



Universidad de Cuenca

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Maestría en Derecho Penal - II Cohorte

La inconstitucionalidad de la reformulación de cargos en la legislación penal ecuatoriana.

Trabajo de titulación previo a la obtención del
Título de Magíster en Derecho Penal

Autor:

Milton Geovanny Zhingri Yunga

C.I: 0105506828

Correo electrónico: geovannylex_e@hotmail.com

Director:

Dr. Julio Teodoro Verdugo Silva, PhD

C.I: 0301697280

Cuenca – Ecuador

19-noviembre-2021



RESUMEN

El presente trabajo de investigación se enmarca al estudio de la inconstitucionalidad de la reformulación de cargos en la legislación penal ecuatoriana, a efectos de determinar si se violan o vulneran derechos constitucionales, tales como; el debido proceso, el derecho de defensa, el principio de igualdad entre las partes procesales y el principio de congruencia, mismos que se encuentran reconocidos a nivel Constitucional y a nivel del Derecho Internacional, en general.

La reformulación de cargos se encuentra regulada por primera vez en el Código Orgánico Integral Penal, la que brinda la posibilidad de que si durante la instrucción fiscal, los resultados obtenidos de la investigación hagan variar de manera justificada la calificación jurídica de la imputación que se realizó durante la formulación de cargos, el fiscal tendrá la posibilidad de solicitar al juzgador, audiencia para efectuar una reformulación de cargos, que en caso de realizarse el plazo de la instrucción se extiende a treinta días que serán improrrogables, en donde ya no es posible una nueva reformulación.

En el presente estudio, se utilizó las técnicas de entrevistas a abogados en libre ejercicio de la profesión, ha juristas ecuatorianos y a ex jueces de garantías penales, por lo que se utilizó la técnica cualitativa y cuantitativa, utilizando de manera categórica la primera de ellas con la aplicación de métodos analíticos, sintéticos, deductivo, historico, sociológico.

En los resultados de la presente investigación se refleja que existen criterios divididos, por una parte, quienes consideran que la reformulación de cargos si es inconstitucional por cuanto viola el derecho a contar con los medios y con los tiempos necesarios para la defensa, el derecho al debido proceso, y de manera especial es violatoria al principio de igualdad – igualdad de armas, oportunidades, en las mismas condiciones entre las partes procesales.

Palabras claves: Reformulación. Inconstitucionalidad. Vulneración. Jurisdiccionales.



ABSTRACT

The following research centers its study on the unconstitutionality of restatement of charges in the Ecuadorian criminal legislation, in order to determine if there is a violation of constitutional rights, such as: the due process of law, the right to defense, the principle of equity between procedural parts, and the principle of congruence, which are recognized at the Constitutional level and the level of International Law, in general.

Restatement of charges is regulated for the first time in the Integral Criminal Code (Código Orgánico Integral Penal), which determines the following possibility: if during the Prosecutor's Instruction, the results obtained from the investigation justifiably modify the legal qualification of the imputation that has been done during the formulation of charges, the Prosecutor has the possibility to request the judge a hearing about restatement of charges; which, in case of being held, the term of the Instruction extends up to thirty days non-extendable, where a new restatement is not allowed.

In the following study, the technique of interviewing practicing lawyers, Ecuadorian jurists and former Criminal judges has been used, so the qualitative technique was predominantly used, applying analytic, synthetic, deductive, historic and sociologic methods.

The results of the following investigation show that there are split opinions; in one hand, those who consider that restatement of charges is unconstitutional because it violates the right to count with enough time and resources needed to a defense, the due process of law; and specially, it violates the principle of equality - equality of arms, opportunities, in the same conditions between the procedural parties.

Key Words: Restatement. Unconstitutionality. Infringement. Jurisdictional.



ÍNDICE GENERAL

RESUMEN.....	1
ABSTRACT	2
DEDICATORIA.....	10
AGRADECIMIENTO.....	11
INTRODUCCIÓN	12
CAPÍTULO I.....	13
MARCO TEORICO	13
1.- El principio de congruencia ante el principio del iura novit curia en la aplicación de la reformulación de cargos.	13
1.1 El sistema Inquisitivo ecuatoriano	13
1.2. El sistema acusatorio ecuatoriano	14
1.3 El órgano encargado de la dirección de la investigación, de la acusación y sus atribuciones en el sistema penal ecuatoriano	15
1.4 Función del principio constitucional iura novit curia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.....	18
1.5 Aplicación y reconocimiento del principio de congruencia en el sistema penal ecuatoriano.....	22
1.6 El principio de congruencia fáctica y el principio de congruencia jurídica.....	24
1.7 El principio de congruencia en relación con el principio dispositivo	28
1.8 Aplicación del principio de congruencia y el principio iura novit curia en el derecho penal acusatorio.....	30
1.9 Las garantías jurisdiccionales en función del principio de congruencia y el principio del iura novit curia	32
CAPITULO 2	46
1. El derecho de defensa y su aplicabilidad en la reformulación de cargos en el sistema penal ecuatoriano	46
1.1 El debido proceso en general	46
1.2. El derecho de defensa en la reformulación de cargos	53
1.3 El derecho a contar con el tiempo y con los medios necesarios para la preparación de la defensa en la reformulación de cargos	55
1.4 El derecho de defensa en relación con la motivación de la reformulación de cargos.....	64
1.5 El cambio sorpresivo de la calificación jurídica de la infracción	66
1.6 La calificación jurídica en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	68
1.7 El principio de igualdad de los sujetos procesales en la reformulación de cargos	70



1.8 Las consecuencias de la violación del derecho a contar con el tiempo y con los medios necesarios para la preparación de la defensa.....	73
CAPITULO 3	77
1. Garantías jurisdiccionales ecuatorianas y su aplicación en la reformulación de cargos dentro de un proceso penal.	77
1.2 Las sentencias irregulares	83
1.3 La sentencia de remplazo.....	84
1.4 La variable irregular de declarar la ejecutoria	85
1.5 La segunda variable irregular: ordenar a quien no fue parte.....	87
1.6 El objeto de la acción extraordinaria de protección.....	88
1.7 Los derechos tutelados a través de la acción extraordinaria de protección	88
1.8 La autoridad judicial competente para interponer la acción	88
1.9 La legitimación activa para interponer la acción extraordinaria de protección	88
1.10 Determinación de los actos y omisiones impugnables a través de la acción extraordinaria de protección.....	90
1.11 Requisitos de admisibilidad	90
2. La acción pública de inconstitucionalidad en el Ecuador.....	92
2.1 Naturaleza Jurídica de la acción de inconstitucionalidad	92
2.2 Características de la acción pública de inconstitucionalidad	93
2.3 El alcance y la interpretación de la acción pública de inconstitucionalidad	93
2.3 La declaración de inconstitucionalidad.....	93
2.4 El control abstracto de inconstitucionalidad	95
2.5 El control de constitucionalidad de los actos normativos y actos administrativos que tienen efectos generales	95
2.6 El control de constitucionalidad de actos normativos.....	96
2.7 Control constitucional de actos administrativos con efectos generales	98
2.8 Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de los actos normativos y actos administrativos con efectos generales.....	99
2.9 Las sentencias atípicas modulatorias	99
2.10 Cuando procede una acción pública de inconstitucionalidad	100
2.11 La acción pública de inconstitucionalidad de una norma que viola el debido proceso y el derecho a contar con el tiempo y con los medios necesarios para la preparación de la defensa	100
2.12 La norma de carácter orgánico que viole el principio de igualdad entre las partes procesales puede ser declarado inconstitucional.....	101
2.13 Norma con apariencia de inconstitucional y remedios procesales alternativos a la acción pública de inconstitucionalidad.	102



2.14 El rol de la Corte Constitucional.....	103
3. La validación y la respectiva evaluación de los resultados de la aplicación	104
4. Conclusiones y Recomendaciones.....	129
4.1 Conclusiones	129
4.3 Recomendaciones.....	133
REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA	136
ANEXOS.....	142



ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. ¿Conoce usted que es la reformulación de cargos?.....	119
Tabla 2. A su criterio ¿la reformulación de cargos permite realizar una correcta calificación jurídica de la infracción?	120
Tabla 3. A su criterio, ¿es constitucional la reformulación de cargos?	121
Tabla 4. A su criterio, ¿Cuáles de los siguientes derechos se vulneran con la aplicación de la reformulación de cargos?	122
Tabla 5. ¿En el ejercicio de su profesión ha conocido casos en los que se ha realizado reformulación de cargos?	124
Tabla 6. ¿Considera usted que los jueces y los fiscales aplican de manera correcta la reformulación de cargos?	125
Tabla 7. De su experiencia en el ejercicio profesional, ¿Los agentes fiscales motivan la aplicación de la reformulación de cargos el día de la audiencia?	126
Tabla 8. ¿Cree usted que debe derogarse la reformulación de cargos del Código Orgánico Integral Penal con la finalidad de garantizar de manera más efectiva los derechos y las garantías de los justiciables?	128



ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1 ¿Conoce usted que es la reformulación de cargos?.....	119
Gráfico 2 A su criterio ¿la reformulación de cargos permite realizar una correcta calificación jurídica de la infracción?	120
Gráfico 3 A su criterio, ¿es constitucional la reformulación de cargos?.....	121
Gráfico 4 A su criterio, ¿Cuáles de los siguientes derechos se vulneran con la reformulación de cargos?.....	123
Gráfico 5 ¿En el ejercicio de su profesión ha conocido casos en los que se ha realizado reformulación de cargos?	124
Gráfico 6 ¿Considera usted que los jueces y fiscales aplican de forma correcta la reformulación de cargos?	126
Gráfico 7 De su experiencia en el ejercicio profesional, ¿Los agentes fiscales motivan la aplicación de la reformulación de cargos, el día de la audiencia?	127
Gráfico 8 ¿Cree usted que debe derogarse la reformulación de cargos del Código Orgánico integral Penal con la finalidad de garantizar de manera más efectiva los derechos y garantías de los justiciables?.....	128

Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio Institucional

Milton Geovanny Zhingri Yunga, en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación “La inconstitucionalidad de la reformulación de cargos en la legislación penal ecuatoriana”, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 19 de noviembre de 2021



Milton Geovanny Zhingri Yunga

C.I: 0105506828



Cláusula de Propiedad Intelectual

Milton Geovanny Zhingri Yunga, autor del trabajo de titulación "La inconstitucionalidad de la reformulación de cargos en la legislación penal ecuatoriana", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor.

Cuenca, 19 de noviembre de 2021



Milton Geovanny Zhingri Yunga
C.I: 0105506828



DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación lo dedico a mi querida madre por el amor y apoyo proporcionado incondicionalmente y por su extraordinario ejemplo de lucha y trabajo, a mi hermana Isabel por hacer posible el estudio de esta maestría y por la confianza depositada en mí, mujer humilde, sencilla y trabajadora.

A la madre tierra por darme todo, revelación de mi Dios creador.

MILTON GEOVANNY ZHINGRI YUNGA

CI: 0105506828



AGRADECIMIENTO

En primer lugar, agradezco a la Universidad de Cuenca, por otorgarme la oportunidad de cursar estos estudios y concluir satisfactoriamente el presente trabajo de investigación.

En segundo lugar, a los profesores de la maestría, por compartir sus extraordinarios conocimientos y permitir el enriquecimiento de mi formación académica y profesional.

De manera particular, al Dr. Julio Teodoro Verdugo Silva, mi lector incansable e inspirador de esta investigación, por su apoyo incondicional para la comunicación y transcripción clara de las ideas.

Muchas gracias a todos y todas.

MILTON GEOVANNY ZHINGRI YUNGA

CI: 0105506828



INTRODUCCIÓN

El Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia, reconocido de esta manera por la Constitución de Montecristi del año 2008. En tal sentido, la Constitución establece que el deber fundamental del estado es garantizar el efectivo goce de los derechos reconocidos en la misma, pero además los reconocidos en los instrumentos internacionales, por esta razón analizaremos si la Reformulación de Cargos establecida en el artículo 596 del Código Orgánico Integral Penal vulnera derechos reconocidos en la Constitución de la República y en los Instrumentos Internacionales de Derechos pues la posibilidad de reformular cargos le permite a la Fiscalía General del Estado cambiar la calificación jurídica de la infracción generando aparentemente desigualdad.

Es por ello que, al existir la posibilidad de cambiar de calificación jurídica de la infracción por parte de fiscalía, la persona procesada queda en indefensión, por ello es necesario analizar si la institución en mención, viola o no, el principio de congruencia, o, en esencia se debe aplicar el principio *Iura Novit Curia*, lo que evidentemente es analizado en el capítulo uno de este trabajo. Asimismo, analizaremos en el segundo capítulo si la reformulación de cargos viola el derecho constitucional al debido proceso consagrado en el artículo 76, y si de manera concreta viola el derecho a contar el tiempo y con los medios necesarios para la preparación de la defensa, o si vulnera el principio de igualdad entre las partes procesales.

En consecuencia, de ser la reformulación de cargos inconstitucional, en el tercer capítulo se analiza cada una de las acciones jurisdiccionales que puedan ser propuestas a efectos de corregir tal particular, haciendo un análisis respecto de la acción de protección, acción extraordinaria de protección, para finalmente dedicarnos al estudio de la acción pública de inconstitucionalidad a efectos de que se declare la misma como tal, añadido a ello, se hace una breve mención a otros remedios procesales diferentes a las acciones jurisdiccionales.



CAPÍTULO I

MARCO TEORICO

1.- El principio de congruencia ante el principio del iura novit curia en la aplicación de la reformulación de cargos.

1.1 El sistema Inquisitivo ecuatoriano

Este sistema penal estuvo vigente en el Ecuador por muchos años hasta el año 1983, año en el cual, el Ecuador adoptó el sistema mixto, sistema inquisitivo en el cual el juez era quien controlaba todo el proceso, porque el mismo tenía la facultad de iniciar el proceso hasta llegar a una consecuente sentencia. Agregado a ello, este proceso era eminentemente escrito, en donde primaba el secreto, es decir, el juzgador tenía la facultad de acusar, de investigar y de resolver. Respecto de la acusación se debe anotar que aquella no era una facultad privativa del juez porque esta facultad también le estaba dada al ofendido y a sus familiares más próximos, más respecto de la investigación el juez por sí solo realizaba la pesquisa judicial consiguiendo pruebas documentales, testimoniales, periciales, hasta la confesión del justiciable para luego reducirlo todo a escrito por ser un proceso que era llevado de manera eminente en secreto. En este orden, respecto de la decisión, el juez podía dictar sentencia condenatoria o ratificatoria de inocencia dependiendo de la prueba que haya obtenido, cuya resolución no tenía la exigencia de ser motivada (Zambrano, 2005).

Respecto de lo Anterior, cuando se refiere al sistema inquisitivo el jurista Vaca (2009) manifiesta “podría contribuir a que se adquiriera una imagen deformada de los hechos, de lo que en realidad aconteció (...) hasta llegar a ponerse en peligro de cometer un error judicial que podría producir muy serias, graves e irreparables consecuencias (pág. 68).



Finalmente, otra crítica al sistema inquisitivo es señalada por Guerrero (2004) cuando señala “Los juicios largos y los procesos interminables desprestigian la justicia ante los ojos del ciudadano imparcial, y desespera y subleva el espíritu del litigante, y arranca alaridos y levanta los puños de los detenidos en las cárceles y calabozos” (pág. 50 y 51).

En el sistema inquisitivo al ser el juzgador quien tenía la facultad de investigar, de acusar y de sentenciar no gozaba de imparcialidad, de la misma manera al ser llevado el juicio en secreto no se cumplía con el principio de publicidad, y consecuentemente, al no existir la garantía de motivación no existía la garantía del debido proceso penal.

1.2. El sistema acusatorio ecuatoriano

Frente al sistema indicado en el acápite anterior, esto es, al sistema penal inquisitivo se encuentra el sistema penal acusatorio, rompiendo de esta manera la inconstitucionalidad del primer sistema, es decir, el sistema penal ecuatoriano rompe esa desconfianza que se tenía de parte de los ciudadanos en que el sistema penal violentaba las garantías de las personas para convertirse en un sistema ineficiente y burocrático. En este sentido, es necesario separar de manera inmediata las funciones de investigar y de juzgar en donde se vea reflejada de manera clara la imparcialidad del juzgador (Zambrano, 2005).

De esta manera, el debido proceso se ve garantizado cuando las dos funciones elementales de acusar y de juzgar están separadas, es por ello que, con la vigencia de la Constitución de la República del Ecuador del año 1998 y de manera especial con la Constitución del año 2008, se crea un órgano constitucional encargado de realizar la investigación, la persecución penal pública, de dirigir y coordinar a los organismos policías en el marco de aquellas investigaciones. También, existe el órgano que es el encargado de realizar el control de la instrucción llamado juez penal o juez de garantías penales, órgano que debe velar por la correcta actuación de la fiscalía, controlando la no violación de derechos constitucionales que

puede devenir de una investigación fiscal, controlando las peticiones de prisión preventiva y el pedido de allanamiento (Zambrano, 2005).

En el sistema penal acusatorio, se refleja de mejor manera el principio de imparcialidad al existir un órgano encargado de la investigación y acusación, y, por otra parte, un órgano encargado exclusivamente de juzgar. El proceso es público salvo en la indagación o investigación previa, con lo cual se cumple la garantía de publicidad. Existe un órgano acusador que es el encargado de encontrar los elementos de convicción, de reunir las pruebas, de impulsar el proceso, quien tiene además la libertad probatoria.

1.3 El órgano encargado de la dirección de la investigación, de la acusación y sus atribuciones en el sistema penal ecuatoriano

El órgano encargado de la dirección de la investigación y de la acusación en los delitos de acción penal pública es la fiscalía, según lo destaca el jurista ecuatoriano Rodríguez (2011) cuando indica “La Fiscalía es quien dirige (es decir, que es la máxima autoridad) un sistema integral de investigación a través de la Policía Judicial” (pág. 233) de aquello deviene que el órgano encargado de la dirección de la investigación y de la acusación en los delitos de acción penal pública es la fiscalía, que de acuerdo a lo sostenido por el mentado jurista Rodríguez, fiscalía será responsable de que la investigación criminal respete las garantías del debido proceso judicial, al ser un órgano que tiene autonomía investigativa. Es por ello que, solo al tener los elementos de convicción suficientes debe realizar una acusación caso contrario debe abstenerse de realizar la misma.

Pero es propiamente el artículo 410 inciso 2 del Código Orgánico Integral Penal el que establece “(...) El ejercicio público de la acción corresponde a la Fiscalía, sin necesidad de denuncia previa (...)” (Asamblea Nacional de Ecuador [ANE], 2014) pero más concretamente el artículo 444 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal al referirse a las atribuciones de



la o el fiscal establece “(...) Formular cargos, impulsar y sustentar la acusación de haber mérito o abstenerse del ejercicio público de la acción (...)” (ANE , 2014) de ello deviene que es atribución exclusiva de fiscalía la formulación de cargos, el impulso y la sustentación de la acusación.

Siendo así, la fiscalía como órgano de investigación requiere o necesita de un apoyo auxiliar para desarrollar sus actividades de manera eficiente, es por ello que, requiere del auxilio de la policía judicial que se constituye en un órgano especializado en investigación penal que debe obrar con respeto de los derechos humanos (Rodríguez, 2011).

Del otro lado, hay que recordar que en el sistema acusatorio se configura lo que Armenta Deu (2012) sostiene “Un sistema acusatorio se caracteriza por exigir una configuración tripartita del proceso, basada en la existencia de un acusador, un acusado y un órgano juzgador, imparcial, situado supra partes” (pág. 21 y 22) acusador que en el Ecuador será la Fiscalía General del Estado a través de sus diferentes agentes fiscales.

Por su parte, conforme lo prescrito en el art. 442 del Código Orgánico Integral Penal y lo anunciado por López y Chimbo (2014) “la fiscalía dirige la investigación preprocesal y procesal penal e interviene hasta la finalización del proceso. La víctima deberá ser instruida por parte de la o el fiscal sobre sus derechos y en especial, sobre su intervención en la causa” (pág. 476) lo anterior dilucida que la fiscalía es la encargada de realizar la investigación previa, consecuentemente, también es la encargada de llevar adelante la etapa de instrucción fiscal, de formulación de cargos y de llevar en sí el proceso hasta conseguir una sentencia. En este mismo sentido, López y Chimbo señalan que la fiscalía es la encargada de expedir los manuales de procedimiento y normas técnicas para el desempeño de las funciones investigativas cuando citando el art. 443 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal, señalan:

Expedir en concordancia con las entidades que apoyan al sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses o con el organismo competente en materia de tránsito, los manuales de procedimiento y normas técnicas para el desempeño de las funciones investigativas (López & Chimbo, 2014, pág. 476).

En esta misma línea, otra de las atribuciones de la fiscalía se encuentra contemplada en el art. 444 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal que conforme lo exponen López y Chimbo (2014) consiste en “Reconocer los lugares, huellas, señales, armas, objetos e instrumentos con la intervención del personal del sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses o personal competente en materia de tránsito, conforme con lo dispuesto en este código” (pág. 476).

En el presente acápite, es necesario señalar que la Fiscalía General del Estado siempre debe actuar y obrar en fiel cumplimiento del principio de objetividad que consiste en que el fiscal en ningún momento debe ser arbitrario sino por el contrario siempre debe reflejar la verdad de los hechos, realizar la imputación de delitos a los verdaderos responsables. Los autores López y Chimbo en lo referente al principio de objetividad señalan que una de las garantías y principios del proceso penal es la objetividad, que se encuentra prescrito en el art. 5 numeral 21 del Código Orgánico Integral Penal y que señala lo siguiente:

En el ejercicio de su función, la o el fiscal adecuará sus actos a un criterio objetivo, a la correcta aplicación de la ley y al respeto de los derechos de las personas. Investigará no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad de la persona procesada, sino también los que la eximan, atenúen o extingan (López & Chimbo, 2014, pág. 343).



En conclusión, el órgano acusador en el sistema penal ecuatoriano vigente es Fiscalía General del Estado a través de sus diferentes agentes fiscales, quienes son los encargados de realizar la investigación, reunir los elementos de convicción con el apoyo o auxilio de la policía judicial, de peritos, del personal de ciencias forenses, quienes deben obrar sin quebrantamiento del principio de objetividad.

1.4 Función del principio constitucional *iura novit curia* en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Al ser el Ecuador un estado constitucional de derechos, los procesos judiciales no pueden ser tramitados, resueltos al mero interés, y devenir de las partes procesales o del juzgador en general, toda vez que, existe un ordenamiento jurídico predeterminado, normas jurídicas previas, claras y públicas que deben ser aplicadas. En consecuencia, especial importancia y mención merecen los principios fundamentales reconocidos en la Constitución de la República y de manera especial en los instrumentos internacionales por cumplir una función limitadora del actuar o accionar de las personas, de los poderes del estado, y que desempeñan un papel trascendental para el trabajo del legislador. Es por ello que se debe realizar una especial mención de los principios más importantes reconocidos en el Ecuador.

Existen una variedad de principios procedimentales que son precisamente las reglas que las partes procesales y el juzgador en concreto, deben cumplir y seguir a fin de no causar nulidades futuras, o privar del derecho de defensa del demandado, procesado o justiciable. Es necesario traer a alusión algunos principios procedimentales, por ello, comenzaremos analizando el proceso con un medio que se encuentra contemplado en el artículo 169 de nuestra Constitución de la República del Ecuador:

El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia,

inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades (ANE , 2008).

Por lo tanto, el sistema procesal debe convertirse en una especie de mecanismo que permita la aplicación irrestricta de los derechos que el estado garantiza a todas las personas, efectivizando al final de día, las garantías del debido proceso que se encuentra contemplado en la Constitución ecuatoriana.

Corresponde ahora, tratar sobre el principio de imparcialidad del juzgador que se encuentra reconocido en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 75, cuando prescribe que “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión (...)” (ANE , 2008) y en el artículo 76 numeral 7 literal (k) Ibídem; se establece la garantía que toda persona tiene derecho a ser juzgado por un juez imparcial.

Conforme la Corte Constitucional del Ecuador, este principio comprende que el juez es un tercero ajeno al caso a resolver, que no tiene preferencia ni interés por las partes procesales peor con el objeto de la controversia. Es por ello, que el administrador de justicia no puede hacer algo propio de alguna de las partes, ni tener influencias por sesgos, intereses, prejuicios o ideas preconcebidas (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], 2019).

Así mismo, otro principio que resulta innegable de mentar, es; el principio dispositivo reconocido así mismo en la Constitución ecuatoriana dentro del artículo 168 numeral 6 que prescribe que la sustanciación de los procesos en las diferentes materias, etapas, y diligencias se realizarán mediante el sistema oral, de acuerdo con el principio dispositivo. Este principio



para Montero, Ortells, & Gómez (1995) “atribuye a las partes la tarea de estimular la actividad judicial y aportar los materiales del proceso” (pág. 33).

Por otra parte, especial mención merece el principio de verdad procesal contenido en el artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial que prescribe que “Los jueces, resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes. No se exigirá prueba de los hechos públicos y notorios, debiendo la jueza o juez declararlos en el proceso cuando los tome en cuenta para fundamentar su resolución” (ANE , 2009). La verdad procesal para Estrada (2016) es “La verdad procesal es una conclusión derivada del proceso judicial dialéctico de tesis y antítesis y que está apoyada en un sistema probatorio. El juez escucha los argumentos y los contrasta con las pruebas para alcanzar la verdad procesal” (pág. 102).

Además, nuestra Constitución ecuatoriana, reconoce el principio del iura novit curia en su Art. 426, cuando prescribe:

Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente (ANE , 2008).

De la norma constitucional antes trascrita, deviene que las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidores públicos tienen que aplicar las normas constitucionales y demás instrumentos internacionales de derechos humanos que sean más favorables a las establecidas en la norma normum, la misma que debe hacerse aun sin la invocación expresa de las partes.



Esta norma, deja abierta la posibilidad de que todo juez sea civil, penal o laboral pueda aplicar el principio *iura novit curia*.

Por otra parte, La ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su Art. 4 prescribe “Principios procesales. - La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales (...) 13. *Iura novit curia*. - La jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional” (ANE, 2009).

Por su parte, la Corte Constitucional del Ecuador, dentro de la sentencia N.0 164-15-SEP-CC, dentro del caso N.0 0947-11-EP reconoce el principio del *iura novit curia*, indicando que el juez constitucional cuando se active una garantía jurisdiccional está facultado para fundamentar su fallo en normas constitucionales, aun cuando las partes no la invoquen de manera expresa. En este sentido, la Corte Constitucional únicamente se refiera al juez constitucional en sentido general, no refiriéndose de manera concreta a todo tipo de Juez, es por ello que, se debe entender o comprender por juez constitucional a todo juez ordinario (CCE, 2015).

Por su Parte, la Convención Americana de Derechos Humanos cuando se refiere a las garantías judiciales en su Art. 2, prescribe;

Artículo 2.- Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969).

La Corte Interamericana de derechos Humanos (Corte IDH) cuando se refiere al principio del *iura novit curia*, establece que es el juzgador quien tiene la facultad, pero sobre todo el deber de aplicar las normas jurídicas que sean pertinentes al caso concreto, a pesar que las mismas no sean invocadas por las partes procesales (Corte Interamericana de Derechos Humanos [CorteIDH], 2005).

1.5 Aplicación y reconocimiento del principio de congruencia en el sistema penal ecuatoriano.

El autor Hernando Devís Echandía al definir el principio de congruencia establece:

El principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes (en lo civil, laboral, y contencioso-administrativo) o de los cargos o imputaciones penales formulados contra el sindicado o imputado, sea de oficio o por instancia del ministerio público o del denunciante o querellante (en el proceso penal), para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones o imputaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas, a menos que la ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas [...] los derechos de acción y de contradicción imponen al Estado el deber de proveer mediante un proceso y por una sentencia, cuyo alcance y contenido están delimitados por las pretensiones y las excepciones que complementan el ejercicio de aquellos derechos (Echendía, 1985, pág. 1985).

En este sentido, lo que nos dice el autor es que a través de este principio las resoluciones judiciales deben ser de acuerdo a las imputaciones, peticiones o pretensiones de las partes, con el propósito de que exista identidad jurídica entre la resolución y la imputación o pretensión.

El principio de congruencia se resume conforme lo enuncia la Corte Nacional de Justicia (2016) en “SENTENCIA DEBET ESSE CONFORMIS KBELLO, NE EAT JUDEZ ULTRA, EXRA O CITRA PETITA PARTIUM Y TANTUM LITIGATUM QUANTUM JUDICATUM, JUDEZ JUDICARE DEBET SECUNDUM ALLIGATA ET PROBATA” (pág. 2) que se traduce en el deber que tiene el juez en dictar una sentencia que sea conforme las pretensiones o imputaciones de la parte actora, o excepciones o defensa aducidas con el propósito directo de que exista identidad jurídica (Corte Nacional de Justicia [CNJ], 2016).

Por su parte, la Corte Constitucional del Ecuador señala que el principio de congruencia tiene como finalidad:

La finalidad del principio de congruencia consiste entonces en evitar arbitrariedades de parte de las autoridades jurisdiccionales, impidiendo que dentro de las decisiones judiciales se dictaminen cuestiones que no han sido debidamente invocadas por las partes procesales; de ahí que en igual sentido, este concepto se encuentra ligado al principio de seguridad jurídica respecto a la actuación de los jueces al momento de emitir una resolución, garantizando que el pronunciamiento de los juzgadores se refiera únicamente a las alegaciones y peticiones de las partes y evitando que se decida más allá de lo solicitado (CCE, 2018, pág. 117).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos al referirse al principio de congruencia establece “el principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia (...) implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación” (Corte IDH, 2005, pág. 45)

En este mismo orden, en el derecho internacional la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005) señala que “la congruencia entre la acusación y la sentencia, que no sólo entraña una conexión lógica entre dos actos procesales de extrema importancia, sino atañe a la defensa del inculpado --porque la afecta profundamente--, y por lo tanto se proyecta sobre el conjunto del proceso y gravita en la validez de la sentencia misma” (pág. 6).

Por su parte, el Código Orgánico General de Procesos al referirse al principio de congruencia en su Art. 92, señala:

Artículo 92.- Congruencia de las sentencias. Las sentencias deberán ser claras, precisas y congruentes con los puntos materia del proceso. Resolverán sobre las peticiones realizadas por las partes y decidirán sobre los puntos litigiosos del proceso (ANE, 2015).

De esta manera, en el caso ecuatoriano el principio de congruencia en materia penal, no se encuentra regulado de manera expresa dentro del Código Orgánico Integral Penal, sin embargo, no por ello se debe desconocer su existencia más aun al ser un principio del derecho internacional, es por ello que, la jurisprudencia ecuatoriana lo ha reconocido, ya sea desde el máximo órgano de justicia ordinaria como es la Corte Nacional de Justicia o a la vez por medio de la Corte Constitucional como el máximo órgano de justicia constitucional ecuatoriano, principio que en esencia trata de evitar arbitrariedades de parte del órgano de administración de justicia pero a la vez evitar actuaciones contrarias a derecho por parte del órgano acusador como lo es la fiscalía a efectos de garantizar el debido proceso penal.

1.6 El principio de congruencia fáctica y el principio de congruencia jurídica.



1.6.1 El principio de congruencia fáctica

En lo referente al principio de congruencia fáctica la Corte Nacional del Ecuador citando a Tobón ha manifestado que el mismo consiste en:

“Lo anterior es definido por la doctrina especializada como congruencia fáctica que en otras palabras se define como “la exigencia de correlación entre la acusación y la sentencia. Esto en el sentido que, en todo caso, la sentencia debe tener como fundamento el hecho histórico investigado durante el proceso y que ha sido concretado en la acusación. En otros términos: la acusación cumple con la función primordial de delimitar el objeto de la relación jurídica, puesto que la sentencia, como el acto que concluye el proceso, debe proferirse en correspondencia con los hechos que motivaron la acusación y los imputados a quienes se les formuló pliego de cargos.” (CNJ, 2014, pág. 98).

El principio de congruencia fáctica se refiere estrictamente a la exigencia de coincidencia que debe existir entre el supuesto de hecho y el contenido factico de la sentencia, se refiere entonces a una correlación que debe existir entre la acusación y la sentencia (Moya, 2012). Por su parte, Creus señala que solo los hechos por los que fue investigado el sospechoso podrán ser los únicos hechos de auto de procedimiento, lo que a la vez se convierte en un límite factico de requerimiento de elevación a juicio, los cuales a la vez son los que se constituirán en objeto de debate y de sentencia (Vanegas, 2013). En este sentido, la imputación es algo inmodificable, en razón de que, todos los actos procesales subsiguientes no podrán ser modificados, cambiados, mutados con el objetivo de perjudicar a la situación jurídica del justiciable, garantizando de esta manera una identidad del núcleo factico entre la imputación y la sentencia salvo que sea en favor del investigado o procesado.

En este sentido, el principio de congruencia fáctica se refiere a la compatibilidad que debe existir entre el hecho que se encarga de impulsar el proceso y el resultado de la sentencia, en concreto son aquellos hechos de los cuales el tribunal no puede alejarse, pues de acontecer aquello desvirtuar el sustrato del proceso.

1.6.2 El principio de congruencia jurídica

La Corte Nacional Ecuatoriana citando a Tobón señala que el principio de congruencia jurídica se refiere específicamente a lo siguiente:

“La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de condena y objeto de acusación. El sistema acusatorio que informa el proceso penal especial exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia de forma tal, que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y practicar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de lo que se le acusa, y sin que la sentencia de forma sorpresiva pueda condenarlo por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguiente no pudo articularse la estrategia exigida por la Ley en garantía de la posición procesal del imputado, de ahí que la acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse; y que el establecimiento de los hechos constituye la clave de la bóveda de todo el sistema acusatorio del que el derecho a estar informado de la acusación es simple consecuencia. Congruencia jurídica.” (CNJ, 2014, págs. 98, 99).

Este sistema se caracteriza por el enfoque jurídico penal del hecho, pues en caso contrario no procedería la identificación procesal del hecho, o como afirman algunos doctrinarios cuando se refieren al principio de congruencia jurídico, específicamente Vanegas (2013) sostiene “el hecho comprende un núcleo básico, sustancial, decisivo para su configuración y que deviene en invariable a lo largo del procedimiento hasta su reflejo final en la resultancia sintética de la sentencia” (pág. 16). En consecuencia, al referirse al principio de congruencia jurídico lo que se refiere es a la inmutabilidad del hecho y a la denominación jurídica que recibe, mismos que tienen el carácter de inmodificable salvo que puedan ser cuestionadas o modificadas a través de la nulidad (Vanegas, 2013, pág. 16).

El principio de congruencia tiene su vigencia cuando se plantea la nulidad del proceso por privársele el derecho a la defensa adecuada, toda vez que, el ejercicio procesal debe ser congruente desde el inicio hasta el final, comenzando por la imputación, intimación, contradicción, prueba, y finalmente con la sentencia. En este sentido, el principio de congruencia es conocido como aquel que permite ejercitar el derecho a la defensa en sí mismo, toda vez que el principio de congruencia faculta a expresarse a viva voz sobre los hechos que se le imputan, y consecuentemente, sobre las pruebas que sobre aquel recaen.

De esta manera, el principio de congruencia jurídica hace alusión a determinar si es el derecho aquel que resulta alterado por el juez, este principio de congruencia jurídica se puede determinar a través de; a) quien es el llamado a practicar la acusación. b) El momento en que se debe realizar aquella acusación. c) El límite que tiene el principio del *Iura Novit Curia*; y, d) finalmente el derecho a la defensa del justiciable.

Siendo así, el jurista Felipe Rodríguez al referirse al principio de congruencia sostiene que este principio no se afecta cuando por ejemplo; te estas defendiendo de un robo porque te

formularon cargos por ese tipo penal, pero te reformulan cargos por el delito de hurto, aquí no se viola el principio de congruencia porque se debe recordar que los hechos son los mismos, toda vez que, la base de la defensa será defenderse de que no hubo sustracción de un bien ajeno, que no hubo dolo, que lo que hubo fue un error de tipo, ahí no hay inconstitucionalidad (Rodríguez F. , 2020).

Además, el jurista Felipe Rodríguez considera que la reformulación de cargos es violatoria al derecho de defensa siempre y cuando violé el principio de congruencia, es decir, pongamos un ejemplo; me defendí de algo y me terminan acusando de algo diferente, tal es el caso de que me voy a defender por una estafa y resulta que me condenan por lesiones, si me voy a defender por el delito de daño ambiental no me pueden decir que fue femicidio. Por tanto, mientras los hechos y lo factico se mantengan igual para el jurista no existe una violación al derecho de defensa, concluyendo que la reformulación de cargos en abstracto es inconstitucional (Rodríguez F. , 2020).

El jurista ecuatoriano Pedro Andrés Crespo sostiene que la reformulación de cargos, en estricto sentido, no afecta al principio de congruencia, pero que, en efecto, esta institución si afecta el derecho de defensa (Crespo, 2020).

1.7 El principio de congruencia en relación con el principio dispositivo

Cuando nos referimos al principio dispositivo tenemos que recordar que tradicionalmente ha sido aquel, por el cual, se encamina por una parte la actuación de las partes y por otra parte la del juez. Agregando que el inicio, la continuación o el impulso del proceso únicamente le corresponde a las partes procesales y no al juez, toda vez que, este último es un ser imparcial e independiente, quien no busca la verdad real, sino que su único y real interés debe ser el adecuar el hecho a la norma jurídica y velar por el cumplimiento de la ley que según



el autor Simons; es un pensamiento conservador ya superado en donde las partes son los únicos que delimitan y disponen del objeto de la controversia (Cueva, 2013).

Es por ello que, según Peyrano, el juez dentro de esta concepción tradicional únicamente vendría a ser un mero espectador, un mudo, un siego, un sordo hasta cuando las partes lo permitan (Cueva, 2013). Por el otro lado, están las críticas a esta concepción tradicional indicando que, si bien es la voluntad de las partes las que dan inicio al proceso, sin embargo, aquella voluntad es ejercitada a través del derecho de acción, que no es otra cosa que un derecho subjetivo y un derecho público en donde ya no interesa únicamente los justiciables, sino que pasa a ser una actividad pública.

En la actualidad, la concepción del principio dispositivo cambio de manera radical, hoy por hoy, el juez debe ser un verdadero director jurídico del proceso, quien tiene la facultad para organizar el debate, controlar la actividad de las partes, evitando nulidades y actuaciones que tiendan a dilatar el proceso, procurando y resguardando de manera especial los principios de buena fe y de lealtad procesal (Echandía, 1979). En este sentido, el juez deja de ser un mero observador, mudo, siego del proceso, logrando de esta manera garantizar una real igualdad entre las partes procesales, celeridad y economía procesal. Lo anterior reconoce al juez como actor social, quien tiene poderes de gestión y poderes implícitos a los cuales debe recurrir cuando la realidad de los hechos sobrepase los supuestos de la norma jurídica (Cueva, 2013).

Finalmente, cuando nos referimos al principio dispositivo clásico, nos estamos refiriendo al proceso civil y por otra parte al sistema inquisitivo en el proceso penal. En la concepción contemporánea del principio dispositivo la concesión de nuevos poderes o facultades al juez no son ilimitadas ni tampoco implica la desaparición de las facultades de las

partes, ni romper la igualdad entre las partes procesales, y peor aún romper su propia imparcialidad.

Además, el tribunal constitucional Español en algunas de sus sentencias ha considerado que el principio de congruencia es una manifestación del principio dispositivo, toda vez que, si bien la tutela judicial efectiva consiste en poder acceder al proceso pero además poder obtener de parte del órgano jurisdiccional una resolución fundada en derecho sobre el fondo del asunto debatido, no es menos cierto que para obtener aquella resolución fundada debe existir ineludiblemente una congruencia entre el pronunciamiento judicial y el objeto del proceso, de modo que aquel a de sujetarse a los límites que con este han sido configurados (Cueva, 2013).

1.8 Aplicación del principio de congruencia y el principio iura novit curia en el derecho penal acusatorio.

Respecto de la vigencia del principio de congruencia versus el principio del iura novit curia en el sistema penal acusatorio tenemos importante jurisprudencia a nivel internacional, considerable atención merece el precedente del caso Fermín Ramírez vs Guatemala en donde si bien el Tribunal Penal de Guatemala le sanciona a pena de muerte al señor Fermín Ramírez por el delito de asesinato basada en la “peligrosidad del agente” expresión que constaba en la ley, no es menos cierto que el órgano acusador formulo únicamente cargos por el tipo penal de violación calificada de la víctima Grindi Jasmín Franco Torres, lo que refleja que el tribunal amplio y cambio la calificación jurídica del delito violando de esta manera el principio de coherencia que consiste en que la sentencia debe ser fiel reflejo únicamente de los hechos o circunstancias contempladas en la acusación y consecuentemente existe la violación del derecho a la defensa por impedírsele al señor Fermín Ramírez contar con el tiempo necesario para preparar su defensa. Indicando por otra parte que la expresión de “peligrosidad del agente”



es incompatible con el principio de legalidad criminal (Caso Fermín Ramírez vs Guatemala, 2005).

Del otro lado, compartiendo con el criterio del jurista ecuatoriano Alfonso Zambrano Pasquel, la doctrina se encuentra dividida en dos grandes grupos en aquellos que defienden el principio *iura novit curia* a través del cual el Juez como conocedor del derecho terminara resolviendo más allá de la pretensión de las partes y por otra parte está la doctrina moderna que considera que el juez no puede ir más allá de la pretensión de la acusación garantizando de esta manera el principio de congruencia y el derecho a la defensa. En este sentido, en la doctrina tradicional se encuentran autores como Clariá Olmedo que el principio de congruencia dentro del proceso penal únicamente se refiere a lo fáctico, siendo indispensable la coincidencia entre el supuesto del hecho imputado y el contenido de la decisión, ya que en el aspecto jurídico rige en plenitud el llamado principio *iura curia novit* (Olmedo, 1981). En la misma línea, Vélez sostiene que la posibilidad de dar al hecho una calificación jurídica que sea distinta a la sostenida por la acusación no implica violación del derecho a la defensa (Mariconde, 1986). Por su parte, Creus señala que el principio de congruencia rige y se refiere únicamente a los hechos mas no a la calificación jurídica (Creus, 1996).

Por otra parte, en la doctrina moderna o más reciente se encuentran juristas como Julio Maier que a decir del jurista; el principio de correlación entre imputación y la sentencia, establece que el mismo se limita a la descripción correcta del hecho, pero que de darse una calificación jurídica sorpresiva y esta sea admitida generaría una indefensión, siendo necesario en aquel caso advertir al imputado sobre el posible cambio de calificación jurídica (Maier, 1996). Por su parte, Alberto Binder señala que el principio *Iura Novit Curia* le concede cierta libertad al tribunal para la aplicación de la ley sustantiva pero que sin embargo aquella discreción está limitada por el derecho a la defensa y en consecuencia, se debe entender como



una violación al derecho de defensa el hecho de que la calificación jurídica que se hace por parte del tribunal de los mismos hechos resulta sorpresiva y no fue tomada en cuenta en ningún momento del desarrollo del juicio o los debates particulares (Binder, 1999)

En sentido estricto, el tratamiento del principio de congruencia se lo puede estudiar desde una doctrina tradicional o desde la doctrina moderna, con la particularidad que la primera de ellas considera que el hecho de realizar una calificación jurídica distinta al de la acusación por parte del órgano jurisdiccional no implica violación del principio de congruencia, pues en el aspecto jurídico rige el principio del *iura novit curia*. En contra sentido, la doctrina moderna establece que el hecho de realizar una calificación jurídica sorpresiva y que la misma sea admitida resulta ser violatorio al derecho de defensa, por ello se requiere advertir de forma previa al imputado o justiciable del cambio de calificación jurídica.

1.9 Las garantías jurisdiccionales en función del principio de congruencia y el principio del *iura novit curia*

Al respecto, en la vida práctica diaria en las resoluciones o sentencias judiciales puede devenir la vulneración de un derecho constitucional, sea esté; el derecho de defensa, la garantía de la motivación de las resoluciones de los poderes públicos, la tutela judicial efectiva y en concreto el derecho a la seguridad jurídica, o al debido proceso en general. En este orden, ante la violación de derechos constitucionales es necesario que se establezcan determinadas garantías jurisdiccionales que permitan declarar esa vulneración y que por consiguiente se establezca la corrección necesaria en caso de verificarse aquello. En este sentido, revisemos algunas definiciones de lo que se entiende por garantías, el autor Peces Barba lo define como el conjunto coherente de mecanismos de defensa de los conocidos derechos constitucionales (Peces-Barba, 1999).



Por su parte, Ferrajoli propone una clasificación de las garantías de derechos constitucionales en las llamadas garantías primarias y por otra parte las garantías secundarias, correspondiendo a las garantías primarias aquellas que constituyen las obligaciones o prohibiciones correspondiente a estos derechos. Es a través de las garantías primarias que los poderes públicos y las personas particulares en general, se encuentran obligados a realizar determinadas prestaciones u omitir ciertas conductas lesivas con el objetivo de que la protección de estos derechos sea efectiva. Por otra parte, están las garantías secundarias que consisten en obligaciones específicas de los órganos que tienen como fin la anulación o sanción a la violación de derechos constitucionales, en estricto sentido, actos que violen las garantías primarias (Ferrajoli, 2000).

Evidentemente, existen quienes indican que de no existir garantías tampoco existen derechos, es por ello que, Ferrajoli sostiene que el hecho de no existir una garantía no implica en sí la no existencia del derecho como tal, sino la existencia de una laguna jurídica que debe ser necesariamente colmada, es decir que requiere obligatoriamente ser solucionado (Ferrajoli, 2001).

En todo caso, nosotros nos referiremos a las garantías secundarias de acuerdo a la clasificación sostenida por Luigi Ferrajoli, entendido que en las garantías primarias se encuentran a) la rigidez constitucional. b) la reserva de ley. c) la noción del contenido esencial de derechos. En tanto que, en las garantías secundarias se encuentran las llamadas garantías jurisdiccionales encargadas de manera esencial a los tribunales o jueces, garantías que pueden ser en efecto ordinarias cuando se refieren a justicia ordinaria y, por otra parte, constitucionales cuando se refieren específicamente a justicia constitucional. En consecuencia, debe señalarse los tipos de garantías jurisdiccionales reconocidas en nuestra Constitución ecuatoriana, la misma que las divide en seis (CCE , 2011):



1. Acción de protección
2. Acción de hábeas corpus
3. Acción de hábeas data
4. Acción de acceso a la información pública
5. Acción por incumplimiento
6. Acción extraordinaria de protección

Dentro de este marco, se debe recordar que la autoridad competente para conocer las garantías jurisdiccionales de la acción por incumplimiento y de la acción extraordinaria de protección es la Corte Constitucional. En tanto que, es el Juez(a) ordinario llamado constitucional quien es el competente para conocer las acciones jurisdiccionales de la acción de protección, acción de hábeas corpus, acción de hábeas data, acceso a la información pública (CCE , 2011). Es por ello, que se hace necesario referirnos brevemente a cada una de ellas a efecto de determinar, cuál es la garantía jurisdiccional que se puede ejercer ante una violación del principio de congruencia o el principio de iura novit curia.

a). La Acción de Protección

La acción de protección ha sido definida por la Corte Constitucional ecuatoriana como aquella garantía jurisdiccional eficaz e idónea para declarar la vulneración de derechos constitucionales que proviene de las acciones u omisiones ocasionadas por autoridad pública o en su defecto por personas particulares (CCE, 2016). Es por ello que, la Corte Constitucional ha establecido determinadas precisiones sobre el objeto y la procedencia de esta acción, entendiendo que el objeto de esta acción es asegurar la reparación integral de los derechos constitucionales vulnerados.



Acción que se constituye en una garantía de protección por excelencia, que tiene algunos presupuestos de procedencia, tales como; a) que no procede para resolver todos los conflictos que se produzcan dentro del ordenamiento jurídico, ya que para resolver cuestiones de legalidad existen otras vías ordinarias idóneas que tratan materia infraconstitucional. b) no procede en derechos constitucionales vulnerados cuando estos tengan una garantía jurisdiccional específica de protección de las contempladas en el art. 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (CCE, 2016).

b). Acción de Hábeas Corpus

El objeto de la acción de hábeas corpus de acuerdo a lo prescrito en el art. 89 de la Constitución de la República del Ecuador y lo anotado por la Corte Constitucional de Ecuador (2016) es “recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad” (pág. 124). En este sentido, la Corte Constitucional del Ecuador (2016) manifiesta que “El juez que conoce la acción, una vez ha verificado que la privación se efectuó de forma ilegítima o arbitraria, así como en el caso de constatarse tortura, trato inhumano, cruel o degradante, deberá ordenar la inmediata libertad de la persona [*sic*].” (pág. 124). De ahí que, la Corte Constitucional sostiene que existe privación de libertad ilegítima y arbitraria cuando se presentan los siguientes casos:

- 1). Cuando la persona no ha sido presentada a la audiencia
- 2). Si no se exhibe la orden de privación de libertad
- 3). La orden de privación de libertad no cumple con las exigencia legales o constitucionales



4). El procedimiento de privación de la libertad esta incurrida en vicios; y.

5). Si la privación de la libertad es llevada a cabo por particulares, y no se justifique la privación de libertad (Acción Extraordinaria de Protección, 2016).

En estricto sentido, la Corte Constitucional señala que a esta garantía jurisdiccional lo que le interesa es que la privación de la libertad de una persona sea ejecutada con orden escrita del juez competente, en los casos, por el tiempo, pero sobre todo conforme a las formalidades expresadas en la ley. Esta privación de libertad únicamente se podrá efectuar en los casos y en las formas determinadas en la Constitución y en la ley, pues contrario sensu estaríamos ante una privación de la libertad arbitraria e ilegal (CCE, 2016).

b). Acción de Hábeas Data

La acción de hábeas data es una garantía jurisdiccional que permite que tanto las personas jurídicas como las naturales puedan acceder a la información que de sí mismos reposan tanto en bancos o registros de carácter público, pero también privado, lo que le permite conocer el contenido de la misma, así como solicitar la eliminación, la actualización, rectificación o su respectiva anulación. En este contexto, la garantía jurisdiccional de acción de hábeas data ha sido definido por la Corte Constitucional del Ecuador (2015) como “(...) un mecanismo de satisfacción urgente para que las personas puedan obtener el conocimiento de los datos a ellos referidos, y advertirse sobre su finalidad, sea que dicha información conste en el registro o banco de datos público o privado” (pág. 11).

De forma que, los derechos que se protege através de esta garantía jurisdiccional son el derecho al honor, a la buena imagen, a la intimidad personal y familiar, y, el derecho a la buena reputación, consecuentemente, através de esta garantía lo que se busca es una adecuada



protección a la intimidad de las personas, toda vez que, no toda información es pública, lo que en estricto sentido protege la acción constitucional de hábeas data es la información íntima de una persona, que puede estar contenida en documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos o informes, soporte electrónico o material.

Finalmente, La corte ha sido enfática en señalar que los datos que se protegen a través de esta garantía son aquellos que tengan el carácter de función informativa tanto de personas y sus bienes, siempre que su comunicación, interpretación o tratamiento afecte en mayor o menor medida los derechos de aquel a quien se refieren. En ese caso, la persona tendrá derecho a conocer el uso que se dé a los mismos, la finalidad, su origen y el destino de su información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos. Para ello, la persona titular de los datos podrá pedir al responsable el acceso sin costo a la información a fin de conocer su contenido, lo que, a la vez, le permitirá solicitar su actualización, rectificación, eliminación o anulación (CCE, 2016).

d). Acción de Acceso a la Información Pública

El contenido constitucional del derecho de acceso a la información se encuentra contemplado en el artículo 18 de la Constitución de la República, cuando establece que toda persona ya sea de manera individual o de manera colectiva tiene derecho a buscar, recibir, intercambiar, y difundir información que sea veraz, oportuna, plural, sin censura (Acción Extraordinaria de Protección, 2016). No obstante, el mismo articulado prescribe que todas las personas tienen derecho a acceder libremente a la información que sea generada por entidades públicas y en aquellas entidades privadas que manejen fondos del estado o realicen funciones de carácter pública (Acción Extraordinaria de Protección, 2016).

Respecto de lo cual no existiría reserva de información, excepto en aquellos casos previstos en la ley, además en caso de producirse una violación a los derechos humanos, es claro que ninguna entidad pública podrá negar la información. En este orden, la Constitución de la República al referirse al objeto de la acción de acceso a la información pública en su artículo 91, señala:

La acción de acceso a la información pública tendrá por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquier otra clasificación de la información. El carácter reservado de la información deberá ser declarado con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley (ANE , 2008).

Entonces, en líneas generales la acción de acceso a la información pública sirve para garantizar el acceso a aquella información denegada, o cuando esta sea incompleta o no sea fidedigna, con la facultad de interponer esta acción aun cuando tenga el carácter de reservada, de secreta o de alguna otra clasificación que tenga la información.

d). Acción por incumplimiento

Esta garantía permite la plena vigencia del sistema jurídico, destinada en esencia a garantizar el cumplimiento material de las disposiciones normativas previstas en el art. 93 de la Constitución, cuando las mismas no han sido cumplidas y contengan obligaciones claras, específicas y consecuentemente exigibles (CCE, 2016). En este sentido, el artículo citado anteriormente indica que esta acción tiene como objeto “(...) garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de



organismos internacionales de derechos humanos (...)” (ANE , 2008). Por otra parte, la Corte Constitucional del Ecuador ha establecido algunas consideraciones respecto de esta garantía, indicando por una parte que la misma tiende a garantizar la realización efectiva de nuestra Constitución, de las leyes cuando estas han sido omitidas por las autoridades tanto públicas como por los particulares (CCE, 2016).

Por otra parte, tiende a garantizar la vigencia de los actos administrativos generales, pero también las decisiones de organismos internacionales de derechos humanos. En cuanto a la competencia para conocer y resolver esta garantía jurisdiccional por mandato constitucional le corresponde a la Corte Constitucional, acción que podrá ser activada por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o en su caso colectivo, que se sienta vulnerado o amenazado en sus derechos constitucionales, pudiendo obrar por cuenta propia o personal y a su vez, mediante apoderado o en su caso representante o defensor del pueblo (CCE, 2016).

En esta orden de ideas, la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que son cinco los legitimados pasivos en la acción por incumplimiento; las autoridades públicas, las personas naturales o jurídicas sean estas públicas o privadas cuando actúen o deban obrar en el ejercicio de una función pública, o en su defecto presten servicios públicos. Así mismo, procede en contra de particulares cuando las sentencias, las decisiones o los informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos establezca o determine una obligación a una persona particular determinada o por otra parte determinable (CCE, 2016).

A manera de conclusión, se debe anotar que la acción por incumplimiento procede siempre y cuando el incumplimiento se mantenga o si los sujetos pasivos mentados en el párrafo anterior no responden el reclamo dentro de un término de cuarenta días. La regulación

normativa de esta garantía se encuentra contemplada en el artículo 52 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

e). Acción Extraordinaria de Protección

El artículo 94 de la Constitución de la República al referirse a esta garantía jurisdiccional establece que “(...) 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 (...)” (ANE, 2008) y consecuentemente procede cuando se “(...) hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de los mismos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado (...)” (ANE, 2008).

A este respecto, al igual que las anteriores garantías es necesario hacer referencia a algunas consideraciones que ha establecido la Corte Constitucional del Ecuador respecto de la misma, es así que la corte ha indicado que la acción extraordinaria de protección goza de una particularidad pues únicamente procede en contra de sentencias, autos definitivos, y resoluciones que tengan la fuerza de sentencia que se encuentren firmes o ejecutoriadas cuyo objeto es la defensa de derechos constitucionales, concretamente, de las normas del debido proceso ante su vulneración por sentencias o a la vez por autos que se encuentren firmes o ejecutoriados, toda vez que, ha sido la propia Constitución la que ha establecido que las mismas sean objeto de análisis del más alto órgano de justicia constitucional, esto es, la Corte Constitucional. Por otra parte, la acción extraordinaria de protección tiende a buscar la supremacía de la Constitución ante acciones u omisiones de los jueces (CCE, 2016).

Igualmente, esta garantía jurisdiccional no constituye una nueva instancia judicial cuyo objeto sea desmerecer o deslegitimar las actuaciones de los jueces ordinarios sino por el

contrario esta acción lo que busca es que el sistema de justicia se caracterice por el respeto y sujeción a la norma *normarum*, a efectos de verificar que no exista vulneración de derechos reconocidos en la Constitución. Respecto de la legitimación activa para ejercer este tipo de acción quedan facultados todos los ciudadanos de forma individual o de forma colectiva cuando se haya vulnerado un derecho constitucional (CCE, 2016).

1.9.1 La acción extraordinaria de protección; su relación concreta con el principio de congruencia y el principio *iura novit curia*

Luego de realizar un análisis general de las garantías jurisdiccionales contempladas en nuestra Constitución de la República, y dada la importancia, se hace necesario realizar un análisis especial respecto de la acción extraordinaria de protección y su incumbencia en el principio de congruencia y el principio *iura novit curia*. La Corte Constitucional del Ecuador en la acción extraordinaria de protección en sentencia N° 133-17-SEP-CC, formulada en contra de la sentencia de la Corte Provincial de Pichincha, por presunta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la identidad, aplica de manera inexplicable el principio *iura novit curia* al realizar un análisis de la sentencia de primera instancia, en la cual, a criterio de Corte Constitucional, existe vulneración del derecho al debido proceso, concretamente, la violación del derecho de motivación, y en consecuencia, considera que es deber de la corte declarar la vulneración del derecho de motivación, toda vez que, los recurrentes son titulares de derechos constitucionales (Acción Extraordinaria de Protección, 2017).

Para ello, se toma como hilo conductor una sentencia anterior de la Corte Constitucional (2018) que manifiesta “para evitar una dilación innecesaria dentro de la tramitación del caso en examen, estima necesaria pronunciarse también respecto de si existió una vulneración a los derechos constitucionales alegados por el accionante dentro del proceso de instancia y apelación” (pág. 6) lo que genera dos inconvenientes; a) el principio del *iura novit curia*

constituye un principio procesal definido como la posibilidad que tiene el juez de aplicar una norma distinta a la invocada por las partes procesales en un proceso constitucional, lo cual se entiende dado que las partes procesales y sus abogados no conocen completamente las normas jurídicas que pueden vincularse con los hechos concretos, es por ello que, el juez es el llamado a conocer a profundidad el ordenamiento jurídico ecuatoriano y por consecuencia, conocer las normas que le son aplicables al caso concreto, reflejando “Las partes dan los hechos, los jueces el derecho” (Jadán, 2018).

No es menos cierto que, el principio en mención coexiste con el principio de congruencia que consiste ineludiblemente en la prohibición que tiene el juez de extender su pronunciamiento a cuestiones no sometidas a su decisión. Al respecto Devis Echandía al referirse al principio de congruencia lo define como:

Es el principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes [...] o de los cargos o imputaciones penales formulados contra el sindicado o imputado [...] para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones o imputaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas, a menos que la ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas (Echendía D. , 1997, pág. 533).

Sin embargo, en el Caso ecuatoriano la ley no ha otorgado facultades especiales para ello, pero ha sido la misma Corte Constitucional la que ha decidido que lo puede hacer, a pesar de que no exista una línea jurisprudencial que así lo haya desarrollado, a pesar que ha sido la misma Corte Constitucional la que ha manifestado que el artículo 426 de la Constitución consagra el principio *iura novit curia* que consiste en que el juez constitucional a partir de la

activación de una garantía jurisdiccional, queda facultado para fundamentar su sentencia en normas constitucionales, a pesar de que las partes no las invoquen expresamente, en este contexto, la Corte analiza los hechos descritos en la demanda y probados en la sustanciación de la demanda, referente de la aplicación de la amnistía de la Asamblea Constituyente, como la violación de la garantía de non reformatio in peius (Jadán, 2018).

De esta manera, es la misma Corte Constitucional la que en casos anteriores a delimitado el principio a la aplicación de disposiciones que no hayan sido alegadas por las partes, lo que es contradictorio con lo ahora sostenido por la misma, al sostener que este principio le permite juzgar sentencias que no han sido cuestionadas, lo que provoca lo que en derecho procesal es conocido como sentencia incongruente (Jadán, 2018).

Por otra parte, la Corte Constitucional en sentencia No. 036-13- SEP-CC a través de acción extraordinaria de protección superpone el principio del iura novit curia al principio de congruencia al considerar que el auto interlocutorio de los jueces de la Segunda Sala de lo Penal, Transitó y Colusorio de la Corte Provincial de Guayas, y el auto interlocutorio del Juez Décimo Quinto de Garantías Penales del Guayas no afecta el derecho a la defensa, el derecho a la tutela judicial efectiva, y consecuentemente no se viola el principio de congruencia penal.

En este orden, Fiscalía inicia una investigación por un delito aduanero, esto es, por la falsa declaración de mercadería, al haber declarado mercaderías en menor valor que al real con el fin de evadir los impuestos aduaneros (Acción Extraordinaria de Protección, 2013) delito que estaba contemplado en el literal j del artículo 83 de la vigente para ese entonces Ley Orgánica de Aduanas que establecía “Son delitos aduaneros: (...) La falsa declaración aduanera respecto del tipo, naturaleza, peso, cantidad, valor, origen y procedencia de las mercancías, cuando la

diferencia de los tributos causados exceda del diez por ciento (...)” (Congreso Nacional del Ecuador , 2001).

Sin embargo, al finalizar la instrucción, fiscalía concluye que no ha encontrado los elementos de convicción suficientes para realizar la acusación por aquel tipo penal (Acción Extraordinaria de Protección, 2013) por lo que en consecuencia lo cambia por el tipo penal del artículo 82 de la Ley de Aduanas que establecía:

Delito aduanero. - El delito aduanero consiste en el ilícito y clandestino tráfico internacional de mercancías, o en todo acto de simulación, ocultación, falsedad o engaño que induzca a error a la autoridad aduanera, realizados para causar perjuicios al fisco, evadiendo el pago total o parcial de impuestos o el cumplimiento de normas aduaneras, aunque las mercancías no sean objeto de tributación (Congreso Nacional del Ecuador , 2001).

Ante lo cual, el juez de garantías penales del Guayas sin acoger el dictamen acusatorio del fiscal, llama a juicio por el tipo penal contemplado en el artículo 83 literal (j) de la Ley de Aduanas, ante este auto interlocutorio los procesados apelan ante la Corte Provincial del Guayas a efectos de que resuelva la nulidad y la apelación, sin embargo, la Corte Provincial en igual sentido indica que el juez de garantías penales obró conforme a derecho al llamar a juicio por el tipo penal del artículo 83, toda vez que, el juez de garantías penales puede corregir los errores de la calificación jurídica del tipo penal (Acción Extraordinaria de Protección, 2013).

La Corte Constitucional del Ecuador por su parte considera que tanto el juez de garantías penales como la Corte Provincial obraron de forma acertada conforme manda la



Constitución y la ley, porque el juez tiene la facultad de especificar el tipo penal por el que se acusa cuando el fiscal lo haga de forma general conforme ocurre en el caso en análisis, toda vez que, lo único que hecho el juez es especificar el tipo porque según el artículo 82 de la Ley de Aduanas únicamente se definía lo que son delitos aduaneros y que de forma particular estaba reglada en el artículo 83 de la misma ley (Acción Extraordinaria de Protección, 2013).

En consecuencia, establece una aclaración vinculante en el sentido de que el juez de garantías penales pueda suplir las falencias de fiscalía y por ende no se encuentra atado a la acusación fiscal. La Corte Constitucional ecuatoriana dentro del caso en análisis pone como principio rector al principio *iura novit curia*, subsiguientemente, el juez puede delimitar la calificación jurídica pero no los hechos establecidos o determinados en la acusación.

A manera de conclusión, a nuestro criterio existe violación del derecho de defensa porque conforme lo prescrito en la Constitución de la República en su artículo 76 numeral 7 literal (b) toda persona tiene derecho a contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa lo que dentro del presente caso no se efectivizó. Del otro lado, consideramos que el fiscal al establecer la formulación de cargos por el art. 82 de la Ley de Aduanas, y este ser genérico, sin establecer de manera específica la conducta punible se viola el derecho al defensa contemplado en el art. 76 numeral 3 que establece que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por actos que no estén tipificados como infracción penal al momento de cometerse. Agregado a ello, se vulnera el derecho a la seguridad jurídica que se funda en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, que sean públicas y finalmente que las mismas sean aplicadas por autoridad competente.

CAPITULO 2

1. El derecho de defensa y su aplicabilidad en la reformulación de cargos en el sistema penal ecuatoriano

1.1 El debido proceso en general

El debido proceso para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), es conocido también como el derecho de defensa procesal que se traduce en el derecho que tiene toda persona a ser oída en cumplimiento de todas las garantías dentro de un plazo razonable, frente a un juez o tribunal que debe ser competente, independiente, e imparcial, que haya sido establecido previamente por la ley ante una acusación de carácter penal o para la determinación de sus derechos de índole civil, laboral, fiscal u otro cualquiera.

El debido proceso para la Corte Interamericana de Derechos Humanos implica “...la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción” (OC-8/87, 1987).

El debido proceso para la Corte (IDH), abarca ciertas condiciones que requieren cumplirse, a efecto de que se garantice la adecuada defensa de los derechos o por el otro lado, de las obligaciones que estén en tratamiento judicial para que las personas puedan defender sus derechos por todos aquellos actos del estado que puedan afectar, lo que representa un límite para la discrecionalidad del poder público en todo tipo de materia.

En consecuencia, es la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) la que determina que existe una relación o nexo entre el debido proceso y el derecho de defensa, lo que se refleja de manera general en el proceso penal y de manera particular en la

jurisprudencia de la misma Corte (IDH). En este orden, para un correcto tratamiento del debido proceso, se hace indispensable hacer referencia a las garantías judiciales contempladas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), pues solo con su cumplimiento se podría hablar de un debido proceso y del respeto al derecho de defensa (Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú Demanda de Interpretación de la Sentencia de Fondo y Reparaciones, 2005).

Es por ello, que haremos mención a algunas de estas garantías que van a permitir reflejar como está regulado el derecho de defensa lo que vislumbrará el contenido del mismo, entre ellas:

a). Juez competente, independiente e imparcial, el deber de motivación;

Esta garantía se encuentra prescrita en el artículo 8 de la (CADH), establece que toda persona tiene derecho a ser oída dentro de un tiempo razonable por un juez competente, independiente e imparcial que debe estar previamente establecido por la ley. Es por ello que, la Corte IDH establece el derecho de toda persona a ser juzgado por un juez ordinario con arreglo al procedimiento previsto en la ley. En este orden, por independencia del juez se debe entender la autonomía de la cual debe gozar el juez o tribunal en el ejercicio de sus funciones de administrador de justicia respecto de los otros órganos del estado lo que es fiel reflejo de la división de poderes (Medina, 2003).

En tanto que, la imparcialidad del juez implica la actitud del administrador de justicia frente a la resolución de un caso concreto rompiendo en lo absoluto con la parcialidad o cualquier perjuicio (Medina, 2003). La imparcialidad por lo tanto implica que el juez dentro del



caso concreto debe aproximarse a los hechos, careciendo de prejuicios y por el contrario dotando de garantías a efectos de que el justiciable o la comunidad no tenga dudas sobre la imparcialidad. Respecto de la garantía de motivación a establecido la Corte Interamericana de Derecho Humanos que ““es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión” (Escher y otros Vs. Brasil, 2007).

Esta garantía asegura el derecho de toda persona a ser juzgado, procesado por causas que se encuentran determinadas en el derecho, toda vez que, es la motivación la que otorga credibilidad a las resoluciones o decisiones judiciales. Siendo así, que la argumentación de un fallo, esta estrictamente vinculada con los alegatos y las pruebas analizadas, demostrando de esta manera que las partes han sido oídas (Caso Aptiz Barbera vs Venezuela. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 2008).

b). La Presunción de Inocencia;

Reconocido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención Americana Derechos Humanos, indicando que toda persona tiene derecho a ser tratado como inocente mientras no se establezca la culpabilidad del mismo de manera legal. A este respecto, le queda prohibido al estado condenar de manera informal a una persona. De hecho, el derecho de inocencia comprende que ninguna persona podrá ser condenada sino existe prueba plena que determine, compruebe su responsabilidad, pues de ocurrir lo contrario, esto es, de existir prueba incompleta lo que debe realizar el tribunal o juez es resolver su absolución. En sí, la Corte (IDH) ha indicado que también existe violación al derecho de presunción de inocencia al ser declarado como culpable por un juez o tribunal incompetente, así lo ha resuelto en el caso Loayza Tamayo vs Perú (Montero & Salazar, 2020).

c). Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

A través de este derecho, el estado no solo debe comunicar al justiciable de los hechos que se le imputan, de las acciones u omisiones respecto de las cuales está acusado, sino también cuales son los fundamentos probatorios que han llevado a formular tal acusación o sentencia. De ahí que, esta información debe cumplir las características de ser expresa, clara, integra y bien detallada para que el justiciable pueda ejercer su derecho de defensa de manera efectiva, muestra de ellos son los casos *Fermín Ramírez vs Guatemala* y el caso *Barreto Leiva vs Venezuela* (Montero & Salazar, 2020).

En este sentido, el derecho de defensa debe ser garantizado desde que se inicia la investigación en su contra, desde que una persona es señalada como posible autor o participe de una conducta punible, la cual solo concluirá con una sentencia y la correspondiente ejecución de la pena. De esta manera, lo prescribe el artículo 8 numeral 2 literal b de la Convención Americana, cuando señala que la autoridad judicial está en la obligación de notificar los delitos, las faltas o las contravenciones de las que se cree que tenga responsabilidad penal el justiciable, incluso desde antes de su primera declaración.

d). Oportunidad y medios adecuados para preparar la defensa, derecho a interrogar a testigos y peritos, y hacer que comparezcan a estrados;

El inculpado tiene derecho a contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa conforme lo establece el inciso (c) del párrafo 2 del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En lo referente a contar con el tiempo necesario



para la defensa, aquí está implícito el derecho no solo a contar con el tiempo necesario para conocer toda la prueba que tenga en su contra, sino que, agregado a ello, el derecho a contar con el tiempo para analizarlas, y establecer argumentos, y contraprueba que permita rebatirlas en donde se hace constar el derecho del inculpado a interrogar a los testigos, y, solicitar la comparecencia de los peritos a propósito de efectivizar el pleno derecho de defensa. Respecto de esta garantía se realizará un análisis minucioso más adelante.

e). Derecho a ejercer la defensa, sea personalmente o bien mediante defensor técnico con el cual se pueda comunicar libre y privativamente;

El derecho a poder defenderse dentro de un proceso sea esta de manera personal o a través de un abogado de su elección con quien puede comunicarse de manera libre y privada, pero, además, el derecho a ser asistido por un abogado proporcionado por el estado se encuentra establecido en el artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y de manera particular en nuestra Constitución de la República del Ecuador en su Art. 76.

Derecho que según los principios básicos sobre la función de los abogados comprende que toda persona arrestada, detenida, o presa gozará de oportunidades, tiempo, pero además de instalaciones necesarias para recibir visitas de su defensor a efectos de consultarle, entrevistarse con él, todo ello sin censura y asegurando de manera fidedigna la confidencialidad que a pesar de ser vigilada por un funcionario no podrá escuchar la conversación.

La Corte (IDH), ha señalado algunos ejemplos en los que se viola el derecho en mención, es así que, se analiza los siguientes; en caso de que una persona haya rendido su indagatoria sin la presencia de un abogado o que esta persona haya tenido contacto o



comunicación con su abogado después de la detención, evidencia que no existe garantía a contar con un abogado defensor. Otro caso particular es cuando una persona no cuenta con un abogado defensor desde la fecha de su detención o si se cuenta, pero no con la asistencia de un abogado de elección del inculcado, existe clara violación del derecho de defensa. De la misma manera, existe violación de derecho de defensa en el supuesto de que el abogado tenga obstáculos para comunicarse previamente o de manera privada con el justiciable.

Agregado a ello, debemos recordar que, para la efectividad del derecho de defensa es necesario que, en caso de ser sometido a un proceso un extranjero, se debe garantizar el derecho a contar con asistencia consular de conformidad a lo establecido en el Art. 36 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares. En este orden, de existir una disposición legal que no permita que un abogado defensor patrocine a más de un inculcado es claramente violatoria al derecho de defensa por cuanto no permite efectivizar el derecho a contar con un abogado de su elección.

f). El derecho a recurrir el fallo ante el juez competente o tribunal superior;

El contenido de este derecho se encuentra desarrollado en la jurisprudencia del caso Herrera Ulloa vs Costa Rica ventilado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha considerado que se trata de una garantía primordial respecto del debido proceso, a través de esta se garantiza que una sentencia contraria sea revisada por un juez o jueza o tribunal distinto, pero además de superior jerarquía orgánica, la cual deberá ser ejercida antes de que la sentencia tenga la calidad de cosa juzgada. Esta garantía es un fiel reflejo de la posibilidad que se tiene de evitar que una sentencia viciosa o errónea genere algún perjuicio indebido a las partes.



Siendo así, ha sido la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos la que ha establecido como característica básica de este recurso el prohibir que este recurso tenga restricciones o requisitos que impidan recurrir el fallo, estableciendo que el mismo debe ser eficaz lo que implica que deben dar respuestas o resultados para los que fueron concebidos.

g). Derecho del imputado a no ser obligado a declarar en contra de sí mismo, ni a declararse como culpable, la confesión será únicamente válida si es hecha sin coacción alguna;

En relación a este derecho recordemos lo resuelto el caso Cantoral Benavides vs Perú, en donde se señala que la víctima fue sometida a un sin número de castigos corporales y psíquicos, lo que tuvo como propósito que la víctima se autoinculpara, razón por la cual, se condenó al estado peruano por violación a la integridad personal y prohibición de tortura (Montero & Salazar, 2020).

h). Principio de Ne bis in ídem;

Respecto de este principio la jurisprudencia de la Corte (IDH), ha señalado lo siguiente:

“...recientemente la Corte precisó que el principio non bis in ídem no resulta aplicable cuando el procedimiento que culmina con el sobreseimiento de la causa o la absolución del responsable de una violación a los derechos humanos, constitutiva de una infracción al derecho internacional, ha sustraído al acusado de su responsabilidad penal, o cuando el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías

procesales. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada `aparente` o `fraudulenta` (Montero & Salazar, 2020)

La Corte (IDH), señala que a través del principio ne bis in idem, no se trata de combatir la “santidad” de la cosa juzgada sino la ausencia de una resolución legítima, que se encuentra legitimada a través del debido proceso a la que se le otorgue la eficacia de cosa juzgada e idoneidad para argumentar el principio ne bis in idem.

i). Publicidad del proceso penal;

El proceso penal en general debe ser público, salvo los casos en los cuales se tenga el carácter de privada o reservada, en donde se les otorga esta característica a efectos de preservar los intereses de la justicia. Esta garantía permite un control por parte de los ciudadanos de las actuaciones jurisdiccionales, verificando además el respeto de los derechos humanos de los justiciables. De esta manera, la etapa de juicio debe ser pública a efecto de que puedan comparecer los medios de comunicación social, lo que implica un juicio concentrado y con inmediación, permitiendo que todo aquello que puede influir en la decisión judicial debe haber sido practicado en presencia judicial. En efecto, la decisión judicial deberá guardar relación con las pruebas actuadas, hechas y practicadas ante el juez de resolución o sentencia y en audiencia pública.

1.2. El derecho de defensa en la reformulación de cargos

El derecho de defensa ha sido definido por la Corte (IDH), como aquel componente central de lo que se conoce como debido proceso, a través del cual, el estado está en la obligación de tratar al justiciable como un verdadero sujeto del proceso, en el sentido más



amplio. Este derecho debe ejercerse por el inculpado desde el momento mismo en el cual se le considere como posible autor o participe de una infracción penal cuya finalización se dará por la terminación del proceso y la ejecución de la pena.

Luego, el derecho de defensa se proyecta en dos facetas dentro del proceso penal; por una parte, en relación de los propios actos del inculpado que se encuentra vinculado con la posibilidad de rendir una declaración de forma libre sobre los hechos que se le imputan y, por otra parte, através de la defensa técnica que será ejercida a través de un profesional del derecho que asesorará al justiciable sobre sus derechos, deberes y revisará la legalidad de la producción de pruebas (Acción Extraordinaria de Protección, 2014).

El derecho a la defensa para la Corte Constitucional del Ecuador (2014) comprende “(...) desde la posibilidad de concurrir al proceso, pasando a formar parte del ritmo y de esta manera poder defenderse, presentar alegatos y pruebas” (pág. 9). En este sentido, las partes procesales dentro de un proceso debe gozar del derecho de proponer y practicar toda clase de pruebas que deben ser tomadas en consideración y que deberán ser valoradas por la juez o tribunal y en las sentencias respectivas al momento de tomar una decisión.

Por su parte, para Bernal Pulido el derecho de defensa tiene el siguiente alcance:

Es preciso resaltar que una de las razones más importantes que justifican la existencia del derecho a la defensa es la necesidad que tiene cada individuo de saber si en su contra se tramitan procesos, de intervenir en ellos y de controvertir las acusaciones y las pruebas que allí se obren (Acción Extraordinaria de Protección, 2014, pág. 10 y 11).

Para deducir, entonces, el derecho de defensa garantiza al justiciable el conocer si existen acusaciones en su contra, consecuentemente, acudir dentro de ellos e intervenir, controvertir aquellas acusaciones y todo el cumulo de pruebas que obren dentro del proceso en sí. Es por ello que, conforme lo sostenido por el Tribunal Español de no garantizarse el derecho en mención lo que se provoca es una limitación de los medios de defensa que tiene como causa una indebida actuación del administrador de justicia (Acción Extraordinaria de Protección, 2014) indefensión que deviene de la violación de preceptos procedimentales.

1.3 El derecho a contar con el tiempo y con los medios necesarios para la preparación de la defensa en la reformulación de cargos

En el acápite anterior ya nos referimos al derecho en mención, sin embargo, es necesario profundizar en el aquel, a efecto de una correcta comprensión del mismo. En este sentido, el numeral 2 del artículo 595 del Código Orgánico Integral Penal establece que la formulación de cargos abarcará la relación circunstanciada de los hechos relevantes, incluyendo la infracción o infracciones penales que se le imputen o acusen y más adelante el artículo 600 *Ibídem*, prescribe que el fiscal sostendrá esta formulación de cargos luego de finalizada la instrucción fiscal en una audiencia de evaluación y preparatoria de juicio.

Luego, el numeral 2 del Art. 608 *Ibídem*, establece que uno de los elementos del auto de llamamiento a juicio es la determinación de los hechos y el delito acusado por el fiscal, así como el grado de participación señalado en la acusación, la especificación de las evidencias que sustentan la decisión, la cita y la pertinencia de las normas jurídicas aplicables al caso. Agregado a ello, el Art. 609 del Código Orgánico Integral Penal determina con claridad la



necesidad de la acusación, indicando que el juicio es la etapa principal del proceso y se sustancia sobre la base de la acusación fiscal.

De las anotaciones anteriores, podemos sacar la siguiente conclusión, que la acusación fiscal es y será el hilo conductor de todo el proceso penal, toda vez que, es de vital importancia que fiscalía manifieste el tipo penal, los hechos concretos por los cuales formulara cargos, y que consecuentemente serán expuestos en audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, y que finalmente será piedra angular en el proceso penal que se verá expresada en una sentencia.

El propio Código Orgánico Integral Penal en su artículo 596, reconoce la figura de la reformulación de cargos cuando establece:

Si durante la etapa de instrucción, los resultados de la investigación hacen variar justificadamente la calificación jurídica de la imputación hecha en la formulación de cargos, la o el fiscal deberá solicitar a la o al juzgador, audiencia para motivar la reformulación de cargos. Realizada la reformulación, el plazo de la instrucción se incrementará en treinta días improrrogables, sin que la o el fiscal pueda solicitar una nueva reformulación (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014).

De este articulado se desprende que la reformulación de cargos se la puede pedir únicamente durante la etapa de instrucción fiscal, petición que será atendida dentro de una audiencia, que en ese caso se concederá un plazo de treinta días improrrogables de la instrucción fiscal.



Es necesario recordar que, el justiciable tiene derecho a conocer de manera previa, detallada y clara el tipo penal por el cual está siendo acusado, pues conforme lo sostiene Jauchen “la exigencia de la acusación, como forma sustancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable” (Jauchen, 2007, pág. 371).

En igual sentido, el mismo autor señala:

La garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio requiere necesariamente la posibilidad de una dialéctica entre la parte acusadora y el imputado. Esta dialéctica solo es posible si el imputado conoce de qué tiene que defenderse (Jauchen, 2007, pág. 368).

La anterior anotación, pareciera no generar mayor novedad, sin embargo, si realizamos un análisis desde la esfera de los derechos de los sujetos procesales, concretamente, desde la violación de los derechos del investigado, sospechoso o procesado, es todo lo contrario.

Para ello, comencemos analizando el procedimiento especial conocido como procedimiento directo, que se encuentra reconocido en el numeral 2 del artículo 634 del Código Orgánico Integral Penal y que se encuentra regulado en el artículo 640 *Ibíd*em, dentro del cual se señala:

(...) Este procedimiento concentra todas las etapas del proceso en una sola audiencia (...) procederá únicamente en los delitos calificados como flagrantes sancionados con pena máxima privativa de la libertad de hasta cinco años y los delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general, calificados como flagrantes (...) la o el juez de garantías penales será competente para resolver este procedimiento

(...) una vez calificada la flagrancia la o el juzgador señalará día y hora para realizar la audiencia de juicio directo en el plazo máximo de veinte días dentro del cual las partes podrán solicitar a la o el fiscal la práctica de diligencias y actuaciones necesarias (...) hasta tres días antes de la audiencia, las partes realizarán el anuncio de pruebas por escrito (Ecuador, 2019).

De este articulado, se observa claramente que el tiempo de duración de la instrucción fiscal no se encuentra prescrito de manera expresa, es por ello que, implícitamente se venía interpretando que la duración de esta, era de diez y ahora de veinte días desde la entrada en vigencia de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal. Frente a esta interrogante, los jueces de la provincia de Imbabura realizaron una consulta a la Corte Nacional de Justicia respecto del momento oportuno para que el fiscal pida día y hora para la reformulación de cargos, ante lo cual la Corte Nacional de Justicia ha indicado que la reformulación de cargos es procedente en el procedimiento directo, mismo que se deberá realizar hasta antes de la audiencia de juicio directo.

Sin embargo, no esclarece si se debe considerar el incremento de treinta días establecido en el artículo 596 del Código Orgánico Integral Penal, lo que genera incertidumbre y provoca la violación del derecho a contar con el tiempo necesario y medios adecuados para la defensa, más aún de aplicarse los diecisiete de los veinte días que corresponderían en general a la instrucción fiscal propiamente del procedimiento directo se desconoce claramente las garantías básicas del debido proceso.

En consecuencia, el derecho a la defensa no se efectivizado o garantizado con la sola presencia física del abogado, sino que este derecho de contar con el tiempo necesario y los



medios adecuados, se refleja cuando se le concede el tiempo necesario o requerido para que el defensor realice las diligencias; investigativas, probatorias necesarias, y arme, y, contradiga la prueba, prepare la estrategia que va utilizar dentro del juicio.

Al respecto así lo afirma el autor Bernal Pulido cuando expresa lo siguiente:

El derecho a la defensa técnica debe estar garantizado desde el mismo momento en que se ordena investigar a una persona y que no basta con que se garantice la presencia física del abogado, sino que se le debe permitir el acceso al expediente (...) el defensor contribuye al esclarecimiento de los hechos mediante la contradicción y examen de las pruebas, lo que no se puede realizar si se impide u obstaculiza su acceso al expediente (Bernal, 2005, pág. 87).

A nivel internacional, el derecho a contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa se encuentra reconocido en el Art. 9 de la Carta Americana de Derechos Humanos; Arts. 5 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Arts. 5, 7 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Art. 1 y 12 de la Declaración Contra la Tortura; Arts. 7 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Humanos.

En consecuencia, si realizamos una desmenuzación de esta garantía constitucional reconocida a nivel nacional, pero de manera particular a nivel internacional, esta garantía se traduce en la concesión del tiempo y de los medios razonablemente necesarios que serán indispensables para la preparación de una defensa adecuada, es por ello que, el tiempo concedido de treinta días de la instrucción fiscal en la reformulación de cargos para todo tipo penal y procedimiento, es violatorio al derecho de defensa por cuanto esta garantía debe ser



tomada en consideración y valorarse dependiendo de la complejidad de cada caso y volumen del mismo (Rodríguez V. , 1998).

Agregado a ello, este derecho comprende la posibilidad que tiene el justiciable de poder efectuar indicaciones que permitan la demostración de los hechos, lo cual puede comprender sus declaraciones o a través de instancias procesales oportunas. En este mismo sentido, la garantía en mención debe otorgar la facultad de pedir careos, incorporar documentos, presentar testigos y todo lo legalmente permitido como medio probatorio (Rodríguez V. , 1998).

Entonces, si la prueba solicitada por el justiciable no es impertinente o inútil para los fines de la investigación no podría negarse el diligenciamiento de la misma, toda vez que, no es admisible o procedente obstaculizar la estrategia de defensa del justiciable si no existe un razonamiento coherente, entendiendo que como se manifestó en líneas anteriores el retardo injustificado es una clara violación del derecho de defensa, del principio de celeridad, de eficiencia y de eficacia.

Lo contrario, es un proceso sumamente rápido, sin contar con el tiempo y medios adecuados, un proceso sumarísimo viene a ser una suerte de violación al debido proceso; ejemplo de ello es el caso Loayza Tamayo, donde la señora María Elena Loayza Tamayo fue puesta a disposición de un Juez Especial de Marina para su juzgamiento siendo ella civil el 27 de febrero de 1993 y para el 5 de marzo del mismo año (menos de 10 días después), ya se había dictado sentencia de primera instancia (Rodríguez V. , 1998).

El derecho a disponer de los medios adecuados para una defensa correcta, idónea, se refleja en el derecho que tiene el justiciable a una comunicación libre con su abogado defensor,

comunicación que debe ser sin interferencias, brindando la posibilidad al abogado defensor del procesado de acceder al expediente, y a todos los medios necesarios para una efectiva preparación de la defensa. Agregado a ello, este derecho también comprende la posibilidad que tiene el justiciable de poder intervenir en la prueba, así como la facultad de poder contradecir las pruebas de cargos y sobre todo actuar prueba de descargo (Arévalo & Arévalo, 2018).

El profesor Zavala Egas en lo referente a este derecho sostiene que no es constitucional, el no garantizar el tiempo que necesite una de las partes para intervenir en el procedimiento, alegar y consecuentemente probar. En tal sentido, el profesor señala que debemos recordar que el derecho a contar con el tiempo adecuado para la preparación de la defensa tiene múltiples destinatarios; por una parte, tenemos al juez, al legislador y así como a la autoridad administrativa. Por otra parte, una garantía constitucional autónoma porque trata de defender de una imputación que necesita el tiempo necesario para acumular y conseguir toda la prueba, garantizando el diálogo previo con su abogado defensor, y permitiendo hacer alegaciones con fuentes eficaces (Zavala, 2016).

En este orden de ideas, el profesor Zavala Egas sostiene que en los delitos calificados como flagrantes, existe una verdadera destrucción al principio de inocencia por existir carencia de pruebas, que tiene como causa el no contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa (Zavala, 2016) tal como sucede en la reformulación de cargos.

Volviendo con la Corte (IDH) en el caso conocido como Castillo Petruzzi vs Perú declaro la vulneración del derecho a la defensa y consecuentemente, al Pacto de San José de Costa Rica, toda vez que, el estado peruano no permitió el acceso del abogado para con su



defendido previo a rendir declaración alguna y antes de la sentencia respectiva (Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú , 1999).

Ahora bien, para clarificar la violación del derecho a contar con el tiempo y con los medios necesarios o adecuados para la preparación de la defensa, es necesario ejemplificar de la siguiente manera; en un determinado caso fiscalía general del estado acusa al justiciable por el delito de asesinato a una mujer, para ello, fiscalía durante la duración de instrucción fiscal de 90 días; pero resulta que al día 89 de la instrucción fiscal se reúne todos los elementos de convicción necesarios, efectivos, suficientes, bastos para acusar por otro tipo penal, por lo que solicita la reformulación de cargos, el juez le concede y consecuentemente por mandato legal fiscalía tendrá 30 días más para reunir presuntamente los elementos de convicción para acusar por femicidio.

Siendo así, fiscalía conto con 89 días anteriores que le permitieron conseguir elementos de convicción bastos para la reformulación de cargos y lo que hará durante esos 30 días será únicamente complementar, verificar los elementos de convicción.

Por el otro lado, el abogado defensor o la defensa del justiciable que durante todos esos 89 días de duración de la instrucción fiscal preparo su estrategia de defensa por el tipo penal de asesinato; consiguiendo medios de prueba; testimonial, pericial, documental, resulta que el fiscal solicita reformulación de cargos, se cae por lo tanto la estrategia de defensa, los medios de prueba, y ahora solo tendrá 30 días para la preparación de su defensa por el tipo penal de femicidio.

Del otro lado, no solo resulta perjudicial para con el derecho de defensa del justiciable sino por el contrario cabe preguntarse si bien el fiscal tiene la facultad para solicitar la reformación de cargos, debemos preguntarnos qué pasa cuando el juzgador niega esa reformulación de cargos pese a que fiscalía ha realizado un trabajo correcto, eficiente, de manera impecable. Lo anterior significaría dejar muchos delitos en la impunidad por la negativa de la reformulación de cargos por parte del juzgador, es decir, al inicio se formula cargos por el delito de menor gravedad, pero antes de concluir la instrucción fiscal se obtiene elementos de convicción que permiten llevar a juicio un delito de mayor gravedad pero que por la negativa del juez se negó.

El jurista ecuatoriano Simón Valdivieso citando el ensayo del profesor Alfonso Zambrano Pasquel, da a conocer que en el caso *Fermín Ramírez vs. Ecuador* ventilado ante la Corte (IDH), la fiscalía viola el derecho a la defensa contempladas en el art. 8.2.b y 8.2.c de la Convención que se refiere estrictamente al derecho en plena igualdad que tiene toda persona inculpada de conocer de manera previa y detallada de la acusación formulada, y por otro lado, a que se le conceda del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa, mismos que a criterio de Zambrano Pasquel no dependen de reglas específicas del derecho interno (Valdivieso, 2017) de ahí que al solicitar la reformulación de cargos la fiscalía, se rompe el principio de igualdad.

En lo referente al plazo en el cual se puede realizar la reformulación de cargos en el Ecuador, el Jurista Simón Valdivieso señala que nada dice el artículo 596 del Código Orgánico Integral Penal, por lo que muy bien podría hacerse a vísperas de la conclusión de la etapa de instrucción; por lo que considera que el legislador debió establecer el plazo dentro del cual se lo pueda realizar (Valdivieso, 2017).

Respecto del derecho de contar con el tiempo necesario dentro de la reformulación de cargos el jurista Felipe Rodríguez considera que evidentemente genera indefensión y pone el ejemplo de que pasa si me he pasado defendiendo durante toda la investigación previa y durante 86 días la instrucción fiscal por el delito A y de repente me dicen que ha sido el delito B. Pero también genera indefensión la vinculación porque es posible que exista un caso en el que yo nunca fui sospechoso, a mí nunca me han procesado, pero resulta que por la información relevante que se desprende de la instrucción fiscal deciden procesarme tales es el ejemplo de que pasaría si al último día me vinculan a una instrucción fiscal y tengo treinta días para ejercer mi derecho de defensa mientras el resto tuvo dos años para realizarlo, en este caso también es inconstitucional (Rodríguez F. , 2020).

El profesor Pedro Crespo considera que la reformulación de cargos viola el derecho a contar con el tiempo y con los medios necesarios para la preparación de la defensa, pero este caso particular solo podría darse en el procedimiento directo, aunque de manera clara indica que durante su ejercicio práctico diario no le han reformulado cargos en un procedimiento directo (Crespo, 2020).

1.4 El derecho de defensa en relación con la motivación de la reformulación de cargos

El deber de motivación conforme lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 76 numeral 7 literal (l) consiste en que las resoluciones de los poderes públicos serán motivadas, entendiendo que no existe la misma, si en la resolución no se señalan las normas, los principios jurídicos que sirven de fundamento o no se explica la pertinencia de los mismos a los antecedentes de hechos, cuyo incumplimiento acarrea su nulidad.



Esta exigencia no solo obliga a los jueces o administradores de justicia porque la norma constitucional dice las resoluciones de los poderes públicos, de tal manera que estarían comprendidas las resoluciones de reformulación de cargos de la fiscalía. Es por ello que, en la jurisprudencia del derecho comparado peruano, se ha establecido que la tarea del fiscal debe ser cumplida con la debida diligencia y responsabilidad a efectos de que no exista delitos que puedan quedar en la impunidad, por lo que de no existir razones mínimas o del derecho que sustenta la decisión del fiscal solo existiría una motivación aparente (Recurso de Agravio Consitucional, 2014).

Por su parte, a través de la motivación el profesor García Falconi considera que se destierra la arbitrariedad de los administradores de justicia, de los fiscales, de los defensores públicos y de cualquier otra autoridad pública, garantizando el principio de independencia y de fiscalización a su vez de los operadores de justicia” (Falconí, 2012).

Ahora, cabe preguntarnos cual es el órgano encargado de realizar o verificar que se cumpla con el requisito de motivación, si es el juzgador el encargado de verificar esta motivación se presumiría que podría romper el principio de imparcialidad, o de ser el propio fiscal el encargado de determinar si cuenta o no con los elementos suficientes para solicitar la reformulación de cargos entonces se debe confiar en una suerte de que el fiscal sea acucioso, que cumpla con el principio de objetividad, aportando no solo elementos de cargo sino también de descargo, lo cual evidentemente pone en desigualdad a los sujetos procesales.

La obligación de motivar toda decisión por parte de la fiscalía, más aún el deber de motivar la reformulación de cargos está prescrito en el Art. 38 del Código Orgánico de la Función Judicial, cuando establece que el fiscal es una autoridad pública que forma parte de la

administración de justicia. En consecuencia, las decisiones de la reformulación de cargos deben estar motivadas.

La Corte (IDH), en el caso *García Ibarra y otros vs. Ecuador* establece el deber de motivar todas las resoluciones a efectos de garantizar una efectiva administración de justicia, que a través de ello se refleja mayor credibilidad de las decisiones jurídicas. Es por ello que, las decisiones que adopten los órganos internos, los fallos, y ciertos actos administrativos que pongan en riesgo los derechos humanos de las personas deben estar obligatoriamente motivadas, permitiendo conocer a carta cabal cuales son los hechos, los motivos y las normas jurídicas en las que se basó la autoridad para tomar aquella decisión (Caso *García Ibarra y otros Vs. Ecuador*, 2015).

Sin embargo, el jurista Simón Valdivieso en lo referente al tema indica que nada dice el legislador respecto de la motivación que deba realizar la fiscalía en su decisión de reformular cargos. Lo anterior da a entender que el procesado nada puede hacer respecto de aquello, es decir, no puede ejercer su derecho de contradicción (Valdivieso, 2017)

1.5 El cambio sorpresivo de la calificación jurídica de la infracción

La afectación del derecho de defensa no solo se evidencia al momento de variar la plataforma fáctica que se haya intimado al imputado, concretamente, en el principio de congruencia, sino que también se viola el derecho de defensa cuando se da el apartamiento de las consecuencias jurídicas que fue el objeto del proceso sin que estas hayan sido sometidas al principio de contradicción, al derecho a ser oído del justiciable, conforme lo sostenido por Ángela Ledesma, cuando señala lo siguiente:

[...] El principio *iura novit curia* reconoce un límite infranqueable en la inviolabilidad de la defensa en juicio, toda vez que parece un contrasentido que variar la plataforma fáctica intimada la imputado constituya un acto irregular insalvable y que no lo sea el apartamiento de las consecuencias jurídicas que constituyeron el objeto del proceso, sin que éstas hayan sido refutadas por el sujeto al que se le habrían de aplicar. El derecho a la contradicción y a ser oído son afectados cuando el tribunal decide *ultra petita*, apartándose del encuadre jurídico dado por las partes, si antes omitió advertir al imputado acerca de esta tercera opinión, circunstancia que además compromete seriamente su imparcialidad al asumir un rol reservado al acusado [sic] (Ledesma, 2005, pág. 373)

En consecuencia, se entiende que el debate del proceso versará sobre los hechos y la calificación jurídica que el fiscal haya realizado, garantizando de esta manera el derecho de defensa del justiciable, y consecuentemente, el juzgador en base al principio dispositivo y sistema acusatorio no podrá alejarse de los hechos, y del objeto de la acusación, así como calificar los hechos como un delito de mayor gravedad al que ha sido objeto de acusación.

Lo comentado en líneas anteriores se refleja en el proceso penal número 0041 – 2010 del Tribunal segundo de Garantías Penales de Carchi, que, irrespetando la acusación realizada por la fiscalía por el delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, cambia el tipo penal por el contemplado en el Art. 38 y 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (Delito de Trafico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Piscotropicas, 2010) lo que deja en absoluta evidencia que se afectó el derecho a la defensa,



pues la defensa no estuvo preparada para defenderse por el tipo penal de tenencia de sustancias sujetas a fiscalización.

De igual manera, ante el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Cañar se ventiló el juicio signado con el número 2011 – 0117 por presunto delito de violación, bajo este tipo penal se desarrolló el proceso, la defensa técnica del procesado preparó la misma por el delito penal de violación, sin embargo a la hora de tomar su decisión el Tribunal Segundo de Garantías Penales del Cañar considera que no se ha encontrado los elementos de convicción suficientes y la consecuente prueba para sancionar por el tipo penal de violación, pero que sin embargo, si encontraron prueba suficiente para sancionarle por el tipo penal de estupro, violando el derecho de defensa al no permitirle a la defensa a contar con el tiempo ni con los medios necesarios para preparar la defensa, más aún a preparar su defensa por aquel tipo penal, generando de esta manera una calificación jurídica sorpresiva de los hechos.

Agregado a ello, el reconocido caso a nivel nacional signado con el número 414 – 2010, que fue ventilado por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en el que trata sobre un juicio de peculado, denominado también (caso Isaías), en el cual fiscalía acusa por el delito de peculado bancario sancionado en el artículo 257, sin embargo los juzgadores terminan sancionando por el delito de peculado en general, evidenciado nuevamente la vulneración del derecho de defensa, sin contar con el tiempo ni con los medios necesarios para la preparación de su defensa, más aún se viola el derecho del justiciable de conocer el delito del cual se le acusa.

1.6 La calificación jurídica en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La abundante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) reconoce la facultad de los jueces de poder cambiar la calificación jurídica de los hechos, lo que no debe implicar que se modifique el sustrato factico de la sentencia, sin la posibilidad de ampliar los hechos que le lleva a consecuencias más agraviosas, aquello se evidencia en la jurisprudencia del caso Colak, caso de Salvador Torres y caso Pélissier y Sassi. En este sentido, le queda prohibido al juzgador por ejemplo cambiar el grado de participación en el cometimiento de una infracción, esto es, no se puede pasar de autor a cómplice o viceversa porque aquel cambio de calificación jurídica implicaría implícitamente un hecho distinto (Ferretti, 2009).

Es por ello que, vale hacer mención lo que Ferrajoli (2007) señala “(...) últimamente, las proposiciones teóricas mientras menos compromiso de intensidad respecto de un o unos ordenamientos positivos mayor extensión o amplitud explicativa poseen” (págs. pp. 4-12).

El tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido el criterio de la homogeneidad delictiva consistente en que se puede modificar la calificación jurídica de los hechos, pasando de un hecho típico a otro diferente pero siempre y cuando se trate de hechos típicos homogéneos, es decir, de una estructura típica común. De esta manera, la jurisprudencia del TEDH hace especial referencia a la homogeneidad descendente, consistente en la posibilidad que tiene el juzgador para realizar una modificación de la calificación jurídica sustrayendo elementos facticos – jurídicos que forman parte de un tipo penal más elevado en la progresión delictiva, cambiándolo por un tipo penal más simple y restringido, conocido como degradado o reducido respecto de la acusación (Ferretti, 2009).

Lo anterior, este tipo degradado respecto de la acusación realizada por el órgano acusador, implicaría que los elementos facticos y jurídicos de la acusación inicial fueron tenidos en cuenta en la sentencia que supuestamente estaban contemplados en el tipo más complejo y amplio de la imputación, respecto de la cual el abogado defensor practico su defensa, cubriendo así todos los elementos necesarios para la subsunción regresiva de la sentencia (Ferretti, 2009).

Al respecto, el profesor Simón Valdivieso cuando se refiere al ensayo del jurista Alfonso Zambrano Pasquel, hace especial énfasis, en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce de manera expresa en el caso *Fermín Ramírez vs. Ecuador* que la intimación de la calificación jurídica es indispensable para efectivizar el derecho de defensa. Indicando, además, que a criterio de Zambrano Pasquel; para que este derecho se garantice es necesario que el justiciable sea informado no solo de la causa de los hechos materiales que son la base de su inculpación, sino que también se le debe informar de la calificación jurídica de estos hechos materiales, debiendo resaltar que la calificación jurídica de los hechos para el profesor Valdivieso no ha sido reconocida históricamente en el derecho procesal ecuatoriano (Valdivieso, 2020).

1.7 El principio de igualdad de los sujetos procesales en la reformulación de cargos

La igualdad tiene un concepto tan amplio y complejo a la vez, pero dentro del presente acápite se hablará en el aspecto jurisdiccional, y de manera particular se hablará de la igualdad como principio que tiene como fin garantizar los derechos de los sujetos procesales dentro del proceso penal.

En este sentido, en el ámbito penal no puede existir beneficios ni perjuicios para ninguna de los sujetos procesales dentro del proceso penal, porque de ser así se causaría una desigualdad

entre estos sujetos procesales, y consecuentemente, eso llevaría a que el órgano jurisdiccional dicte una decisión viciada. Este principio debe ser entendido como prerrogativas que deben gozar tanto la víctima, el procesado, el defensor, y la fiscalía, gozando de las mismas oportunidades para aportar, ofrecer, materializar y desahogar las pruebas, y sobre todo de poder contradecirlas (Santacruz, 2017).

Siendo así, el principio de igualdad entre los sujetos procesales requiere necesariamente del principio de contradicción, toda vez que, en un proceso penal acusatorio está regido por las garantías constitucionales que lleva necesariamente a la idea del debate, de controversia, en donde cada uno tiene por objetivo velar por los intereses que cada uno de estos representan (Santacruz, 2017).

En sí, este principio de igualdad comprende que los sujetos en el proceso penal cuenten de todos los medios necesarios para presentar sus posiciones, pretensiones, garantizando la correcta preservación del derecho de audiencia, a efectos de que los sujetos tengan la oportunidad de ser oídos y vencidos en juicio (Santacruz, 2017).

Entonces, siendo el principio de igualdad entre los sujetos procesales la columna vertebral del sistema de enjuiciamiento penal dentro del estado constitucional de derechos y justicia que permite garantizar la seguridad jurídica, la igualdad de oportunidades, la contradicción, la confrontación y el debate, que permitirá llegar a una sentencia legal y justa (Naime & Zaragoza, 2019). Sin embargo, el mismo se ve afectado por la ventaja que el legislador le otorga a la fiscalía la facultad de realizar una reformulación de cargos, a través del cual, se supedita al justiciable a la voluntad de la fiscalía y, en consecuencia, queda en circunstancias de desventaja, generando indefensión.

En consecuencia, resulta claro que, dentro del proceso penal para Iguarán, resulta;

Evidente (...) analizar las condiciones y los derechos que posee la defensa dentro del proceso y en particular la defensa pública como una alternativa de maximización de la protección de los derechos del imputado que, en contrasentido a la igualdad procesal, realmente está en desigualdad de condiciones frente al ente acusador” (Iguarán, 2007, pág. 259)

Al respecto de la igualdad, el profesor Valdivieso considera que la reformulación de cargos es violatoria al debido proceso, y al principio de igualdad, toda vez que, es la fiscalía (acusador) quien está facultada para realizarla. Indicando, además, que no debemos olvidar que la fiscalía y la persona procesada son sujetos procesales que merecen ser tratados en igualdad (Valdivieso, 2017).

En este sentido, el autor en mención, indica que hay que recordar que el procesado o justiciable ha iniciado y mantenido su defensa durante la etapa preprocesal y también en las etapas procesales dirigido concretamente a una teoría del caso, que iba dirigida a la defensa de un acto u omisión concreta, pues cuando el fiscal formula cargos lo que hace es activar el poder punitivo del estado, lo que exige que el fiscal deba realizar una calificación jurídica de la infracción, para que el justiciable pueda hacer efectiva la defensa de la imputación y los hechos. Siendo así, el profesor Valdivieso considera que no es prudente que fiscalía tenga la facultad de poder solicitar al órgano jurisdiccional una audiencia para realizar una nueva calificación

jurídica incluso hasta cuando el plazo de instrucción este por concluir, toda vez que, la reformulación de cargos podría llevar al abuso de poder del fiscal (Valdivieso, 2017).

Es necesario, indicar que, el proceso penal nace cuando el fiscal realiza la imputación de una infracción penal, lo realiza teniendo en claro que se trata de una conducta típica, antijurídica, y culpable, cuya sanción se encuentra prevista en el Código Orgánico Integral Penal. En sí, al permitir la reformulación de cargos, resulta peligroso el permitir que el fiscal pueda realizar incluso nueva imputación de otros hechos, a efectos de una calificación jurídica (Valdivieso, 2017).

En el mismo sentido, el jurista en mención, dice que si bien con la reformulación de cargos el plazo de la instrucción fiscal se extiende a treinta días improrrogables, y por lo tanto se debe entender que la instrucción durará treinta días en virtud del derecho de defensa, el fiscal no podrá dar por concluido la instrucción antes del vencimiento del plazo fijado, aun cuando exista méritos suficientes, pues lo contrario vulnera el principio de igualdad entre los sujetos procesales y el derecho de defensa (Valdivieso, 2017).

1.8 Las consecuencias de la violación del derecho a contar con el tiempo y con los medios necesarios para la preparación de la defensa.

La defensa penal como garantía del debido proceso, se encuentra protegido y garantizado en la Constitución de la República del Ecuador y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, pero este derecho de defensa no tiene que ser un derecho de defensa cualquiera, sino por el contrario, debe ser un derecho de defensa eficaz, técnica, y oportuna. En este orden, las garantías del debido proceso deben buscar el acatamiento de los derechos y



obligaciones para el beneficio de los ciudadanos, es por ello que, siendo el derecho de libertad el más importante, considerado además con uno de los derechos fundamentales.

La violación de este derecho se evidencia en el caso Cantoral Benavides vs Perú en el cual se evidencia la violación del derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para la defensa, lo que evidencia a través de la escasa comunicación que existía entre Luis Alberto Cantoral Benavides y quienes ejercían su defensa, la no existencia de notificaciones de las decisiones y actos procesales, incluyendo todas las dificultades que tuvieron los abogados para acceder al expediente.

En este sentido, para la Corte (IDH) dentro del caso Cantoral Benavides vs Perú se encuentra probado que en las actuaciones de los jueces del fuero se pusieron obstáculos a la comunicación libre y privada entre el señor Luis Cantoral y su abogado defensor, y, por otra parte, el abogado defensor de la víctima no consiguió que se puedan efectuar ciertas diligencias probatorias fundamentales para el ejercicio de defensa eficaz, oportuno, así como la recepción de testimonios y confrontación de peritajes a efectos de lograr esclarecer algunas divergencias. En consecuencia, se ordenó la libertad inmediata de Luis Alberto Cantoral Benavides, la reparación de las consecuencias generadas por la violación al derecho de contar con el tiempo y con los medios necesarios para la defensa, lo que comprende una justa indemnización y el resarcimiento de los gastos que la víctima o los familiares de la misma, hubieren incurrido en las gestiones del proceso (Cantoral Benavides vs Perú, 2000).

Lo anterior se fundamenta en lo que establece en el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece:

cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada (Humanos, 1969).

En el mismo sentido la Corte (IDH), en el caso Castillo Petruzzi y Otros vs Perú, señala que es derecho del inculpado el poder interrogar a los testigos, derecho que dentro del caso en mención no aconteció, pues las declaraciones testificales fueron tomadas sin la presencia del inculpado o procesado, ni de sus abogados defensores, lo que lleva a concluir que se la practico sin control de parte. En consecuencia, existe vulneración del derecho de contar con la oportunidad y los medios adecuados para la preparación de la defensa (Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú , 1999).

Es por ello, que conforme lo establecido en el art. 8.2.b y 8.2.c de la (CADH), el inculpado debe gozar del tiempo y los medios necesarios o adecuados para la defensa, lo que no se hace efectivo por parte de los jueces del fuero militar que afecto de diversas formas la presunción de inocencia. Agregado a ello, el escaso tiempo dado a los abogados defensores, y la notificación de la sentencia que sería emitida al día siguiente a aquel en el cual el abogado pudo acceder al expediente, deja en tela de duda el derecho de defensa.

En consecuencia, el decreto ley número 25.659, establecía que; en los casos de traición a la patria, los términos procesales se reducen a dos tercios respecto de otros casos. Además, el derecho ley número 25.708, que establece que; en el caso de traición a la patria será aplicable



el procedimiento sumario, referente a el código de justicia militar para los juicios en el teatro de operaciones, que regula que el juez instructor deberá expedir en la sentencia en el término de diez días, y subsiguientemente, el Consejo Superior de Justicia Militar deberá hacerse en cinco días, lo que evidencia que la investigación sea prácticamente nula, en donde tienen más relevancias los atestados policiales que las pruebas, que no han sido de conocimiento del culpado (Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú , 1999).

De esta manera, La Corte Interamericana de Derechos Humanos, concluye que el estado peruano ha vulnerado el artículo 8 de la CADH en sus literales b. c. d y f, y, en consecuencia declara la invalidez del proceso por ser incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del proceso en contra de Jaime Castillo Petruzzi, María Pincheira, Lautaro Saavedra y Alejandro Astorga para ordenar como consecuencia que se garantice un nuevo juicio con la observancia de las garantías del debido proceso penal (Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú , 1999).

También, se ordena al Estado Peruano que adopte las medidas correspondientes para la reforma de las normas que provocan la violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a efecto de garantizar el goce de los derechos consagrados dentro de la misma. Consecuentemente, la Corte IDH, también ordena que el Estado en mención realice una indemnización económica de US\$10.000,00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) (Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú , 1999).

CAPITULO 3

1. Garantías jurisdiccionales ecuatorianas y su aplicación en la reformulación de cargos dentro de un proceso penal.

Al referirnos a las garantías jurisdiccionales debemos necesariamente recordar las siguientes: a) Habeas corpus. b) Acción por incumplimiento. c) Hábeas data. d) Acceso a la información pública. e) Acción de protección. f) Acción extraordinaria de protección. De esta manera, es indispensable analizar brevemente cada una de estas garantías:

a). Hábeas corpus.

Se trata de un mecanismo procesal que permite que las personas que consideren estar privadas de la libertad física o ambulatoria de forma ilegal, puedan ser puestas en libertad inmediata las personas afectadas, si no se exhibe la orden de prisión preventiva, si no cumple los requisitos legales, si existe vicios de procedimiento en la detención o de manera general se justificó el fundamento de la petición (Oyarte, 2016).

En este sentido, el juez competente para conocer y resolver es cualquier juez de primer nivel de conformidad con el artículo 7 y 167 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Una de las particularidades del Hábeas Corpus es que esta garantía jurisdiccional se presenta ante el juez del lugar en el cual este privado de libertad el afectado y solo en caso de no conocer se planteará ante el domicilio del accionante (Oyarte, 2016).

Existe algunas salvedades respecto de la competencia anterior, tal es el caso de un proceso penal, en donde la competencia recae en la Corte Provincial correspondiente y en donde el recurso de apelación es conocido por el presidente de la Corte Nacional de Justicia, para después ser la misma ley la que otorga competencia a la Corte Nacional de Justicia. Agregado a ello, si la privación de la libertad fue impuesta por la Corte Nacional de Justicia, la competente



es otra de las salas que no ordeno la prisión preventiva, lo que evidencia que no podrá ser la sala de lo penal (Oyarte, 2016).

b). La Acción por incumplimiento.

La acción por incumplimiento tiene por objeto ser una acción que le da eficacia al ordenamiento jurídico, toda vez que, esta garantía no es una garantía de derechos a pesar de su regulación en el texto constitucional. De esta manera, existe un problema sobre el alcance de la acción de inconstitucionalidad por omisión, en razón de que, esta acción también se refiere a hacer cumplir los preceptos constitucionales, de ello deviene que no se podrá plantear una acción por incumplimiento con la finalidad de que se cumplan mandatos constitucionales de conformidad con el artículo 56 numeral 2 de la LOGJCC (Oyarte, 2016).

c). Hábeas data.

El Hábeas data tiene como finalidad que toda persona en ejercicio de sus propios derechos o como representante plenamente legitimado, tiene derecho a conocer de la existencia y de la posibilidad de acceder a los documentos, bancos o archivos de informaciones personales, datos genéticos, e informes que sobre sí misma, o sobre los bienes que reposen en entidades del sector público o en el ámbito privado, ya sea en soporte electrónico o material, el uso al que se les destine los mismos, la finalidad, el tiempo de vigencia de los archivos personales de conformidad con el artículo 49 y 50 de la LOGJCC (Oyarte, 2016).

d). Acceso a la información pública.

Esta garantía permite que sea accesible toda la información que sea generada por las instituciones de carácter público o privado, que manejen fondos o realicen funciones de carácter público, y, que imponen reservas no previstas en la ley. En consecuencia, esta garantía establece la posibilidad de realizar una participación democrática referente a la conducción de la cosa



pública y de la rendición de cuentas, cumpliendo de esta manera con el principio de publicidad y transparencia conforme lo establecido en el artículo 18 numeral 2 de la Constitución de la República y la Ley número 2004 – 34 que no ha sido derogada, es por ello que se debería aplicar el principio de favorabilidad (Oyarte, 2016).

e). La acción de protección.

La acción de protección tiene como objeto que las personas protejan los derechos fundamentales, esto es, derechos que no se encuentren protegidos por otras garantías jurisdiccionales, esta garantía se establece frente a actos u omisiones que procede en contra de autoridad pública o incluso privadas, tanto en ciertas condiciones formales o materiales (Oyarte, 2016).

f). La acción extraordinaria de protección.

Esta garantía jurisdiccional como se describió en el primer capítulo, tiene por objeto la impugnación de sentencias, autos definitivos, y de las resoluciones con fuerza de sentencia. Esta acción procede cuando se haya vulnerado las garantías del debido proceso, y de manera particular derechos fundamentales conforme lo establecido en el art. 94 y 437 de la Constitución de la República del Ecuador.

La Constitución considera que esta garantía es una acción o recurso, según lo prescrito en sus artículos 94 y 437. Sin embargo, de acuerdo a lo establecido en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es considerada como una acción. La acción extraordinaria de protección está vedada como una suerte de cuarta instancia, pero a la vez también como una etapa dentro del mismo juicio.

Es así que, a través de esta acción, existe un proceso autónomo que es posterior a la decisión que se impugna, que no es una suerte de instancia, sino que conforme en caso de



concederse o aceptarse la demanda, es la Corte Constitucional la que se limitará ordenar que se corrijan los errores en los que devenga el fallo que es materia de garantía. Esta garantía busca la protección primordial del interés público, y solo después de aquello la protección de intereses privados, ya que lo que se protege son derechos fundamentales consagrados por la Carta Magna (Oyarte, 2016).

En este orden, debemos referirnos a la sentencia de rechazo y por otra parte a la sentencia de procedencia, estableciendo los efectos que tienen cada una de ellas;

La sentencia de rechazo, generalmente no genera efecto alguno desde que el fallo que es materia de acción extraordinaria de protección se mantiene conforme a sido expedida, indicando expresamente que no existe la posibilidad de suspender la ejecución (Oyarte, 2016).

En tanto que, la sentencia de procedencia, denota una multiplicidad de efectos, siendo el más común que permite realizar una distinción, el de si la vulneración de derechos de acuerdo a lo establecido por la Corte Constitucional es una violación de las reglas del debido proceso, de un quebrantamiento de derechos fundamentales que se encuentra contemplado en el contenido de la sentencia sobre la cual se trata la acción extraordinaria de protección (Oyarte, 2016).

a). Consecuencia de la violación al debido proceso

En general, de darse la violación al debido proceso, tendrá como consecuencia inmediata que las cosas se retrotraigan al momento procesal que fue anterior al del acontecimiento de la infracción. En tal caso, la acción extraordinaria de protección deja sin efecto el auto, la resolución o la sentencia que ha sido impugnada, lo que lleva a que el trámite se retrotraiga al momento procesal en el que se evidencia, al momento en el que se verifica la violación de derechos fundamentales, que debe ser procesado y sentenciado por el mismo



órgano jurisdiccional, salvo determinadas excepciones en las cuales se ha establecido que sea otro órgano jurisdiccional el encargado de sustanciar la causa (Oyarte, 2016).

De tal manera que, al ser el efecto retrotraer la causa hasta el momento procesal en el que se determinó la vulneración del derecho constitucional, se produce como efecto el que, de haberse dictado otras decisiones judiciales, las mismas quedarán sin efecto al instante previo, retrotrayéndose la causa incluso al inicio del juicio si la violación consistió en no citar con la demanda (Oyarte, 2016).

Por lo tanto, de darse la violación a derechos constitucionales en la emisión de la sentencia, la misma deberá ser dictada nuevamente, pero sin considerar el elemento violatorio de las reglas del debido proceso. Existen casos relevantes en los cuales se han evidenciado que se consideran pruebas que han sido actuadas de forma inconstitucional, lo que produce que la Corte deba resolver nuevamente, pero sin caer en la violación de aquel derecho (Oyarte, 2016).

En igual sentido, resulta cuando la emisión de un acto impide la tramitación de la causa que ha sido dictada cometiendo violación a las normas del debido proceso. Tal fue el caso en el que con un auto de archivo que fue dictado por la Corte Provincial en el que se argumentaba que el delito por el que se le había dictado el auto de llamamiento a juicio estaba derogado. En consecuencia, la Corte estimo que no se había dado un caso de destipificación y que consecuentemente se continúe con el desarrollo de la causa (Oyarte, 2016).

b) La violación de derechos constitucionales en el fallo

Otro de los efectos de la acción extraordinaria de protección es que las cosas vuelvan al estado inmediato anterior al que se dictó la sentencia, lo que ocurre cuando el fallo impugnado es el que viola directamente derechos constitucionales, sentencia o fallo que debe volver a dictarse, aunque sea con determinadas limitaciones al juzgador. Lo anterior no podría hacerse



al ser la acción extraordinaria de protección una acción y no de un recurso porque no se refiere solo a una cuestión de ámbito formal sino de cuestiones de respeto de los derechos fundamentales de la contraparte en el proceso principal (Oyarte, 2016).

a). Que se dicte un nuevo fallo.

Las sentencias de la Corte Constitucional han generado la consecuencia de dejar sin efecto el fallo impugnado, y que consecuentemente se disponga que el órgano administrador de justicia de origen, dicte la sentencia correspondiente observando cada una de las disposiciones constitucionales y legales que sean adecuadas al caso. Sin embargo, en caso de no existir varias salas respecto de una determinada materia, y en su caso exista una sola, deberán ser los conjuces los que dicten la nueva sentencia, pero de existir varios jueces en una sola sala se deberá proceder al resorteo de un nuevo tribunal (Oyarte, 2016).

Es por ello que, el juez de origen ejerce nuevamente sus facultades jurisdiccionales de manera plena al momento de dictar el nuevo fallo, determinando los hechos probados y decidiendo sobre aquellos, estableciendo cuales son las disposiciones legales correspondientes, poniendo especial atención a no volver a incurrir en la violación de los derechos constitucionales.

b). Dejar sin efecto el fallo.

En determinados casos la acción extraordinaria de protección busca que su decisión tenga como consecuencia que los fallos que han sido objeto de la garantía queden sin efecto, no estableciendo de esta manera otra medida de reparación integral y sin que se pueda establecer si procede o no dictar una nueva decisión o plantear nuevas cuestiones ante el órgano de justicia (Oyarte, 2016).

c). La posibilidad de dictar sentencia de remplazo.

Al ser la acción extraordinaria de protección una acción y no un recurso, no se podría dictar una sentencia de remplazo, lo que significa que la Corte Constitucional no podrá resolver el fondo del asunto que en primer momento fue conocido y resuelto por los jueces comunes, toda vez que, la garantía jurisdiccional de la acción extraordinaria de protección no constituye una instancia adicional, lo que tiene como objeto dejar sin efecto la resolución firme o ejecutoriada que ha sido materia de impugnación y la correspondiente reparación integral del derecho que ha sido violado, lo contrario sería una violación al principio de independencia jurisdiccional, quedándole claro al juez común que deberá tener el máximo cuidado de no volver a violar el derecho constitucional, dentro de este se encuentra el derecho a la defensa de quien es contraparte en el proceso penal (Oyarte, 2016).

d). La imposibilidad de dar órdenes a terceros.

Este apartado consiste en que no se puede dar órdenes a quienes no son partes en el proceso, no solo por lo prescrito en el art. 3 inciso 2 del Código Civil que indica que las sentencias solo tiene fuerza obligatoria respecto de las causas en las que se pronuncien, o de acuerdo a lo establecido en el los Códigos Procesales que establece que las sentencias no aprovechan ni perjudican sino a las partes procesales, es decir, a quienes litigaron dentro del proceso, sino que va mucho más allá, en donde no se puede tomar una decisión que vaya afectar a una persona que no ha ejercido el derecho de defensa de acuerdo a lo prescrito en la norma constitucional en el art. 76 numeral 7 de la Constitución de la República (Oyarte, 2016).

1.2 Las sentencias irregulares

En algunas ocasiones se presentan sentencias con el carácter de irregular de la Corte Constitucional que sobrepasa el límite de una acción extraordinaria de protección lo que impide que el tribunal constitucional sea un tribunal de alzada que tienda a dar remplazo o se cause las dos variantes irregulares que genere por una parte la declaración de ejecutoria de la decisión

judicial y por otra parte la de dar órdenes a terceros que no son partes procesales dentro de la acción extraordinaria de protección (Oyarte, 2016).

La sentencia irregular es dictada al resolver la acción de protección ordinaria y otras garantías a lo cual la Corte Constitucional podría responder por medio de procedimientos de selección o revisión pero que lamentablemente se lo ha realizado através de la acción extraordinaria de protección.

1.3 La sentencia de remplazo

A pesar de la consideración anterior, a través de la acción extraordinaria de protección la Corte Constitucional del Ecuador se ha convertido en un verdadero tribunal de alzada, ya que resuelve el litigio principal, lo que para algunos suele denominarse en una cuarta instancia. Irrespetando con ello, el derecho a la defensa, el derecho al juez natural, y a su propia jurisprudencia en lo concerniente a fallos de protección ordinaria (Oyarte, 2016).

La corte de transición en el año 2010 conoció una demanda de acción de protección extraordinaria, a través de la cual se impugnaba la sentencia emitida por la Corte Provincial que negaba que el juez de primera instancia era competente para conocer esta acción por razón del territorio, más sin embargo, la Corte Constitucional através de la garantía de la acción extraordinaria determino que el juez a quo si era el competente para conocer la acción, sin embargo, la Corte Constitucional resuelve aquello a través del fallo, sin dejar esta labor a la Corte Provincial (Oyarte, 2016).

Este fallo dictado por la corte de transición, ha sido criticado por múltiples cuestiones entre las ya conocidas por la violación del derecho de defensa de la ex contraparte del juicio principal, también lo es porque la impugnación formulada en la demanda y que decidió la corte en transición fue meramente formal, esto es, determinar si el juez a quo que otorgo la acción



fue o no competente en razón del territorio que fue sostenido por los jueces de la Corte Provincial para denegar la demanda, quedando proscrito que la corte en transición se convierta en un tribunal de apelación (Oyarte, 2016).

Por último, hagamos mención al precedente en el cual se propone una acción de protección ordinaria contra la Municipalidad de Quito por supuesta confiscación y violación del derecho de propiedad. En donde el juez a quo sentenció admitiendo la demanda, pero que sin embargo es revocada por la Corte Provincial de Justicia determinando que el accionante había demandado indemnizaciones por daño moral y por daños y perjuicios, lo que debe ser ventilado en un procedimiento de conocimiento, siendo una acción totalmente distinta a la indemnización por expropiación, siendo improcedente que la misma prospere a través de esta garantía (Oyarte, 2016).

1.4 La variable irregular de declarar la ejecutoria

En esta línea de acuerdo a lo señalado por el jurista Rafael Oyarte, una de las variables dudosas que proviene de la Acción Extraordinaria de Protección es que se deje sin efecto la sentencia del juez o tribunal ad quem, lo que tendría como consecuencia que la sentencia del juez ad quo quede en firme. Efecto este que, se produce en las garantías jurisdiccionales, concretamente, en las acciones de protección, lo que refleja en una terrible irregularidad, de acuerdo a las siguientes razones:

a). La contraparte o beneficiario del fallo dentro de un proceso principal que se deja sin efecto por medio de la Corte Constitucional no ha podido exponer los argumentos ante la Corte como parte procesal sino como un tercero lo que se constituye en una violación del derecho de defensa (Oyarte, 2016).

b). La misma contraparte del proceso principal no puede ejercer el derecho al doble conforme de acuerdo a lo prescrito en el artículo 76 numeral 7 letra (m) de la Constitución de la República del Ecuador, toda vez que, es la misma Corte Constitucional la que deja sin efecto la decisión final que fue objeto del recurso. Recurso que no admite un nuevo despacho, en razón de que, el fallo que fue objeto del recurso es dejado en firme por la Corte (Oyarte, 2016).

c). Es la propia Corte la que reconoce que el fallo del juez a quo es correcto, impidiendo de esta manera que el trámite culmine por medio de los verdaderos jueces competentes, porque los superiores están impedidos de volver a fallar, toda vez que, el fallo del juez a quo esta firme, lo que provocaría violación del derecho al juez natural conforme lo establecido en el artículo 76 numeral 7 letra (k) de la Constitución de la República del Ecuador (Oyarte, 2016).

En este sentido, la Corte Constitucional de acuerdo al criterio del jurista Rafael Oyarte se ha convertido en un verdadero tribunal de instancia, siendo la propia Corte la que no establece cuando es procedente este tipo de actuación y cuando no, más aún cuando debe ser el juez competente el que decida el asunto. Agregado a ello, ha sido la misma Corte la que en algunos casos ha establecido que el fallo de casación es errado y ha considerado que el fallo del tribunal inferior es acertado, sin dar explicación alguna respecto de esto. Lo anterior sería únicamente concebible en un supuesto de que el órgano administrador de justicia hubiera sido incompetente, caso contrario no, tal es el caso de una sentencia que no es susceptible de recurso casación (Oyarte, 2016).

En este sentido, ejemplo de lo anterior sería que la Corte Constitucional dejo sin efecto una acción de protección ordinaria por considerar que aquella ya había sido resuelta sobre el mismo objeto y causa, existiendo por lo tanto una decisión ejecutoriada y que al volver a conocer y otorgar otra acción de protección tanto el juez de primer nivel como la corte provincial contravinieron aquella decisión.

Finalmente, cabe recalcar que, respecto de las sentencias de acción de protección ordinaria, la Corte Constitucional no posee un criterio uniforme, en razón de que, en algún caso devuelve el expediente para que sea el juez o tribunal competente el que resuelva el caso, ya sea en primera o en segunda instancia. Mas, por otro lado, en algunos casos deja sin efecto la sentencia de primera instancia, pero además de ello, también deja sin efecto la de segunda instancia, dejando, sin embargo, a salvo el derecho de los justiciables para que puedan plantear las acciones correspondientes que incluye la posibilidad de promover una acción de protección ordinaria. En tanto que en caso de haber sido negada ya sea en primera o segunda instancia tendrá la posibilidad de volver a tramitar la misma (Oyarte, 2016).

1.5 La segunda variable irregular: ordenar a quien no fue parte

De acuerdo al criterio del jurista Rafael Oyarte, esta es una verdadera y nueva patología que provoca violación del derecho a la defensa de quienes fueron contradictores en el juicio principal, pese a que la misma no sea parte dentro de la acción extraordinaria de protección (Oyarte, 2016).

El jurista hace mención a un caso de acción extraordinaria de protección en el que se impugna una sentencia de protección ordinaria, en donde la Corte Constitucional no dicta una sentencia de remplazo, sino que deja sin efecto la sentencia de segunda instancia y deja en firme la de primera instancia.

Razón está, por lo que fuera de la irregularidad de dar firmeza a la sentencia de primer nivel sin que sea la Corte Constitucional el tribunal de apelación que podría confirmar el fallo, en el caso en mención se debía estar a lo indicado y ordenado en sentencia de primer nivel.

Sin embargo, la Corte Constitucional da órdenes a quienes fueron parte dentro del proceso principal, estableciendo que será castigada la pretensión de pagar al accionante el valor



para lo cual se debía iniciar el proceso de liquidación, pero aquello puede ser decidido únicamente por el juez que conocía la acción de protección ordinaria, en donde el accionado fue la parte demandada (Oyarte, 2016).

1.6 El objeto de la acción extraordinaria de protección

Esta acción tiene por objeto tutelar los derechos fundamentales que tendrían como causa la violación que se presenta en las acciones u omisiones que cometen los jueces, los tribunales y las cortes.

1.7 Los derechos tutelados a través de la acción extraordinaria de protección

Al respecto el artículo 94 de la Constitución de la República del Ecuador prescribe que la Acción Extraordinaria de Protección tutela cualquier derecho consagrado en la Constitución y que haya sido violado por acción u omisión causada por los órganos de administración de justicia (Oyarte, 2016).

1.8 La autoridad judicial competente para interponer la acción

Esta acción es conocida en primera y única instancia por la Corte Constitucional del Ecuador, sin embargo la misma debe ser propuesta ante el órgano judicial que dicto la decisión definitiva que es materia de impugnación, debiendo el mismo juez notificar a la contraparte la interposición de la acción, quien inmediatamente deberá enviar el juicio a la Corte Constitucional, toda vez que, al juez ad quo le está vedado el calificar la procedencia o no de la acción, pero es el encargado de transmitir la solicitud en el término de cinco días a la Corte Constitucional (Oyarte, 2016).

1.9 La legitimación activa para interponer la acción extraordinaria de protección



La legitimación activa dentro de la acción extraordinaria de protección, de acuerdo a lo prescrito en el Art. 86 de la Constitución “[...] 1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución. Mas por el contrario la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el artículo 59 determina que “[...] Legitimación activa. - La acción extraordinaria de protección puede ser interpuesta por cualquier persona o grupo de personas que han o hayan debido ser parte en un proceso por sí mismas o por medio de procurador judicial” (A. N. E, 2020, pág. 19) lo que hace concluir que solo podrán interponer esta acción aquellas personas que hayan sido o hayan debido ser partes dentro del proceso de reclamación (Oyarte, 2016).

Sin embargo, conforme lo señalado en el artículo 86 de la Constitución y el artículo 59 de la LOGJYCC, establecen que esta acción podrá ser interpuesta por cualquier persona o aquellas personas que hayan debido ser parte en un proceso. Surge la duda si dentro de aquellas se encuentra comprendidas las personas jurídicas cuestión que hasta el momento no ha sido resuelta.

Razón por la cual, surge la tesis que sostiene que existe una diferencia entre derechos fundamentales y derechos humanos, siendo los primeros aquellos que se encuentran consagrados en la Constitución de la República a personas naturales y jurídicas, en tanto que los derechos humanos son aquellos que en efecto únicamente se atribuye a las personas naturales. En conclusión, si únicamente los derechos humanos están supeditados a los seres humanos se entiende que los derechos fundamentales están atribuidos a las personas naturales y personas jurídicas. Mas, sin embargo, lo que parece complejo en lo teórico, lo es también en lo práctico, dado que la Corte Constitucional ha admitido a trámite 195 acciones en las cuales la accionante es una persona jurídica, más aún entidades del estado (Oyarte, 2016).

1.10 Determinación de los actos y omisiones impugnables a través de la acción extraordinaria de protección

Debemos partir estableciendo que lo que se impugna es la conducta judicial en sí, como objeto de la acción la que concluirá con una sentencia o auto definitivo. Teniendo en consideración que no cualquier acto u omisión son susceptibles de impugnación, sino solo aquellos que tienden a ser violatorios de derechos constitucionales, dejando de lado el énfasis en el debido proceso que señala el artículo 437 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador. Es por ello que, ejemplo claro de los actos u omisiones impugnables son los casos en los que exista un retardo injustificado de la resolución del proceso, primen las formalidades en los procesos o cuando no se considere las alegaciones de las partes o sus pruebas (Oyarte, 2016).

Lo anterior lleva a establecer que la acción extraordinaria de protección no procede solo cuando exista una sentencia o auto con fuerza de sentencia, lo que concuerda con lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que determina que un recurso se vuelve ineficaz por carecer de independencia necesaria para poder decidir con imparcialidad o cuando no existen los medios idóneos para efectivizar sus decisiones, es por ello que, si procede la acción extraordinaria de protección que se llegará a presentar de forma directa ante la Corte Constitucional aun cuando no exista sentencia o auto con fuerza de sentencia en dos supuestos: 1) cuando el órgano judicial que deba resolver la acción, haya caído en retardo injustificado. 2) cuando quede determinado que sería ilusorio el presentar la acción por falta de independencia de la judicatura o cuando los fallos dictados por esta no tengan medios de ejecución (Oyarte, 2016).

1.11 Requisitos de admisibilidad

El requisito que establece la Constitución para la admisibilidad de la acción extraordinaria de protección, es que el accionante haya agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal (ANE , 2008). Del otro lado, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que se debe cumplir seis elementos formales la demanda y consecuentemente, ocho requisitos de admisibilidad, los que serán enunciados de forma breve a continuación:

- 1). Las formalidades de la demanda, tales como; la calidad en la que se comparece, constancia de que la sentencia o auto se encuentran ejecutoriados, agotamiento de todos los recursos, indicación de la autoridad que emitió la sentencia o auto, determinación del derecho constitucional que ha sido violado y del momento en el cual se violó.
- 2). La demanda debe devenir de la violación de un derecho constitucional que provenga de la acción u omisión de un órgano judicial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 de numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
- 3). La justificación que debe realizar el accionante de la relevancia constitucional que tiene su pretensión.
- 4). La solicitud no debe basarse únicamente en lo injusto o equivocado de la sentencia conforme lo establecido en el artículo 62 numeral 3 de la LOGJCC.
- 5). La acción no debe basarse en una errónea interpretación de la ley.
- 6). La acción no debe basarse en la apreciación de la prueba.
- 7). Debe ser interpuesto dentro de los 20 días posteriores a la notificación de la última decisión judicial del recurso judicial interpuesto.



8). No puede ser planteado en contra del Tribunal Contencioso Electoral cuando se encuentre en procesos electorales conforme lo prescrito en el artículo 62 numeral 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

9). Por último, la acción debe ser relevante para el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, corregir la mala o nula aplicación de los precedentes o solventar la grave violación de los derechos constitucionales conforme a lo prescrito en el artículo 62 numeral 8 de la LOGJYCC (Oyarte, 2016).

2. La acción pública de inconstitucionalidad en el Ecuador

El artículo 436 de la Constitución de la República del Ecuador desarrolla lo que debe entenderse por la acción pública de inconstitucionalidad como el mecanismo jurisdiccional a través del cual la Corte Constitucional del Ecuador ejerce un control abstracto de constitucionalidad, tanto por el fondo, cuanto por la forma, en contra de actos normativos generales emitidos por órganos autoridades del Estado, consecuentemente, esta declaratoria de inconstitucionalidad tiene como efecto la invalidez del acto normativo impugnado (Acción Pública de Inconstitucionalidad , 2017).

2.1 Naturaleza Jurídica de la acción de inconstitucionalidad

La naturaleza jurídica de la acción de inconstitucionalidad es de carácter pública y participativa, lo que vivifica la participación de toda persona para participar en el proceso de conformación, ejercicio y control del poder político (Acción Pública de Inconstitucionalidad, 2017). Es por ello que, se les otorga a los ciudadanos la facultad de poder interponer acciones públicas que tiendan a la defensa de nuestra Constitución de la República y a la consecuente validez de la ley, lo que debe entender que la misma debe guardar armonía, concordancia con los preceptos constitucionales, tal cual ha afirmado la Corte Constitucional del Ecuador.

2.2 Características de la acción pública de inconstitucionalidad

La acción de inconstitucionalidad tiene trascendental importancia como medio de control constitucional, toda vez que, una de las características es que se trata de un órgano de control al alcance de los órganos del estado, lo que no limita su esfera de procedencia o competencia como puede evidenciarse en el caso de controversia constitucional. En este contexto, se debe tener claro que la acción de inconstitucionalidad no solo tiene o se ocupa de las violaciones o vulneraciones de la Constitución de la República del Ecuador en su parte orgánica, sino que también comprende la vulneración o violación de garantías o derechos individuales o colectivos (Acción Pública de Inconstitucionalidad, 2017).

En este sentido, la acción de inconstitucionalidad permite que las actuaciones de los funcionarios públicos estén sometidos a la norma constitucional a efectos de garantizar los derechos y de manera esencial la supremacía constitucional (Acción Pública de Inconstitucionalidad, 2017).

2.3 El alcance y la interpretación de la acción pública de inconstitucionalidad

La Corte Constitucional del Ecuador en concordancia con la jurisprudencia constitucional desarrollada por países como Colombia y Perú, consideran que la acción de inconstitucionalidad tiene la importancia y la necesidad de ser de ultima de ratio, toda vez que la acción de inconstitucionalidad es una de las más delicadas funciones que se le encomienda a un órgano de justicia. La acción de inconstitucionalidad es de tal extremo, que debe aplicarse la misma solo en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional tenga el carácter de manifiesta e indubitable, y la incompatibilidad, inconciliable (Acción Pública de Inconstitucionalidad, 2010).

2.3 La declaración de inconstitucionalidad

La Corte Constitucional del Ecuador en criterio similar al de la Corte del Perú, señala que la función de declarar la inconstitucionalidad de la norma, es una de las más delicadas que se puede encargar a un órgano de administración de justicia. En este sentido, la declaración de inconstitucionalidad solo debe ser aplicada cuando exista estricta necesidad de hacerlo, esto es, cuando exista manifiesta e indudable repugnancia con la cláusula constitucional e incompatibilidad inconciliable (Acción Pública de Inconstitucionalidad, 2009).

Por otra parte, vale hacer mención a la máxima que posee la Corte Constitucional de Colombia respecto del pleno respeto al principio de la conservación del derecho, por la cual los órganos de justicia constitucional deben conservar en la medida de lo posible las normas jurídicas que han emanado del órgano legislador. Es por ello, que tanto la Corte Constitucional de Perú como la de Colombia, han creado soluciones para evitar la expulsión de normas y respetar en consecuencia el principio de conservación del derecho. La constitucionalidad condicionada es aplicada por la Corte Constitucional de Colombia lo que lleva a delimitar el contenido de la disposición que es acusada, a efecto de generar un desarrollo del principio de conservación del derecho con el propósito de conservar la disposición jurídica en el ordenamiento legal.

En consecuencia, la sentencia condicionada podrá establecer que solo determinadas interpretaciones de la norma jurídica son válidas, definiendo cual sentido de aquella es constitucional y que por tanto debe permanecer dentro del ordenamiento jurídico y cual no es legítimo constitucionalmente (Acción Pública de Inconstitucionalidad, 2009). En cambio, en el caso de la jurisprudencia constitucional peruana se establece el principio de conservación de ley, como un axioma que le establece al juez constitucional el deber de salvar hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una norma jurídica a efectos de garantizar la



seguridad jurídica y consecuentemente la gobernabilidad del estado (Acción Pública de Inconstitucionalidad, 2009).

2.4 El control abstracto de inconstitucionalidad

Tiene la finalidad de garantizar que el ordenamiento jurídico tenga tanto unidad como la coherencia por medio de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades de las normas, ya sea por cuestiones de fondo o de forma entre las normas constitucionales y el resto de normas jurídicas que componen el sistema jurídico. De esta manera, se procura garantizar que el precepto de una norma de carácter inferior a la constitucional guarde armonía, se adecue a lo prescrito en la Constitución de la República del Ecuador, lo que se convierte en un deber o tarea principal de la Corte Constitucional del Ecuador.

Agregado a ello, el control de constitucionalidad puede realizarse tanto de la forma como del fondo del acto normativo o administrativo que tiene el carácter de general. Siendo así, en el control de constitucionalidad abstracto de carácter formal se evidencia que en el proceso de formación que generó al acto impugnado, se haya cumplido el procedimiento establecido en la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. En tanto que, en el control abstracto del fondo, se analiza el fondo de su contenido si es compatible con las disposiciones constitucionales (Acción Pública de Inconstitucionalidad, 2017).

2.5 El control de constitucionalidad de los actos normativos y actos administrativos que tienen efectos generales

Los actos de la administración pública están sujetos a controles de naturaleza política, judicial, administrativa o constitucional. Es por ello que, los actos administrativos y por otra parte los actos normativos con carácter de generales están sujetos al control de constitucionalidad que se lo realiza a través de la acción popular de inconstitucionalidad, cuyas características se dejan expresamente señaladas en el presente trabajo.

En la actualidad, con la innovación de la declaratoria de inconstitucionalidad se pueden dejar inválidos actos normativos y administrativos con carácter general de conexidad o consecuencia. También, constituye una innovación a la acción de inconstitucionalidad por omisión, de conformidad a lo prescrito en el artículo 436 numeral 3 y 10 de la Constitución Política del Ecuador (ANE , 2008). En consecuencia, no existe la posibilidad de poder demandar la declaratoria de inconstitucionalidad de actos administrativos que tienen el carácter de particular y concreto (actos puros y simples).

2.6 El control de constitucionalidad de actos normativos

Cuando la constitución de la República del Ecuador se refiere a los actos normativos de carácter general, no hace otra cosa que referirse a los actos normativos que comprenden leyes tanto ordinarias, orgánicas, reglamentos de ejecución y reglamentos autónomos, pero también quedan comprendidas dentro de estos actos normativos las ordenanzas sean cantonales, distritales o metropolitanas, normas regionales y los decretos ejecutivos, decretos leyes y acuerdos ministeriales.

El acto normativo en la doctrina ha sido considerado como unilateral, general, permanente y obligatorio, lo que se refiere a que el mismo se exterioriza por la sola voluntad del órgano público competente, sin irrespeter el marco constitucional ni legal, la que se aplica a todas las personas que adecuen su conducta a los hechos que se encuentran establecidos en la norma, lo que no se hace ni cuando se lo cumple ni cuando se la incumple, independientemente de la voluntad de las personas de a quienes están dirigidos.

En consecuencia, el artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador establece como garantía normativa de la supremacía constitucional la que establece como obligaciones que todo acto normativo (normas) deben mantener la conformidad con el mandato constitucional, pues caso contrario llevaría a la consecuencia de carecer de eficacia jurídica



(ANE , 2008). Además, es el artículo 84 de la Constitución el que establece que la Asamblea Nacional y otros órganos con potestad normativa tienen la obligación de adecuar de manera formal o material las leyes y demás normas jurídicas a la supremacía constitucional, respetando los derechos constitucionales y tratados internacionales (ANE , 2008).

Entre algunos casos de la declaratoria de inconstitucionalidad tenemos, por ejemplo; la inconstitucionalidad del artículo 257 del Código Civil que prescribía como plazo máximo de diez años para demandar o intentar una acción de paternidad, una vez que el hijo haya cumplido 18 años (Corporación de Estudios y Publicaciones, 2003). En este mismo sentido, como otro ejemplo tenemos la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 581 del Código de Trabajo porque el derecho de contradicción se encontraba violentado, incluido el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva (Congreso Nacional, 2005).

De acuerdo a lo prescrito en el artículo 88 de la Constitución de la República del Ecuador que manifiesta:

Art. 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial... (ANE , 2008, pág. 28)

Establece que la acción de protección tiene por objeto el amparo de derechos constitucionales vulnerados por actos de cualquier autoridad pública con la característica de que no sea judicial. Es decir, actos de todo tipo de autoridad pública en donde podría quedar incluido los actos normativos, más sin embargo es la propia Corte Constitucional del Ecuador la que establece en su sentencia número 072 – 10 – SEP – CC, que en el Acuerdo Ministerial número 00187, que si bien tiene el carácter de acto normativo no es menos cierto que no se

puede efectuar un control de constitucionalidad bajo la figura de acción de protección, toda vez que, los jueces ordinarios no están facultados, no gozan de competencia para realizar un control de inconstitucionalidad.

2.7 Control constitucional de actos administrativos con efectos generales

El acto administrativo con efecto general debe ser entendido como la actividad jurídica de la función pública, sobre cuestiones o asuntos de carácter particular y concreto, pero que el mismo está dirigido a un número indeterminado de personas, lo que la lleva a considerar como de carácter general.

En este sentido, de conformidad con lo prescrito en el artículo 88 de la Constitución de la República del Ecuador, al contener el termino genérico de “actos” daría entender que no se refiere únicamente a los actos administrativos, sino cualquier acto que emane del sector público, como son los actos administrativos de carácter general (ANE , 2008). En consecuencia, de conformidad a lo señalado en el artículo 41 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, refuerza el criterio jurídico de que la acción de protección procede en contra de todo tipo de acto u omisión que provenga de una autoridad pública que no tenga el carácter de judicial que constituya en una violación o haya generado la violación de un derecho, por lo que la acción de protección permite realizar un control de constitucionalidad de los actos efectuados por las autoridades públicas no judiciales (ANE, 2009).

Sin embargo, la nueva posición considera que un acto será normativo o administrativo, en tanto y en cuanto, creen derechos o no, en donde no se toma en consideración si sus destinatarios son una generalidad o una particularidad (Acción por Incumplimiento, 2009).

Así mismo, la Corte Constitucional a través de los procesos de selección y revisión, tiene la facultad de dejar sin efecto y validez jurídica, con efecto inter partes aquel acto administrativo que tiene como origen una acción constitucional directa.

2.8 Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de los actos normativos y actos administrativos con efectos generales

La declaratoria de inconstitucionalidad tanto de los actos normativos como de los actos administrativos tienen como consecuencia efectos similares. Es decir, la declaratoria de inconstitucionalidad lleva como tema decidendum la invalidez del acto normativo o administrativo, lo que lleva a la consecuencia jurídica de su derogatoria, y en forma consecuente, la expulsión del marco legal.

Agregado a ello, las sentencias dictadas en este tipo de acciones, generan el efecto de cosa juzgada con carácter de irretroactivos, salvo excepciones, de conformidad a lo prescrito en el artículo 95 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En particular, la acción pública de inconstitucionalidad, tiene una gran cantidad de filtros, que impiden que precisamente se haga un uso abusivo de esta acción, toda vez que, en caso de existir un caso en el cual se haya rechazado la acción, y que luego se pretenda una nueva demanda en contra de la misma norma, no procedería por cuanto esta ya ha sido objeto de un control integral.

2.9 Las sentencias atípicas modulatorias

Las sentencias atípicas modulatorias son mecanismos de control de constitucionalidad abstracto que generalmente son usadas por la hermenéutica constitucional que a nivel internacional ha tenido una importancia clave para salvar duras inconsistencias normativas. Siendo así, este mecanismo permite también pacificar y no recrudecer los conflictos en materia



constitucional que de alguna manera se hayan generado desde la emisión de los mismos (Acción Pública de Inconstitucionalidad, 2010).

2.10 Cuando procede una acción pública de inconstitucionalidad

De conformidad con la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional la acción pública de inconstitucionalidad respecto del contenido de una ley, se lo puede hacer en cualquier momento, lo que quiere decir que la acción es imprescriptible, en tanto y en cuanto, se refiera al contenido material de la norma, porque de tratarse la demanda de acción pública de inconstitucionalidad por el carácter formal de la creación de la norma, la acción prescribe en el plazo de un año desde la fecha en la cual entro en vigencia la norma, teniendo entonces de esta manera el carácter de prescriptible (Armijos, 2020).

En tanto que, de tratarse del carácter material de la norma no podría subsistir en el ordenamiento jurídico una norma cuya esencia, cuyo objeto que regula puede ser contrario con la norma constitucional.

2.11 La acción pública de inconstitucionalidad de una norma que viola el debido proceso y el derecho a contar con el tiempo y con los medios necesarios para la preparación de la defensa

La Constitución del 2008, por tener un carácter eminentemente garantista, le da una serie de garantías, esto es, le habilita el ejercicio con el objeto de recuperar los derechos a través de las llamadas garantías jurisdiccionales como son la acción de protección etc., Agregado a ello, existen otro tipo de garantías como las normativas o las institucionales que viene en representación de políticas públicas (Armijos, 2020).

En consecuencia, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 84 de la Constitución de la República del Ecuador que se refiere a las garantías normativas y que establece que toda

autoridad con potestad normativa debe adecuar sus contenidos formal y material a lo que establece el texto constitucional. Es por ello que, si el texto constitucional señala como derechos o como garantías del debido proceso a que las personas cuenten con el tiempo y con los medios necesarios para la preparación de la defensa y, además de eso establece otro tipo de principios tendientes a proteger el debido proceso; cualquier disposición que contradiga esos preceptos generalmente contenidos en el artículo 76 y 77 de la Constitución, estarían materialmente viciados de inconstitucionalidad y, por lo tanto, podrían ser demandados o impugnados a través de una acción pública de inconstitucionalidad (Armijos, 2020).

Es por ello que, para algunos juristas que consideran que al ser la reformulación de cargos inconstitucional por violar el derecho a contar con el tiempo y con los medios necesarios para la preparación de la defensa sería factible que se la deje sin validez jurídica a través de una acción pública de inconstitucionalidad, por violar el contenido material de la norma constitucional, lo que sería imprescriptible.

2.12 La norma de carácter orgánico que viole el principio de igualdad entre las partes procesales puede ser declarado inconstitucional

En estricto sentido, el carácter orgánico u ordinario de la norma es lo de menos, inclusive puede ser una norma de menor jerarquía. El condicionante es que contradiga un precepto establecido en la Carta Magna. Entonces, si es que el supuesto es contradictorio, no permite la igualdad de armas en el marco de un proceso, tendría la potencialidad de ser demandada a través de una acción pública de inconstitucionalidad, desde luego hay que revisar en cada caso concreto de qué forma, cómo el contenido y la interpretación de esa norma jurídica termina contradiciendo la Constitución, porque en todos los casos es necesario establecer en virtud del principio pro legislatore, que lo último que se tiene que hacer como norma jurídica es expulsarla del ordenamiento jurídico (Armijos, 2020).

Siendo así, tanto la labor del abogado como de los jueces no es descartar de plano las normas jurídicas, sino ver de qué forma éstas podrían mantenerse vigentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano aun inclusive a través de una interpretación conforme con la Constitución.

Analizado desde esta perspectiva, es procedente la acción pública de inconstitucionalidad en contra del artículo 596 del Código Orgánico Integral Penal que contempla la reformulación de cargos, por considerarse que es violatoria al principio de igualdad que deben gozar las partes procesales, esto es, entre la fiscalía general del estado y la persona procesada (defensa técnica).

2.13 Norma con apariencia de inconstitucional y remedios procesales alternativos a la acción pública de inconstitucionalidad.

Detrás de la creación de cada norma jurídica existe un proceso democrático bastante complejo, aquello se observará en la Constitución que establece que, para proponer un proyecto de ley incluso siendo asambleísta, va a necesitar el apoyo con más firmas de otro grupo de asambleístas, esto es, mínimo de cinco para presentar un proyecto de ley (Armijos, 2020).

En consecuencia, para que un ciudadano pueda llegar a la asamblea nacional es un proceso democrático bastante complejo, así mismo los proyectos de ley los puede proponer el presidente de la república, determinadas instituciones públicas en el ámbito de sus competencias, lo pueden hacer los ciudadanos con la firma de un cierto porcentaje del padrón electoral debidamente registrado. Es decir, en la sola creación de la ley, hay un proceso democrático bastante complejo de desarrollar solamente para presentar el proyecto de ley, después nuevamente se tiene que activar un proceso, de alguna forma complejo, porque se tiene que contar con informes de la comisión legislativa respectiva, además de eso tiene que pasar un primer debate, un segundo debate, una objeción presidencial, una posible nueva aprobación, un posible control de constitucionalidad (Armijos, 2020).

Inclusive, si es que el presidente llegará a estimar, que, dentro de ese proyecto hay inconstitucionalidades; es un proceso bastante engorroso, por ese motivo no se puede acusar de entrada a una norma de inconstitucional, se presume que el legislador actúa motivado o inspirado en desarrollar los contenidos de la Constitución, no se presume lo contrario, se presume que él quiere hacer que los preceptos de la Constitución puedan ser eficaces en la práctica gracias al desarrollo de la legislación. Es por eso que, cuando se demanda una acción pública de inconstitucionalidad, la declaratoria es una cuestión de ultima ratio porque significa que un grupo minoritario de jueces, inclusive menos democrático que la Asamblea Nacional, termine sacando de la vida jurídica a una norma que ha tenido que seguir un proceso bastante complejo (Armijos, 2020).

Entonces los remedios procesales están dados por la misma ley, se establece que primero se debe procurar una interpretación conforme de esa ley que se demanda de inconstitucional respecto de los preceptos de la Constitución. En ese sentido, se han dado casos en los que la Corte Constitucional dice “esta ley se entenderá constitucional siempre y cuando se la intérprete de la siguiente manera” entonces dejan vigente la ley, pero bajo cierta forma de interpretación (Armijos, 2020).

En consecuencia, esos son los remedios procesales que nos ofrece la propia legislación, de tal forma que lo último, que, en el peor de los casos, en realidad sea la acción de inconstitucionalidad de una norma.

2.14 El rol de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional del Ecuador en ejercicio de la atribución de la acción de inconstitucionalidad debe cumplir con dos objetivos de carácter fundamental; el primero que se concreta en salvaguardar y defender el principio de la supremacía de la Constitución, y en

consecuencia el otro objetivo es proteger los derechos, las garantías, y además las libertades públicas (Acción Pública de Inconstitucionalidad, 2017).

3. La validación y la respectiva evaluación de los resultados de la aplicación

- a) La metodología que se ha utilizado dentro de la presente investigación está basada en la metodología cualitativa y cuantitativa, con mayor realce en los hechos que se han investigado;

Es por ello que, los métodos utilizados son los siguientes:

- 1) Método Analítico sintético; se realiza un análisis de los hechos que se encuentran dispersos, pero bajo un sistema que unifica, lo que permite que se tenga mayor comprensión tanto particular como general, respecto de todo escenario de discusión.
- 2) Método deductivo; Toda vez que, se realizará un análisis desde lo general a lo particular.
- 3) Método Historico – Sociológico; se realiza un análisis del origen y el desarrollo de la reformulación de cargos en el Ecuador, que tiene la característica de ser eminentemente nueva.

b) Técnicas

- 1) Se encuesta a 100 profesionales del derecho
- 2) Se entrevisto a 1 ex juez de garantías penales
- 3) Se entrevisto 3 abogados en libre ejercicio de la profesión y académicos.

Entrevistas realizadas a abogados en libre ejercicio de la profesión y académicos.



1.- ¿Considera usted, que, el Código Orgánico Integral Penal es fiel reflejo de lo establecido en el Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador, ¿cuándo prescribe que el Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia;

Respuesta Dr. Pedro Andrés Crespo;

“No, Existen instituciones de carácter procesal y sustantivo que afectan al debido proceso y al derecho a la presunción de inocencia.”

Respuesta Dr. Simón Valdivieso Vintimilla;

“No, El COIP reviste visos de inconstitucionalidad, no responde a un Derecho Penal Mínimo, por ejemplo, hay acumulación de penas hasta 40 años; no hay salidas alternativas.”

Respuesta Dr. Felipe Rodríguez Moreno;

“Creo que es importante que recordemos todos cuál es la finalidad de la Constitución. La finalidad de la Constitución de Montecristi tuvo el pequeño error de querer ser desarrolladora del derecho cuando no debería serlo, sino estructuradora del derecho, que es algo diferente. Justamente cuando una constitución tiende, o al menos debe tender a estructurar el derecho, permite que sean las normas de un rango evidentemente jerárquico inferior las que desarrollen los mandatos constitucionales.

En sí, lo que diga una constitución suele ser muchas veces letra muerta porque la constitución, si bien la de la República del Ecuador ya no se llama constitución política, sigue siendo un texto político que tiene una carga ideológica que, además de esta carga ideológica, sigue siendo un traje demasiado grande para quien debe llevarlo, que es el Ecuador. Entonces se postulan o se legislan disposiciones constitucionales que no siempre son aplicables.



En el caso que es el específicamente penal tenemos que pensar siempre que las garantías constitucionales no son absolutas, de hecho, sostengo que ninguna garantía constitucional es absoluta, podría ser que me equivoque, por ahí hay alguna, voy a darte un ejemplo.

Si la Constitución te habla de la inviolabilidad del domicilio, sin embargo, el COIP me permite violar tu domicilio si es que tengo una orden de allanamiento debidamente motivada del juez competente; lo mismo me va a pasar con la inviolabilidad del intimado de las comunicaciones, yo puedo violarlas con intervención telefónica, la única que no voy a poder violar nunca es la comunicación entre un abogado y su cliente, porque se estaría vulnerando otro derecho que es el de poderse defender.

Incluso sostengo que la inviolabilidad de la vida tiene sus excepciones, tú también puedes matar, se llama “legítima defensa”, la propia norma te permite hacerlo, entonces, lo que el COIP debe tender a hacer es desarrollarse libremente siempre con respeto a la Constitución, no irse contra ella; tienes en la normativa ecuatoriana, creo yo, otras leyes que van contra la Constitución, pero que también se aplican en materia penal, por ejemplo, si revisas la normativa que regula Inmovilizar, que ya dijo el presidente de la república que Inmovilizar pasará a un ministerio, si tú revisas, cuando tienes casos de lavado de activos, si es que te incautan o secuestran tus bienes pueden usarlos, es decir, el día de mañana alguien te denuncia por lavado de activos, incautan tu auto y tu auto lo utiliza un policía para hacer operativos de drogas en la frontera, gasta kilometraje, lo choca, lo usa e incluso lo puede vender, tal vez te declaren inocente en el camino, y ¿qué pasa cuando te declaran inocente?, tienen que devolverte el valor de los bienes o los bienes más la depreciación, o devolverte el valor, lo cual es absolutamente inconstitucional; el Estado dispone de tus bienes y los malvende o los destruye y posteriormente te responde, yo creo que hay otra normativa inconstitucional, y la culpa de que exista una normativa inconstitucional es de los ciudadanos, más que nada de los abogados, porque



nosotros vivimos diciendo que algo es institucional o no, y de eso nos jactamos al decir “esa norma es inconstitucional”, con eso no hacemos nada, nos falta algo llamado activismo, y ese activismo debería llevarnos y guiarnos evidentemente a presentar demandas de inconstitucionalidad, no lo hacemos pero deberíamos empezar a hacerlo.”

2.- ¿Es usted de la opinión o criterio que la Reformulación de Cargos prevista en el Código Orgánico Integral Penal es Inconstitucional?

Respuesta Dr. Pedro Andrés Crespo;

“Si, sería únicamente inconstitucional por afectar el derecho a la defensa únicamente en los casos que se cambia a un tipo penal que no coincida en nada en relación a la tipicidad objetiva del tipo penal por el que se formuló cargos”

Respuesta Dr. Simón Valdivieso Vintimilla;

“Si, se vulnera el derecho a la defensa. El sistema penal está al servicio de una de las partes como es la Fiscalía, vulnerándose el principio de igualdad, por ejemplo.”

Respuesta Dr. Felipe Rodríguez Moreno;

“Ya que lo planteas así, nunca me he sentado a analizar si realmente podría llegar a un nivel de inconstitucionalidad, me imagino que sé por dónde quieres ir, quieres ir también por un tema del tiempo, “me he pasado defendiendo toda la investigación previa y me he defendido durante 86 días en instrucción fiscal del delito A y de repente me dicen que ha sido el delito B”; creo que eso genera indefensión, evidentemente la genera, pero también la genera la vinculación, es decir, si tú vas a sostener que la reformulación de cargos te genera indefensión y por lo tanto está violentando el Artículo 76 #7 de la Constitución, vas a tener que decir lo mismo de la vinculación porque es muy posible que haya un caso en el cual yo nunca fui sospechoso, a mí nunca me procesaron, pero por información relevante obtenida en instrucción fiscal deciden



procesarme; digamos que al último día me vinculan a una instrucción fiscal y tengo 30 días para defenderme mientras el resto tuvo 2 años para hacerlo, eso también sería inconstitucional, en ese caso.

Sí, ya que lo planteas así, vulnera el derecho a la defensa, es un mecanismo que tiende a no querer no hacerlo porque te dicen “como no te puedo cambiar el tipo voy a tener una norma específica que me permite reformularte cargos y me permite informarte cuál es el nuevo tipo penal”. Ahora bien, yo creo que cada caso, porque aquí sí que tenemos que analizar la norma en abstracto y en concreto, creo que cada caso va a depender.

Qué pasa, te lo planteo a ti, si es que te estás defendiendo de un robo, porque te formularon cargos por un robo y te reformulan cargos a un hurto; esto no viola el principio congruencia, los hechos son los mismos, de hecho, la base de tu defensa es defenderte que no hubo sustracción de un bien ajeno, que no te llevaste eso, que no hubo dolo, que hubo un error de tipo, no sé, lo que quieras que estés defendiendo; y qué pasa si en la reformulación te reformulan porque tu muy buena defensa demostró que no hubo violencia, fuerza o intimidación, por lo tanto no ha sido robo, sino hurto porque aún a criterio de fiscalía no logras desvirtuar la sustracción.

Yo no le veo inconveniente, ahí no le veo inconstitucionalidad, porque te has defendido de los mismos hechos, te lo pongo igual de la siguiente manera, qué pasa si te has estado defendiendo de un asesinato y te reformulan por homicidio, ¿puedes decir que estás en indefensión?, para nada, antes de atacar a los elementos constitutivos del asesinato en una defensa al menos deberías querer atacar a la materialidad, y la materialidad es la misma, “yo no estuve ahí, yo no le acribillé, yo no le degollé”, sigue siendo la misma teoría; y también te puede pasar en tipos penales diversos, puede ser que te estés defendiendo de un hecho concreto que te formulen



cargos por peculado pero no ha sido peculado sino cohecho o concusión, siempre digo que normalmente para cometer peculado, no siempre tienes que tener un cohecho.

Qué pasa si es que te dicen que ha sido estafa y te reformulan por abuso de confianza, y me voy a otro tipo penal, qué pasa si es que me están siguiendo por estafa pero no ha sido estafa sino solo falsificación documental, qué tal que a mí me decían que el delito medio para cometer la estafa era falsificar documentos para atribuirme falsas calidades y yo logro desvirtuar que haya engañado o inducido rolo a otra persona, perfecto, pero eso no me quita que yo haya falsificado documentos, y tuve todo ese tiempo para defenderme de la falsificación de documentos porque era mi medio para cometer estafa, parte del elemento del tipo, forma de ofrecer una quimera.

Ve, nunca lo había pensado pero esta respuesta se me acaba de ocurrir, y es violatorio al derecho de la defensa siempre y cuando viole el principio de congruencia, es decir, me defendía de algo y me terminan acusando de algo diferente, pero mientras los hechos y lo fáctico se mantengan igual, para mí no existe una violación al derecho a la defensa, ahora, si es que tu tesis o tu tendencia es si es que la reformulación de cargos en abstracto es inconstitucional, la respuesta es sí; si es que lo preguntas en concreto, la respuesta como siempre es que depende.”

3.- ¿Opina usted que la Reformulación de Cargos afecta al debido proceso o el derecho de defensa de los sujetos procesales en el procedimiento directo y procedimiento ordinario previsto en el Código Orgánico Integral Penal?

Respuesta Dr. Pedro Andrés Crespo;

“Si, considero que afectaría únicamente en el procedimiento directo por tener una etapa de “instrucción fiscal” extremadamente corto.”

Respuesta Dr. Simón Valdivieso Vintimilla;

“Si, ya está contestado.”



Respuesta Dr. Felipe Rodríguez Moreno;

“Exactamente lo mismo, creo que la diferencia entre los penalistas y los civilistas es que nosotros no nos estamos perdiendo en la supra petita, extra petita, infra petita, es decir, la única vez que eso va a suceder es en delitos de acción privada o en un procedimiento expedito, cuando no es el Estado el que está ahí.

Si te das cuenta te lo armo como camino, yo soy una persona humilde que no conoce derecho y digo “este señor me robó”, pero al investigar el fiscal se da cuenta que no ha sido un robo sino una estafa, pero que el vocabulario de una persona dice “robo”, este fiscal se va por determinado delito, se va por esa estafa y demuestra que para estafar falsificaste documentos , a los jueces no les convence la estafa pero sí la falsificación de documentos y condenan por eso, para mí no hay inconstitucionalidad.

Para mí no es inconstitucional cuando en un tribunal penal, con el mismo ejemplo, que me ha sucedido, tuve un tribunal penal en el que estuve al otro lado acusando, y mi contraparte fue muy inteligente y logró desvirtuar con un muy buen contrainterrogatorio el perito medicinal legal las lesiones, las destruyó a las lesiones, y era mi única prueba de violencia, perdón, me confundí de delito, quise reformular un robo y un hurto; logró demostrar que no hubo lesiones, y yo qué logré demostrar como acusador particular, que sí hubo sustracción de bienes ajenos y de forma dolosa, ¿por qué delito estaba defendiendo?, por robo, ¿qué hizo el tribunal?, “muy bien, se ha desvirtuado los elementos constitutivos del robo, pero no del hurto, por lo tanto, condena por hurto”. La pregunta es ¿me pude yo defender alguna vez del hurto?, evidentemente, en el caso de él, ¿hubo una defensa de hurto?, sí, se defendió el hurto porque es sustraer, lo único que hizo fue eliminar elementos constitutivos de un delito más grave.

Para mí no es inconstitucional cuando te condenan por otro delito, pero tiene que ser congruente, evidentemente si me voy a defender de una estafa no me pueden condenar por



lesiones, si me voy a defender de daño ambiental no me pueden decir que fue femicidio, es decir, siempre enfócate en esto, aparte del derecho, mientras yo me haya podido defender de los hechos, estoy dentro de una defensa global, al punto de que un buen abogado penalista siempre dice que esto es un ajedrez, si es que desvirtúo esto entonces caigo en esto, y si desvirtúo esto entonces se demuestra que cometí este otro delito. También parte de la defensa es saber que salvarte de una cosa es que te condenen por otra, pero tiene que ser congruente.

Vas a encontrar criterios absolutamente diversos que dicen “yo me defiando de lo que me acusan” pero no te olvides nunca de algo, tú te defiendes de hechos y esos hechos te defiendes y tienes que saberlos utilizar porque justamente tu estrategia de defensa es que no estén sumidos dentro de un tipo penal , que no se adecúen a la norma , esa es tu estrategia , pero para que demuestres que esos hechos no se adecúan a esa norma quiere decir que te defiendes de esos hechos, no te defiendes del tipo penal, te defiendes de los hechos para demostrar que no se adecúan al tipo penal, pero el tipo penal está ahí , lo que tú desvirtúas son los hechos no el tipo.”

4.- ¿Qué opinión le atribuye usted, que, la Reformulación de Cargos viola el derecho a contar con el tiempo y con los medios necesarios o adecuados para la preparación de la defensa del justiciable, ¿en la realidad practica es posible contar con aquellos?

Respuesta Dr. Pedro Andrés Crespo;

“Si, como manifesté en la pregunta anterior considero que se viola a contar con el tiempo necesario únicamente en el procedimiento directo. Pero nunca me ha ocurrido que en un caso en el ejercicio acontezca que me han reformulado cargos en procedimiento directo.”

Respuesta Dr. Simón Valdivieso Vintimilla;



“No, no va por ahí. Existe la vulneración al derecho a la defensa en estricto sentido. La imputación fiscal es de hechos y calificación jurídica. La persona desde la audiencia de formulación de cargos se defiende de esa imputación.”

5.- ¿En qué medida, considera usted que la Reformulación de Cargos prevista en el Código Orgánico Integral Penal afecta el principio de congruencia entre la acusación y la sentencia?

Respuesta Dr. Pedro Andrés Crespo;

“No, no considero que haya afectación al principio de congruencia, más bien en el derecho de defensa como ha quedado expuesto.”

Respuesta Dr. Simón Valdivieso Vintimilla;

“No, la acusación nace sobre la base de la imputación (formulación de cargos y reformulación de cargos). El juicio se abre sobre la base de la acusación fiscal.”

6.- ¿Cuál es su criterio, respecto de que el cambio sorpresivo de la calificación jurídica de los hechos en la reformulación de cargos es inconstitucional?

Respuesta Dr. Pedro Andrés Crespo;

“Vulnera los derechos establecidos en el art 76 número 7 letras a, b, c y h de la Constitución de la República del Ecuador.”

Respuesta Dr. Simón Valdivieso Vintimilla;

“He comentado se vulnera el derecho a la defensa. Históricamente en el Derecho Procesal Penal ecuatoriano no ha existido esa figura.”



7.- Desde su opinión, ¿cuál sería el procedimiento legal correcto para solicitar la inconstitucionalidad de la Reformulación de Cargos contemplada en el Código Orgánico Integral Penal?

Respuesta Dr. Pedro Andrés Crespo;

“Reforma de ley.”

Respuesta Dr. Simón Valdivieso Vintimilla;

Los caminos previstos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Un juez garantista (Art. 1 CR) ya debió haberlo hecho.

Respuesta Dr. Felipe Rodríguez Moreno;

“Creo que es sano que exista una reformulación de cargos y también una vinculación, justamente porque recuerda que tienes un principio de conexidad que es el Artículo 406, que dice que cuando es básicamente el mismo caso debes llevarlo dentro del mismo caso. ¿Qué recomendaría yo? mi respuesta legislativa es no suprimir la reformulación de cargos, sino incrementar el tiempo de defensa.

Entonces, si es que vas a reformular cargos demos un tiempo, aunque sea de seis meses más para defenderse. Piensa siempre en algo, ¿de qué se queja al que le reformulan?, se queja de la falta de tiempo, igual que al que le vinculan. ¿Cómo solucionas la indefensión? otorgando el tiempo, entonces no hagas que la instrucción tenga el máximo tiempo de duración de 120 días y haz con instrucción, cuando haya esos casos, que tengan una duración extra, no máxima, desde que se reformula, de 180 días más. Creo que sería un tiempo absolutamente adecuado para defenderse.”

Entrevista realizada a abogado litigante en materia constitucional.



1.- ¿Cuándo se debe demandar la inconstitucionalidad de una norma?

Respuesta Dr. Damián Armijos Álvarez;

“De acuerdo con la ley de garantías jurisdiccionales, el control abstracto de constitucionalidad respecto al contenido de alguna ley puede demandarse en cualquier momento, diríamos que la acción pública de inconstitucionalidad es una acción imprescriptible, siempre que lo que estemos impugnando sea el contenido material de la norma, porque si se tratara de una acción de inconstitucionalidad con el procedimiento o por el carácter formal de creación de la norma, esta acción prescribe en el plazo de un año calendario contado a partir de la fecha en que entró en vigencia dicha norma, entonces, por cuestiones de procedimiento o por cuestiones formales, diríamos que es una acción que prescribe en un año, y por cuestiones de fondo o de materiales es una acción imprescriptible porque se entiende que no podría subsistir en el ordenamiento jurídico una norma cuya esencia, cuyo objeto que regula pueda ser contrario con el máximo rango normativo que tiene la constitución.”

2.- ¿Quiénes están facultados para presentar o interponer una acción pública de inconstitucionalidad?

Respuesta Dr. Damián Armijos Álvarez;

“De acuerdo con el artículo 86 de la constitución, aun cuando este artículo no hace referencia específica, o digamos, que regula específicamente a las garantías jurisdiccionales en las que no estaría la acción de inconstitucionalidad, sin embargo, el carácter de esta acción es abierto para que cualquier persona que tenga interés en demandar la inconstitucionalidad de una norma pueda hacerlo, en ese sentido decimos que precisamente es una acción pública porque cualquier persona, por sus propios derechos o en representación de una colectividad, pueblo o nacionalidad, podría proponer la acción de inconstitucionalidad dando vida a este principio de

la acción popular a partir del cual se entiende que existe un interés difuso en una ciudadanía para que pueda deducir este tipo de acciones en cualquier momento.”

3.- ¿Se podría plantear una acción pública de inconstitucionalidad si es que una norma viola el derecho a contar con el tiempo y los medios necesarios para la preparación de la defensa y, agregado a esto, en general, si es que viola el debido proceso?

Respuesta Dr. Damián Armijos Álvarez;

“Sí, por supuesto, es importante tener en cuenta que el carácter garantista de la constitución del 2008 le da en virtud una serie de garantías, valga la redundancia, en el sentido de que se habilita el ejercicio de recuperar los derechos a través de ciertas garantías como las jurisdiccionales, como la acción de protección, etc., además, existen otro tipo de garantías como las normativas o las garantías institucionales que se reflejan en las políticas públicas. Cuando nos referimos a las garantías normativas debemos hacer referencia a lo que establece el artículo 84 de la constitución que precisamente señala que toda autoridad con potestad normativa debe adecuar sus contenidos formal y materialmente a lo que establece el texto constitucional, en ese contexto, diríamos que si el texto constitucional señala como derechos o como garantías del debido proceso a que las personas cuenten con el tiempo y los medios necesarios para la preparación de la defensa y, además de eso establece otro tipo de principios pendientes a proteger el debido proceso; cualquier disposición que contradiga esos preceptos generalmente contenidos en el artículo 76 y 77 de la constitución estarían materialmente viciados de inconstitucionalidad y, por lo tanto, tienen la susceptibilidad de ser demandados o impugnados a través de una acción pública de inconstitucionalidad.”

4.- Se podría indicar, si es que una norma de carácter orgánico, como por ejemplo una norma de código orgánico integral penal, violenta el principio de igualdad entre las partes

procesales, es decir, entre la persona procesada y fiscalía, ¿si no hay igualdad entre ellos también se podría demandar la inconstitucionalidad?

Respuesta Dr. Damián Armijos Álvarez;

“consideraría que sí, el carácter orgánico u ordinario de la norma es lo de menos, inclusive puede ser una norma de menor jerarquía, el condicionante es que contradiga un precepto establecido en la constitución, entonces estimaría, si es que el supuesto es contradictorio, no permite igualdad de armas en el marco de un proceso, entonces tendría la potencialidad de ser demandada a través de una acción pública, desde luego hay que revisar en cada caso concreto de qué forma, cómo el contenido y la interpretación de esa norma jurídica termina contradiciendo la constitución, porque en todos los casos es necesario establecer en virtud del principio pro legislatore que lo último que se tiene que hacer como norma jurídica es expulsarla del ordenamiento jurídico, en ese sentido, tanto la labor del abogado como de los jueces no es descartar de plano las normas jurídicas, sino ver de qué forma éstas podrían mantenerse vigentes aun inclusive a través de una interpretación conforme con la constitución.”

5.- : Usted ha manifestado de que al ser o al afectar las garantías del debido proceso, sobre todo el derecho a contar con el tiempo y los medios necesarios en principio de igualdad, se estaría hablando de una norma inconstitucional en el ámbito material ¿Eso daría a entender que esta acción sería imprescriptible?

“Sí, sí, en cualquier momento porque en ese sentido podría estar viciada de inconstitucionalidad, por supuesto, porque en ese sentido estamos haciendo referencia a un precepto de la norma que de alguna forma tiene que desarrollar lo que establece la constitución de contar con el tiempo y los medios de defensas necesarios para la defensa de una persona en el marco del debido proceso, si esto no es posible porque así lo establece una norma, entonces



claro, ahí si estamos en el escenario de que materialmente esa norma podría ser contraria a la constitución.”

6.- De manera general ¿cuáles serían los requisitos para plantear una demanda o acción pública de inconstitucionalidad?

Respuesta Dr. Damián Armijos Álvarez;

“De forma general, esta misma ley de garantías jurisdiccionales que establece los requisitos no consideraría que se tiene que agregar nada de lo que establece la ley en ese sentido y, por supuesto, sería necesario simplemente con cumplir con la capacidad suficiente para que una persona pueda ser parte procesal, me explico, aun cuando la acción pública de inconstitucionalidad la puede proponer cualquier persona, se necesitaría tener no solo esta legitimación en la causa, es decir, el interés para demandar, sino también tener la capacidad o la aptitud procesal para poder deducir esta acción, en ese sentido, los menores de edad no podrían hacerlo porque necesitan estar representados, o un socio de una persona jurídica no podría, en nombre de la persona jurídica, presentar la acción de inconstitucionalidad si es que no es su representante legal. A eso nada más agregaría a los requisitos que están previamente establecidos en la ley de garantías jurisdiccionales, que es la identificación del precepto normativo, dando a conocer cuál es su contenido, la identificación de los preceptos en la constitución que serían potencialmente afectados por esta norma y una explicación o argumentación del cómo este precepto normativo que pensamos que es inconstitucional efectivamente contradice a las normas, principios o reglas establecidos en la constitución.”

7.- ¿Existen casos en los cuales una norma que aparentemente parece inconstitucional pero que sin embargo no lo es, ¿cuáles son los remedios que podrían darse a manera general?



Respuesta Dr. Damián Armijos Álvarez;

“Se entiende que detrás de la creación de cada norma jurídica existe un proceso democrático bastante complejo, usted verá que en la constitución establece que, para proponer un proyecto de ley incluso siendo asambleísta, va a necesitar el apoyo con más firmas de otro grupo de asambleístas, me parece que es mínimo de 5 para presentar un proyecto de ley. Para que un ciudadano pueda llegar a la asamblea nacional es un proceso democrático bastante complejo, así mismo los proyectos de ley los puede proponer el presidente de la república, determinadas instituciones públicas en el ámbito de sus competencias, lo pueden hacer los ciudadanos con la firma de un cierto porcentaje del padrón electoral debidamente registrado, es decir, en la sola creación de la ley hay un proceso democrático bastante complejo de desarrollar solamente para presentar el proyecto de ley, después nuevamente se tiene que activar un proceso, de alguna forma complejo, porque usted tiene que contar con informes de la comisión legislativa respectiva, además de eso tiene que pasar un primer debate, un segundo debate, una objeción presidencial, una posible nueva aprobación, un posible control de constitucionalidad, inclusive, si es que el presidente llegara a estimar de que dentro de ese proyecto hay inconstitucionalidades; es un proceso bastante complejo, por ese motivo no podemos acusar de entrada a una norma de inconstitucional, se presume que el legislador actúa motivado o inspirado en desarrollar los contenidos de la constitución, no se presume lo contrario, se presume que él quiere hacer que los preceptos de la constitución puedan ser eficaces en la práctica gracias al desarrollo de la legislación, es por eso que, cuando se demanda una acción de inconstitucionalidad, es la declaratoria es una cuestión de ultima ratio porque significa que un grupo minoritario de jueces, inclusive menos democrático que la asamblea nacional, termine sacando de la vida jurídica a una norma que ha tenido que seguir un proceso bastante complejo, entonces los remedios procesales están dados por la misma ley, se establece que primero se debe procurar una interpretación conforme de esa ley que se demanda inconstitucional respecto

de los preceptos de la constitución, en ese sentido claro que se han dado casos en los que la corte constitucional dice “esta ley se entenderá constitucional siempre y cuando se la intérprete de la siguiente manera”, entonces dejan vigente la ley pero bajo cierta forma de interpretación , entonces esos son los remedios procesales que nos ofrece la propia legislación, de tal forma que lo último, que en el peor de los casos, en realidad sea la norma de inconstitucionalidad de una norma.”

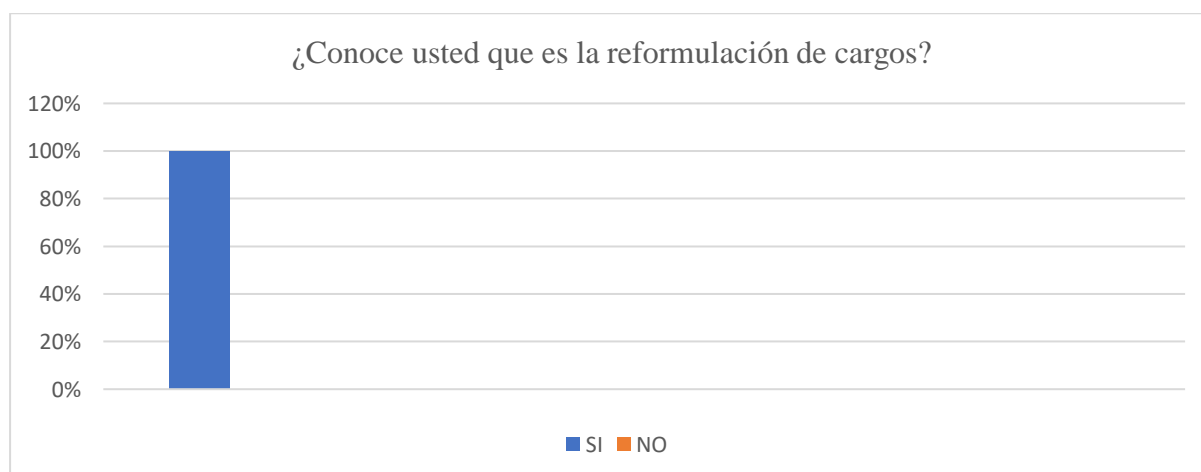
Encuestas realizadas a profesionales del derecho en el área penal.

1.- ¿Conoce usted que es la reformulación de cargos?

Tabla 1. ¿Conoce usted que es la reformulación de cargos?

VARIABLE	RESULTADO	%
SI	100	100%
NO	0	0 %
TOTAL	100	100%

Gráfico 1 ¿Conoce usted que es la reformulación de cargos?



ANALISIS:

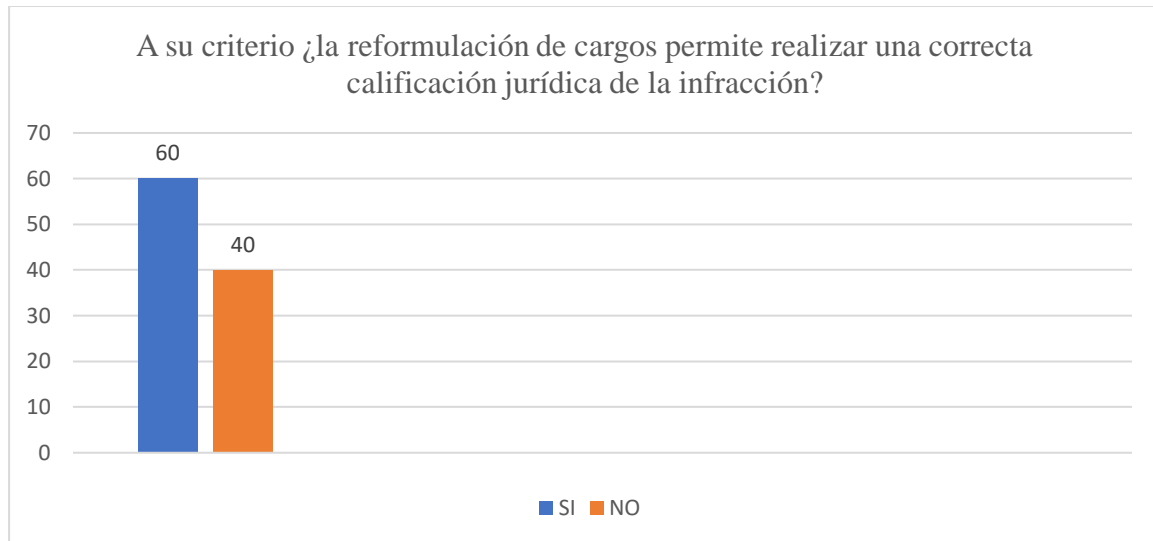
Se encuestó a 100 abogados que ejercen en materia penal, a efectos de determinar si conocen la institución jurídica de la Reformulación de Cargos, porque de no conocer la mentada institución jurídica, mal podrían responder a las preguntas que se formularán en torno a la constitucionalidad o no de esta. Lo que generaría en primer momento que no se pueda llegar a una correcta recolección de datos para la investigación.

2.- A su criterio ¿la reformulación de cargos permite realizar una correcta calificación jurídica de la infracción?

Tabla 2. A su criterio ¿la reformulación de cargos permite realizar una correcta calificación jurídica de la infracción?

VARIABLE	RESULTADO	%
SI	60	60%
NO	40	40%
TOTAL	100	100%

Gráfico 2 A su criterio ¿la reformulación de cargos permite realizar una correcta calificación jurídica de la infracción?



ANÁLISIS:

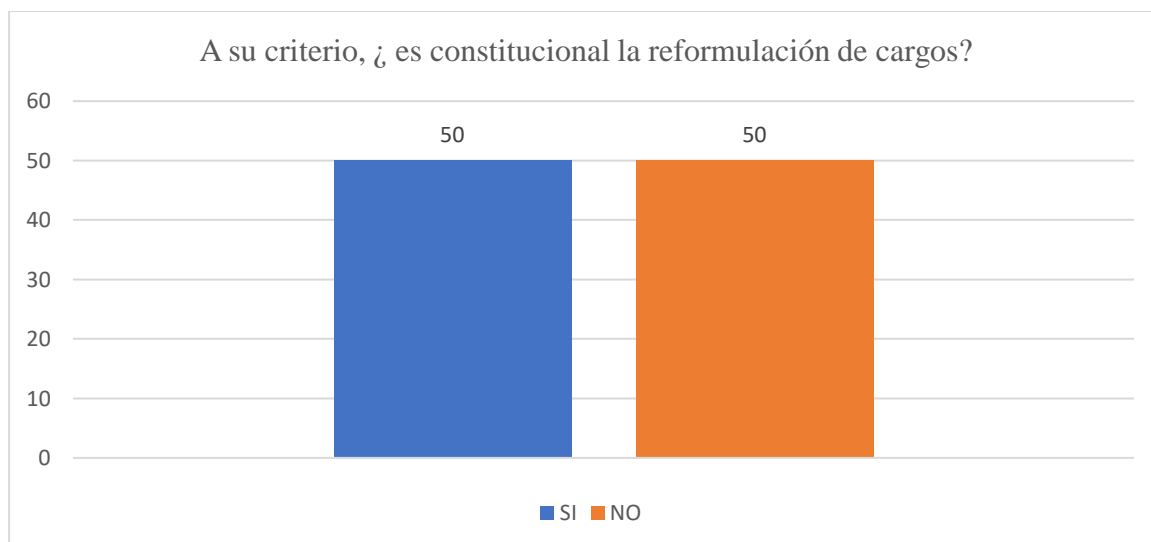
En la encuesta practicada a 100 abogados se desprende que 60 de los mismos considera que la reformulación de cargos permite realizar una correcta calificación jurídica de la infracción, lo que representa al 60%, mientras que 40 abogados consideran que la reformulación de cargos no permite realizar una correcta calificación jurídica de la infracción, que equivale al 40% de los juristas. Lo anterior indica que prevalece el criterio de que la reformulación de cargos permite la realización correcta de la calificación jurídica de la infracción.

3.- A su criterio, ¿es constitucional la reformulación de cargos?

Tabla 3. A su criterio, ¿es constitucional la reformulación de cargos?

VARIABLE	RESULTADO	%
SI	50	50%
NO	50	50%
TOTAL	100	100%

Gráfico 3 A su criterio, ¿es constitucional la reformulación de cargos?



ANALISIS:

50 de los 100 abogados que fueron encuestados, concluyen que la reformulación de cargos es constitucional, lo que equivale al 50%, mientras que, los 50 abogados restantes consideran que la reformulación de cargos es inconstitucional, dando una equivalencia del 50%. Lo anterior determina que existe una postura dividida respecto de la constitucionalidad de la reformulación de cargos.

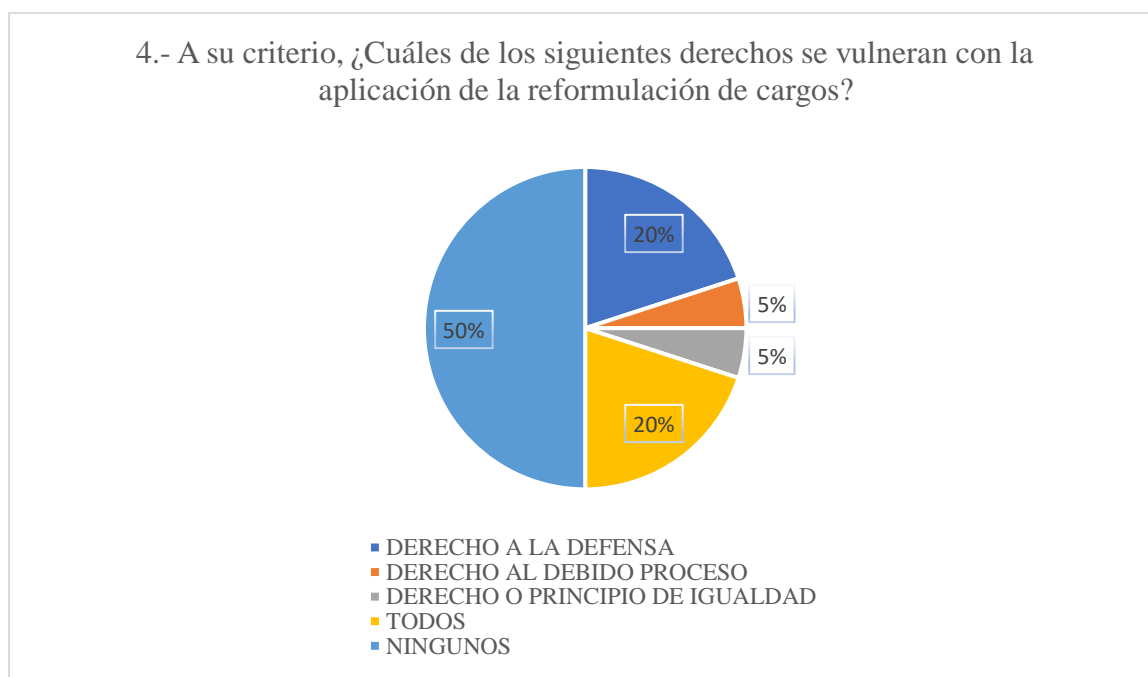
4.- A su criterio, ¿Cuáles de los siguientes derechos se vulneran con la aplicación de la reformulación de cargos?

Tabla 4. A su criterio, ¿Cuáles de los siguientes derechos se vulneran con la aplicación de la reformulación de cargos?

VARIABLE	RESULTADO	%
DERECHO A LA DEFENSA	20	20%
DERECHO AL DEBIDO PROCESO	5	5%

DERECHO O PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE LAS PARTES PROCESALES	5	5%
TODAS LAS ANTERIORES	20	20%
NINGUNA DE LAS ANTERIORES	50	50%
TOTAL	100	100%

Gráfico 4 A su criterio, ¿Cuáles de los siguientes derechos se vulneran con la reformulación de cargos?



ANÁLISIS:

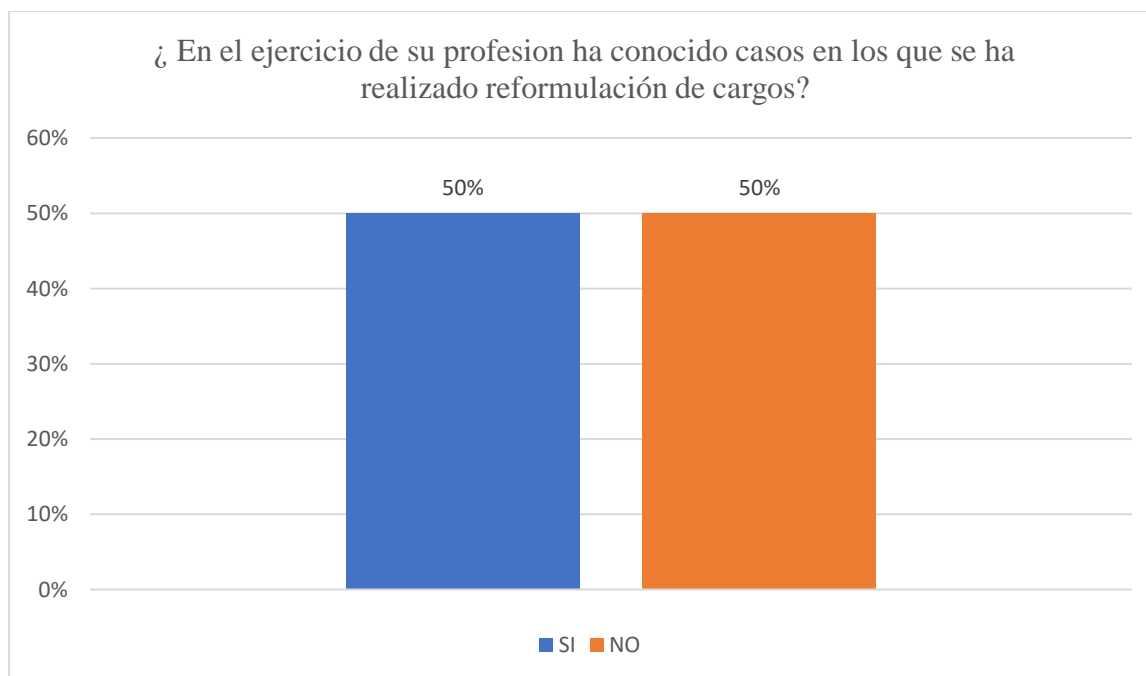
La encuesta se realizó a 100 abogados, de los cuales; los 50 abogados consideran que la reformulación de cargos no vulnera ninguno de los derechos contenidos en la tabla expuesta en la parte superior, lo que equivale al 50%, por otra parte; 20 abogados consideraron que la reformulación de cargos vulnera todos los derechos expuestos en el gráfico circular, lo que equivale al 20% de abogados encuestados. Agregado a ello, únicamente 5 abogados consideran que la reformulación de cargos viola el derecho al debido proceso, lo que equivale al 5%. Los otros 5 abogados consideran que la reformulación de cargos viola el derecho o principio de igualdad de las partes procesales, lo que corresponde al 5% de abogados; dando por consiguiente la totalidad de 100 abogados.

5.- ¿En el ejercicio de su profesión ha conocido casos en los que se ha realizado reformulación de cargos?

Tabla 5. ¿En el ejercicio de su profesión ha conocido casos en los que se ha realizado reformulación de cargos?

VARIABLE	RESULTADO	%
SI	50	50%
NO	50	50%
TOTAL	100	100%

Gráfico 5 ¿En el ejercicio de su profesión ha conocido casos en los que se ha realizado reformulación de cargos?



Análisis:

De las 100 encuestas realizadas a los abogados que ejercen en materia penal; 50 de ellos, indicaron que no han conocido casos en los que se haya realizado la reformulación de cargos, lo que representa un 50% de los encuestados, sin embargo, por el otro lado; 50 abogados indicaron que, si han conocido casos de reformulación de cargos en el ejercicio de su profesión, lo que refleja el otro 50%. Sumado el total de los abogados encuestados dan un total de 100, equivalente, al 100%.

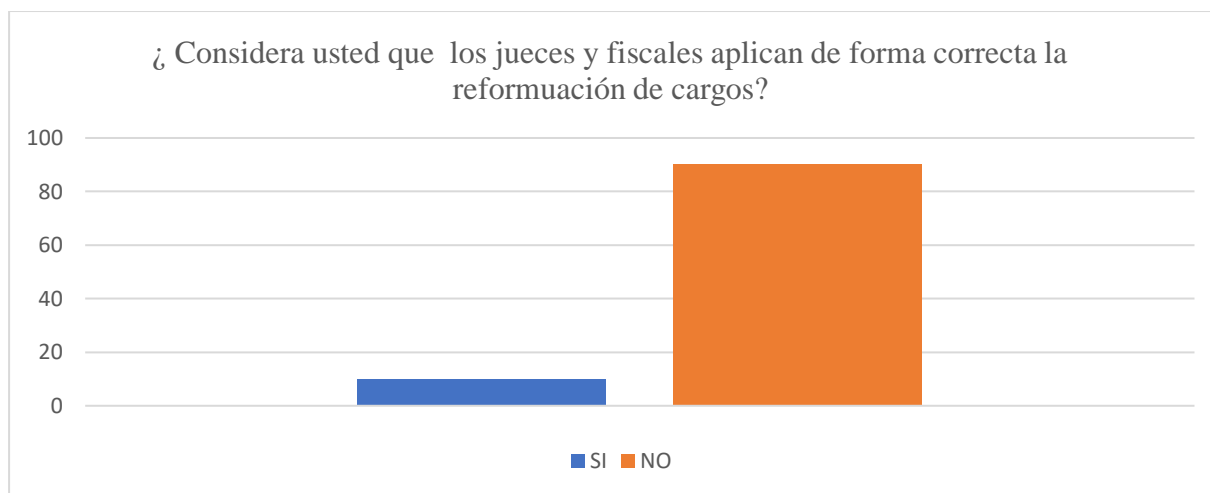
6.- ¿Considera usted que los jueces y los fiscales aplican de manera correcta la reformulación de cargos?

Tabla 6. ¿Considera usted que los jueces y los fiscales aplican de manera correcta la reformulación de cargos?

VARIABLE	RESULTADO	%
SI	10	10%

NO	90	90%
TOTAL	100	100%

Gráfico 6 ¿Considera usted que los jueces y fiscales aplican de forma correcta la reformulación de cargos?



Análisis:

Son 10 abogados que consideran que la reformulación de cargos se aplica de forma correcta por los jueces y fiscales, lo que equivale al 10% de los abogados encuestados, de un total de 100. Por otra parte, 90 abogados consideran que la reformulación de cargos no es aplicada de forma correcta por los jueces y fiscales, lo que equivale al 90% de los profesionales encuestados.

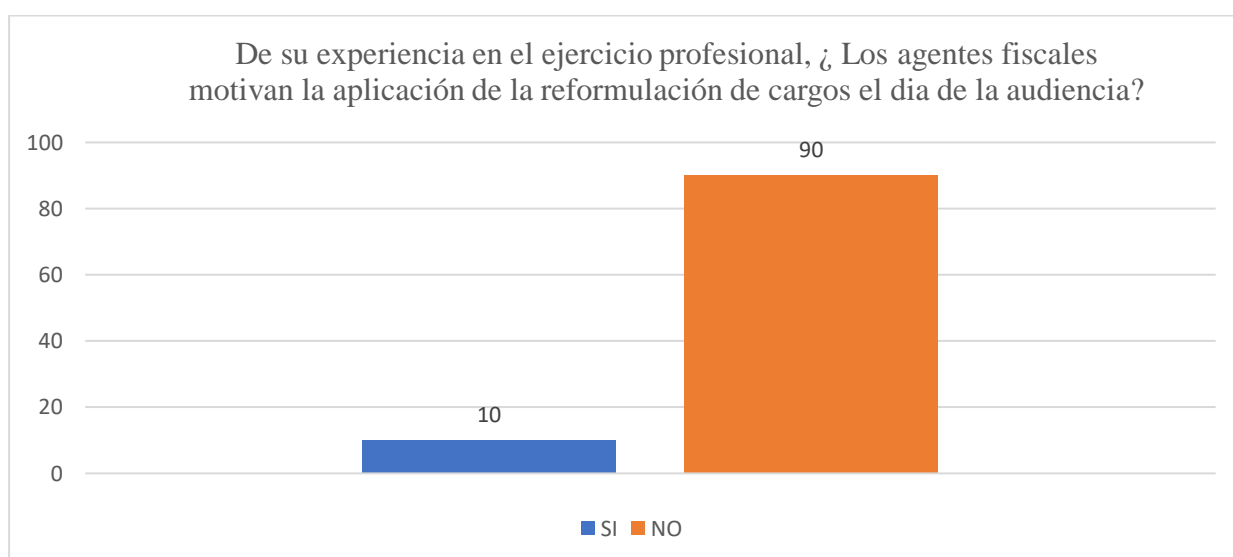
7.- De su experiencia en el ejercicio profesional, ¿Los agentes fiscales motivan la aplicación de la reformulación de cargos el día de la audiencia?

Tabla 7. De su experiencia en el ejercicio profesional, ¿Los agentes fiscales motivan la aplicación de la reformulación de cargos el día de la audiencia?

VARIABLE	RESULTADO	%
----------	-----------	---

SI	10	10%
NO	90	90%
TOTAL	100	100%

Gráfico 7 De su experiencia en el ejercicio profesional, ¿Los agentes fiscales motivan la aplicación de la reformulación de cargos, el día de la audiencia?



Análisis:

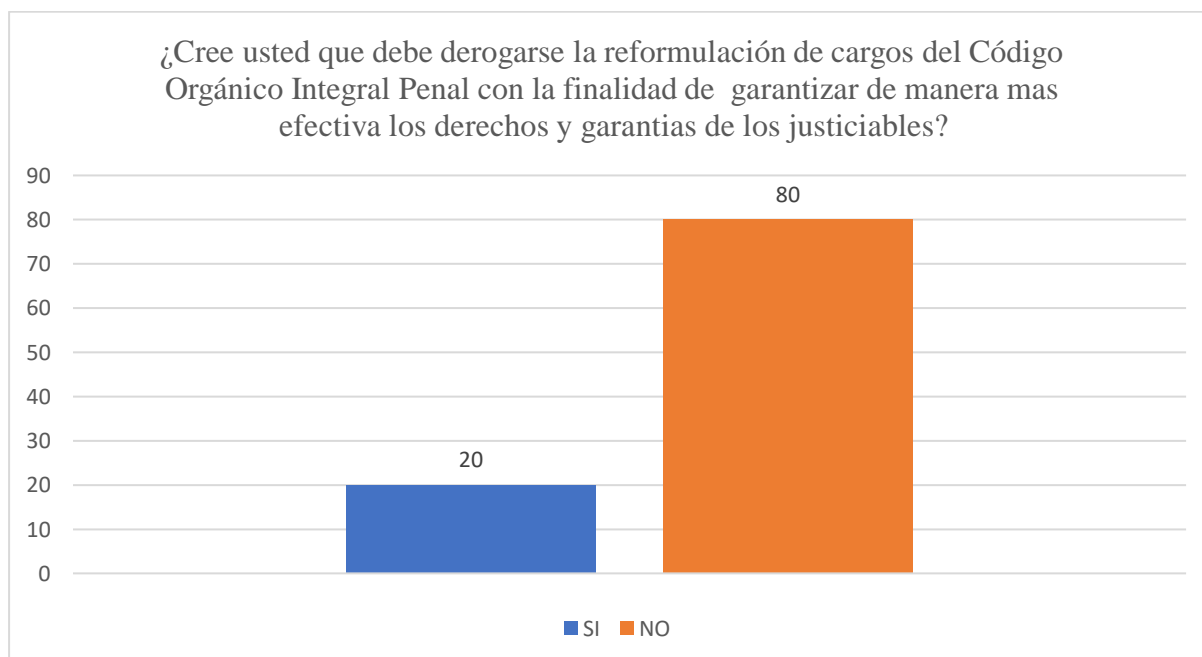
De los 100 abogados encuestados, el 10%, equivalente a 10 abogados, consideran que los fiscales si motivan la reformulación de cargos, en tanto que, el otro 90%, que equivale a 90 abogados consideran que los fiscales no motivan la reformulación de cargos. De lo anterior, sumado la totalidad de abogados da el equivalente al 100%.

8.- ¿Cree usted que debe derogarse la reformulación de cargos del Código Orgánico Integral Penal con la finalidad de garantizar de manera más efectiva los derechos y las garantías de los justiciables?

Tabla 8. ¿Cree usted que debe derogarse la reformulación de cargos del Código Orgánico Integral Penal con la finalidad de garantizar de manera más efectiva los derechos y las garantías de los justiciables?

VARIABLE	RESULTADO	%
SI	20	20%
NO	80	80%
TOTAL	100	100%

Gráfico 8 ¿Cree usted que debe derogarse la reformulación de cargos del Código Orgánico integral Penal con la finalidad de garantizar de manera más efectiva los derechos y garantías de los justiciables?



Análisis:



De 100 abogados encuestados, el 20% de abogados equivalente a 20 abogados indico que se debe derogar la reformulación de cargos del Código Orgánico Integral Penal para que se garantice la efectividad de los derechos y garantías de los justiciables. En tanto que, el otro 80% de los abogados encuestados indicaron que no se necesita derogar la reformulación de cargos que se encuentra regulada en el Código Orgánico Integral Penal, lo que equivale a 80 de los abogados encuestados.

4. Conclusiones y Recomendaciones

4.1 Conclusiones

1.- No existe definición de la reformulación de cargos, toda vez que, es una figura eminentemente nueva, reconocida a nivel ecuatoriano con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, es por ello que en la actualidad no existe suficiente bibliografía respecto de esta institución. Sin embargo, al referirnos a la reformulación de cargos entendemos que se refiere a la posibilidad que tiene el fiscal de poder cambiar la calificación jurídica de la infracción que se le estaba imputando al sospechoso, investigado o procesado hasta antes de que finalice la instrucción fiscal, y que de darse aquella reformulación la duración de la instrucción se extenderá hasta por un plazo de treinta días más.

2.- Asimismo, se piensa que la reformulación de cargos en un principio es violatoria al principio de congruencia, toda vez que, fiscalía acusa en un inicio por un tipo penal concreto pero resulta que luego cambia el tipo penal, lo que aparentemente seria violatoria al principio en mención, más sin embargo no lo es, otra cosa es que fiscalía mantenga su acusación por un tipo penal concreto durante todo el desarrollo del proceso pero en audiencia de juicio el juez o tribunal cambia el tipo penal del cual venia acusando fiscalía, ahí si a nuestro criterio existe violación del principio de congruencia, hay que recordar que el proceso, la investigación se inicia con la acusación que realiza fiscalía.

3.- El derecho a contar con el tiempo y con los medios necesarios para la preparación de la defensa a criterio de algunos juristas ecuatorianos es violado con la institución de la reformulación de cargos, y esta violación se hace evidente dentro de los procedimientos especiales, de manera particular en el procedimiento directo en donde la defensa de la persona procesada cuenta con un tiempo demasiado corto para la preparación de la defensa, esto es, Fiscalía General del Estado venía acusando durante todo el tiempo por un tipo penal diferente pero resulta que el un día antes de la audiencia cambia de la acusación por un tipo penal diferente, que si bien se extendería la instrucción fiscal durante un periodo de treinta días más, aquello no se encuentra claramente establecido en el Código Orgánico integral Penal sino que solo lo suponemos, agregado a ello, la persona procesada ya perdió todo el tiempo en el que se le venía imputando otro tipo penal.

4.- Otros juristas van un poco más allá y dicen que la reformulación de cargos no solo violenta el derecho a contar con el tiempo y con los medios necesarios para la preparación de la defensa en el procedimiento directo, sino que esta violación se puede evidenciar en la generalidad de procedimientos, incluso en el procedimiento ordinario, y ponen el ejemplo: “ Que tal si fiscalía me viene acusando por un tipo penal concreto durante los ochenta y ocho días de los noventa días que dura la instrucción fiscal, pero resulta que fiscalía no encuentra elementos de convicción para acusar por ese tipo penal y al día ochenta y nueve solicita reformulación de cargos, es decir sin perjuicio de los treinta días más que otorga la reformulación de cargos, la persona procesada ha perdido ochenta y ocho días porque durante todo este tiempo estuve preparando su defensa que estaba encaminada a otro tipo penal.

5.- Sin embargo, existe otra línea de juristas que consideran que en realidad la reformulación de cargos no es violatoria del derecho a contar con el tiempo y con los medios necesarios para la preparación de la defensa, pues si bien fiscalía cambia la calificación jurídica de la infracción

hasta antes de la terminación de la instrucción fiscal, no es menos cierto que, hace bien al concederle el plazo de treinta días más para que la persona procesada prepare su defensa, y ponen el ejemplo: si fiscalía viene acusando por el tipo penal de robo pero decide reformular cargos porque no cuenta con los elementos necesarios para efectuar una imputación por el delito de robo pero que si encuentra los elementos para imputar por el tipo penal de hurto, en esencia sigue existiendo la sustracción de cosa ajena, por tanto mal podría hablarse de una violación del derecho a contar con el tiempo y con los medios necesarios.

6.- También, se considera que la reformulación de cargos ataca directamente al principio de igualdad entre las partes procesales, en abstracto indicamos que esta institución si es violatoria al principio de igualdad entre fiscalía y la persona procesada y decimos únicamente en abstracto porque fiscalía cuenta con todo un equipo de investigación, cuenta con el apoyo de la policía judicial, de la policía nacional, de todo el personal de ciencias forenses y demás instituciones públicas que le permitirán reunir todos los indicios, elementos de convicción o evidencias para efectuar una acusación en un tiempo récord, más la persona procesada tendrá que ir gestionando cada una de las diligencias por cuenta propia, es por ello que decimos que en este punto compartimos el criterio que la reformulación de cargos sea inconstitucional.

7.- Al declararse al Ecuador como un estado de derechos y justicia, debemos recordar que en todo proceso debe estar garantizado el debido proceso para que únicamente así, una persona pueda ser investigada, procesada, y juzgada, ejerciendo el derecho a la defensa, el derecho a ser escuchado en el momento procesal oportuno y en igualdad de condiciones, presentando de forma ya sea verbal o escrita todas las razones o los argumentos de los que cada una de las partes se crean asistidos y contradecir los argumentos de la contraparte, con la posibilidad de presentar pruebas y de contradecir cada una de las pruebas presentadas por la contraparte, lo que evidentemente está en tela de duda dentro de la reformulación de cargos.



8.- Asumiendo que la reformulación de cargos es violatoria al derecho constitucional del debido proceso y en consecuencia del derecho de contar con el tiempo y con los medios necesarios para la preparación de la defensa, lo coherente es que se busque una vía legal para corregir aquella violación y de darse aquello en una sentencia, procedería una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional del Ecuador la que tiene como objeto declarar la violación de derechos constitucionales y que producirá como efecto que se dicte una nueva sentencia, se declare la nulidad de todo lo actuado y que se retrotraiga el proceso al estado anterior a la violación del derecho constitucional lesionado, lo que indudablemente no procedería en el caso de la reformulación de cargos porque es la misma ley la que le reconoce como constitucional.

9.- Si no procede la solución anterior, todavía queda la acción pública de inconstitucionalidad que generaría como efecto directo que la norma que es acusada de inconstitucionalidad sea sacada del ordenamiento jurídico, por tanto, esta norma no tendrá validez jurídica. La reformulación de cargos para quienes defienden que la misma es inconstitucional por cuanto viola el carácter material del derecho a la defensa, viola el derecho a contar con el tiempo y con los medios necesarios para la preparación de la defensa, o es violatoria del derecho del debido proceso de tal manera que la acción pública de inconstitucionalidad es procedente e imprescriptible.

10.- Aceptando que la reformulación de cargos sea inconstitucional por violar el principio de la igualdad entre las partes procesales, esto es, que exista una desigualdad notable porque Fiscalía General del Estado, que tiene todo un equipo de investigación a su favor como son; la policía judicial, policía nacional, ciencias forenses, y otras., agregado a ello, que fiscalía tiene la facultad de cambiar la calificación jurídica de la infracción incluso días antes del cierre de la instrucción fiscal hace considerar que en efecto exista desigualdad y es por ello que, existe una

violación material al principio constitucional de la igualdad, lo que en efecto lleva a que se pueda plantear una acción pública de inconstitucionalidad.

11.- Finalmente, conforme reza del capítulo tercero del presente trabajo, la declaratoria pública de inconstitucionalidad de una norma, sacarle de la vida jurídica a la misma, resulta ser de ultima ratio, por cuanto deben existir otros remedios procesales que le permitan tener vida jurídica a una norma de acuerdo a la interpretación que se le dé.

4.3 Recomendaciones

1.- La Constitución de la República del Ecuador de manera expresa establece que ninguna norma puede restringir o limitar de ninguna manera los derechos, ni las garantías que se encuentran reconocidos en la Constitución de la República ni en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. La Reformulación de Cargos al violar el derecho al debido proceso, el principio de igualdad entre las partes procesales, y el derecho a la defensa, esto es, a contar con el tiempo y con los medios necesarios para la preparación de la defensa por lo que la misma tiene que ser derogada por parte de la Asamblea Nacional del Ecuador a efectos de que se pueda dar fiel cumplimiento y efectividad a lo establecido en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

2.- Desde la Academia se debe fortalecer el análisis de instituciones como la reformulación de cargos que contempla el Código Orgánico Integral Penal, que en sus considerandos establece que el Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia y que se tiende a una mínima intervención penal pero que en su parte sustantiva aumenta los tipos penales y que en su parte adjetiva regula instituciones, procedimientos que generan limitación, violación de los derechos expresamente reconocidos en la Constitución.

3. La reformulación de cargos por ser de carácter eminentemente nueva dentro de la legislación ecuatoriana, toda vez que, la misma data desde la entrada en vigencia del Código Orgánico



Integral Penal no existe amplia bibliografía para realizar una comparación de criterios, por lo que se hace necesario que juristas, académicos, docentes, y desde la jurisprudencia se realice estudios ampliando el criterio de la constitucionalidad de la misma.

4.- Los jueces de garantías penales, los tribunales de garantías penales tienen la obligación de respetar el abanico de derechos que se encuentra reconocidos en la Constitución de la República, por lo que se hace recomendable el estudiar cada caso concreto, el revisar la actuación de los fiscales a efectos de que no se haga un ejercicio abusivo del derecho, a efectos de que se garantice el principio de igualdad entre las partes procesales, porque de lo contrario, el estado ecuatoriano podría caer en responsabilidad internacional ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos u otros Organismos Internacionales de los cuales sea parte el estado ecuatoriano.

5.- La ciudadanía y los abogados en libre ejercicio deben hacer campañas, reclamos, protestas, peticiones o sugerencias para que la Asamblea Nacional del Ecuador revise de forma acuciosa, minuciosa cada una de las instituciones jurídicas en las que haya sospecha de violación de derechos, en especial de la institución de la reformulación de cargos.

6.- Las Universidades del Ecuador deben fortalecer el debate a través de seminarios, talleres, foros, mesas redondas de instituciones como la reformulación de cargos, la vinculación, los procedimientos especiales reconocidos en el Código Orgánico Integral Penal, en junta con sus estudiantes, profesores e incentivar a realizar trabajos de investigación respecto del tema.

7.- Se requiere de la participación ciudadana para reclamar los derechos constitucionales ante las autoridades competentes, acudir a la Corte Constitucional para interponer una acción pública de inconstitucionalidad, y a la vez, se requiere que la Corte Constitucional realice una valoración, análisis, estudio detallado de la reformulación de cargos explicando su alcance y la posible inconstitucionalidad de la prenombrada institución.



8.- La fiscalía general de Estado debe obrar con absoluta objetividad conforme lo prescrito en el artículo 195 de la Constitución de la República del Ecuador, por lo que en caso de no contar con los indicios o elementos de convicción necesarios para mantener una acusación debe abstenerse de acusar, cumpliendo a carta cabal el debido proceso penal, y efectivizando el principio de igualdad entre las partes procesales.



REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA

- ANE . (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito: Registro oficial del Ecuador.
- Corte IDH. (20 de junio de 2005). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de Corte Interamericana de Derechos Humanos:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf
- J, C. A. (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos*. San José: Secretaría General OEA (Instrumento Original y Ratificaciones) Serie sobre Tratados OEA N° 36 – Registro ONU 27/08/1979 N° 17955.
- A. N. E. (2020). *Ley Órgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Cuenca: Registro Oficial Suplemento 52 de 22-oct-2009, Lexis.
- Acción Extraordinaria de Protección, N.º 036-13-SEP-CC, caso N.º 1646-10-EP. (Corte Constitucional del Ecuador 24 de Julio de 2013).
- Acción Extraordinaria de Protección, N.º 026-14-SEP-CC (Corte Constitucional del Ecuador 12 de Febrero de 2014).
- Acción Extraordinaria de Protección, sentencia N.º 025-15-SEP-CC (Corte Constitucional del Ecuador 02 de 20 de 2015).
- Acción Extraordinaria de Protección, CASO N.º 1739-14-EP (CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR 13 de Enero de 2016).
- Acción Extraordinaria de Protección, Sentencia n.º 133-17-sep-cc (Corte Constitucional del Ecuador 10 de Mayo de 2017).
- Acción por Incumplimiento, 007-09-SAN-CC (Corte Constitucional de Ecuador diciembre de 29 de 2009).
- Acción Pública de Inconstitucionalidad, Sentencia n.º 017-17-SIN-CC (Corte Constitucionalidad del Ecuador 7 de junio de 2017).
- Acción Pública de Constitucionalidad, Caso OOOS-08-AN, Sentencia no. 002-09-SAN -CC (Corte Constitucional del Ecuador 02 de Abril de 2009).
- Acción Pública de Inconstitucionalidad , Caso n.º 0071-15-IN, Sentencia n.º 017-17-SIN-CC (Corte Constitucional del Ecuador 7 de junio de 2017).
- Acción Pública de Inconstitucionalidad, Casos n.º 0008-09-IN Y 0011-09-IN, Sentencia n.º 001-10-SIN-CC (Corte Constitucionalidad del Ecuador 18 de marzo de 2010).
- Acción Pública de Inconstitucionalidad, Casos n.º 0008-09-IN Y 0011-09-IN, Sentencia n.º 001-10-SIN-CC (Corte Constitucionalidad del Ecuador 18 de marzo de 2010).
- Acción Pública de Inconstitucionalidad, CASO N.º 0071-15-IN (Corte Constitucional del Ecuador 7 de junio de 2017).
- Acción Pública de Inconstitucionalidad, Caso n.º 0071-15-IN, Sentencia n.º 017-17-SIN-CC (Corte Constitucional del Ecuador 7 de junio de 2017).



- Acción Pública de Inconstitucionalidad, Caso n.º 0071-15-IN, Sentencia n.º 017-17-SIN-CC (Corte Constitucionalidad del Ecuador 7 de junio de 2017).
- Alvaréz, D. A. (09 de septiembre de 2020). La acción pública de Inconstitucionalidad. (G. Z. Yunga, Entrevistador)
- Andrade, R. V. (2009). *Manual de derecho procesal penal Tomo I Segunda Edición*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- ANE . (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial del Ecuador.
- ANE. (2009). *Ley Organica de Garantias Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: Registro Oficial del Ecuador.
- ANE. (2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Quito: Registro Oficial de Ecuador.
- Arévalo, C., & Arévalo, E. (2018). La existencia del derecho a la defensa en la tramitación de los procedimientos expeditos. “Análisis de casos en el cantón Cañar en el primer trimestre del 2015”. *Revista Killkana Sociales. Vol. 2, No. 3 - Dialnet*.
- Armijos, D. (09 de septiembre de 2020). La acción pública de inconstitucionalidad. (G. Z. Yunga, Entrevistador)
- Asamblea Nacional de Ecuador [ANE]. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial del Ecuador.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito : Suplemento -- Registro Oficial N° 180 -- Lunes 10 de febrero de 2014.
- Bernal, C. (2005). *El Derecho de los Derechos: Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá - Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Binder, A. (1999). *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad - Hoc.
- Cantoral Benavides vs Perú, Sentencia de 18 de agosto de 2000 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 18 de agosto de 2000).
- Caso Aptiz Barbera vs Venezuela. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 5 de Agosto de 2008).
- Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú , Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 30 de Mayo de 1999).
- Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú , Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 30 de mayo de 1999).
- Caso Fermín Ramírez vs Guatemala, No. 126 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de Junio de 2005).
- Caso García Ibarra y otros Vs. Ecuador, Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C No. 306, párr. 151 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 de noviembre de 2015).



- Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú Demanda de Interpretación de la Sentencia de Fondo y Reparaciones, Serie C No. 128, párr. 132 (Corte IDH Junio de 23 de 2005).
- CCE . (2011). *Garantias Constitucionales*. Quito - Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC).
- CCE. (2015). *Acción Extraordinaria de Protección*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- CCE. (2016). *Desarrollo Jurisprudencia de la Primera Corte Costitucional 2012 - 2015*. Quito Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC).
- CCE. (27 de Junio de 2018). *Corte Constitucional del Ecuador*. Obtenido de Corte Constitucional del Ecuador: <https://inredh.org/archivos/pdf/setencia-chevron.pdf>
- CNJ. (2014). *Cuadernos de Jurisprudencia Penal*. Quito: Gaceta Judicial.
- Congreso Nacional. (2005). *Código de Trabajo*. Quito: Lexis.
- Congreso Nacional del Ecuador . (2001). *Ley Orgánica de Aduanas*. Quito: Registro Oficial.
- Corporación de Estudios y Publicaciones. (2003). *Código Civil*. Quito: CEP Corporación de estudios y publicaciones.
- Corte Constitucional del Ecuador [CCE]. (09 de 07 de 2019). *Corte Constitucional del Ecuador*. Obtenido de Corte Constitucional del Ecuador: [file:///C:/Users/USUARIO/Desktop/LIBROS%20PARA%20TESIS%20DE%20MAESTRIA/0009-17-CN-19\(0009-17-CN\).pdf](file:///C:/Users/USUARIO/Desktop/LIBROS%20PARA%20TESIS%20DE%20MAESTRIA/0009-17-CN-19(0009-17-CN).pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CorteIDH]. (2005). *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, Excepciones preliminares y Reconocimiento de Responsabilidad*. Sentencia de 7 de marzo de 2005.
- Corte Nacional de Justicia [CNJ]. (2016). *Recurso de Casación dentro del juicio N.º 0121-2016*. Quito: Corte Nacional de Justicia.
- Crespo, P. (15 de Junio de 2020). Entrevista de la Inconstitucionalidad de la reformulación de cargos en la legislación ecuatoriana. (G. Zhingri, Entrevistador)
- Creus, C. (1996). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Astrea.
- Cueva, L. (2013). El principio de congruencia en el proceso civil. En L. Cueva, *El principio de congruencia en el proceso civil*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, Corporación Editora Nacional.
- Delito de Trafico Ilicito de Sustancias Estupefacientes y Piscotropicas, 04101 - 2010 - 0041 (Tribunal Segundo de Garantias Penales 04 de mayo de 2010).
- Deu, T. A. (2012). *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*. Barcelona: Marcial Pons.
- Echandía, H. D. (1979). *Estudio de derecho procesal Tomo I*. Bogotá: ABC.



- Echendía, D. (1997). Teoría general del proceso: aplicable a toda clase de procesos. En D. Echendía, *Teoría general del proceso: aplicable a toda clase de procesos* (pág. 536). Buenos Aires : Editorial Universidad.
- Echendía, H. D. (1985). *Teoría General del Proceso Tomo II*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- Ecuador, A. N. (2019). *Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal*. Martes 24 de diciembre de 2019 : Suplemento - Registro Oficial N° 107.
- Escher y otros Vs. Brasil, 12.353 (Corte IDH 20 de diciembre de 2007).
- Estrada, R. (2016). Verdad histórica y verdad procesal. Felipe Rodríguez Moreno (2016). Quito: Cevallos Editora Jurídica . *Iuris Dictio*, 102.
- Falconí, J. G. (03 de Diciembre de 2012). *derechoecuador.com*. Obtenido de *derechoecuador.com*: <https://www.derechoecuador.com/la-motivacion>
- Ferrajoli, L. (2000). *Garantías Constitucionales Número 2*. Buenos Aires: Revista Argentina de Derechos.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derechos y Garantías: La Ley del Más Débil*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2007). *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia Vol. I*. Laterza: Bari.
- Ferretti, C. d. (2009). los poderes de resolución y calificación jurídica en la doctrina jurisprudencial del tribunal europeo de derechos humanos. Paralelismos con la situación chilena*. *Scielo*, 203-2303.
- Guerrero, W. (2004). *Derecho Procesal Penal Tomo I*. Quito: Pudeleco Editores.
- Humanos, C. A. (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos*. San José de Costa Rica: www.cidh.org.
- Iguarán, M. A. (2007). *Constitucionalización del Derecho Procesal Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jadán, D. (2018). Interpretación judicial y tutela efectivadel derecho a la identidad: análisis de la sentencia No. 133-17-SEP-CCde la Corte Constitucional de Ecuador. *Foro Revista de Derecho, No. 29,ISSN 1390-2466 • UASB-E / CEN*, 7,8.
- Jauchen, E. (2007). *Derechos del imputado*. Santa Fe: primera edición Rubinza Culzoni.
- Ledesma, Á. (2005). ¿ *Es constitucional la aplicación del brocardo iura novit curia ?*, en *estudios sobre justicia penal, libro homenaje al profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- López , J., & Chimbo, D. (2014). *Compilacion Código orgánico integral*. Quito: SofiGraf.
- Maier, J. B. (1996). *Derecho procesal penal Tomo I, 2 edición*. Buenos Aires: Del Puerto.
- Mariconde, A. V. (1986). *Derecho procesal penal*. Córdoba: Lerner.



- Medina, C. (2003). *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, debido proceso y recurso judicial*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Montero, D., & Salazar, A. (11 de junio de 2020). *Docplayer*. Obtenido de Docplayer: <https://docplayer.es/2187511-Derecho-de-defensa-en-la-jurisprudencia-de-la-corte-inteamericana-de-deechos-humanos-diana-montero-alonso-salazar.html>
- Montero, J., Ortells, M., & Gómez, J. (1995). *Derecho jurisdiccional. Parte general*. Barcelona : Bosh .
- Moya, V. (2012). *El principio de congruencia en el Procedimiento Penal de la Ley 904 de 2004 Investigación sociojurídica. Colombia*. Colombia: La Universidad la Gran Colombia.
- Naime, A., & Zaragoza, L. (2019). *El principio de igualdad en el Procedimiento Abreviado*. México: Dialnet.
- OC-8/87, O. C. (1987). *Caso Tibi, párr. 118; Caso Castillo Petruzzi y otros*.
- Olmedo, J. C. (1981). *Principio de congruencia en el proceso penal, en el XI Congreso Nacional de Derecho Penal Tomo I*. La Plata.
- Oyarte, R. (2016). *Debido Proceso*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones CEP.
- Peces-Barba, G. (1999). *Curso de Derechos Fundamentales*. Madrid - España: Universidad Carlos III.
- Recurso de Agravio Consitucional, EXP. N.º 04437-2012-PA/TC (Sentencia del Tribunal Constitucional 6 de agosto de 2014).
- Rodríguez, F. (2011). *El agente infiltrado en el estado de derecho y de inseguridad*. Quito: Cevallos Editora Jurídica.
- Rodríguez, F. (28 de mayo de 2020). La Inconstitucionalidad de la reformulación de Cargos. (G. Zhingri, Entrevistador)
- Rodríguez, V. (1998). El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Numero 110 Universidad Central de Venezuela*.
- Santacruz, R. (2017). *El principio de igualdad entre las partes en el proceso penal en México*. Guanajuato: División de Derecho, Política y Gobierno Año 6, núm. 11 P. 137.
- Valdivieso, S. (2017). *Los procedimientos en el Código Orgánico Integral Penal "COIP"*. Cuenca: Ediciones Jurídicas CARPOL.
- Valdivieso, S. (02 de 06 de 2020). "La Incostitucionalidad de la Reformulación de Cargos". (M. G. Yunga, Entrevistador)
- Vanegas, V. (2013). *El principio de congruencia*. Medellin: Universidad EAFIT - Escuela de Derecho.



Vanegas, V. (2013). El principio de congruencia. En V. Vanegas, *El principio de congruencia*. Medellín: Universidad EAFIT - Escuela de Derecho.

Zambrano, A. (2005). *Proceso Penal y Garantías Constitucionales*. Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

Zavala, J. (2016). *La prueba*. Lima: Biblioteca Nacional del Perú.



ANEXOS



ANEXO 1

PERFIL DE TESIS



1. TÍTULO:

UNIVERSIDAD DE CUENCA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL II COHORTE

PROTOCOLO DE PROYECTO DE INVESTIGACIÓN



Plan de Tesis

Título:

La Inconstitucionalidad de la Reformulación de Cargos en la Legislación Penal Ecuatoriana.

Nombre del estudiante:

Abg. Milton Geovanny Zhingri Yunga

Nombre del tutor:

Dr. Teodoro Verdugo Silva, PhD.

Nombre del director:

Dr. Simón Valdivieso Vintimilla

Cuenca – Ecuador

Marzo – 2019



2. TEMA: La Inconstitucionalidad de la Reformulación de Cargos en la Legislación Penal Ecuatoriana.

El presente tema de proyecto de investigación cumple con cada una de las exigencias académicas establecidas por la Universidad de Cuenca. En tal sentido, el presente trabajo investigativo se enfocará en realizar un estudio a fin de determinar si con la reformulación de cargos realizado por la Fiscalía General del Estado se efectiviza la garantía de la tutela judicial efectiva, se cumple el principio de congruencia, la aplicación o no aplicación del principio constitucional del Iura Novit Curia, y si se cumple, respeta, efectiviza o materializa el derecho a la defensa garantizado en nuestra Constitución de la Republica del Ecuador. De tal manera, que se analizará además las acciones constitucionales que se puedan plantear a fin de salvaguardar aquellos derechos constitucionales.

3. FUNDAMENTACIÓN DEL PROBLEMA

En el Ecuador con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, se permite la reformulación de cargos que es solicitada por la Fiscalía General del Estado al Juez de garantías penales, conforme lo prescribe el Art 596 cuando establece, que; si durante la etapa de instrucción, los resultados de la investigación hacen variar justificadamente la calificación jurídica de la imputación hecha en la formulación de cargos, la o el fiscal deberá solicitar a la o al juzgador, audiencia para motivar la reformulación de cargos. De lo anteriormente anotado, se determina, que, con el propósito de llegar a la verdad y a través de ello a la justicia, el Código Orgánico Integral Penal permite la reformulación de cargos a fin de que muchos delitos no quedan en la impunidad, sin embargo, lo que se consiguió es únicamente un eficientísimo penal lejos de llegar a la justicia, por cuanto se violan derechos y garantías constitucionales que serán analizadas subsiguientemente.

En un primer momento, existe una tendencia que afirma que el Juez si debe aplicar la reformulación de cargos, es decir, el juez debe aplicar el artículo correcto, el derecho correcto aun cuando las partes no lo hayan invocado o lo hayan hecho de forma herrada, esto es, deben aplicar el principio constitucional del Iura Novit Curia consagrado en el Art. 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Por el otro lado, existe otra tendencia a establecer que el juez no debe dar más de lo solicitado por las partes en aplicación del principio de congruencia, por el cual, debe existir la concordancia entre el la pretensión y la decisión judicial.

La reformulación de cargos, vulnera el derecho a la seguridad jurídica contemplada en el Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador que se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, toda vez, que al existir la reformulación de cargos el justiciable queda en estado de indefensión, por cuanto, la defensa técnica está preparada para un determinado tipo penal que luego será cambiado por otro, incumpliendo la garantía constitucional del Art. 76 numeral 7 literal a) que indica que nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. Agregado a ello, el mismo Art. 76 numeral 7 literal b) establece que el derecho a la defensa técnica consiste en contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa, que, se ve privado al realizar la reformulación de cargos, por cuanto, toda persona debe contar con un tiempo prudencial, razonable, para la preparación de su defensa técnica.

4. ESTADO DEL ARTE

En los trabajos investigativos referentes al tema, se puede mentar la tesis realizada por la abogada Mónica Irina Fraga Fuentes que se refiere al principio de congruencia y su aplicación en los delitos de tránsito, esto es, en el supuesto de que se cause un accidente de tránsito y existan lesiones, el justiciable será sancionado únicamente por ello, sin embargo si luego la persona fallece se le juzgara por el delito de tránsito tipificado como muerte culposa, esto es, el juez debe aplicar el principio constitucional del IURA NOVIT CURIA, consecuentemente, el fiscal tendrá que solicitar la reformulación de cargos, por cuanto la acusación fiscal solo podrá referirse a hechos y a personas incluidas en la formulación de cargos conforme lo determinado en el Art. 603 del Código orgánico Integral Penal. Lo anteriormente anotado, contradice el principio de congruencia a través del cual se produce una limitación al cambio de calificación delictiva imputada en la acusación particular, bajo los cuales los tribunales de garantías penales tienen la obligación de cumplir con la función que le es encomendado por el estado y la ley, garantizando el fiel cumplimiento de los derechos de las partes procesales, con especial atención a los derechos del justiciable (Fraga, 2016).

De la misma manera, la autora Norma Jomayra Chango Garcés cuando se refiere a la figura de la reformulación de cargos implementada en el Código Orgánico Integral penal, indica que esta, permite que los juicios que se están ventilando por el procedimiento directo puedan ser ventilados en el procedimiento abreviado lo cual genera una vulneración al derecho de no

autoincriminación, violando consecuentemente el debido proceso que debe ser de cumplimiento obligatorio por parte de los operadores jurisdiccionales y además de los operadores jurídicos, pero los derechos se siguen vulnerando de diferentes formas (Chango, 2016).

De similar manera, el Autor Sebastián Terán Muñoz indica que el análisis de la reformulación de cargos es un análisis propiamente del derecho procesal penal contenido en el Código Orgánico Integral Penal, por lo cual se debe realizar un análisis de los principios comunes a todos los procesos judiciales, tales como; el principio de congruencia y el principio del Iura Novit Curia, y consecuentemente, un análisis de todas las garantías que gozan las personas en cualquier proceso judicial como es el debido proceso, y subsiguientemente, el derecho a la defensa, estudio que tiene por objetivo determinar la existencia o no de contradicción a los principios y garantías anteriormente mentadas. En esta investigación se utiliza el método deductivo y descriptivo, el segundo porque se hace una descripción sobre la aplicación de la reformulación de cargos y es deductiva por cuanto se partirá del análisis de casos generales y extraer nociones generales a fin de determinar los lineamientos que se deben seguir para su aplicación en el sistema penal ecuatoriano (Terán, 2016)

La Autora Julia Morayma Balseca Quispe, al referirse al derecho a la defensa en la reformulación de cargos en el proceso penal, se refiere a la vulneración del mismo con la aplicación de la figura de reformulación de cargos, toda vez, que la defensa técnica del justiciable debe buscar otros argumentos, estrategias o medios de probatorios para seguir manteniendo el principio de inocencia (Balseca, 2017)

5. OBJETIVOS

5.1. General

Determinar la vulneración de derechos y garantías constitucionales con la aplicación de la reformulación de cargos dentro de un proceso penal ecuatoriano.

5.2. Específicos

- a) Identificar la aplicabilidad del principio de congruencia en contra sentido del principio Iura Novit Curia en la reformulación de cargos.

- b) Examinar la violación del debido proceso; el derecho a la defensa con la aplicación de la reformulación de cargos en el sistema penal ecuatoriano.
- c) Determinar las acciones constitucionales que se pueden activar con el objetivo de garantizar y efectivizar las garantías y derechos constitucionales.

6. PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

¿Con la aplicación de la reformulación de cargos se vulneran derechos y garantías constitucionales en el sistema penal ecuatoriano?

7. MARCO TEÓRICO

7.1. Evolución histórica de la reformulación de cargos.

La reformulación de cargos es una figura nueva en el Ecuador pues data desde la vigencia del nuevo Código Orgánico Integral Penal, a lo largo de la historia tiene un acogimiento tanto positivo como negativo, es así que en el Ecuador se ha optado por un sistema penal acusatorio, esto es, el fiscal es el titular de la acción penal pública, consecuentemente, es el fiscal quien tiene la potestad de receptar denuncias, participa en reconocimientos a fin de determinar la existencia o no de un delito, receptar versiones, solicitar medidas cautelares, brindar y pedir cooperación a la policía judicial (Vaca, 2003). El artículo 596 del Código Orgánico Integral Penal, establece que el fiscal podrá realizar la solicitud por una sola vez y de forma motivada ante la autoridad jurisdiccional competente. Esta petición debe ser de forma motivada por cuanto, la exigencia data de la limitación de derechos que sufre el justiciable al realizarse la reformulación de cargos conforme lo prescrito en el art 444 Ibídem.

7.2. Tendencias en pro y en contra de la reformulación de cargos.

El autor Maier cuando se refiere al principio de “correlación entre la imputación y el fallo” nos indica que aquello únicamente se refiere a la correcta descripción del hecho, y que consecuentemente, de darse una calificación jurídica diferente o sorpresiva lo que se provocaría es una indefensión al justiciable. Agregado a ello, la sentencia únicamente puede exponer hechos que hayan sido probados, demostrados, y no podrá dar una calificación jurídica distinta a esos hechos de lo que ha sido probado y peor aún si son en perjuicio de la parte procesada (Grisetti, 2009).

Por su parte, el Autor Jauchen dice que es necesario una acusación concreta a fin de que el justiciable pueda ejercer su derecho a la defensa de manera adecuada, concretamente, se debe describir con precisión los hechos que se le imputan, lo que le brinda al justiciable la posibilidad de presentar pruebas de descargo a su favor, efectivizando todos los medios conducentes a garantizar su derecho de defensa (Hauchen, 2007).

El tratadista Ricardo Vaca Andrade al referirse a la reformulación de cargos indica lo siguiente “... resulta evidente que, si la Fiscalía acusa a una persona de un delito, el procesado y su defensor van a organizar su defensa respecto al delito que se le ha imputado, y no respecto del que aparece como justificado, posteriormente.” (Andrade, 2014)

El autor Anthony Villena, al referirse al principio de congruencia indica que “...la compatibilidad o adecuación existente entre el hecho fáctico imputado en el proceso y la sentencia. Relación de pertinencia entre hecho imputado y hecho juzgado” (Villena, 2018, pág. 17) por el principio de congruencia procesal penal se tiene la garantía de la no viabilidad de una eventual variación en la calificación jurídica en el procedimiento penal acusatorio. Agregado a ello, dice el autor a través del principio de congruencia se limita las facultades resolutorias de los jueces, en tanto y en cuanto, el juez debe fallar en concordancia a lo que es materia de controversia, aplicación que tiene como objeto la efectiva garantía del principio de imparcialidad del juez, consecuentemente, la violación al mismo implica incongruencia de la resolución (Villena, 2018)

La Autora Katherine Cárdenas al referirse a la aplicación de los principios de congruencia y el principio constitucional del Iura Novit Curia, indica que no es posible la aplicación del primer principio en materia penal, toda vez, que de aplicarse este principio lo que se estaría vulnerando es el principio de Congruencia, por cuanto, este último se encuentra íntimamente vinculado con el derecho a la defensa, es así que la autora indica que en materia penal lo que procede es la aplicación del Art. 140 inciso segundo, del Código Orgánico de la Función Judicial que determina “Sin embargo, no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes” consecuentemente, se limita la facultad del juez para aplicar la norma que corresponda a los hechos, pues si el juez resuelve más allá de los hechos alegados por las partes, existe clara vulneración al derecho de defensa

El pleno de la Corte Nacional de Justicia, determino que es factible la reformulación de cargos en el procedimiento directo, y de manera concreta dice que en este tipo de procedimientos la

reformulación de cargos procede hasta antes de la audiencia de juicio directo, indicando la salvedad de que la autoridad judicial como garante de los derechos de la persona procesada o justiciable debe conceder un plazo pertinente, necesario, para que este pueda proponer su defensa y enfrentar los cargos formulados (Justicia, 2015)

Desde una concepción del sistema Naturalista, el juzgador si tiene la facultad de cambiar el tipo penal pertinente, consecuentemente, se observa la aplicación del principio del *Iura Novit Curia*, lo cual viola el derecho a la defensa, toda vez, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos a manifestado aquel particular en el caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala* (Cárdenas, 2018)

El legislador dice que esta petición del señor Fiscal deberá ser motiva, sin embargo, no se dice que requisitos debe cumplir para estar motivada, razón por la cual se entiende que queda a discrecionalidad del señor Fiscal quien como profesional del derecho deberá hacerlo con responsabilidad, sin embargo, lo que se debe cuidar es que no se haga un ejercicio arbitrario y abusivo de la reformulación de cargos (García, 2017)

7.3. Interpretación legal de la reformulación de cargos, definición.

La reformulación de cargos, implica que el fiscal podrá por una sola vez cambiar el tipo penal por el cual se estaba formulando cargos a una determinada persona, conforme lo prescribe el art. 596 del Código Orgánico Integral Penal:

(...) si durante la etapa de instrucción, los resultados de la investigación hacen variar justificadamente la calificación jurídica de la imputación hecha en la formulación de cargos, la o el fiscal deberá solicitar a la o al juzgador, audiencia para motivar la reformulación de cargos. Realizada la reformulación, el plazo de la instrucción se incrementará en treinta días improrrogables, sin que la o el fiscal pueda solicitar una nueva reformulación (Ecuador, 2014)

La norma citada, indica que por una sola vez se podrá realizar la reformulación de cargos, y una vez realizada esta, el tiempo de la instrucción fiscal se incrementa a treinta días más que son improrrogables, con la condición que el fiscal no podrá solicitar nueva reformulación.

El profesor Simón Valdivieso, al referirse a la reformulación de cargos indica que es relativamente nueva por lo que no se cuenta con la suficiente doctrina ni jurisprudencia.

Agregado a ello, indica que la reformulación de cargos es eminentemente inconstitucional, toda vez, que afecta al debido proceso contemplado en el artículo 76 de la Constitución de la Republica del Ecuador y el principio de igualdad, por cuanto, Fiscalía al ser un sujeto procesal al igual que el procesado debe ser tratado como tal, es por ello que el jurista no comparte de que luego el procesado plantee su defensa de acuerdo a la acusación realizada por Fiscalía, éste en cualquier momento o inclusive al final de la instrucción reformule su acusación, dejando por ende en total indefensión al procesado ya que en estricto sentido existiría un abuso del poder (Valdivieso, 2017)

8. METODOLOGÍA

El trabajo investigativo se desarrollará a través de un análisis de tipo teórico descriptivo, documental, interpretativo y finalmente de campo. La información que se utilizará dentro de la investigación será recolectada de fuentes bibliográficas primarias como son las entrevistas y encuestas, el tipo de entrevista que se utilizará será la de profundidad, que serán transcritas para su constancia por escrito, entrevistas que serán practicadas tanto a operadores jurídicos como a los operadores jurisdiccionales, datos del catastro que se maneje en la fiscalía del Azuay, en el Consejo de la Judicatura, cuyos resultados serán expuestos a través de los cuadros estadísticos.

Agregado a ello, dentro del presente trabajo se analizará, utilizará, revisará artículos científicos, papers, tesis, legislación nacional o internacional relacionada a la reformulación de cargos dentro del proceso penal. Por otra parte, durante toda la investigación los entrevistados y participantes serán informados de cuál es el fin de la investigación. El análisis jurídico en su integridad estará respaldado por cada una de sus fuentes bibliográficas.

En consecuencia, los juicios de valor quedan proscriptos dentro del presente trabajo de investigación, cuyos resultados serán publicados tal cual fueron obtenidos. Es decir, no se ocultará información desfavorable al objeto de la investigación, independientemente de si la hipótesis se verifica o no.

8.1 Tiempo

El rango de tiempo del presente trabajo investigativo será entre el período comprendido en 2017-2019, debido a que, dentro del mismo, la figura de reformulación de cargos dentro de un proceso penal ecuatoriano ya estuvo vigente y por lo tanto en aplicación, la mayoría de los



jueces y fiscales durante este tiempo han aplicado aquella figura con el fin de administrar justicia, no dejar impune ciertos delitos, contrario a ello lo que se ocasionado únicamente es un efficientísimo penal.

Es por ello, que se debe realizar un análisis exhaustivo a fin de determinar si durante el tiempo detallado en el párrafo anterior se ha provocado, causado, o generado alguna vulneración de derechos constitucionales, entre ellos, el derecho al debido proceso penal, el derecho a la defensa, el derecho a contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su la defensa, y la aplicabilidad del principio de congruencia y Iura Novit Curia.

8.2.- Lugar

El desarrollo del presente trabajo tendrá como delimitación territorial la ciudad de Cuenca, por cuanto la ciudad de Cuenca ha sido considerada como la ciudad emblemática en la correcta en la administración de justicia, siendo de esta manera los operadores jurídicos y jurisdiccionales quienes deben garantizar la plena vigencia de las garantías y derechos constitucionales reconocidos a los habitantes ecuatorianos, al justiciable en todo momento. Los fiscales por su parte tienen la responsabilidad de obrar conforme norma constitucional ecuatoriana, cumpliendo con el principio de objetividad.

8.3. Unidades de Investigación

Público: Jueces de la Unidad Judicial Penal de Cuenca, Jueces de los tribunales penales del Azuay, Jueces de la Corte provincial del Azuay, Asamblea Nacional, Fiscalía General del Estado.

Privado: Colegio y Foro de abogados del Azuay que hayan experimentado la aplicación de la reformulación de cargos dentro de un proceso penal ecuatoriano.

Organismos Internacionales: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Internacional de Justicia de la Haya.

9. ESQUEMA TENTATIVO

CAPÍTULO I



1. El principio de congruencia ante el principio del Iura Novit Curia en la aplicación de la reformulación de cargos.

- 1.1 Aplicación y reconocimiento del principio de congruencia en el sistema penal ecuatoriano.
- 1.2 Función del principio constitucional de Iura Novit Curia en el sistema penal acusatorio ecuatoriano.
- 1.3 Ponderación del principio de congruencia y el principio Iura Novit Curia en el derecho penal acusatorio.
- 1.4 Las garantías jurisdiccionales en función del principio de congruencia y el principio del Iura Novit Curia.

CAPÍTULO II

2.- El derecho a la defensa y su aplicabilidad en la reformulación de cargos en el sistema penal ecuatoriano.

- 2.1 El derecho a contar con el tiempo y los medios necesarios para la preparación de la defensa.
- 2.2.- La vulneración del derecho a contar con un tiempo razonable en la reformulación de cargos.
- 2.3.- Consecuencias de la violación del derecho constitucional a contar con el tiempo y con los medios necesarios para la defensa.

CAPÍTULO III

3.- Garantías Jurisdiccionales Ecuatorianas y su aplicación en la Reformulación de Cargos dentro de un proceso penal.

- 3.1.- Vulneración del derecho al debido proceso y su incidencia en las garantías jurisdiccionales.



3.2.- Incumplimiento del derecho a gozar de una defensa técnica desde una visión de las garantías jurisdiccionales ecuatorianas.

3.3.- El derecho a contar con el tiempo y con los medios necesarios para su defensa, y su incidencia en las garantías jurisdiccionales ecuatorianas.

3.4.- Conclusiones

3.5.- Recomendaciones

10. CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES

ACTIVIDADES	MESES -2019							OCTUBRE
	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	
Diseño del proyecto	X							
Aprobación del proyecto		X						
Desarrollo de la tesis			X	X				
Recolección de información					X			
Análisis e interpretación de resultados						X		
Preparación de tesis							X	
Aprobación de tesis							X	
Defensa de tesis								X

Bibliografía

Andrade, R. V. (2014). *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano*. Quito: Ediciones Legales.



- Balseca, J. M. (2017). *El Derecho a la Defensa En La Reformulación de Cargos en el Proceso Penal*. Ambato: Universidad Indoamerica.
- Cárdenas, M. (2018). *El principio Iura Novit Curia frente al principio de congruencia y derecho constitucional a la defensa en el proceso penal*. Guaranda: Universidad Estatal de Bolívar.
- Chango, N. (2016). *Análisis del debido proceso con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal en los procedimientos directos*. Quito: Universidad Central del Ecuador.
- Ecuador, A. N. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Asamblea Nacional del Ecuador.
- Fraga, M. (2016). *La Violación del principio de Congruencia aún cometida tras la Reformulación de Cargos bajo el actual sistema penal ecuatoriano y las equivocadas soluciones brindadas en el Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Universidad San Francisco de Quito.
- García, J. (2017). *La reformulación de cargos en el COIP en el principio de congruencia y el Derecho a la Defensa*. Babahoyo: Uniandes.
- Grisetti, R. (2009). *El principio de congruencia en materia procesal penal: comprende no sólo el material fáctico sino también la calificación jurídica*. Cuenca.
- Hauchen, E. (2007). *Derechos de Imputado*. Santa Fe: Ed. 1º reimp., Rubinzal-Culzoni.
- Justicia, C. N. (2015). *Momento oportuno para que el Fiscal pida día Y hora para la Reformulación de Cargos*. Quito: Corte Nacional de Justicia, Secretaria General.
- Terán, I. (2016). *La Reformulación de cargos tipificadas en el COIP, en función del principio de defensa y principio de congruencia*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Vaca, R. (2003). *Manual de derecho procesal penal*. Quito: Cooperación de Estudios y Publicaciones CEP.
- Valdivieso, S. (2017). *Los procedimientos penales en el Código Orgánico Integral Penal*. Cuenca: Carrión.
- Villena, A. (2018). *La Tipificación del delito de Femicidio en el Coip y la Administración de Justicia del Ecuador*. Ambato: Uniandes.
- Villena, A. (2018). *La tipificación del delito de Femicidio en el COIP y y la Administración de Justicia en el Ecuador*. Ambato: Uniandes.



ANEXO 2

FORMATOS DE LAS ENTREVISTAS Y DE LAS ENCUESTAS



Anexo 2. Formato de entrevista

UNIVERSIDAD DE CUENCA



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

La siguiente entrevista tiene la finalidad de determinar el criterio de los Juristas, académicos, abogados en libre ejercicio profesional, de los jueces o ex jueces de Garantías Penales de Cuenca y de Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal, Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia respecto de la Reformulación de Cargos en la Legislación Ecuatoriana.

Se estaría muy agradecido por su total sinceridad en las respuestas emitidas ya que de esta forma aportará datos de interés a esta investigación.

La confidencialidad de la información será de estricto cumplimiento, respetando todos los principios éticos.

Objetivos:

- a) Profundizar en el criterio u opinión de los juristas, académicos, abogados en libre ejercicio profesional y los jueces o ex jueces de Garantías Penales en Cuenca, y de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia respecto de la Constitucionalidad o Inconstitucionalidad de la Reformulación de Cargos en la legislación ecuatoriana.
- b) Especificar cuáles son los principios procesales, garantías o derechos que son vulnerados en la Reformulación de Cargos prevista en el Código Orgánico Integral Penal.



- c) Definir según la opinión de los entrevistados su percepción acerca de las posibles soluciones o salidas en derecho frente a la Reformulación de Cargos, y de ser el caso el procedimiento para declarar su inconstitucionalidad.

Fecha:

Hora:

Lugar (Ciudad y sitio específico):

Entrevistador: Milton Geovanny Zhingri Yunga

Entrevistado (nombre, edad, género, cargo):

Preguntas:

I. ¿Considera usted, que, el Código Orgánico Integral Penal es fiel reflejo de lo establecido en el Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador, ¿cuándo prescribe que el Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia?

Si

No

Argumente su respuesta:

II. ¿Es usted de la opinión o criterio que la Reformulación de Cargos prevista en el Código Orgánico Integral Penal es Inconstitucional?

Si

No

Argumente su respuesta:

III. ¿Opina usted que la Reformulación de Cargos afecta al debido proceso o el derecho de defensa de los sujetos procesales en el procedimiento directo y procedimiento ordinario previsto en el Código Orgánico Integral Penal?



Si

No

Argumente su respuesta:

IV. ¿Qué opinión le atribuye usted, que, la Reformulación de Cargos viola el derecho a contar con el tiempo y con los medios necesarios o adecuados para la preparación de la defensa del justiciable?

Si

No

Argumente su respuesta:

V. ¿En qué medida, considera usted que la Reformulación de Cargos prevista en el Código Orgánico Integral Penal afecta el principio de congruencia entre la acusación y la sentencia?

Si

No

Argumente su respuesta:

VI. ¿Cuál es su criterio, respecto de que el cambio sorpresivo de la calificación jurídica de los hechos en la reformulación de cargos es inconstitucional?

VII. Desde su opinión, ¿cuál sería el procedimiento legal correcto para solicitar la inconstitucionalidad de la Reformulación de Cargos contemplada en el Código Orgánico Integral Penal?

¡GRACIAS POR SU COLABORACIÓN!



Anexo 3. Formato de entrevista

UNIVERSIDAD DE CUENCA



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

La siguiente entrevista tiene la finalidad de determinar el criterio de los Juristas, académicos, abogados en libre ejercicio profesional, de los jueces o ex jueces de Garantías Penales de Cuenca y de Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal, Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia respecto de la Reformulación de Cargos en la Legislación Ecuatoriana.

Se estaría muy agradecido por su total sinceridad en las respuestas emitidas ya que de esta forma aportará datos de interés a esta investigación.

La confidencialidad de la información será de estricto cumplimiento, respetando todos los principios éticos.

Parámetros de la entrevista:

La duración de la presente entrevista es de 00h30 minutos.

Objetivos:

Los objetivos de la presente entrevista son:

- 1).- Conocer el criterio jurídico de los abogados en libre ejercicio, juristas, jueces, sobre la acción pública de inconstitucionalidad.
- 2).- Fundamentar el criterio jurídico procesal de la inconstitucionalidad de la reformulación de cargos, por violación del derecho a la igualdad y al debido proceso en la tesis de la Maestría de Derecho Penal de la Universidad de Cuenca.

PREGUNTAS.

- 1.- ¿Cuándo se puede plantear una acción pública de inconstitucionalidad?
- 2.- ¿Quiénes están facultados para interponer la acción pública de Inconstitucionalidad?
- 3.- ¿Se puede plantear una acción pública de inconstitucionalidad por privación del derecho a contar con el tiempo y con los medios necesarios para la preparación de la defensa y del debido proceso en general?



- 4.- ¿Se puede plantear la acción pública de inconstitucionalidad por privación del derecho a la igualdad de las partes procesales?
- 5.- ¿Cuáles son los requisitos para plantear una demanda de inconstitucionalidad?
- 6.- ¿Existen casos en los cuales una norma aparentemente inconstitucional no lo sea, que remedios constitucionales, legales, procesales se les puede dar?

Dr. Damián, le quedo muy agradecido por su tiempo, por compartir sus conocimientos, y ayudar al enriquecimiento de la academia.



Anexo 4. Formato de encuesta



UNIVERSIDAD DE CUENCA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Encuesta dirigida a juristas en libre ejercicio profesional con el objetivo de conocer su criterio con relación a la estructura y normativa que regula la reformulación de cargos en el Código Orgánico Integral Penal.

Encuesta N°...

Encuesta...

Fecha...

Cuestionario:

1.- ¿Conoce usted que es la reformulación de cargos?

SI

NO

2.- A su criterio, ¿la reformulación de cargos permite realizar una correcta calificación jurídica de la infracción?

SI

NO

3.- A su criterio, ¿es constitucional la reformulación de cargos?

SI

NO

4.- ¿A su criterio, ¿cuáles de los siguientes derechos se vulneran con la aplicación de la reformulación de cargos?

a) derecho a la defensa

b) derecho al debido proceso

c) derecho o principio de igualdad entre las partes procesales



d) todas las anteriores

e) ninguna de las anteriores

5.- ¿En el ejercicio de su profesión ha conocido casos en los que se ha realizado reformulación de cargos?

SI

NO

6.- ¿Considera usted que los jueces y fiscales aplican de manera correcta la reformulación de cargos?

SI

NO

7.- De su experiencia en el ejercicio profesional, ¿Los agentes fiscales motivan la aplicación de la reformulación de cargos el día de la audiencia?

SI

NO

8.- ¿Cree Usted que debe derogarse la reformulación de cargos del Código Orgánico Integral Penal con la finalidad de garantizar de manera más efectiva los derechos y garantías de los justiciables?

SI

NO

¡Gracias por su colaboración!