

Análisis de la resolución de inconstitucionalidad de la detención en firme por parte del Tribunal Constitucional

*Iván Granda Molina**

El presente trabajo se enfoca en el análisis de la resolución de inconstitucionalidad de la detención en firme emitida por el Tribunal Constitucional, con la cual, se afectó tanto el plazo razonable de prisión, así como la caducidad de la prisión preventiva. En el análisis se podrá apreciar que la medida contrarió, al principio *pro homine*, al de inocencia, a las características de las medidas cautelares, al de independencia de los jueces, entre otros. Se reflexiona además, su efecto más grave, el quebrantamiento de los derechos humanos de los detenidos al establecer el carácter irretroactivo de la resolución que, a su vez, dio paso a la equívoca interpretación del art. 169 del Código de Procedimiento Penal, realizada por el Congreso Nacional para evitar nuevamente la aplicación de la caducidad de la prisión preventiva.

FORO

ANTECEDENTES

La Constitución de 1998, estableció en el art. 24 numeral 8, que trata de las garantías del debido proceso, la duración de la medida cautelar de la prisión preventiva, la misma que no puede exceder de seis meses, en delitos sancionados con prisión, ni de un año en los delitos sancionados con reclusión.

Esta disposición, sin lugar a dudas, puso de manifiesto la intención del legislador de proteger al imputado y sus derechos, de acuerdo con los compromisos internacionales adquiridos con la firma y ratificación de convenios internacionales, con las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las que se san-

* Coordinador de los Juzgados de la Niñez y Adolescencia de Cuenca. Miembro de la Comisión de Derechos Humanos del Azuay.

cionó al país por incumplimiento, y con los criterios internacionales sobre medidas cautelares de carácter personal y juzgamiento en un plazo razonable.

A la par de estos principios de jerarquía constitucional, se instaura en el Ecuador un nuevo Código de procedimiento penal, que deja atrás al sistema inquisitivo y se orienta hacia un sistema acusatorio. Este procura hacer ejecutar principios constitucionales como la presunción de inocencia, la contradicción, la celeridad, la oportunidad. En general, el nuevo sistema ambiciona mejorar la administración de justicia a través de procesos orales que brinden mayor transparencia.

Pese a que estos objetivos estaban claros, la administración de justicia no respondió como los ecuatorianos hubiéramos querido, pues se advirtió que hubo presos sin sentencia que fueron excarcelados por no haberse aplicado la garantía del debido proceso y la norma invocada anteriormente.

Este es el contexto en el que el Partido Social Cristiano, a través de la diputada Cynthia Viteri,¹ propone la figura de la detención en firme, definida en el art. 173 A, del Código de Procedimiento Penal, publicada en el Registro Oficial 743 del 13 de enero de 2003, en la que el Legislador argumentó que con relación al Código de Procedimiento Penal, “se buscará armonizar de mejor manera determinadas disposiciones en él contenidas; que la caducidad de las medidas cautelares de orden personal, hacen indispensables la introducción de reformas a la legislación nacional en las disposiciones de carácter procesal, penal y judicial; a través de la implementación de la figura jurídica de la detención en firme (...), que soslaye la evasión del infractor”.²

En concordancia con lo planteado, en el art. 173 A, del Código de procedimiento penal, se señaló que la detención en firme tuvo como fin: “contar con la presencia del acusado en la etapa del juicio y evitar la suspensión, en el auto de llamamiento a juicio, el juez que conoce la causa deberá obligatoriamente ordenar la detención en firme del acusado (...)”.³

Otro de los argumentos utilizados para justificar esta nueva medida cautelar tuvo que ver con la demora de la administración de justicia en la resolución de las causas, por lo que “es necesario coadyuvar a la actividad judicial y policial, evitando la evasión del sindicado (...)”,⁴ perturbando el interés Constitucional establecido en el art.

1. El Proyecto de creación de la detención en firme fue extraviado del archivo General del H. Congreso Nacional, incluido en Miguel Antonio Arias, *La Detención en firme*, Cuenca, Editorial Bgoffset, 2005, p. 41.

2. Registro Oficial, No. 743 del 13 de enero de 2003.
<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/Ley.Ref.Cod.Proc.Penal.htm> Fecha de visita a la web: 04/04/07.

3. Código de Procedimiento Penal, Quito, 2003.

4. Registro Oficial, No. 743 del 13 de enero de 2003.

193 de la Constitución de responsabilizar al juez por omisiones y retardos injustificados en el ejercicio de sus funciones.

Estos argumentos del legislador tuvieron acogida absoluta en los medios masivos de comunicación, creando una suerte de “fobia” contra los órganos de administración de justicia, exacerbando a la opinión pública a través de la crónica roja y generando un espectro de inseguridad y violencia.

Una vez que entró en vigencia esta medida fue declarada inaplicable, por parte del juez de Latacunga, el Dr. Carlos Poveda, quien, fue el primero en señalar entre otras, las siguientes consideraciones: “... de conformidad al art. 274 de la Constitución Política declaro inaplicable la norma contenida en la reforma establecida en el art. 173-A, con relación al art. 232, numeral 4, del Código de Procedimiento Penal (...)”.

Sin embargo, este acto de control constitucional del Juez referido no tuvo asidero en el máximo Tribunal Constitucional de la República de ese entonces.

Un nuevo Tribunal Constitucional conoció la petición de la ciudadana Silvana Sánchez Pinto, representando a mil cuatrocientas personas y, el 26 de septiembre de 2006, declaró la inconstitucionalidad de la detención en firme, la misma que será objeto de análisis en el presente artículo.

ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DETENCIÓN EN FIRME POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el fallo No. 002-2005-TC, en el que se declara la inconstitucionalidad de la detención en firme se argumentó que la misma es inconstitucional por “(...) violentar el derecho fundamental garantizado en el art. 24, numeral 8, inciso primero de la Constitución sobre la caducidad de la prisión preventiva, y los arts. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establecen que las personas detenidas tendrán derecho a ser juzgadas dentro de un plazo razonable o a ser puestas en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso penal (...)”

Ahora bien, estamos de acuerdo con el Tribunal Constitucional en este considerando del fallo; sin embargo, creemos pertinente analizar el alcance del plazo razonable y su vinculación con otras garantías constitucionales que nos permitirán completar la visión que el legislador constitucional omitió.

LA DOCTRINA DEL PLAZO RAZONABLE Y LA DETENCIÓN EN FIRME

Sin duda, la detención en firme fue una figura procesal que vulneró el principio doctrinario y de derechos humanos del plazo razonable, pues según nuestra apreciación fue lo que buscó tutelar el legislador constitucional en el año 1998, en el art. 24 numeral 8, en concordancia con lo establecido por la normativa internacional que tiene como antecedentes el art. 6.1 del Convenio Europeo sobre Salvaguarda de los Derechos del Hombre y las libertades Fundamentales (CEDH), suscrito en Roma en 1950 y reproducida en la Convención Americana de Derechos Humanos (Costa Rica 1969) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en 1966.

Art. 7.5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un Juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad (...).⁵

Se puede argumentar que tanto el legislador internacional como local omiten fijar un tiempo determinado de duración a un proceso penal u otro de competencias diferentes. Considero que esta actitud de no fijar plazos en tiempos determinados, especialmente en referencia al juzgamiento (no solo en relación con la prisión preventiva), crea una suerte de inseguridad jurídica.

Tomando en cuenta lo indicado, creo que el tiempo es lo que da sentido al plazo razonable, pues a través de este elemento se lo calificará o no. En el campo del derecho penal “el tiempo es un dato omnipresente, hasta el punto de convertirse en el propio núcleo del derecho penal”,⁶ cuyo fin es brindar a la población la seguridad de una vida en sociedad, organizada de acuerdo con las leyes que determinan la protección de los valores humanos básicos, como el de asegurar un enjuiciamiento expeditivo en un plazo razonable, estableciendo límites precisos a la duración de cada procedimiento.

Por lo expuesto, la detención en firme rompió la Constitución y puntualmente el art. 24. 8, respecto de la prisión preventiva y su plazo razonable, esta afectó la duración del proceso, ya que, luego de dictado el auto de llamamiento a juicio, puede durar un tiempo indefinido. Es menester aclarar que no es lo mismo el plazo razonable en la prisión preventiva que el plazo razonable de duración del proceso, pues el primero únicamente es un instrumento que sirve para llevar a cabo el segundo.

5. *Convención Americana de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, 1969.

6. Daniel R. Pastor, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Buenos Aires, Edit. Ad Hoc, 2002, 1a. ed., p. 74.

Parece ser que el legislador no hace un análisis motivado y de causalidad, de cómo el desacato de la caducidad contemplada en la Constitución trae como consecuencia el quebrantamiento del plazo razonable.

En este sentido, no se puede hablar de derecho penal ni de respeto a los derechos fundamentales si el uso del tiempo es tan reducido que vulnera el derecho a la defensa o tan prolongado que vuelva inoportuna la sanción; por lo tanto se debe buscar equilibrio en el tratamiento del tiempo, para asegurar un enjuiciamiento expeditivo.

Lo que evidentemente sucede con la vigencia de la detención en firme es que, a más de violar el art. 24. 8 de la Constitución, permite al juez actuar en rémora procesal justificada, incumpliendo el art. 23 num. 27: “El derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones”,⁷ lo cual no fue analizado por el Tribunal Constitucional.

Este organismo tampoco hace referencia a que, fruto de la aplicación de la detención en firme, se rompen también los principios de la administración de justicia y del derecho penal, contemplados en el art. 192 de la Constitución Política, que forman parte del espíritu de la doctrina del plazo razonable de juzgamiento: art. 192: “El sistema procesal será un medio para la realización de la justicia. Hará efectivas las garantías del debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficacia en la administración de justicia. (...)”⁸ La detención en firme, al justificar las omisiones de la administración de justicia, permite que el proceso pueda durar indefinidamente.

Para concluir, en este aspecto, es importante considerar lo que señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al tratar el plazo razonable.

Esta Corte comparte el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha analizado en varios fallos el concepto de plazo razonable y ha señalado que se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales (cf. Caso Genie Lacayo, Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 77; y Eur. Court H.R., Motta judgment of 19 February 1991, Series A No. 195-A, párr. 30; Eur. Court H.R., Ruiz Mateos v. Spain Judgment of 23 June 1993, Series A No. 262, párr. 30).⁹

Estas consideraciones deben tomarse en cuenta en el futuro en nuestro país, no como justificativos de la falta de probidad y celeridad en la administración de justicia, sino en aras de la tutela efectiva de los derechos ciudadanos.

7. Constitución Política del Ecuador.

8. *Ibid.*

9. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, 1997.

Si bien hemos coincidido en el fondo con la resolución del Tribunal Constitucional, este organismo omite que, a través del rompimiento del plazo razonable, se lo hace también de otra garantía: la situación de inocencia del ciudadano.

LA SITUACIÓN JURÍDICA DE INOCENCIA

Esta garantía tiene sus antecedentes en la Declaración del Estado de Virginia y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Un antecedente más cercano es el art. 26 de la Declaración Americana de Derechos Humanos de 1948, en donde también se acoge la presunción de inocencia.

En nuestro país, la naturaleza de dicha garantía la define el Dr. Jorge Zavala Baquerizo, quien hace una clara distinción entre los derechos en el hombre y los derechos del hombre, siendo de naturaleza y tratamiento diferente.

Entre los bienes considerados en el hombre, se encuentra la inocencia, de iguales características que la vida y la libertad y por tanto su naturaleza pertenece al ser humano y es connatural a su dignidad.

Este derecho no se lo presume, es consustancial al ciudadano imputado o investigado por un delito penal durante todo el proceso, por lo que no requiere un reconocimiento taxativo.

De esta forma el imputado debe ser tratado como tal, como lo señala el autor Zavala Baquerizo: “La inocencia es un presupuesto subjetivo general del debido proceso. Antes y durante el proceso todo hombre es inocente”.¹⁰

Por ello en un proceso penal el Fiscal tiene que recabar elementos de convicción suficientes y válidos que le permitan configurar prueba plena y de esta manera pueda enervar la inocencia del imputado, mediante sentencia ejecutoriada.

La Constitución Política del Estado y el Código Penal definen la situación de inocencia en los art. 24. num. 7: “Se presumirá la inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se haya declarado mediante sentencia ejecutoriada”.¹¹ Y en el Código de procedimiento penal art. 4: “Todo imputado es inocente, hasta que en la sentencia ejecutoriada se lo declare culpable”.¹²

Como se puede apreciar, la definición de la garantía de inocencia está mejor estructurada y definida en el Código de Procedimiento Penal que en la Constitución Política del Estado.

10. Jorge Zavala Baquerizo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Guayaquil, Edina, 2004, p. 202.

11. Constitución Política del Estado.

12. Código de Procedimiento Penal.

En la resolución de inconstitucionalidad apenas se analiza la violación de la garantía de inocencia, pues en el considerando decimocuarto tan solo se señala que “cuando la detención preventiva se prolonga en forma irrazonable, se incrementa el riesgo de invertir la presunción de inocencia”,¹³ no hace afirmación alguna sobre la ruptura efectiva de este principio connatural al imputado, a través de la detención en firme.

La situación jurídica de inocencia tiene íntima relación con el plazo razonable, transgredido por la figura de la detención en firme, ya que el proceso penal dentro de un plazo razonable será el que imponga de forma oportuna la pena y, en caso de inocencia, genere prontamente la consecuencia liberatoria de responsabilidad, con la consecuente devolución de la paz al emplazado por la justicia, quien podrá superar la tormentosa vivencia de la incertidumbre en torno a su vida futura.

La introducción de la detención en firme en el ordenamiento jurídico, aparentemente pretende impedir que los procesados recuperen la libertad en virtud de la caducidad de la prisión preventiva, pero atenta contra la situación jurídica de inocencia, ya que el ciudadano víctima de un juzgamiento entorpecido, es tratado como culpable.

A este análisis debemos sumar otras consideraciones que tienen particular conexión con la situación de inocencia y tienen que ver con la desnaturalización del concepto de medida cautelar y sus principales características de revisibilidad y de excepcionalidad:

En el art. 160 del Código de procedimiento penal, inciso segundo dice:

La detención en firme se dispondrá en todos los casos en que se dicte auto de llamamiento a juicio, de conformidad con el art. 232 de este Código y solo podrá ser revocada mediante sentencia absolutoria (...).¹⁴

Esto implica que se trate como culpable al imputado desde el momento mismo en que se dicte auto de llamamiento a juicio, sin valoración alguna de las pruebas y sin que pueda ser revocada y por tanto revisada la medida, en caso de que el juez lo crea conveniente.

13. Registro Oficial 743, del 13 de enero de 2003.

14. Código de Procedimiento Penal.

EXCEPCIONALIDAD DE LA MEDIDA CAUTELAR

Al ser la figura de la detención en firme una medida de carácter excepcional, es el juez quien debe valorar la pertinencia de dictar o no tal medida cautelar para garantizar la comparecencia del imputado a todas las etapas procesales.

El art. 159 señala que: “A fin de garantizar la inmediación del imputado o acusado con el proceso, el pago de la indemnización de daños y perjuicios del ofendido y las costas procesales, el juez podrá ordenar medidas cautelares de carácter personal o de carácter real.

Su aplicación debe ser restrictiva. (...)”.¹⁵

En este contexto, ¿como es posible que la detención en firme haya tenido carácter obligatorio, siendo la prisión una medida de carácter preventiva, de una particular excepcionalidad?

Así lo sostiene el profesor mexicano Sergio Huacuja: “la doctrina unánimemente ha aceptado que la prisión preventiva queda restringida a los delitos graves, con lo que se confirma su carácter excepcional y limitado”.¹⁶

Por lo señalado, se eliminó el papel del juez como garante del debido proceso y como evaluador crítico, pues con la detención en firme, de obligado acatamiento, no puede cumplir con la discrecionalidad de optar o no por la medida, dejando de lado el único contrapeso al poder político y la única garantía de justicia en un Estado de Derecho contemplada en el art. 191 de la Constitución Política del Estado.

En conclusión ¿de qué situación jurídica de inocencia podemos hablar si esta medida mantiene detenido al imputado por tiempo indefinido: sin posibilidad de revisión de la medida; sin provisionalidad e impuesta de manera general; sin calificación de procedencia y sin perentoriedad?

En conclusión el TC no analizó en su real alcance lo que esta medida provoca en relación con la situación jurídica de inocencia y por tanto no estableció suficiente valoración sobre la excepcionalidad de toda medida cautelar que debe ser tomada a discrecionalidad del juez en virtud de su independencia.

15. Código de Procedimiento Penal.

16. Sergio Huacuja Betancourt, *La desaparición de la prisión preventiva*, México, Trillas, 1999, 1a. ed., p. 55.

EL PRINCIPIO PRO-HOMINE

El principio *pro homine* es un elemento importante para la interpretación constitucional en materia de derechos humanos, tanto en el marco jurídico interno y en el de derecho internacional de los derechos humanos.

Los principios puntualizan recomendaciones, determinan los contenidos de los derechos, los interpretan, y tienen como objetivo fundamental lograr que estos derechos tutelén los bienes jurídicos que el Estado y el derecho internacional requieren proteger.

El principio *pro homine*, si bien no está definido normativamente, se lo puede encontrar en los preámbulos de los instrumentos internacionales de derechos humanos, los cuales se consideran elementos meta jurídicos que subyacen a cualquier interpretación normativa.

Podemos encontrarlo en el art. 29 de la *Convención Americana de Derechos Humanos* referente a las normas de interpretación que señala lo siguiente: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno; y,
- d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.¹⁷

A estas referencias que aluden al principio *pro homine*, se suma la realizada por la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* en opinión consultiva OC-5/85 que señala: “Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restringe en menor escala el derecho protegido. Es decir la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”.¹⁸

Se colige de estas consideraciones que, en caso de que un derecho sea protegido de mejor manera por un instrumento internacional o por la legislación interna, se deberá aplicar la norma que proteja de manera más extensiva el derecho en discusión.

En el caso del Ecuador, el principio *pro homine* está claramente contemplado en el art. 18, en concordancia con el 16 de la Constitución Política del Estado que señalan:

17. Convención Americana de Derechos Humanos.

18. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=dialjur&n=2 03/03/07>

Art. 16. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantice esta Constitución.¹⁹

Art. 18. Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.

En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia.²⁰

Compartimos el criterio de Rodolfo Ariza Clerici, quien señala que el principio *pro homine* es una verdadera garantía de interpretación del Derecho Constitucional, “cuya función no es otra que la de someter la jurisdicción a la ley, lo cual importa una limitación racional a la arbitrariedad de las decisiones jurisdiccionales imponiendo la interpretación más favorable a los derechos fundamentales”.²¹

Este principio implica seleccionar y aplicar la norma que en cada contexto resulte más favorable a la persona, atendiendo a la naturaleza de los derechos que se encuentren en juego, a la prevalencia de uno sobre otro y teniendo en cuenta los sujetos que intervienen.

En la aplicación del principio *pro homine* siempre predominará la individualidad del ciudadano y los derechos que le son propios, frente a las conductas de acción o de omisión que pueda realizar el Estado.

Así como en el campo civil existen normas de interpretación como la *pro debitorre*, en el derecho penal la *in dubio pro reo* o en lo laboral la *in dubio pro operario*, en materia constitucional, al tratarse de derechos humanos, se debe tener como regla de interpretación hermenéutica el principio *pro homine*.

El principio *pro homine* es pues, una regla hermenéutica de interpretación constitucional y es el termómetro que debe emplear el intérprete constitucional para operar en ejercicio del poder de disposición ética valorativo a favor de parámetros desde y hacia lo humano.

Pablo Luis Manili –citado por Luis Coto– señala que, con la aplicación del principio *pro homine* “se termina toda la discusión en torno a la primacía del derecho interno o del derecho internacional, en materia de derechos humanos”²² por cuanto el

19. Constitución Política de la República.

20. *Ibíd.*

21. Rodolfo Ariza Clerici, *Interpretación Constitucional, Principio Pro Homine*, s.f., s.e., p. 1.

22. Pablo Luis Manili, incluido en Luis Coto, *Los principios jurídicos en la Convención Americana de Derechos Humanos y su aplicación en los casos peruanos*, p. 7.

intérprete que analice cada precepto debe basar el poder decisorio con la norma que sea más amplia en la tutela de derechos humanos.

El principio *pro homine*, por lo tanto, está orientado a privilegiar, seleccionar y preferir la norma que resguarde de mejor manera los derechos fundamentales del ser humano, es decir, aplicar aquello que sea lo más favorable a la persona.

Así, Humberto Henderson señala que el principio *pro homine* debe ser “inspirador del derecho internacional de los derechos humanos y representar una fundamental e indispensable regla de hermenéutica en el momento de aplicación de los tratados internacionales de los derechos humanos por los tribunales internos”.²³

Nos permitimos agregar que no solo se trata de la aplicación del derecho internacional y los derechos humanos en relación con las constituciones de los Estados, sino también del principio *pro homine* como herramienta de interpretación de las leyes nacionales, la que debe realizarse:

- a) Aplicando la norma más protectora: entre varias normas concurrentes, optar por la que tutele de mejor forma los derechos del individuo.
- b) Conservando la norma más favorable: una norma posterior no deroga o desaplica una anterior que consagre mejores protecciones para los ciudadanos.
- c) Se trata de que el juez realice una operación para armonizar leyes –cuando estas son de igual jerarquía– con el fin de que no se desproteja o se quebrante la protección de derechos humanos.
- d) Interpretando con sentido tutelar: Cuando exista la posibilidad de varias interpretaciones de una misma norma, el constitucionalista debe adoptar la que mejor tutele los derechos de la víctima o del ciudadano afectado; implica darle el mayor alcance posible de modo que se oriente a proteger de manera integral los derechos del ciudadano.

Por todo lo dicho creemos que el principio examinado proporciona una herramienta de interpretación constitucional de validez esencial que no puede pasar desapercibida por el juez encargado del control constitucional, en aras de que su actividad valorativa, interpretativa, propia de los poderes constituidos que ha sido dispuesta por el poder constituyente, garantice la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos, limitando el poder Estatal y cumpliendo con la normativa internacional.

En el fallo del Tribunal Constitucional se hace referencia al principio *pro homine*, pero únicamente con respecto a la obligación del juez constitucional de “aplicar la hermenéutica Constitucional de tal manera que en caso de duda se estará a la vigen-

23. Humberto Henderson, *Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro-homine*, s.e., s.f., p. 18.

cia efectiva del derecho (...);²⁴ pero no se considera este principio en relación con la retroactividad de la resolución; así, para absolver la consulta planteada por el Presidente del Congreso y por el Delegado del Procurador General del Estado, quienes piden aclaración y ampliación de la resolución 002-2005-TC, el Tribunal Constitucional motivó la aclaración de la siguiente manera:

2. El artículo 278 de la Carta Política señala que la declaratoria de inconstitucionalidad no tiene efecto retroactivo y entrará en vigencia desde la fecha de su promulgación en el Registro Oficial, a su vez el inciso segundo del artículo de la Ley Orgánica de Control Constitucional establece que la declaratoria de inconstitucionalidad de la resolución no afectará las situaciones jurídicas surgidas al amparo de tales normas antes de la declaratoria de inconstitucionalidad, precepto que precautela la seguridad jurídica garantizada en el art. 23, numeral 26 de la Constitución; y por ende la declaratoria de inconstitucionalidad no modifica las situaciones procesales surgidas durante la vigencia de la norma.²⁵

Para estudiar la resolución del TC es necesario realizar algunas reflexiones sobre los principios de retroactividad e irretroactividad de la ley.

LA RETROACTIVIDAD Y EL PRINCIPIO PRO HOMINE

La regla general sobre la vigencia de la Ley con relación al tiempo, es que esta tiene efecto *ex nunc*, rige para lo venidero, no tiene efecto retroactivo, así garantiza el cumplimiento del principio de legalidad y la seguridad jurídica.

Existen excepciones a la regla y por lo tanto ocasiones de aplicación retroactiva de la Ley; un caso claro de ello, es el principio *in dubio pro reo*, adoptado en materia penal:

Art. 2 (...) Deja de ser punible un acto si una ley posterior a su ejecución lo suprime del número de las infracciones; y, si ha mediado ya sentencia condenatoria, quedará extinguida la pena, haya o no comenzado a cumplirse.

Si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa.²⁶

En el tercer inciso del Código penal existe opción de aplicar la ley con efecto retroactivo en materia penal, si esta favorece al imputado o al investigado.

24. Tribunal Constitucional, Resolución 002-2005-TC, p. 9.

25. Tribunal Constitucional. Aclaración y ampliación de la resolución No. 002-2005-TC, Quito, 17 de octubre de 2006.

26. Código Penal ecuatoriano, 2003.

En materia de derechos humanos, y al ser la figura de la detención en firme una medida que desde su nacimiento vulneró derechos, se entiende que al expulsar la norma del ordenamiento jurídico, el resultado lógico sería que deje de producir efectos.

Si en materia penal una norma más favorable al reo puede invocar la retroactividad en materia penal, considero que el principio *pro homine* debió implicar la modulación de la resolución para que se la aplique con efecto retroactivo, garantizando el principio de igualdad en el trato a los sometidos a enjuiciamiento penal y la cesación de la violación de los derechos que fueron materia de estudio en líneas anteriores.

En la resolución no se consideró las reglas de aplicación del principio *pro homine* en el sentido de aplicación de la norma más protectora entre las normas concurrentes, tampoco se armonizaron las leyes, optando por la irretroactividad de la resolución que declaró la inconstitucionalidad de la detención en firme.

Según las reglas de interpretación, el constitucionalista optó por dejar de tutelar los derechos de la víctima o del ciudadano afectado y por tanto dejó de lado la regla de interpretación con sentido tutelar.

En este sentido el criterio de Tarquino Orellana, ex miembro del Tribunal Constitucional que resolvió la inconstitucionalidad de la detención en firme señaló que:

La supuesta aclaración y ampliación que no es tal en términos estrictamente formales. El TC se permite señalar que no está ampliando ni aclarando nada, sin embargo la referencia y el énfasis puesto en el art. 278, crea una confusión, que obedeció a una respuesta al ataque periodístico que sufría el TC, de todas las fuerzas que participaron ciertamente en el plano político, creando esta figura y creando este malestar y esta sensación de inseguridad general en el país, creo que, en esa medida las respuesta del Tribunal hay que entenderla en esta circunstancia política más que una respuesta estrictamente jurídica. (...) de ahí que la obligación de la lectura de las normas constitucionales, mucho más ellas que tengan que ver con normas fundamentales, como son las de libertad, la seguridad jurídica, la garantía de la defensa, la celeridad procesal; solo pueden entenderse desde el art. 16 de la Constitución, principio fundamental del Estado, en relación a la interpretación favorable desde la vigencia de esos derechos, art. 18 de la Constitución; en esa dirección están creados los objetivos en los principios de interpretación, no solo de la Constitución sino de todos los principios del ordenamiento jurídico, que sin duda no corresponde a la cultura jurídica del país, del modo de comprensión de los operadores jurídicos y por tanto la falta maduración cultural en el orden jurídico. En este sentido, para que se pueda adoptar este enfoque, los mismos jueces diseccionarían, que, cuando una norma es expulsada del mundo jurídico, ésta, al no tener efectos automáticos, ni directos, se actualizan los procedimientos, y al reclamar sobre la persistencia de unas decisiones no sustentadas en nin-

guna norma vigente, el mismo Código Penal establece principios de interpretación muy claros de cómo los jueces deben actuar en dichas circunstancias (...) ²⁷

Coincidimos en gran parte con el Dr. Tarquino Orellana, pero llama la atención que el máximo Tribunal Constitucional actúe al mando de intereses políticos y bajo la presión de los medios de comunicación, sin poder otorgar respuestas jurídicas que se enmarquen en el respeto a la Constitución. Así, desde el análisis efectuado por el propio Tribunal se pudo llegar a una solución que entrañara seguridad jurídica y tutela a los derechos humanos, a base del principio *pro homine* para modular los efectos en forma retroactiva.

De lo aseverado por el Dr. Orellana, queremos destacar que el papel del juez pudo haber permitido una aplicación inmediata de dicha retroactividad, a través del principio *pro reo*, desde la actualización del procedimiento, en donde si una norma ha sido expulsada del mundo jurídico, siguiendo esta lógica, precautelando el principio de legalidad, los detenidos vía detención en firme que hayan superado los plazos establecidos en el 24.8 de la Constitución, debieron ser excarcelados.

Además de lo señalado, la retroactividad de la resolución se sustentaría también en el principio de *eficacia integradora*; según el cual toda norma debe interpretarse de acuerdo con la parte dogmática, como una unidad interdependiente. Así por ejemplo, al dictar un estado de emergencia se busca proteger derechos fundamentales, lo que implica que no se pueda declarar para violentarlos o atentar contra bienes jurídicos que se desean proteger en principio.

Se puede decir, desde un punto de vista positivista tradicional, que lo que se ha hecho es garantizar el cumplimiento del art. 278 de la Constitución; sin embargo, de conformidad con el principio antes descrito y con el de concordancia práctica, que consiste en que los bienes jurídicamente protegidos pueden colisionar y hay que decidir cuál debe prevalecer; en este caso el juego de concurrencia se daría entre una formalidad legal constitucional temporal de efecto que es “la no retroactividad” y el “derecho a la libertad”; al que se suma un tejido de violaciones a la integridad personal de los ciudadanos y al debido proceso, lo que trae como resultado el incumplimiento del más alto deber del Estado (art. 16 de la Constitución Política del Estado).

Para sustentar de mejor manera lo señalado veamos el siguiente ejemplo:

Asumamos que el Congreso Nacional cree una norma que castigue al tráfico de drogas con la muerte: A, es un individuo que es sancionado con pena de muerte por encontrársele culpable de narcotráfico y es sancionado el día de hoy. Mañana el

27. Tarquino Orellana, entrevista realizada el 14 de junio de 2007, Cuenca-Ecuador.

Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de la norma citada, en esta lógica, al narcotraficante se debería aplicar la pena de muerte.

En conclusión, el intérprete constitucional, en el caso que nos ocupa, perdió la oportunidad de cambiar de posición y generar credibilidad en sus fallos, pues al no fundamentar su decisión en la norma que, en este caso, era más amplia en la tutela efectiva de los derechos humanos, no cumplió con el mandato constitucional a ellos encomendado.

Además de esto podría plantearse que la medida cautelar estudiada no es una creación eventual sino podría responder a criterios de ajuste de la seguridad penal, vía la criminalización de la pobreza y una política criminal con un claro enfoque profiláctico, coercitivo, todo esto desde un enfoque global de seguridad “desde la teoría del derecho del enemigo”,²⁸ en la que según el alemán Jakobs:

Quién no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no solo no puede esperar ser tratado como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas.²⁹

Lo que el autor plantea es que el individuo que actúa al margen de la ley no es confiable y por tanto no garantizaría un comportamiento personal, por ello no se lo debe tratar como ciudadano sino se lo tiene que combatir como lo que es: un enemigo.

Esta onda punitiva parece marcar también al Ecuador de los últimos años y por ello el trazado de la figura de la detención en firme. Los medios de comunicación, a través de la crónica roja que cada vez cobra mayor importancia en sus ediciones, van creando las sombras de la inseguridad al sobredimensionar la crítica a la falta de celeridad en la administración de justicia, su burocratización, la falta de independencia de los jueces, la crisis orgánica institucional y la consecuente corrupción de los funcionarios. Estos problemas de la administración de justicia fueron y siguen siendo potenciados a través de la alarma social fomentada por los oligopolios informativos, dando como consecuencia una cultura de violencia a través del llamado “ajusticiamiento” y la ira ciudadana que, a su vez, producirá una legislación irracional y excesivamente represiva, que limita e incluso atropella las garantías fundamentales.

La detención en firme provocó que muchos ciudadanos imputados por un tipo penal fueran reclusos en dichos centros lo que creó la ficción de que los “enemi-

28. Günter Jakobs y Miguel Polaino Navarrete, *El derecho Penal ante las sociedades modernas*, México, Grijley, 2006.

29. *Ibid.*, p. 44.

gos”³⁰ estaban a buen recaudo y por lo tanto la ciudadanía podía sentirse segura. Si bien esto implica un estudio más riguroso, se podría señalar que la teoría del derecho del enemigo ha empezado a cobrar importancia en nuestro sistema penal.

EFFECTOS DE LA DETENCIÓN EN FIRME EN LA REALIDAD PENITENCIARIA

En el Ecuador existen 35 cárceles en 17 provincias; la más grande del país es la Penitenciaria de Guayaquil, que mantiene “3.106 personas”,³¹ y su capacidad es para “1.200 personas”³² “Según estadísticas de la Dirección de Rehabilitación Social, los presos que cumplieron los seis meses y un año sin sentencia suman 2.293”.³³

La detención en firme no solo vulneró la Constitución Política del Estado, la corriente adjetiva del derecho penal, sino que provocó una crisis carcelaria que fragmenta todo concepto en cuestión de derechos humanos; es así que en varias ocasiones se ha dictado emergencia de los centros carcelarios. De este modo el efecto de la figura de la detención en firme y la nula política criminal en torno a la rehabilitación social dio como consecuencia el hacinamiento y por tanto trato inhumano a quienes se encuentran reclusos en los centros penitenciarios.

La situación de los presos es preocupante, solo para situarnos veamos algunas cifras:

(...) Existe un área de 4,91 m² por interno, siendo la norma de 12 m² por interno (...) El sector neurálgico, dentro del sistema penitenciario, constituye la deficiencia de la infraestructura básica, tales como agua potable, energía eléctrica y el sistema de alcantarillado... estos sistemas en algunos casos (sistema de alcantarillado) se encuentran colapsados y los demás funcionan al mínimo de su capacidad, provocando escasez, especialmente de agua (...).³⁴

-
30. Günter Jakobs y Miguel Polaino Navarrete, *El derecho Penal ante las sociedades modernas*, p. 32.
 31. Claudio Gallardo y Jorge Núñez Vega, *Una Lectura Cuantitativa del Sistema de Cárceles en Ecuador*, Quito, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Ecuador, 2006, p. 4.
 32. Diario *El Universo*, p. 10 A, Sucesos, 2005 S/ F. Incluido en Miguel Antonio Arias, *La Detención en firme*, p. 69.
 33. Ana Lucía Andrade, *Eliminada la Prisión en firme*, en el diario *El Mercurio*, Cuenca, 18 de octubre de 2006, p. A2.
 34. Patricio Kon, “Incidencia de las reformas al Código Penal en la infraestructura de los órganos jurisdiccionales y del sistema penitenciario”, p. 142, incluido “Informe sobre la situación penal y penitenciaria actual de Ecuador Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos”, INREDH, realizado por la Psicóloga Clínica Maribel Piedra M, Quito-Ecuador, 2003, p. 41.

Más del 64% de la población carcelaria se encuentra esperando ser juzgada en centros de detención, con una tasa de sobrepoblación del 170%. (...) Existen 12.693 personas de libertad (...) la capacidad poblacional carcelaria es de 7.463” (...) En el 2004 22 detenidos murieron en la Penitenciaría del Litoral.³⁵

Ahora bien: ¿quién es responsable del tratamiento inhumano y degradante proscribido por el art. 23 num. 2 de la Constitución? La dura respuesta vincula la responsabilidad al Estado, así la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene un criterio respecto de lo que detallamos: “Una vez que la persona queda bajo custodia de agentes del Estado, se presume que todo trato inhumano posterior que sufra esa persona es responsabilidad del Estado”.³⁶

Por tanto, las políticas que protegen a los reclusos son inexistentes y esta omisión pone en peligro la integridad personal, los derechos humanos y sin duda, como consecuencia de estas omisiones por parte del Tribunal Constitucional, dan como resultado que no se solucione un problema estructural en el marco de la ley, el debido proceso y el respeto de los derechos humanos, sino por el contrario se dé paso a una interpretación antojadiza como es la realizada en relación con el art. 169 del Código de Procedimiento Penal.

La interpretación del artículo 169 del Código de Procedimiento Penal

Otra de las consecuencias del carácter del fallo criticado sobre la detención en firme es que, a más del hacinamiento de detenidos y los defectos planteados en el presente estudio, propició a que se dé lugar una falsa o errónea interpretación del art. 169 del Código de Procedimiento Penal, por parte del Congreso Nacional, en fecha 16 de octubre de 2007 y 1 de noviembre del mismo año, la que no puede pasar inadvertida.

Tiene sustento lo señalado desde la perspectiva de que si la resolución del Tribunal Constitucional hubiese tenido carácter retroactivo, no solo que hubiese tutelado los principios constitucionales como el plazo razonable, la situación jurídica de inocencia, la igualdad ante la ley, sino que además, la mal llamada interpretación legislativa no hubiese tenido razón de ser.

35. Informe de Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, Relatora Leila Zerrougui, Misión Ecuador, 26 de octubre de 2006, Naciones Unidas.

36. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Villagrán Morales, nota 130 *supra*, párr. 169 y 170, incluido en Clínica de Derechos Humanos. Facultad de Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador. La “detención en firme” viola el derecho a la libertad personal de los procesados en el Ecuador. Informe para Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, febrero 2006.

Señalamos como falsa interpretación y calificamos además como fraude a la Ley, pues la interpretación no desarraiga confusión alguna, tal es así, que en los considerandos introductorios a la interpretación señalada, jamás se habla de interpretar el sentido de la norma por oscuridad, confusión o mala aplicación de esta; lo que señala textualmente se vincula con criterios de (...) “peligrosidad, alarma social, paz social, como valores y bienes jurídicos que merecen tutela permanente del Estado”,³⁷ criterios que “se verían afectados por la caducidad de prisiones de reclusos imputados por delitos sancionados con pena de reclusión”.³⁸ Como se denota se pone de manifiesto la argucia legislativa en pro de romper el contenido legal y constitucional del art. 169 y 24, numeral 8 de la Constitución Política del Estado, respectivamente. De este modo se hace tabla rasa de la caducidad de la prisión preventiva a través del cambio del contenido esencial de la norma, que es la duración de un tiempo fatal o perentorio, sin que medie excepción en caso alguno.

Decimos que se trata de argucias legislativas pues, para evitar la salida masiva de presos sin sentencia, se vinculó el hecho de que ellos habían retardado la administración de justicia “pues los reclusos con el afán de alcanzar la caducidad de la prisión, optaron y optan con frecuencia por ejercer una serie de artificios para suspender, premeditadamente y, en definitiva, demorar el trámite de los procesos penales, tanto en la etapa de instrucción como de juicio”³⁹ sumada a la idea de que ello produciría inseguridad y tensión a la paz ciudadana. Se colige nuevamente que las debilidades del sistema de administración de justicia y rehabilitación social es costeadas nuevamente por los administrados, quienes en un estado social de derecho deberían ser protegidos por el Estado por ser la parte procesal más débil.

Como señala el autor Jorge Moras Mom, el Estado “debe convencerse de que el proceso mismo no es propiedad privada; que conceden una gracia con su actividad; que el tiempo total y parcial no es de ellos. El tiempo es de todos los administrados y la justicia oportuna también”.⁴⁰ En consecuencia con lo señalado anotamos que el Estado precisa entender que los órganos de administración judicial, legislativa y carcelaria prestan una función y no un favor a los administrados, por lo que su deber es defender sus derechos humanos y no lo contrario.

37. Resolución No. 2007-0091, Congreso Nacional del Ecuador, [htm://www.dlh.lahora.com.ec](http://www.dlh.lahora.com.ec), visitada el 15 de noviembre de 2007.

38. *Ibíd.*

39. *Ibíd.*

40. Jorge R Moras, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lexis Nexos Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 2004, 6a. ed., p. 33.

CONCLUSIONES

Primera: La resolución del Tribunal Constitucional sobre la detención en firme, si bien elabora una acertada motivación acerca del plazo razonable, la libertad; queda en deuda respecto a la motivación de la situación jurídica de inocencia, las características de la medida cautelar, la independencia de los jueces y la situación de la realidad penitenciaria del país con la consecuente violación de los derechos humanos de los detenidos.

Segunda: La tutela de los derechos de los ciudadanos, al no considerar su retroactividad a través de la interpretación adecuada del principio *pro homine*; permite que la detención en firme continúe surtiendo efectos a pesar de que la figura fue expulsada del ordenamiento jurídico, de modo que, solamente desde una perspectiva de interpretación más profunda, se hubiese concebido la retroactividad de la resolución en beneficio de los reclusos, y por tanto, se hubiese cumplido con el deber principal del Estado, de proteger los derechos humanos por encima del encubrimiento de la negligencia de parte del sistema judicial.⁴¹

Tercera: La figura de la detención en firme no tiene ninguna de las características de una medida cautelar de tipo personal y responde a la política criminal antes descrita, rompiendo principios y garantías constitucionales y ciudadanas tales como la doctrina del plazo razonable, la situación jurídica de inocencia, la libertad, y en general la protección de los derechos humanos de quienes se encuentran, hasta hoy, hacinados en los centros de rehabilitación social del país.

Cuarta: En nuestro país, las políticas criminales, así como las de seguridad ciudadana, de las cuales formó parte la figura de la detención en firme, tienen un enfoque únicamente punitivo. El enfoque multi causal e integral de la política criminal y de la seguridad ciudadana queda de lado (salud, educación, entre otros), consecuentemente vivimos en un círculo vicioso en el que se criminaliza la pobreza, la criminalidad aumenta y se crean figuras como la detención en firme que debilitan los sistemas garantistas y violan los derechos humanos de los reos, quienes son víctimas de trato indigno y degradante. Todo esto hace que la rehabilitación social y el respeto al humano se conviertan en una quimera.

41. En Cuenca existieron apenas dos imputados en juicios penales que por vía de la detención en firme se incumplió el art. 24. num. 8 de la Constitución, en los demás casos se cumplió con el artículo referido y por tanto los imputados fueron juzgados en seis meses en los delitos sancionados con prisión y un año en los sancionados con reclusión. Tomado de Oficio s/n suscrito por la Dra. Elizabeth Campaña, Directora de la Cárcel de Varones de Cuenca a la Comisión de Derechos Humanos del Azuay.

Quinta: La interpretación constitucional tiene como finalidad máxima mantener “incólumes los principios constitucionales”⁴² con el objetivo de cumplir con el pacto social que se manifiesta en la Constitución, de tal forma que se tutele y respete los derechos humanos de los ciudadanos. El Tribunal Constitucional perdió la ocasión de ensayar una actitud responsable, que la convirtiera en una institución verdaderamente garantista y guardiana de la seguridad constitucional ecuatoriana, dejando de manifiesto su vinculación a grupos de poder y su debilidad institucional.

Sexta: Por último la interpretación del art. 169 obedece nuevamente a una utilización abusiva del derecho en pro de justificar las ineficiencias del sistema de administración de justicia en contra de los administrados y las garantías constitucionales que son la razón de ser de un Estado Social de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- Arias, Miguel Antonio, *Detención en firme*, Cuenca, Editorial Bgoffset, 2005.
- Ariza, Clerici, Rodolfo, “Interpretación Constitucional, Principio Pro Homine”, en <http://www.circulodoxa.org/documentoshtm>
- Burgos, Jorge, y Patricio Tudela, “Seguridad ciudadana en Chile: los desafíos de la participación y la modernización para una política pública”, en *Seguridad ciudadana, ¿espejismos o realidad?*, Quito, FLACSO, OPS-OMS, 2002.
- Bustamante Ponce, Fernando, “La Constituyente”, en *Coloquio*, revista de la Universidad del Azuay, No. 31, UDA, 2002.
- Coto, Luis, “Los principios jurídicos en la Convención Americana de Derechos Humanos y su aplicación en los casos peruanos”, en <http://principiosjuridicos.tripod.com>
- Henderson, Humberto, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro-homine”, *Revista IIDH* 39, enero-junio 2004, en <http://www.iidh.ed.cr/publicaciones/descripciones.asp>
- Huacuja Betancourt, Sergio, *La desaparición de la prisión preventiva*, México DF, Trillas, 1999, 1a. ed.
- Jakobs, Günter, y Miguel Polaino Navarrete, *El derecho penal ante las sociedades modernas*, México, Grijley, 2006.
- Melish Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Manual para presentación de casos*, Centro de Derechos Económicos y Sociales, 2003.
- Moras, Jorge R., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Lexis Nexis Abelardo-Perrot, 2004, 6a. ed.

42. Ramiro Rivadeneira Silva, en *Revista del Tribunal Constitucional del Ecuador*, No. 7, Quito, 2006, p. 54.

Pastor, Daniel R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2002, 1a. ed.

Rivadeneira Silva, Ramiro, en *Revista del Tribunal Constitucional del Ecuador*, No. 7, Quito, 2006.

Zambrano Pasquel, Alfonso, *Derecho penal. Parte general*, Lima, Ara Editores, 2006.

Zavala Baquerizo, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Guayaquil, Edina, 2004.

Leyes

Código de Procedimiento Penal, Quito, 2003.

Código Penal, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2003.

Constitución Política del Ecuador, Quito, julio 2003.

Convención Americana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1969. Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

Registro Oficial No. 743 del 13 de enero de 2003.

Resolución caso No. 0002-05-TC. Tribunal Constitucional Ecuatoriano, 17 de octubre de 2006. www.tribunalconstitucional.gov.ec, Quito-Ecuador.

Tribunal Constitucional. Aclaración y ampliación de la resolución No. 002-2005-TC.