Nacional establece que no se ha probado debidamente la existencia el agravante previsto en el numeral 1 del artículo 30 del “Código Penal” y que el numeral 4 del mismo articulado corresponde a una circunstancia constitutiva del delito. Sin embargo, la Corte Nacional señala que efectivamente se aplicaron indebidamente los numerales 3 y 7 del artículo 29 del “Código Penal” por cuanto las atenuantes en el caso no se encontraban justificadas.

En consecuencia, el 7 de abril de 2015. En el caso analizado, “La Corte Nacional declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el procesado y acepta parcialmente la casación propuesta por la acusación particular. Se casa la sentencia y se aumenta la pena a un año de prisión correccional” (CASO No. 768-15-EP, 2020).

Ante estos sucesos el 12 de mayo de 2015, el procesado, Carlos Rolando Freire Cevallos (a quien en adelante se llamará “el accionante”) interpone una “Acción Extraordinaria de protección” contra la sentencia de la “Corte Nacional de Justicia”. En esta Acción Extraordinaria de Protección el accionante alega que la sentencia de la “Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia” perjudica sus derechos humanos al empeorar su situación jurídica. Señala la vulneración del artículo 77 numeral 14 de la “Constitución de la República del Ecuador”, así como el artículo 9 de la “Convención Interamericana de Derechos Humanos” referente al principio de no retroactividad y de legalidad a saber:

“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”¹⁰ (Convención Interamericana de Derechos Humanos, 1977)

En consecuencia, solicita a la “Corte Constitucional” dejar sin efecto la sentencia de casación debido a que empeora la situación del procesado.

3.2. Argumentos de la Corte Constitucional

La sustanciación de la causa le correspondió al Juez Ramiro Ávila Santa María quien dentro de su ponencia identifica un solo problema jurídico dentro de las alegaciones del accionante y es el empeoramiento de la situación del procesado. El principio *non reformatio in peius* se encuentra previsto en el artículo 77 numeral 14 de la “Constitución de la República”. La Corte señala que este principio tiene dos componentes: 1) que el procesado sea el único recurrente; y 2) la prohibición de que se empeore la situación del recurrente (Corte Constitucional del Ecuador, 2020).

En el primer componente identificado por la “Corte Constitucional”, la misma desarrolla una interpretación a la luz del principio acusatorio previsto en el artículo 94 de la Constitución. Este principio es definido por Manuel Rodríguez Vega de la siguiente forma:

“El principio acusatorio (...) es uno de los principios configuradores del proceso acusatorio que regula aspectos bien específicos de éste, cuyo contenido se ciñe a la separación de la función de acusación de la de enjuiciamiento, funciones que deben ser atribuidas a órganos distintos, y por tal motivo la acusación –el objeto del proceso– ha de ser planteada en juicio por un sujeto distinto del juez. Como es bien sabido, los orígenes del principio acusatorio, así formulado, se remontan a los postulados iluministas concretados con posterioridad a la revolución francesa que buscaban dejar atrás el principio inquisitivo del Ancién Régime, pero sin retrotraerse a los modelos acusatorios históricos, desdoblado entonces

¹⁰ “Convención Interamericana de Derechos Humanos” 1977.

las funciones estatales de acusar y juzgar en dos autoridades diversas, conocido como principio acusatorio formal”¹¹ (Vega, 2013, pág. 647)

La Corte señala que en virtud de este principio la acusación corresponde principalmente a los fiscales y es por ello que en primera instancia sin acusación por parte del fiscal no existe juicio. Como consecuencia de ello si la fiscalía no presenta un recurso y el acusado si lo hace, la resolución del recurso interpuesto no puede interponer la situación del procesado. La Corte establece que esta consecuencia jurídica deviene directamente del derecho a la defensa debido a que si el procesado mediante la interposición de un recurso argumenta a su favor y no es contradicho por cuanto la fiscalía no ha recurrido el fallo anterior, mal harían los jueces en actuar como contradictor de la defensa por cuanto esto violentaría el sistema adversarial: “La garantía de la *non reformatio in peius* solo aplica a favor del imputado. Si el procesado es el único sujeto que plantea el recurso, los juzgadores de alzada no pueden agravar de oficio la situación del procesado”. (CASO No. 768-15-EP, 2020, pág. 4)

Posterior a ello la Corte realiza un desarrollo interesante de los derechos de las víctimas reconocidos en el artículo 78 de la “Constitución de la República del Ecuador” (2008):

*“Art. 78.-Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no re victimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales”*¹². (pág. 37).

Al analizar este artículo la Corte señala que: “las víctimas tienen derecho a la verdad, a la justicia, a la reparación y no re victimización”. Las dos primeras, dice la Corte, son parte de una sentencia justa. En este sentido se ha reconocido el derecho de las víctimas a ser partes del proceso y presentar una acusación particular, a pesar de ello la Corte aclara que “*La pretensión punitiva materializada en la acusación y en la posibilidad de pedir*

¹¹ Rodríguez Vega, (2013), Revista Valparaíso.

¹² “Constitución de la Republica de Ecuador” (2008), Decreto Legislativo 0, Lexis, Quito-Ecuador.

el agravamiento de una pena es una competencia de la Fiscalía y no es un derecho de la víctima” (CASO No. 768-15-EP, 2020, pág. 6) , y en este punto la Corte empieza a alejarse del criterio establecido en anteriores fallos y la propia legislación.

En fallos anteriores se había establecido que el principio de no empeoramiento de la situación del procesado solamente aplicaba cuando el procesado era el único recurrente, dejando abierta la posibilidad de que la acusación particular pudiera recurrir el fallo y que el tribunal de alzada pueda interponer una pena mayor. En el párrafo 30 de la sentencia analizada la Corte se aparta de los criterios establecidos por la “Corte Constitucional” previamente y da cumplimiento a los requerimientos establecidos en el artículo 2 numeral 3 de la LOGJCC:

Art. 2.-Principios de la justicia constitucional. - Además de los principios establecidos en la Constitución, se tendrán en cuenta los siguientes principios generales para resolver las causas que se sometan a su conocimiento:

*3. Obligatoriedad del precedente constitucional. - Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. **La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia**¹³ (el énfasis me pertenece). (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, págs. 2, 3)*

Es decir que la “Corte Constitucional”, de forma argumentada y explícita se aleja del precedente. La Corte sustenta su análisis en el desarrollo progresivo de derechos y en los principios del sistema adversarial y acusatorio. Señala que por el principio de objetividad que reviste a las actuaciones fiscales, los únicos que pueden solicitar un aumento de la pena en cualquier recurso son los fiscales. Las víctimas mediante la acusación particular no pueden hacerlo por cuanto no son propiamente los titulares de la acción penal. Los magistrados de la Corte dejan a salvo el derecho de la acusación particular de recurrir, pero únicamente para modificar lo relacionado a la reparación integral y no lo referente a la pena.

¹³ “Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Art. 2” 2009. Quito-Ecuador.

Posterior a ello la Corte pasa a analizar el segundo elemento referente a la prohibición de que se empeore la situación del recurrente. En este sentido el órgano exclusivo de interpretación constitucional señala que la pena debe ser entendida únicamente como las cuestiones referentes a la sanción como lo son las multas y la pena privativa de libertad, más no la reparación integral por lo cual, reitera que la víctima puede apelar la sentencia para discutir lo relativo a la reparación integral.

La Corte señala además que, si se plantea un recurso a fin de solicitar el agravamiento de la pena aun cuando no exista oposición por parte del procesado, si los juzgadores hallan elementos para aminorar la pena pueden hacerlo en base al principio de favorabilidad. Es decir, los tribunales pueden actuar de oficio para beneficiar al reo mas no para aumentar su pena. En consecuencia, de todo lo antes mencionado la “Corte Constitucional” señala:

“41. La lectura de la sentencia deja ver que los jueces de la Corte Nacional, sobre la base del recurso presentado por la acusación particular, decidieron casar parcialmente la sentencia de la Corte Provincial e imponer la pena de un año de prisión correccional. Esto supuso un aumento de la condena de seis meses previamente impuesta por la Corte Provincial. La Corte Constitucional advierte que este empeoramiento de la situación jurídica del procesado se produjo en ausencia de recurso de la Fiscalía. (...) 43. Solo cuando la Fiscalía impugna explícitamente y fundamenta su recurso, el cual puede ser contradicho y rebatido por el procesado, debe entenderse que hay un recurso fiscal que habilita la jurisdicción para adoptar una resolución más grave”. (CASO No. 768-15-EP, 2020, pág. 9)

Es por ello que, en esta sentencia la Corte establece que se ha violentado el principio *non reformatio in peius*. Además de ello aun cuando nunca se planteó en ninguna de las argumentaciones de las partes en el proceso, la constitucionalidad de los artículos 35 y 320 del “Código de Procedimiento Penal” está en duda. En consecuencia, a fin de darle validez a la norma los magistrados señalan que estos artículos deben interpretarse de conformidad con la Constitución de la siguiente forma: *“Si la Fiscalía no presenta recurso de casación, al resolver la impugnación de una sanción, los recursos presentados por el procesado o la acusación particular no podrán empeorar la situación de la persona procesada en cuanto a la pena”* (Corte Constitucional del Ecuador, 2020). La Corte no habla de las implicaciones que tendría este precedente para el artículo 657

numeral 7 del “Código Orgánico Integral Penal” que es la normativa vigente en materia penal.

3.3. Análisis de la jurisprudencia

Toda vez que se ha revisado por principales argumentos esgrimidos por la “Corte Constitucional” cabe señalar que la postura adoptada en la sentencia es aceptada por la mayoría de los jueces sin embargo cuatro de los nueve miembros de la “Corte Constitucional” salvaron su voto y no estuvieron a favor del cambio de criterio lo cual da cuenta de que la decisión es cuanto menos controvertida. La *ratio decidendi* de la Corte en el caso establecido cambia una postura que las anteriores conformaciones de la misma “Corte Constitucional” “y además hace una interpretación conforme de dos artículos de la normativa penal cuya constitucionalidad no había sido cuestionada durante el proceso. El análisis de la sentencia se dividirá en dos partes: 1) Se tratarán las posibles violaciones a los derechos constitucionales que tienen las víctimas; y 2) Las extralimitaciones de la “Corte Constitucional” al actuar como legislador realizando modificaciones en normas aun cuando no se trate de procesos en los cuales se discute la constitucionalidad de dichas normas.

La Sentencia No. 768-15-EP/20 debe analizarse de forma adecuada por cuanto podría derivar en graves vulneraciones a derechos de las víctimas de los procesos penales. En esta sentencia la “Corte Constitucional” limita el ejercicio de los derechos de las víctimas a la tutela judicial efectiva y al derecho a la defensa. El voto oponente y justificado de los “Jueces Constitucionales Hernán Salgado Pesantes, Carmen Corral Ponce, Enrique Herrería Bonnet y Teresa Nuques Martínez” comparte este criterio estableciendo:

“La Corte Constitucional no puede imponer restricciones que no constan en la norma para ejercer y resolver los medios impugnatorios; hacerlo implicaría menoscabar el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa de quien recurre además del procesado. Finalmente, cabe resaltar que, si bien es cierto que la Fiscalía es la titular de la acción penal, la determinación de la pena es atribución únicamente del juez”. (CASO No. 768-15-EP, 2020, pág. 15)

La “Corte Constitucional” es la entidad de aseguramiento constitucional al cual no le corresponde legislar. Sin embargo, mediante sentencias modulativas la “Corte Constitucional” ha ido modificando el ordenamiento jurídico sin que sea su competencia.

En el caso en cuestión, se ha agregado un requisito a la normativa legal penal sin que se tratase de una acción pública de inconstitucionalidad, además de ello al agregar un requisito para la aplicación del *principio non reformatio in peius* puede estar limitando la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa de las víctimas.

3.3.1. Vulneración a la tutela judicial efectiva y derecho a la defensa

La acusación particular está definida en la doctrina de la siguiente forma:

“Un acto de postulación mediante el cual la parte acusadora deduce la pretensión punitiva, y en su caso, de resarcimiento, articulando un escrito en el que expone y califica los hechos punibles investigados en la instrucción, determinan el tema de la prueba y efectúan la primera delimitación del objeto del proceso sobre el que ha de recaer la actividad decisoria del Tribunal” (Cuellar, 2000).

Si bien es cierto, en los últimos años con el “Código Orgánico Integral Penal” la víctima ha pasado a tomar una parte más activa dentro de los procesos penales con lo cual actualmente la víctima es parte procesal. Sin embargo, de ello, el derecho a apelar y a consultar el dictamen abstentivo del fiscal son figuras que continúan siendo de uso exclusivo de quien presente la acusación particular.

La figura de la acusación particular garantiza uno de los derechos de las víctimas en el caso de que las mismas decidieran formar parte del proceso, como es su derecho. La acusación particular hace efectivo el goce del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa. El derecho a la tutela judicial efectiva ha sido definido por la “Corte Constitucional” de la siguiente forma:

“El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva se fundamenta en la observancia de tres momentos fundamentales: en primer lugar, el libre acceso a la justicia entendida ésta a través de los mecanismos propuestos por el Estado para la resolución de las controversias. En segundo lugar, la debida diligencia y el respeto a lo largo del proceso judicial de las condiciones mínimas para que las partes puedan asegurar una adecuada defensa de sus derechos e intereses. Y, en tercer lugar, que la sentencia dictada se cumpla esto es, la ejecutoriedad del fallo, que se traduce en el derecho a la efectividad de las decisiones jurisdiccionales. Como parte de la tutela judicial efectiva, se reconoce a las

partes el derecho a obtener una solución al conflicto, esto es una sentencia que resuelva sobre el fondo de manera motivada”¹⁴

Al limitar la posibilidad de que en la apelación de un proceso únicamente la fiscalía pueda apelar de la pena dispuesta, la “Corte Constitucional” le quita el libre acceso a la justicia a las víctimas quienes ya no pueden acceder a un tribunal de alzada que pueda conocer del caso y ejercer su derecho a la verdad y a una sentencia justa. Con lo cual se incumple con el primer momento fundamental para el ejercicio de la tutela judicial efectiva que la propia Corte ha identificado. En este sentido se puede afirmar que la restricción impuesta en la sentencia 768-15-EP/20 vulnera la tutela judicial efectiva de las víctimas y con ello el derecho a la defensa por cuanto al no poder acceder a una instancia en la cual puedan ser oídas y en el cual se puedan reconocer la verdad de los hechos.

“De esta forma se establece constitucionalmente el derecho a la defensa de toda persona, y en tal sentido, todo tipo de actos que conlleven la privación o limitación del referido derecho producirá, en última instancia, indefensión. En otras palabras, esta garantía esencial es una manifestación del debido proceso (...) En suma, el pleno ejercicio del derecho a la defensa es vital durante la tramitación del procedimiento, porque de ello dependerá en última instancia el resultado del mismo. Así, el derecho de hallarse en el proceso impone al juez el deber de: notificar al acusado y al abogado defensor, con la suficiente antelación, y no excluirlo indebidamente del proceso, puesto que de otro modo no se garantiza el derecho de las personas a exponer sus posiciones, a ser oídas por los tribunales, o a presentar sus argumentos o pruebas de defensa”¹⁵.

Como consecuencia de ello las víctimas quedan en un estado de indefensión al no poder argumentar frente a un tribunal competente para solicitar una sentencia justa para su agresor. Parece grave que una sentencia de la “Corte Constitucional” imponga una limitación a dos derechos esto es, la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa, sin embargo, ningún derecho es absoluto por lo tanto todos admiten límites. Sin embargo, la propia Corte ha establecido que siempre que se impongan limitaciones al ejercicio de derechos estas “siempre deberán estar encaminadas a garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y

¹⁴ Sentencia No. 2068-13-EP

¹⁵ SENTENCIA N.º 117-14-SEP-CC

proporcionalidad”¹⁶. En consecuencia, la “Corte Constitucional” debió hacer un examen de proporcionalidad en este caso lo cual no existe en la sentencia examinada.

“El principio de proporcionalidad está compuesto por tres elementos, a saber: a) El de la utilidad o adecuación, b) El de la necesidad o indispensabilidad y c) El de la proporcionalidad strictu sensu”. La determinación de cada uno de estos elementos requiere de un análisis para cada caso concreto, en el entendido que la medida debe ser idónea con el fin que se persigue, necesaria en cuanto a su aplicación moderada, ya que su alcance debe cumplir con el propósito de la manera más apacible posible, por último debe ser ponderada y equilibrada generando más beneficios para sobrellevar el conflicto”¹⁷.

En consecuencia, la sentencia 768-15-EP/20 limita el derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa de la acusación particular quien es la víctima en un proceso penal. La víctima tiene derecho a la verdad y a la justicia y para poder acceder a esos derechos debe tener la posibilidad de recurrir el fallo lo cual la Corte Constitucional ha restringido sin hacer un examen de proporcionalidad. La Corte no ha justificado la idoneidad, ni la necesidad y mucho menos la proporcionalidad en sentido estricto lo cual hace que la sentencia se torne arbitraria.

3.3.2. Las extralimitaciones de la Corte Constitucional

La “Corte Constitucional” es el organismo máximo de interpretación de la “Constitución de la República del Ecuador” y así lo establece el artículo 429 del mismo cuerpo normativo *“La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia”¹⁸*. Doctrinariamente se ha definido a los tribunales constitucionales o a la justicia constitucional en general como organismos contra-mayoritarios por cuanto sus decisiones muchas veces pueden dejar sin validez a decisiones democráticas tomadas por un organismo de representación popular como es la “Asamblea Nacional” y porque además cumplen con el papel de proteger los derechos humanos a pesar de las decisiones mayoritarias.

¹⁶ SENTENCIA N.º 045-15-SEP-CC

¹⁷ Simón David Cedeño Camacho, “El principio de proporcionalidad en la aplicación de la reparación integral en los procesos de tránsito en Ecuador a partir de los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

¹⁸ Constitución, Art.429.

La Corte además es la competente para conocer ciertas garantías jurisdiccionales como es el caso de las acciones extraordinarias de protección. *“El objetivo de las acciones extraordinarias de protección es proteger los derechos constitucionales y respetar el debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, y en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución”*¹⁹. Es decir que la Corte interviene en estos casos para analizar decisiones judiciales que pudieron vulnerar derechos al debido proceso exclusivamente.

La “Corte Constitucional” tiene otras competencias propias del control constitucional que le atañe propiamente. Estas competencias son las que identifican leyes que pueden contravenir la “Constitución de la República del Ecuador”. El control efectivo de constitucionalidad se hace mediante las acciones públicas de inconstitucionalidad como lo prevé el artículo 98 de la “Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional”. “El interés que persigue la acción pública de inconstitucionalidad es que la Corte conozca sobre las acciones de inconstitucionalidad respecto de cualquier acto normativo de carácter general y de cualquier acto administrativo con efectos generales”. El control concreto por otro lado se realiza mediante las consultas de norma contraria a la Constitución que se dan cuando dentro del conocimiento de una causa los jueces sospechen de la inconstitucionalidad de una norma, en tal supuesto deberán remitir la norma a consulta.

La “Corte Constitucional” se puede pronunciar sobre la constitucionalidad de una norma solo en los procesos arriba descritos. Es de extrañar que en un proceso de acción extraordinaria de protección la “Corte Constitucional” analice normas legales de las cuales no se ha cuestionado su constitucionalidad en ningún momento y además de ello se pronuncie modificando la legislación y agregando un requisito adicional a la misma:

Por tanto, para evitar que la aplicación del artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, que faculta a la acusación particular a presentar recurso de casación, resulte en violaciones a esta garantía, la Corte realiza la siguiente interpretación conforme a la Constitución del mencionado artículo en concordancia con el artículo 328 del Código de Procedimiento Penal: *“Si la Fiscalía no presenta recurso de casación, al resolver la impugnación de una sanción, los recursos presentados por el procesado o la acusación*

¹⁹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art.98.

particular no podrán empeorar la situación de la persona procesada en cuanto a la pena. (CASO No. 768-15-EP, 2020, pág. 10).

La decisión examinada llama la atención por dos razones en este sentido: 1) porque la Corte analiza la constitucionalidad de una norma sin ser competente para ello por no ser el tipo de acción invocada 2) porque la Corte ha actuado como legislador positivo aun cuando esta no sea su competencia:

Kelsen concibe al tribunal constitucional como legislador negativo; el parlamento ejerce la función de dictar las leyes (legislador positivo) y el juez constitucional ejerce la función de anularlas cuando sean contrarias a la Constitución. Kelsen distingue entre la elaboración de la ley (función del parlamento) y su anulación (función del tribunal constitucional). La primera función es la facultad de libre creación del parlamento y la segunda (legislador negativo) está contenida en la Constitución. Por razones de seguridad jurídica, la decisión proferida por el juez constitucional no tendría ningún efecto retroactivo y sería obligatoria a partir de su publicación. Sin embargo, existe una restricción muy importante: los tribunales constitucionales no pueden crear normas jurídicas positivas debido al principio de separación de poderes. (Lopez Daza, 2011, pág. 179)

Si bien es cierto la “Corte Constitucional” en su conformación actual, ha ganado mayor legitimidad que las precedentes, no se puede desconocer que la falta de limitación de funciones de la Corte hace que la misma haya tenido que autorregularse. Esta no siempre se da y por tanto existe la posibilidad de que se sobrepasen dichos cargos. En el caso en examen la Corte sobrepasa sus funciones y legisla agregando un requisito extra a la normativa que, además, como ya vimos previamente, vulnera los derechos de las víctimas.

CONCLUSIONES:

1. Durante la revisión documental del caso, resulta extraño que en un proceso de acción extraordinaria de protección, un miembro de la Corte Constitucional analice normas de las cuales no se discute su constitucionalidad, y, además de ello se pronuncia modificando la legislación actual al agregar un requisito adicional a la misma, Es decir que si la Fiscalía no presenta un recurso de casación, los

recursos resueltos en el proceso por el tribunal “*ad quem*” sea que hayan sido presentados por la fiscalía o por el acusador particular, no podrán agravar el estado de individuo acusado que recurre o no, en cuanto a la pena impuesta. Además, es importante indicar que ante dicha sentencia la “Corte Constitucional” se ha extralimitado en cuanto a sus decisiones, ya que al ser un órgano de máxima interpretación de la “Constitución de la República del Ecuador” puede dejar sin validez decisiones democráticas tomadas por un organismo de representación popular como es la “Asamblea Nacional” o el “Presidente de la República”, además de que cumple un papel importante que es el de resguardar los derechos humanos y constitucionales a pesar de los criterios individuales de los miembros de la Corte.

2. Como parte de la tutela judicial efectiva, no se le reconoce a las partes el derecho de lograr una solución al conflicto, esto es una sentencia que resuelva sobre el fondo del asunto controvertido y de forma motivada; sin que pueda limitarse la posibilidad de que, en la apelación de un proceso, únicamente la fiscalía apele la pena dispuesta, la “Corte Constitucional” le quita el libre acceso a la justicia a las víctimas quienes ya no pueden acceder a un tribunal de alzada que pueda conocer del caso y ejercer su derecho a la verdad y a una sentencia justa. El voto salvado de los “Jueces Constitucionales Hernán Salgado Pesantes, Carmen Corral Ponce, Enrique Herrería Bonnet y Teresa Nuques Martínez” comparten este criterio estableciendo que la “Corte Constitucional” no puede imponer limitaciones que no constan en la norma para ejercer y resolver impugnaciones; hacerlo atentaría el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa de quien recurre además del procesado.

RECOMENDACIONES

Una recomendación que aportaría a este trabajo de investigación, es que se realice una formación continua en Derecho Constitucional de los servicios judiciales tales como Jueces y Secretarios de primeras instancias y superiores. Debido a que estos servidores son quienes hacen aplicación directa de los principios y normas que tienen su base en la Constitución. Estas capacitaciones deben realizarse con la finalidad de que los administradores de justicia del país realicen un buen uso y aplicabilidad de la normativa.

Así mismo, que se emitan boletines de la Corte Constitucional con los precedentes jurisprudenciales más relevantes y que los mismos sean de lectura obligatoria para los operadores de justicia con el propósito de que estos estén actualizados. La Corte Constitucional constantemente realiza interpretaciones constitucionales y emite sentencias que son de obligatorio cumplimiento, muchas veces estas sentencias señalan el deber ser jurídico de la norma y cambian frecuentemente, como se ha venido aplicando con lo cual, es menester que los servidores judiciales se mantengan informados de los mismos para garantizar la seguridad jurídica en sus fallos.

REFERENCIAS:

- Cárdenas Ruiz, M. A. (2004). *Reformatio In Peius-Reformatio In Melius*. *Revista internauta de práctica jurídica*.
- CASO No. 768-15-EP. (2020). *La Corte Constitucional acepta la acción extraordinaria presentada contra una sentencia de la Corte Nacional de Justicia que agravó la condena del procesado (en fase de casación) y vulneró el derecho al non reformatio in peius*. Obtenido de Corte Constitucional del Ecuador: http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOic1ZDJkMDViNy0xZmVjLTRhYTQtODI1OC04ZjM3YjM5YWQ0OTgucGRmJ30=
- Civil., C. (2016). *Codificado 10 Art.1*. Quito: Lexis.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). *Decreto Legislativo 0*. Asamblea Constituyente. Quito: Lexis. Obtenido de https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Constitución de la Republica del Ecuador*. . (2008). Montecristi: Lexis.
- Cornejo Aguiar, J. S. (2015). *Derecho Ecuador.com*. Obtenido de PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: <https://derechoecuador.com/principio-de-tutela-judicial-efectiva/>
- Couture, E. (2010). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Montevideo: Editorial B.
- Cuellar, C. (2000). *La Acusación Fiscal y su control Jurisdiccional en su proceso Penal Salvadoreño*. Universidad de El Salvador.
- Echeverri Enciso, Y., & Oñate Delgado, L. (2016). La prohibición de la reforma peyorativa como principio y garantía constitucional. *Precedente. Revista Jurídica*, 9. doi:<https://doi.org/10.18046/prec.v9.2427>

- Gómez. Cadavid, D. (2015). acota que la expresión reformatio in peius, proviene de un celebre pasaje de ULPIANO. *Principio constitucional de la no reforma en peor en el reglamento estudiantil de la Universidad de Antioquia frente al caso del segundo calificador.*, 66-90. Obtenido de <https://revistas.udea.edu.co/index.php/derypol/article/download/328217/20791628?inline=1&n=3788>
- Guevara, R. (2017). El principio de la prohibito reformatio in pejus en el derecho procesal penal del Ecuador. Una mirada histórica y una mirada actual. *Lex-Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, 15(20), 239-260. Obtenido de <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/1442>
- Judicial, C. Ó. (2015). *Art.15*. Quito: Lexis.
- Jurisprudencia AEP. (2011). *Jurisprudencia Acción Extraordinaria de Protección SRO N°571*. Obtenido de <https://vdocuments.mx/route404.html>
- (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*.
- Lopez Daza, G. (2011). El Juez Constitucional Colombiano como Legislador positivo: Un Gobierno de los Jueces? (I. d. UNAM, Ed.) *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 24. Obtenido de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-91932011000100005&script=sci_arttext
- Lúa, J. C., & Luzarraga, R. (2018). *El debido proceso en el Ecuador como principio constitucional en sentencias judiciales*. Obtenido de Universidad de Guayaquil : <http://repositorio.ug.edu.ec/bitstream/redug/34549/1/L%C3%BAa%20Zurita%20Juan%20-%20Luzarraga%20Alvarez%20Ram%C3%B3n%20177.pdf>
- Macas. (2016). *EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN Y SU INCIDENCIA EN LOS JUICIOS DE PECULADO EN LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR LOS TRIBUNALES PENALES DE CHIMBORAZO, AÑO 2014*. Obtenido de Universidad Nacional de Chimborazo: <http://dspace.unach.edu.ec/bitstream/51000/1817/1/UNACH-FCP-DER-2016-0024.pdf>
- Monrey, J. (2000). *Tutela constitucional de los recursos en el proceso penal*. Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda.
- Nowell, Y. (2018). *Análisis jurídico de la reformatio in peius y su trascendencia histórica en Guatemala. Derecho comparado con España, Chile, México y Perú*. Universidad Rafael Landívar, Quetzal. Obtenido de <http://recursosbiblio.url.edu.gt/tesisjrkd/2018/07/01/Nowell-Yoseni.pdf>
- Pico I. Junoy, J. (1997). *"Las Garantías constitucionales del proceso"*. Barcelona.
- Ramirez, C. (2017). *Criterios sobre inteligencia y aplicación de la ley Materias no Penales*. Quito: Corte Nacional de Justicia.
- Ruiz, A., Aguirre, P., & Ávila, D. (2016). *Desarrollo Jurisprudencial de la primera corte constitucional*. Obtenido de Corte Constitucional del Ecuador:

http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/Desarrollo_Jurisprudencial_2012-2015/Desarrollo_Jurisprudencial.pdf

- Sánchez, S. (2018). *El principio Non Reformatio in Peius aplicado en materia civil*. Obtenido de <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/12020/1/T-UCSG-PRE-JUR-DER-285.pdf>
- Sanz, Í. (2013). Contenido y alcance de la prohibición de reformatio in peius en el procedimiento administrativo. *Revista de Administración Pública*(190), 241-276. Obtenido de <file:///C:/Users/1/AppData/Local/Temp/Dialnet-ContenidoYAlcanceDeLaProhibicionDeReformatioInPeiu-4250987.pdf>
- Torres, R. (2017). *Violencia psicológica leve, moderada y severa, tutela judicial efectiva y principio de proporcionalidad pena*. Obtenido de Repositorio Institucional UNIANDES: <https://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/6764>
- Trujillo, C. (2013). *Constitucionalismo Contemporáneo, teoría, procesos, procedimientos y retos*. Quito: Editorial Nacional .
- Vega, M. R. (2013). Sistema acusatorio de justicia penal y principio de obligatoriedad de la acción penal. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaiso*.
- Vintimilla, E., & Olaya, P. (2021). *Violación al derecho a la defensa por inadmisión probatoria en procedimientos de una sola audiencia del COGEP*. Obtenido de Repositorio UCSG: <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/15982/1/T-UCSG-POS-MDDP-79.pdf>