

Quito, D.M., 17 de noviembre de 2021

CASO No. 1965-18-EP

**EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR,
EN EJERCICIO DE SUS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y
LEGALES, EMITE LA SIGUIENTE**

SENTENCIA

Tema: La Corte declara la vulneración del derecho al doble conforme originada en una laguna estructural consistente en la omisión del legislador de instituir un recurso procesal apto para garantizar el derecho al debido proceso cuando la condena penal se da por primera vez en segunda instancia. En consecuencia, la Corte habilita, con efectos *inter pares*, un recurso –a ser regulado por la Corte Nacional de Justicia– que garantice el derecho al doble conforme en el indicado supuesto, hasta que el legislador cumpla la orden –también emitida en esta sentencia– de colmar la referida laguna.

I. Antecedentes

A. Actuaciones procesales

1. Dentro del juicio penal N.º 11310-2016-00030G, el 7 de junio de 2017, el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Loja emitió sentencia –con voto de mayoría–, en la que se ratificó la inocencia de Silvano Reyes Mendoza, procesado por delito de violación, con la circunstancia de uso de intimidación, tipificado y sancionado en el artículo 171.2 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP)¹.
2. En contra de esta sentencia, la Fiscalía Provincial de Loja interpuso recurso de apelación, mismo que fue conocido y resuelto por la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Loja. Este tribunal, mediante sentencia – con voto de mayoría–, dictada el 19 de diciembre de 2017, aceptó el recurso, revocó la sentencia subida en grado y declaró al procesado responsable del delito de violación en el grado de autor directo, con las agravantes de los numerales 4 y 9 del artículo 48 del COIP²; en consecuencia, le impuso la pena de veintinueve años cuatro meses de

¹ COIP, “Art. 171.- Violación.- Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo. Quien la comete, será sancionado con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años en cualquiera de los siguientes casos: [...]”

2. Cuando se use violencia, amenaza o intimidación”.

² COIP, “Artículo 48.- Circunstancias agravantes en las infracciones contra la integridad sexual y reproductiva, la integridad y la libertad personal.- Para las infracciones contra la integridad sexual y

privación de la libertad y el pago de una multa de mil seiscientos salarios básicos unificados del trabajador en general.

3. En contra del fallo de segunda instancia, Silvano Reyes Mendoza propuso recurso de casación, mismo que fue inadmitido mediante auto de 20 de junio de 2018, por el correspondiente tribunal de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia (en adelante, “el tribunal de casación”).
4. En contra de esta decisión judicial, el 18 de julio de 2018, Silvano Reyes Mendoza presentó una demanda de acción extraordinaria de protección.
5. El 27 de marzo de 2019, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional admitió a trámite la acción extraordinaria de protección N.º 1965-18-EP.
6. Mediante auto del 13 de junio de 2019, el juez ponente avocó conocimiento de la causa y notificó del particular a las partes procesales.
7. El 2 de octubre de 2019, el Pleno de la Corte aprobó el tratamiento prioritario de esta causa, con prescindencia de su orden cronológico.
8. Revisado el expediente de la causa N.º 1965-18-EP, se detectó la posible vulneración del derecho al doble conforme –que hace parte del derecho al debido proceso en su garantía de recurrir, consagrada en el artículo 76.7.m) de la Constitución– debido a la existencia de una omisión normativa consistente en la falta de un recurso que permita la revisión integral de la sentencia condenatoria cuando en un proceso penal esta se dicte por primera vez en segunda instancia. Por esta razón, y con fundamento en el artículo 75.4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, LOGJCC), en providencia de 14 de julio de 2021, el juez sustanciador convocó a las partes procesales del caso, a la Asamblea Nacional, a la Presidencia de la República y a la Procuraduría General del Estado a una *audiencia de control incidental de constitucionalidad* (sobre la fundamentación de este incidente, véanse, párrs. 54 y ss. *infra*) celebrada por medios telemáticos el viernes 23 de julio de 2021, en la que se debatió sobre la referida omisión normativa.
9. En auto de 20 de julio de 2021, se aceptó la solicitud de diferimiento de la audiencia referida en el párrafo que antecede, presentada por Rodrigo Salomón Rivera Balcázar, abogado defensor de Silvano Reyes Mendoza. Además, se fijó la fecha de audiencia para el lunes 26 de julio de 2021, a las 9:30, misma que se celebró el día y la hora antedichos.

reproductiva, la integridad y la libertad personal, además de las previstas en el artículo precedente, son circunstancias agravantes específicas las siguientes:

4. Si la víctima está o resulta embarazada, se halla en la etapa de puerperio o si aborta como consecuencia de la comisión de la infracción.
9. Conocer a la víctima con anterioridad a la comisión de la infracción”.

B. Las pretensiones y sus fundamentos

10. En su demanda, el accionante solicitó a la Corte Constitucional que declare y repare la violación de sus derechos fundamentales y, en particular, que deje sin efecto el auto de inadmisión de su recurso de casación.

11. Para sustentar las pretensiones, el accionante esgrimió los siguientes *cargos* en contra del auto de inadmisión del recurso de casación, dictado el 20 de junio de 2018:

11.1. La vulneración de su derecho al debido proceso en la garantía de la motivación, consagrado en el artículo 76.7.l de la Constitución, porque el auto que inadmitió su recurso de casación no habría abordado su alegación –contenida en el escrito de interposición del recurso– de que la norma jurídica vulnerada por el tribunal de apelación fue el artículo 171 del COIP.

11.2. La vulneración de los artículos 11 numerales 4, 5, 6, 7, 8, y 9; 75; 76 numeral 7 literales a) y m); y, 169 de la Constitución; los artículos 29 y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante, COFJ); y, el artículo 8 numerales 1 y 2 literal h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) porque el auto de inadmisión impugnado, basándose en meros formalismos, le impidió el acceso a la justicia al negarle la posibilidad de que sus argumentos sean escuchados en audiencia oral y contradictoria de sustentación del recurso de casación, momento en el que, además, la sentencia de segunda instancia podía ser casada de oficio.

12. En la audiencia de 26 de julio de 2021 (ver párr. 9 *supra*), el abogado del accionante enfatizó que el auto que inadmitió el recurso de casación vulneró la tutela judicial efectiva, el debido proceso en la garantía de la motivación y el principio de doble conforme al impedirle acceder a la única forma de impugnación disponible de la sentencia condenatoria dictada en segunda instancia.

C. Informe de descargo

13. Mediante escrito de 3 de julio de 2019, Edgar Flores Mier, Marco Rodríguez Ruíz y Daniella Camacho Herold, en ese entonces, jueces del tribunal de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, indicaron que la inadmisión del recurso de casación presentado por Silvano Reyes Mendoza obedeció a la falta de justificación de las causales invocadas por el recurrente en su demanda, requisito indispensable para que la casación prospere. Sostuvieron además que, dentro de su petitorio, el casacionista solicitó una nueva valoración de hechos y pruebas, lo cual es improcedente en el recurso de casación de conformidad con el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal.

14. Por tal razón, sostuvieron que la decisión impugnada fue adoptada en debida forma y, por considerar que no se ha vulnerado derecho constitucional alguno, solicitaron que se niegue la pretensión del accionante.

D. Argumentación de los órganos colegisladores en la audiencia de control incidental de constitucionalidad

15. En la audiencia de 26 de julio de 2021 (ver párr. 9 *supra*), Roberto Andrade, representante de la Presidencia de la República, indicó que:

15.1. De conformidad con las sentencias N.º 987-15-EP/20, párr. 41³, y N.º 1741-14-EP/20, párr. 36⁴, la Corte Constitucional ha establecido que recurrir no es un derecho absoluto, por lo que el legislador tiene libertad al configurarlo. Así, aunque la casación exige el cumplimiento de ciertos requisitos legalmente previstos en el Código Orgánico Integral Penal, sí es un recurso idóneo y eficaz que permite la revisión integral del fallo condenatorio en los términos establecidos la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Mohamed vs Argentina*, párr. 97⁵.

15.2. El Código Orgánico Integral Penal no establece trabas irrazonables o desproporcionadas para acceder a la casación, por lo que las limitaciones propias de este recurso no vulneran el contenido esencial del derecho a recurrir.

16. Por su parte, el representante de la Asamblea Nacional, Jaime Muñoz, señaló que “*se suma a lo manifestado por el delegado de la Presidencia de la República*” y añadió que de conformidad con la sentencia N.º 001-11-SIO-CC, dictada dentro del caso N.º 0005-

³ Corte Constitucional, sentencia N.º 987-15-EP/20 de 18 de noviembre de 2020: “[...] al igual que todos los demás derechos constitucionales, no tiene carácter absoluto, y su ejercicio se halla sujeto a las limitaciones establecidas tanto en la Constitución como en la ley. En ese sentido, siempre que responda a la necesidad de garantizar los derechos constitucionales y no se afecte su núcleo esencial, el ejercicio del derecho a impugnar es susceptible de ser delimitado”.

⁴ Corte Constitucional, sentencia N.º 1741-14-EP/20 de 27 de mayo de 2020: “[...] la Corte Constitucional ha señalado que el derecho a recurrir, al igual que todos los demás derechos constitucionales, no tiene carácter absoluto, y su ejercicio se halla sujeto a las limitaciones establecidas tanto en la Constitución como en la ley. En este sentido, siempre que responda a la necesidad de garantizar los derechos constitucionales y no se afecte su núcleo esencial, el ejercicio del derecho a impugnar es susceptible de ser delimitado. Una de las restricciones al derecho a recurrir viene dada por la naturaleza de los diferentes procesos, como también Al respecto se debe manifestar que la Corte Constitucional ha señalado que el derecho a recurrir, al igual que todos los demás derechos constitucionales, no tiene carácter absoluto, y su ejercicio se halla sujeto a las limitaciones establecidas tanto en la Constitución como en la ley. En este sentido, siempre que responda a la necesidad de garantizar los derechos constitucionales y no se afecte su núcleo esencial, el ejercicio del derecho a impugnar es susceptible de ser delimitado. Una de las restricciones al derecho a recurrir viene dada por la naturaleza de los diferentes procesos, como también”.

⁵ Corte IDH, Caso *Mohamed vs. Argentina*, sentencia de 23 de noviembre de 2012: “El Tribunal ha señalado que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. La doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. Asimismo, la Corte ha indicado que, lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida”.

10-IO, el 26 de enero de 2011, en el presente caso no existe vulneración constitucional alguna en razón de una posible omisión legislativa.

II. Competencia

17. En atención a lo dispuesto en los artículos 94 y 437 de la Constitución, en concordancia con los artículos 63 y 191.2.d de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, LOGJCC), el Pleno de la Corte Constitucional es competente para conocer y resolver las acciones extraordinarias de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia.

III. Planteamiento de los problemas jurídicos

18. En relación con el cargo sintetizado en el párr. 11.1 *supra*, se podría formular el siguiente problema jurídico: ¿Vulneró, el auto impugnado, la garantía de motivación al no haber abordado una alegación relevante del accionante, propuesta en su recurso de casación, relacionada con una violación del artículo 171 del COIP?
19. Respecto del cargo resumido en el párr. 11.2 *supra*, tanto los artículos 11 (numerales 4.5.6.7.8.9)⁶ y 169⁷ de la Constitución, como los artículos 13 del COIP y 29 y 140 del COFJ no serán considerados, ya que estas normas jurídicas no han sido relacionadas con

⁶ Constitución, “Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales. 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia. 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. 7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento. 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos. 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos”.

⁷ Constitución, “Art. 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”.

un derecho fundamental y, por tanto, el cargo no contiene una tesis acerca de la vulneración de uno de estos derechos⁸. En lo demás, el accionante refiere que el tribunal de casación, a través del auto de inadmisión, le impidió acceder a la audiencia de sustentación oral y contradictoria del recurso de casación, en la que el órgano jurisdiccional habría escuchado su argumentación y resuelto su impugnación, incluso de manera oficiosa. Al respecto, reconduciendo los cargos del accionante, se podría plantear el siguiente problema a ser resuelto por la Corte Constitucional: **¿Vulneró, el auto impugnado, el derecho al debido proceso en la garantía de ser juzgado con observancia del trámite propio de cada procedimiento, al privar al accionante de una audiencia de casación?**

20. Sin embargo, como se detalló previamente (párr. 8, 12, 15 y 16), en este proceso también se cuestionó si se violó el derecho al doble conforme del accionante, por lo que se podría plantear siguiente problema jurídico: **¿Se vulneró el derecho al doble conforme del accionante al haber sido condenado por primera ocasión en la instancia de apelación y únicamente poder acceder a recursos extraordinarios?**
21. Los anteriores problemas jurídicos no pueden examinarse en cualquier orden: el primero, relativo al contenido del auto de inadmisión de casación solo podría analizarse si la tramitación del recurso se estableciera como válida, lo que depende de la respuesta al segundo problema, y este, a su vez, depende de si el recurso de casación es adecuado para garantizar el derecho al doble conforme ante una primera condena en instancia de apelación, es decir, de la resolución del tercer problema jurídico. En consecuencia, en primer lugar, se resolverá el problema jurídico planteado en el párr. 20 *supra* y solo en el caso de que se concluya que el recurso de casación no es adecuado ni eficaz, se continuaría con el análisis de los restantes.
22. Ahora bien, si se respondiera de forma afirmativa a cualquiera de los tres mencionados problemas jurídicos, se tendría que resolver el siguiente: **¿qué medidas cabe disponer frente a la vulneración?**

IV. Resolución de los problemas jurídicos

E. ¿Se vulneró el derecho al doble conforme del accionante al haber sido condenado por primera ocasión en la instancia de apelación y únicamente poder acceder a recursos extraordinarios?

23. Esta Corte, en su sentencia N.º 987-15-EP/20, estableció que ***“la garantía del procesado de recurrir el fallo condenatorio implica el derecho al doble conforme. En el ordenamiento interno, este derecho se encuentra instrumentalizado a través del artículo 76 numeral 7 literal m) de la Constitución que reconoce, en términos generales, el derecho a recurrir”*** [párr. 48; énfasis añadido]. Y, en su sentencia N.º 1989-17-EP/20, esta Corte precisó que el derecho al doble conforme ***“constituye una garantía que tiene***

⁸ Véase la sentencia N.º 1967-14-EP, de 13 de febrero de 2019, párr. 18.

la persona condenada para que su sentencia condenatoria pueda ser confirmada en dos instancias judiciales” [párr. 35; énfasis añadido].

24. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP), en su artículo 14 párrafo 5, prescribe de manera más detallada que “[t]oda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a **un tribunal superior**, conforme a lo prescrito por la ley” [énfasis añadido].
25. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), por su parte, ha precisado el contenido del derecho al doble conforme en los siguientes términos:

[...] *la doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una **revisión íntegra del fallo condenatorio**, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. Así mismo, la Corte ha indicado que, lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida*⁹ [énfasis añadido].

*Debe entenderse que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes, y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea **eficaz** debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello **requiere que pueda analizar las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada**, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria*¹⁰ [énfasis añadido].

26. En este mismo sentido, la referida sentencia N.º 987-15-EP/20 ha establecido que “*el derecho al doble conforme no se garantiza con la mera posibilidad formal de plantear una impugnación a la sentencia condenatoria, sino que dicho recurso debe ser **eficaz** en el sentido de ser susceptible de permitir **un análisis integral** de la sentencia condenatoria impugnada*” [párr. 47; énfasis añadido].
27. De conformidad con lo expuesto en los párrafos anteriores, es opinión de esta Corte que el derecho al doble conforme busca dotar al condenado dentro de un proceso penal de una instancia capaz de corregir posibles errores judiciales, dada la especial gravedad

⁹Corte IDH, Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparaciones, 14 de mayo de 2013, Serie C No. 260, párr. 242; Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 julio de 2004, Serie C No. 107, párr. 158; y, Caso Mohamed Vs. Argentina, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 23 de noviembre de 2012, Serie C No. 255, párr. 97.

¹⁰ Corte IDH. Caso Gorioitía Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2019. Serie C No. 382, párr. 48.

que revisten las sanciones penales. Y, para ello, el derecho al doble conforme exige dos elementos básicos. En primer lugar, la existencia de un *tribunal distinto* al que dictó la sentencia condenatoria con competencia para revisarla, el que debe ser *de superior jerarquía orgánica*. Y, en segundo lugar, un *recurso* –cualquiera fuere su denominación– *ordinario*; es decir, *oportuno, eficaz y accesible* para toda persona declarada culpable en un proceso penal.

28. El recurso es *oportuno* si puede ser interpuesto con anterioridad a la ejecutoria de la sentencia condenatoria. Es *eficaz* si brinda la posibilidad de que el tribunal superior revise de forma íntegra la sentencia impugnada, incluyendo la interpretación y aplicación del Derecho, así como la valoración de la prueba realizada en la sentencia impugnada. Y es *accesible* si las formalidades para que el recurso sea admitido son mínimas¹¹.
29. Ahora bien, el presente caso plantea la cuestión de la exigibilidad del derecho al doble conforme en un supuesto específico: el relativo a cuando una persona es declarada culpable en segunda instancia tras haber sido ratificada su inocencia en la sentencia de primera instancia. Los únicos recursos previstos en el sistema procesal penal para el indicado supuesto son los recursos extraordinarios de casación y revisión.
30. No obstante, la cuestión planteada en el párrafo anterior se enfrenta a una dificultad procesal importante: la acción extraordinaria de protección, en principio, no está configurada para juzgar, en abstracto, eventuales vulneraciones a derechos fundamentales como las provocadas por una omisión normativa –hipotéticamente, la de establecer algún recurso oportuno, eficaz y accesible para el tipo de casos en cuestión–, aunque dicha inconstitucionalidad se haya concretado en el caso bajo juzgamiento.
31. Sin embargo, como esta Corte ha reconocido en la sentencia N.º 1024-19-JP/21 y acumulado, párr. 121, el artículo 75.4 de la LOGJCC establece la competencia de esta Magistratura de realizar un control incidental de constitucionalidad en los siguientes términos: “*Promover los procesos de inconstitucionalidad abstracta, cuando con ocasión de un proceso constitucional, encuentre la incompatibilidad entre una disposición jurídica y las normas constitucionales*” [énfasis añadido]. Y, según la misma sentencia:

124. Cuando la Corte ejerza esta competencia, deberá observar las siguientes reglas:

(1) El ejercicio de esta competencia será excepcional. La Corte analizará la constitucionalidad de una norma solo cuando la resolución del caso dependa necesariamente del análisis de constitucionalidad.

¹¹ Véase, Corte IDH, Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparaciones, 14 de mayo de 2013, Serie C No. 260, párr. 244.

(2) *El proceso de inconstitucionalidad abstracta, en una acción o procedimiento constitucional distinto a la acción de inconstitucionalidad, se iniciará de oficio, como un incidente dentro de la acción.*

(3) *La norma cuya constitucionalidad se sospecha debe tener relación directa con los hechos del caso. Si la norma acusada es necesaria para resolver el caso; su aplicación provoca la vulneración de derechos que están siendo conocidos por la Corte; la norma que ha sido aplicada en el caso es incompatible con la Constitución; o la norma podría provocar situaciones análogas en casos futuros, la Corte podrá analizar su constitucionalidad.*

(4) *La Corte deberá escuchar a quienes tienen atribuciones constitucionales para emitir la norma acusada y a la entidad encargada de aplicar la norma. Para el efecto, deberá notificar con el inicio del incidente, solicitar informe y podrá convocar a audiencia pública, que podrá contar con la participación de terceros con interés, sin perjuicio de que se puedan presentar argumentos por escrito sobre la constitucionalidad de la norma.*

(5) *La Corte observará, en lo que fuere aplicable para declarar la inconstitucionalidad, los principios y garantías de otros procedimientos de control constitucional iniciados a petición de parte.*

- 32.** Aunque las reglas jurisprudenciales que se acaban de citar fueron establecidas para el proceso de revisión de garantías constitucionales, esta Corte considera que también son aplicables a los procesos de acción extraordinaria de protección, esto es así porque en ambos casos es posible que una cierta inconstitucionalidad normativa provoque vulneraciones a los derechos fundamentales en el caso concreto.
- 33.** Pues bien, en el presente caso, la “*incompatibilidad entre una disposición jurídica y las normas constitucionales*” podría consistir en la presencia de una omisión normativa: la ausencia de un recurso procesal apto para garantizar el derecho al doble conforme tras una condena ocurrida en segunda instancia; es decir, la incompatibilidad se podría dar entre, por un lado, la ausencia de aquel recurso procesal en el plano de la legislación y, por otro lado, la obligación constitucional del legislador de instituir dicho recurso como garantía del derecho al doble conforme.
- 34.** Aunque las reglas citadas en el párrafo 31 *supra* están pensadas para la inconstitucionalidad de normas positivas, en lo que sea pertinente, también deben aplicarse a casos en que la inconstitucionalidad se produzca por una omisión normativa, concordantemente, en lo que sea aplicable, con el trámite del incidente de control constitucional por omisión normativa debe observar las normas de procedimiento establecidas en el capítulo IX del título III de la LOGJCC. En la presente causa, se han cumplido todas las reglas antes indicadas por las razones que a continuación se exponen.
- 35.** Las reglas referidas en el párr. 31 *supra* (1 y 3), establecen el carácter *excepcional* que debe tener la facultad de esta Corte para suscitar, en las acciones que conoce, incidentes de control de constitucionalidad; y, particularmente, determina que una de las condiciones para dar paso a un incidente tal es que la presunta inconstitucionalidad

normativa debe guardar una vinculación estrecha con la vulneración del derecho fundamental *en el caso concreto*. En el presente caso, está justificada tanto la excepcionalidad del ejercicio del control incidental de constitucionalidad como su vinculación estrecha al caso concreto por cuanto no es posible resolver este problema jurídico –es decir, verificar la vulneración o no del derecho al doble conforme del accionante– sin antes verificar si se produjo o no una incompatibilidad normativa por vía de una omisión legislativa.

36. También, respecto del cumplimiento de las reglas enunciadas en el párr. 31 *supra* (2, 4 y 5), se debe decir que en la presente causa se ha cumplido con la realización de oficio de una audiencia de control incidental (véase el párr. 8 *supra*).
37. Una vez resuelta la dificultad procesal planteada en el párr. 30 *supra*, se debe verificar si los recursos extraordinarios de casación y revisión son oportunos, eficaces y accesibles para garantizar el derecho al doble conforme de las personas condenadas por primera ocasión en instancia de apelación. Respecto de la casación, como ya fue reseñado en el párr. 15.1 *supra*, el delegado de la Presidencia de la República afirmó que este recurso sí es “*idóneo y eficaz*” en los términos exigidos por el derecho al doble conforme por las siguientes razones. En primer lugar, porque admite argumentar la existencia de violaciones legales y constitucionales relacionadas con las reglas que rigen la obtención e introducción de las pruebas al juicio. Y, en segundo lugar, porque los requisitos exigidos en el COIP para que el recurso de casación prospere no son irrazonables o desproporcionados, de modo que no impiden el acceso a esta sede de impugnación.
38. Sin embargo, la *casación* –analizada a la luz de los requisitos que exige el doble conforme– no es un recurso *eficaz*, por cuanto en él no puede controvertirse la *valoración de la prueba* efectuada en la sentencia impugnada, valoración que difiere de –de hecho, es posterior a– la *admisión y producción de la prueba*; y tampoco es *accesible*, debido a las rigurosas formalidades exigidas para la admisibilidad del recurso.
39. Por su parte, la *revisión* no es un recurso *oportuno* –según el estándar exigido por el doble conforme–, dado que su interposición no impide la ejecutoria de la sentencia impugnada; y tampoco es *eficaz*, puesto que se circunscribe al examen exclusivo de las causales taxativamente fijadas en la ley, todas las que, además, exigen la presentación de prueba nueva¹².

¹² COIP, “Artículo 658.- Procedencia.- El recurso de revisión podrá proponerse en cualquier tiempo, ante la Corte Nacional de Justicia, después de ejecutoriada la sentencia condenatoria por una de las siguientes causas: 1. Si se comprueba la existencia de la persona que se creía muerta. 2. Si existen, simultáneamente, dos sentencias condenatorias sobre una misma infracción contra diversas personas sentenciadas que, por ser contradictorias, revelen que una de ellas está errada. 3. Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados. La revisión solo podrá declararse en virtud de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada. No serán admisibles los testimonios de las personas que declaren en la audiencia de juicio. La interposición de este recurso no suspende la ejecución de la sentencia”.

40. Lo dicho anteriormente sobre las limitaciones del recurso de casación se verifica en el caso concreto, en el que el señor Silvano Reyes Mendoza interpuso recurso de casación de la primera sentencia condenatoria impuesta en su contra, la dictada dentro del recurso de apelación. Seguidamente, el tribunal de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, inadmitió el recurso pues este se refería a los hechos y a la valoración de prueba, lo que no cabe ser analizado en casación.
41. En consecuencia, el sistema procesal penal no contempla un recurso apto para garantizar lo que el derecho al doble conforme exige cuando una persona es declarada culpable por primera vez en segunda instancia. Lo que, en opinión de esta Corte, constituye una vulneración del derecho al doble conforme, en confluencia con la Observación General No. 3 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que manifiesta: “*El párrafo 5 del artículo 14 [del PIDCP] se vulnera no solo si la decisión de un tribunal de primera instancia se considera definitiva sino también si una condena impuesta por un tribunal de apelación o un tribunal de última instancia a una persona absuelta en primera instancia no puede ser revisada por un tribunal superior*”¹³.
42. Se concluye, entonces, que el derecho al doble conforme del señor Reyes Mendoza fue vulnerado debido a la existencia de una “laguna estructural”¹⁴; con esto, la Corte quiere significar que la referida vulneración se produjo en el caso concreto como materialización de una cierta omisión del legislador, la de no establecer una determinada garantía para un derecho fundamental¹⁵; específicamente, por la ausencia, en la legislación procesal penal, de un recurso apto para garantizar el derecho al doble conforme cuando una persona es declarada culpable por primera vez en segunda instancia. La referida omisión normativa inconstitucional se concretizó dentro del proceso penal de origen en la imposibilidad del señor Reyes Mendoza de acceder a un recurso *disponible e idóneo* que satisficiera su derecho al doble conforme una vez que él fuera condenado por primera vez en segunda instancia. De manera que, si bien a dicha persona no se le impidió el acceso a un recurso de tales características que estuviera *legalmente previsto* (como, por ejemplo, ocurriría si se impidiera indebidamente a alguien el acceso al recurso de apelación frente a una sentencia condenatoria dictada en

¹³ Comité de Derechos Humanos. Observación General 32 CCPR/C/GC/32, párr. 47. Véanse, además, Comunicación N.º 1095/2002, Gomaríz Valera c. España, párr. 7.1; y, comunicación N.º 1073/2002, Terrón c. España, párr. 7.4. Una opinión similar se sostuvo en el voto salvado de la jueza Daniela Salazar Marín a la sentencia de esta Corte N.º 1486-14-EP/20 de 23 de septiembre de 2020, párr. 17: “*en los casos en que el resultado de las sentencias de primera y segunda instancia sea una decisión que ratifica el estado de inocencia y una decisión que declara la responsabilidad penal de una persona, independientemente del orden en que éstas se adopten, la persona declarada [culpable] tiene el derecho a que la sentencia condenatoria sea revisada por un tribunal de alzada que confirme esa condena*”.

¹⁴ Luigi Ferrajoli emplea el término “laguna estructural” para designar la ausencia de garantía legislativa de un derecho fundamental, defecto que no puede superarse mediante la interpretación, sino que exige la expedición de una ley de “actuación”. Véase, Ferrajoli, L. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, tomo 1, Trotta, Madrid, 2011, *passim*.

¹⁵ Véase, respecto de la obligación estatal de expedir normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de las garantías previstas en la CADH, el párr. 55 de la sentencia dictada por la Corte IDH dentro del caso Goroitía vs. Argentina, sentencia de 2 de septiembre de 2019.

primera instancia¹⁶), sí se le privó de un recurso de dichas características que, si bien *no estaba legalmente previsto, debió estarlo a la luz de la Constitución*. Por lo que el proceso penal de origen vulneró el derecho al doble conforme del señor Reyes Mendoza.

43. De esta manera se responde al presente problema jurídico.

F. ¿Qué medidas cabe disponer frente a la vulneración del derecho al doble conforme?

44. La laguna estructural detectada en el presente caso no puede colmarse mediante la interpretación judicial pues, para determinar el órgano competente y el procedimiento del recurso hoy inexistente, hay varias alternativas constitucionalmente posibles, de entre las cuales el legislador debe elegir en ejercicio de su libertad de configuración del sistema procesal¹⁷. Esta Corte no puede interferir en esa libertad.

45. Sin embargo, el artículo 436.10 de la Constitución atribuye a esta Corte competencia para: “[d]eclarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional”¹⁸.

46. La citada declaración de inconstitucionalidad presupone que la Corte haya declarado una “omisión [que] inobserve [...], en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales”. Los razonamientos anteriores constatan la presencia de una laguna estructural que implica la omisión, por parte del legislador, de institucionalizar un recurso idóneo para garantizar el derecho al doble conforme de las personas que han sido condenadas en la sentencia de apelación tras haber sido ratificada

¹⁶ Las ya referidas sentencias N.º 987-15-EP/20 y N.º 1989-17-EP/20 justamente declararon la vulneración del derecho al doble conforme como resultado de la obstaculización de la garantía procesal que sí está prevista en la ley para su ejercicio, el recurso de apelación. En este mismo sentido, véase también las sentencias N.º 151-15-EP/21 de 5 de mayo de 2021, párr. 44; 3068-18-EP/21, de 9 de junio de 2021, párr. 53; y, 2529-16-EP, de 1 de septiembre de 2021, párr. 36.

¹⁷ La Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-792/14 (§§ 8.8 y 8.9), trató de manera similar la cuestión del doble conforme cuando la primera condena se produce en apelación: “una omisión legislativa en el régimen procesal penal previsto en la Ley 906 de 2004, por la inexistencia de un recurso idóneo que materialice el derecho a la impugnación en todos aquellos casos en que, en el marco de un proceso penal, el juez de primera instancia absuelve el condenado, y el juez de segunda instancia revoca el fallo anterior e impone por primera vez una condena”. Dicha Corte consideró que las omisiones de ese tipo no pueden ser subsanadas condicionando la constitucionalidad del régimen procesal penal a una determinada interpretación impuesta por la Corte, sino que, tratándose de un “déficit [que] se predica del régimen procesal, esta Corporación se encuentra habilitada para dictar una sentencia de constitucionalidad que disponga la introducción del elemento normativo omitido en los preceptos que adolecen del déficit legislativo, pero en tanto dicha intervención judicial no implique una alteración de los elementos estructurales del proceso penal”.

¹⁸ En concordancia, el artículo 128 de la LOGJCC prescribe: “El control abstracto de constitucionalidad comprende el examen de las omisiones normativas, cuando los órganos competentes omiten un deber claro y concreto de desarrollar normativamente los preceptos constitucionales. Este control se sujetará al régimen general de competencia y procedimiento del control abstracto de constitucionalidad”.

su inocencia en la sentencia de primera instancia. El mandato omitido por el legislador es el que se contiene en el artículo 76.7.m de la Constitución, que obliga a toda autoridad pública a “*asegurar el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] Recurrir del fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos*”, garantía de recurrir que envuelve el derecho al doble conforme, como se dijo en el párr. 23 *supra*.

47. Por tanto, esta Corte debe ordenar al legislador suplir la laguna estructural ya descrita en el plazo razonable establecido en la parte resolutive de esta sentencia.
48. Ahora bien, esta sentencia ha constatado también que la referida laguna estructural vulneró, en concreto, el derecho al doble conforme del señor Reyes Mendoza porque le privó de un recurso apto para garantizar aquel derecho tras la primera condena que dicha persona recibió en segunda instancia (véase párr. 42 *supra*). A este respecto, cabe recordar que, en la sentencia N.º 1989-17-EP/20, esta Corte consideró que el derecho al doble conforme “*permite proteger a las personas procesadas, limitar el poder punitivo y evitar la condena de personas inocentes o condenas desproporcionales al hecho delictivo. En consecuencia, la realización de este derecho, si fuere el caso, habilita y legitima la imposición de una pena estatal contra una persona*” (párr. 35).
49. De ahí que, en el presente caso, si bien la violación al derecho al doble conforme es, principalmente, de carácter estructural, las consecuencias de un eventual error judicial para quien ha recibido una condena privativa de la libertad serían tan graves que está justificado que esta Corte deje sin efecto el auto de inadmisión del recurso de casación impugnado por el señor Reyes Mendoza, a fin de que, con arreglo a lo establecido en la parte decisoria de esta sentencia, él pueda interponer ante un tribunal de superior jerarquía orgánica un recurso ordinario, es decir oportuno, eficaz y accesible (en los términos especificados en el párr. 28 *supra*) en contra de la sentencia condenatoria dictada en segunda instancia.
50. A fin de no vulnerar el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 11.2 de la Constitución, esta Corte debe conferir *efectos inter pares* a la medida de reparación establecida en el párrafo anterior, en los términos precisados en la parte decisoria de esta sentencia.

V. Decisión

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional resuelve:

1. Declarar la vulneración del derecho al doble conforme de Silvano Reyes Mendoza. Y, en consecuencia, aceptar parcialmente la acción extraordinaria de protección presentada por él.

2. Dejar sin efecto el auto de inadmisión del recurso de casación dictado el 20 de junio de 2018, por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia.
3. Desde la ejecutoria de la presente sentencia, la Corte Nacional de Justicia contará con un plazo de dos meses para regular provisionalmente, a través de una resolución, un recurso que garantice el derecho al doble conforme de las personas que son condenadas por primera ocasión en segunda instancia, de conformidad con los parámetros establecidos en esta sentencia, especialmente en los párrafos 28 y 49 *supra*. Dicho recurso procesal podrá ser interpuesto –en la forma en que lo regule la Corte Nacional de Justicia– por el señor Silvano Reyes Mendoza y, debido al efecto *inter pares* señalado en el párrafo 50 *supra*, por las siguientes clases de personas: (i) los procesados a los que después de la publicación de la presente sentencia en el Registro Oficial se les dicte sentencia condenatoria por primera ocasión en segunda instancia; y, (ii) los procesados que hayan recibido sentencia condenatoria en segunda instancia por primera ocasión y esté pendiente de resolución un recurso de casación o una acción extraordinaria de protección. En ambos supuestos, presentado el recurso, la sentencia dictada en él será susceptible de ser impugnada mediante los recursos extraordinarios de casación y revisión y, eventualmente, mediante la acción extraordinaria de protección. El presidente de la Corte Nacional de Justicia deberá informar a la Corte Constitucional del Ecuador una vez que la resolución de aquella Corte entre en vigencia.
4. Declarar que el legislador ha incurrido en una laguna estructural consistente la omisión de instituir un recurso idóneo para garantizar el derecho al doble conforme de las personas que han sido condenadas en la sentencia de apelación tras haber sido ratificada su inocencia en la sentencia de primera instancia.
5. Disponer a la Corte Nacional de Justicia que, en aplicación de las facultades conferidas en los artículos 184.4 de la Constitución y 180.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, dentro del plazo de tres meses contados a partir de la notificación de esta sentencia, elabore un proyecto de reforma de ley que colme la laguna estructural referida en el párrafo anterior y lo presente a la Asamblea Nacional. El presidente de la Corte Nacional de Justicia deberá informar a la Corte Constitucional del Ecuador una vez que el proyecto de ley haya sido presentado.
6. Disponer a la Asamblea Nacional que, dentro del plazo de seis meses contados a partir de la presentación del proyecto de reforma ley indicado en el párrafo precedente, lo conozca, discuta y apruebe con apego a los parámetros jurisprudenciales establecidos en la presente sentencia. Luego de la presentación del proyecto de ley referido, la Asamblea Nacional, a través de su representante, deberá informar bimestralmente sobre el avance y cumplimiento de esta disposición a partir de la recepción del proyecto de reforma al COIP. Hasta que

entre en vigencia la reforma del COIP, continuará aplicándose la resolución que emita la Corte Nacional de Justicia en los términos referidos en el numeral 3 *supra*, de la sección resolutive de la presente sentencia.

7. Disponer que, durante los seis meses siguientes a la notificación de esta sentencia, el Consejo de la Judicatura publique la misma en su sitio web institucional mediante un hipervínculo. Para justificar el cumplimiento de esta disposición, los responsables de los departamentos de tecnología y comunicación del Consejo de la Judicatura deberán remitir a esta Corte: (i) dentro del término de 10 días contados desde la notificación de la presente sentencia, la constancia de la publicación en el banner principal del portal web de la institución y (ii) dentro del término de 10 días contados desde el cumplimiento del plazo de seis meses, un informe en el que se detalle el registro de actividades (historial log) respecto de la publicación del banner, del que se advierta que efectivamente el Consejo de la Judicatura publicó de manera ininterrumpida en su sitio web la presente sentencia.
8. Disponer que, en el plazo máximo de un mes desde su notificación, el Consejo de la Judicatura difunda el contenido de esta sentencia a todos los jueces, juezas, fiscales, defensores y defensoras públicas a través del correo institucional, así como a los miembros del Foro de Abogados. El Consejo de la Judicatura, a través de su representante legal, deberá justificar documentadamente el cumplimiento de esta disposición ante esta Corte dentro de los 5 días posteriores a la finalización del plazo concedido para tal efecto.
9. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

Dr. Hernán Salgado Pesantes
PRESIDENTE

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con seis votos a favor, de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Avila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez, Alí Lozada Prado, Teresa Nuques Martínez y Daniela Salazar Marín; un voto en contra de la Jueza Constitucional Carmen Corral Ponce; y, dos votos salvados de los Jueces Constitucionales Enrique Herrería Bonnet y Hernán Salgado Pesantes; en sesión ordinaria de miércoles 17 de noviembre de 2021.- Lo certifico.

Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL

SENTENCIA No. 1965-18-EP/21

VOTO SALVADO

Juez Constitucional Enrique Herreria Bonnet

1. El Pleno de la Corte Constitucional, en sesión de 17 de noviembre de 2021, aprobó la sentencia N°. 1965-18-EP/21 que resolvió la demanda de acción extraordinaria de protección presentada el 18 de julio de 2018, en contra del auto dictado el 20 de junio de 2018 por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia.
2. Respetando los argumentos presentados en el voto de mayoría, me aparto de los mismos, en virtud de que el análisis desarrollado no se enmarca en la naturaleza jurídica del control incidental de constitucionalidad, ni en el alcance de la acción de inconstitucionalidad por omisión normativa, y tampoco se respondieron las principales alegaciones del accionante. De tal forma que expongo a continuación mis consideraciones.

I. Antecedentes y puntos de divergencia con el voto de mayoría

3. Dentro del proceso penal signado con el N°. 11310-2016-00030G, el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Loja, provincia de Loja, mediante sentencia de 7 de junio de 2017 resolvió ratificar el estado de inocencia del señor Silvano Reyes Mendoza, quien era procesado por el delito tipificado en el artículo 171 número 2 del Código Orgánico Integral Penal¹.
4. En sentencia de 19 de diciembre de 2017, la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, resolvió, en lo principal: (i) aceptar el recurso de apelación interpuesto por el fiscal a cargo; (ii) revocar la sentencia subida en grado; (iii) declarar culpable del delito de violación al señor Silvano Reyes Mendoza; e (iv) imponer la pena privativa de libertad de veintinueve años y cuatro meses.
5. En auto de 20 de junio de 2018, un tribunal de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia resolvió inadmitir el recurso de casación interpuesto por el señor Silvano Reyes Mendoza.
6. El 18 de julio de 2018, el señor Silvano Reyes Mendoza (“**accionante**”) presentó acción extraordinaria de protección en contra del auto de 20 de junio de 2018.

¹ Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial N°. 180 de 10 de febrero de 2014. “*Artículo. 171. - Violación.- Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo. Quien la comete, será sancionado con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años en cualquiera de los siguientes casos: [...] 2. Cuando se use violencia, amenaza o intimidación*”.

7. En la acción extraordinaria de protección, el accionante alegó que el auto de 20 junio de 2018 violó sus derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso en las garantías de la defensa, motivación y a recurrir el fallo o resolución. No obstante, sus argumentos se centraron exclusivamente en justificar el estado de indefensión que habría ocasionó la inadmisión del recurso de casación, ya que a su juicio: a) surgió *“por meros formalismos”*; b) impidió *“la oportunidad de hacer conocer los fundamentos del recurso en audiencia oral”*; c) *“violó la reglas que establecen la interpretación de las normas -artículo 13 del Código Orgánico Integral Penal- en virtud de que “en ninguna parte la ley dispone que primero se debe calificar la admisibilidad del recurso, esta figura no existe, lo que señala el artículo 657 del COIP es el procedimiento para el recurso de casación, incluso la norma es sumamente clara, al señalar que se resolverá en audiencia la procedencia o no del recurso”*; y, d) *“la Sala Penal, mal podía resolver, ya que no se me ha dado la oportunidad de sostener oralmente mi recurso de casación, que incluso previene la ley, que si equivoca el casacionista y encuentra fundada la Sala el recurso, de oficio debe casar la sentencia”*.
8. En la sentencia de mayoría no se abordó el principal cargo formulado por el accionante, pues se estableció que se podían examinar los argumentos, si previamente la tramitación del recurso de casación era calificada como válida.
9. En este orden de ideas, la declaratoria de validez fue abordada bajo el siguiente problema jurídico *“¿Se vulneró el derecho al doble conforme del accionante al haber sido condenado por primera ocasión en la instancia de apelación y únicamente poder acceder a recursos extraordinarios?”*, mismo que fue resuelto con base en el control incidental de constitucionalidad establecido en el artículo 75 número 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (“LOGJCC”) y desarrollado en la sentencia N°.1024-19-JP/21.
10. Sobre este punto, difiero sustancialmente del voto de mayoría, toda vez que el accionante no presentó un argumento respecto al cargo planteado como problema jurídico, tal como se desprende de lo expuesto en el párrafo 7 *supra*. En esa medida, el problema jurídico resuelto devino de una consideración que no se desprendía de la fundamentación de la acción incoada.

II. Análisis jurídico

2.1 Procedimiento constitucional aplicado

11. A mi juicio, concluir que *“el derecho al doble conforme fue vulnerado debido a la existencia de una laguna estructural [...] como materialización de la omisión del legislador de no establecer una determinada garantía para un derecho fundamental, específicamente, por la ausencia en la legislación procesal penal, de un recurso apto para garantizar el derecho al doble conforme cuando una persona es declarada*

culpable por primera vez en segunda instancia”, a través del control incidental de constitucionalidad por omisión normativa, es improcedente.

12. En este marco, el artículo 75 número 4 de la LOGJCC y la sentencia N°.1024-19-JP/21 han desarrollado reglas específicas para que opere este control, sin embargo, en la causa *in examine* no era procedente su aplicación por las siguientes razones:

REGLA DEL CONTROL INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDAD	SE CUMPLE	NO SE CUMPLE
<i>La Corte analizará la constitucionalidad de una norma solo cuando la resolución del caso dependa necesariamente del análisis de constitucionalidad.</i>		✓
<i>El proceso de inconstitucionalidad abstracta se iniciará de oficio, como un incidente dentro de la acción.</i>	✓	
<i>La norma cuya constitucionalidad se sospecha debe tener relación directa con los hechos del caso. Si la norma acusada es necesaria para resolver el caso; si la aplicación de la norma provoca la vulneración de derechos [...]; si la norma que ha sido aplicada en el caso es incompatible con la Constitución; o la norma podría provocar situaciones análogas en casos futuros, la Corte podrá analizar su constitucionalidad.</i>		✓
<i>La Corte deberá escuchar a quienes tienen atribuciones constitucionales para emitir la norma acusada y a la entidad encargada de aplicar la norma.</i>		✓
<i>La Corte observará, en lo que fuere aplicable para declarar la inconstitucionalidad, los principios y garantías de otros procedimientos de control constitucional iniciados a petición de parte.</i>		✓

*Cuando elaborado por la Corte Constitucional del Ecuador

13. De lo referido, se desprende que para promover procesos de control abstracto de constitucionalidad es primordial que exista una incompatibilidad normativa entre una disposición jurídica y una o varias normas constitucionales. Es decir, es necesario que exista una **norma positiva-norma escrita**-que genere el conflicto con la disposición constitucional. Es por ello que gran parte de las reglas desarrolladas en la jurisprudencia constitucional previamente referida no se cumplen, en virtud de que la

esencia de las mismas se circunscribe a la existencia de una norma escrita y cómo esa norma incide en la resolución del caso o afecta derechos constitucionales.

14. Es por ello que si bien en la sección D de la sentencia de mayoría se hace alusión al cumplimiento del requisito de escuchar en audiencia a los órganos colegisladores de la norma, el requisito no se cumplió *per se* puesto que, no existe una norma expedida, mucho menos aplicada por la entidad encargada de hacerlo.
15. En consecuencia, no cabe que, dentro del control incidental de constitucionalidad, el objeto de análisis parta de una norma inexistente, requisito *sine qua non* prescrito en ley aplicable al caso, pues a falta de una norma escrita, resultaría imposible generar el choque normativo necesario, aspecto que constituye un fundamento primordial del control activado.
16. Por una parte, el incumplimiento de los requisitos expuestos impedía que este Organismo conozca la presunta inconstitucionalidad y, por otra parte, el amplio alcance que se le otorga a la acción de inconstitucionalidad por omisión surge en contravención expresa a las atribuciones conferidas a la Corte Constitucional en la Carta Magna.
17. Previo a mencionar lo prescrito por la Constitución y por la jurisprudencia, es oportuno referir posiciones doctrinarias referentes al objeto de la acción de inconstitucionalidad por omisión. Así, se ha indicado que el constituyente, en el propio texto constitucional, fija dicho marco de aplicación, lo cual significa que el legislador tiene trazado, de antemano, el espacio donde actuará la ley.²
18. Para Germán Bidart Campos *“la inconstitucionalidad por omisión aparece ante la inacción legislativa para normar una determinada materia señalada en el texto constitucional. La omisión se evidencia si la Constitución defiere a la ley y dicha ley no se expide. Es decir, cuando se incumple una orden de legislar”*.³
19. Siguiendo este orden de ideas, la Constitución en su artículo 436, número 10 prescribe que:

La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

10. Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley. (Énfasis añadido)

² Hernán Salgado Pesantes. *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana*. Corporación Editorial Nacional, Quito: 2004. Pág. 94

³ Germán Bidart Campos. *Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales*. Temis, Bogotá: 1997.

20. De la norma referida se desprende que, la atribución determinada a la Corte Constitucional se encuentra vinculada a lograr que la voluntad del constituyente se cumpla plenamente.
21. En concordancia con lo mencionado, la jurisprudencia constitucional ha clarificado los supuestos para que proceda una omisión inconstitucional, esto es “*cuando el legislador no hizo o hizo imperfectamente lo que la Constitución le encomendó*”⁴. (Énfasis añadido)
22. Asimismo, en la sentencia N°. 001-16-SIO-CC se estableció que:

*para que opere la inconstitucionalidad por omisión los órganos competentes deben omitir un deber claro y concreto [...] en el caso de omisión legislativa, el desarrollar normativamente los preceptos constitucionales. Es por ello que, dentro del propio texto constitucional, esta obligación de hacer normativa debe estar señalada expresamente [...] y debe darse el cumplimiento a ese mandato constitucional dentro de los plazos determinados en la Constitución o de no existirlos, dentro del plazo considerado razonable por la Corte Constitucional*⁵. (Énfasis añadido).

23. En aplicación de los supuestos indicados al caso en estudio, se desprende que **la Constitución de la República no estableció un mandato concreto que reconozca el derecho al doble conforme**, ni la disposición que obligue al legislador su adecuación normativa, mucho menos una disposición expresa que establezca un plazo para su cumplimiento.
24. Consecuentemente, el análisis en mención desvirtúa el procedimiento a través del cual se resolvió declarar la violación del derecho al doble conforme por no ajustarse a las disposiciones establecidas en la Constitución.

2.2 Finalidad de las observaciones generales del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

25. El análisis que se realizó en la decisión de mayoría referente al derecho al doble conforme fue sustentado por “*la omisión en la incurrió el legislador*”, lo cual he demostrado que era improcedente a la luz del procedimiento constitucional y jurisprudencial. Asimismo, se sustentó en la Observación General N°. 3 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas referente a la aplicación del artículo 14, número 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“**PIDCP**”).
26. En este contexto, el artículo 14, número 5 del PIDCP reconoce que “*toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena*

⁴ Corte Constitucional del Ecuador, caso N°. 0001-12-IO, sentencia N°. 001-16-SIO-CC de 25 de mayo de 2016, pág. 12.

⁵ *Ibíd.* Pág. 13.

que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

27. En atención a la norma referida, la Observación General N.º 3 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ha manifestado que *“El párrafo 5 del artículo 14 [del PIDCP] se vulnera no solo si la decisión de un tribunal de primera instancia se considera definitiva sino también si una condena impuesta por un tribunal de apelación o un tribunal de última instancia a una persona absuelta en primera instancia no puede ser revisada por un tribunal superior”*⁶.
28. En este marco, es preciso recalcar que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha abordado reiteradamente la naturaleza de las observaciones generales que emite en el ejercicio de sus atribuciones de vigilancia y supervisión de las obligaciones contenidas en el PIDCP. Así, la principal función se circunscribe a la elaboración y aprobación de observaciones -informes- que tiene como finalidad aclarar el alcance y significado de los artículos y por consiguiente, de todas las obligaciones de los Estados Parte⁷.
29. En torno lo esgrimido, se puede afirmar que el objeto de las observaciones generales no es ordenar a los Estados medidas concretas para cumplir con las obligaciones suscritas en el PIDCP, sino establecer una guía para que se adopten decisiones que garanticen los derechos humanos en el marco de su legislación interna. De modo que, no es posible atribuir a ellas el carácter de vinculante.
30. Es por ello que, la legislación ecuatoriana en atención exclusiva al artículo 14 número 5 del PIDCP ha desarrollado recursos que permiten que la persona sentenciada en el marco de un proceso penal pueda impugnar la decisión ante un tribunal superior siempre que se enmarque en la normativa interna. Al contrario, no constituye una obligación adoptar las directrices elaboradas por el comité en virtud de su naturaleza explicativa y no imperativa.

2.3 Determinación y resolución del problema jurídico a pesar de la ausencia argumentativa del accionante

⁶ Comité de Derechos Humanos. Observación General 32 CCPR/C/GC/32, párr. 47. Véanse, además, Comunicación N.º 1095/2002, Gomaríz Valera c. España, párr. 7.1; y, comunicación N.º 1073/2002, Terrón c. España, párr. 7.4. Una opinión similar se sostuvo en el voto salvado de la jueza Daniela Salazar Marín a la sentencia de esta Corte N.º 1486-14-EP/20 de 23 de septiembre de 2020, párr. 17: *“en los casos en que el resultado de las sentencias de primera y segunda instancia sea una decisión que ratifica el estado de inocencia y una decisión que declara la responsabilidad penal de una persona, independientemente del orden en que éstas se adopten, la persona declarada [culpable] tiene el derecho a que la sentencia condenatoria sea revisada por un tribunal de alzada que confirme esa condena”*.

⁷ Organización de las Naciones Unidas: Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos (ACNUDH), Folleto informativo N.º 15 (Rev.1) : *Derechos humanos derechos civiles y políticos : El Comité de Derechos Humanos*, Mayo 2005, No. 15 (Rev.1), disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/4799b4272.html> [consultado el 29 Noviembre 2021]

31. En atención a lo esgrimido en el párrafo 10 *supra* es preciso recalcar que el accionante no presentó argumento alguno relacionado a la presunta violación del derecho al doble conforme, a pesar de ello, la sentencia de mayoría lo aborda y concluye en su vulneración por omisión normativa, dándose a entender que se aplicó el principio *iura novit curia*, sin señalarlo expresamente.
32. En función del principio *iura novit curia* es oportuno reiterar que, la Corte Constitucional Colombiana lo define de la siguiente manera:

*Corresponde al juez la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes, constituyendo tal prerrogativa, un deber para el juzgador, a quien incumbe la determinación correcta del derecho. [...] Este principio, solo alcanza a la aplicación del derecho correspondiente a determinada situación fáctica, lo cual no habilita a los jueces a efectuar interpretaciones más allá de lo probado por las partes, pues debe tenerse en cuenta que también deben respetar el principio de congruencia, es decir, no existe facultad alguna a la que pueda recurrir el juez para variar los términos y el objeto de un proceso constitucional.*⁸(Énfasis añadido)

33. Con fundamento en lo detallado en el párrafo 7 del presente voto y en concordancia con lo indicado *ut supra*, no le correspondía a este Organismo realizar una interpretación extensiva de los elementos de hecho aportados por el accionante en su demanda. Al contrario, la sentencia de mayoría transgredió la pretensión, puesto que se omitió responder sobre la presunta violación de sus derechos por la falta de convocatoria a audiencia para la fundamentación de su recurso, tal como lo prevé la normativa procesal penal.
34. Bajo los argumentos expuestos, disiento del voto de mayoría en virtud de la indebida aplicación del control incidental de constitucionalidad; del alcance de la acción de inconstitucionalidad por omisión normativa; y, de la incorrecta aplicación del principio *iura novit curia*.

Dr. Enrique Herrería Bonnet
JUEZ CONSTITUCIONAL

⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T.851/10, 28 de octubre de 2010.

Razón.- Siento por tal que el voto salvado del Juez Constitucional Enrique Herrera Bonnet, en la causa 1965-18-EP, fue presentado en Secretaría General el 30 de noviembre de 2021, mediante correo electrónico a las 13:32 y, ha sido procesado conjuntamente con la Sentencia.- Lo certifico.

Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL

SENTENCIA No. 1965-18-EP/21

VOTO SALVADO

Juez Constitucional Hernán Salgado Pesantes

Me aparto de la sentencia de mayoría por las consideraciones que se indican a continuación:

Sobre la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión.

1. En el presente caso, el Pleno de la Corte Constitucional tenía la labor de analizar la presunta vulneración de derechos, que de acuerdo con el accionante, se habrían provocado en el auto que inadmitió su recurso de casación de 20 de junio de 2018.
2. Si bien no es el objetivo de este voto volver a repasar el texto de la demanda presentada en este caso, se debe tomar en cuenta la pretensión del accionante¹:

“(...) por lo que ordenando la reparación integral del recurrente, pido se sirvan disponer la continuación del proceso de Casación, y se me restituya el derecho a fundamentar oralmente mi recurso, como lo dispone la ley y la Constitución ante un Tribunal imparcial, para que se tutele mi derecho de acceso a la justicia y no se la sacrifique por meros formalismos”.

3. El accionante, a lo largo de su demanda impugna que su recurso de casación habría cumplido con los requisitos correspondientes y no debió ser inadmitido, en la misma demanda circunscribe que se ha coartado su derecho a ser escuchado por los jueces de la Corte Nacional.
4. Esta Corte ya se ha pronunciado, en innumerables casos, respecto a que en el contexto de una acción extraordinaria de protección no le corresponde analizar la corrección o incorrección de la decisión judicial impugnada, además que la inadmisión del recurso de casación no implica por sí misma la vulneración de derechos.
5. Por otro lado, cabe señalar que en gran parte de su demanda el accionante alega que la normativa penal no prevé una etapa de calificación de admisibilidad del recurso de casación, por lo que se habrían vulnerado sus derechos al no determinarse la procedibilidad de su recurso de casación después de realizada la audiencia.
6. Similar alegación se dio en el caso 2345-17-EP de mi ponencia, en cuya sentencia en el párrafo 63 manifesté que:

“En el caso concreto se ha señalado que no se realizó la audiencia de fundamentación de su recurso de casación, sin embargo, eso se debió a que la autoridad jurisdiccional emitió una respuesta que, conforme a su criterio, estuvo fundamentado en la regulación procesal vigente. Pese a que la inadmisión de dicho recurso se realizó de forma inmotivada como se

¹ El texto que se cita a continuación fue extraído de la demanda que reposa en el sistema de la Corte Constitucional dentro de la causa 1965-18-EP.

lo sostuvo anteriormente, no se advierte necesariamente una vulneración a la defensa en los términos que el accionante lo ha alegado”.

7. Es por ello que para mantener coherencia con mi criterio vertido, en el presente caso, encuentro que el accionante buscaba impugnar, en abstracto, dentro de una acción extraordinaria de protección, un asunto de materia procesal penal, teniendo en cuenta que al momento en que se emitió el auto de inadmisión de su recurso de casación estaba vigente la resolución 10-2015 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia². Los jueces que conocieron el recurso de casación aplicaron la referida resolución. Por lo indicado reitero que la autoridad jurisdiccional emitió una respuesta que, según su criterio, estuvo fundamentada en la regulación procesal vigente.
8. En lo anteriormente analizado se agota la fundamentación expuesta en la demanda de acción extraordinaria de protección en el presente caso, sin embargo a pesar de ello en la sentencia de mayoría se plantea el problema jurídico que reza:

“¿Se vulneró el derecho al doble conforme del accionante al haber sido condenado por primera ocasión en la instancia de apelación y únicamente poder acceder a recursos extraordinarios?”

9. De la revisión de la demanda referida no es posible extraer argumentos que permitan a la Corte plantearse el problema jurídico citado, pues en ello no consistió la fundamentación del accionante.
10. En la sentencia de mayoría se procede a dar contestación al problema jurídico, sin embargo se plantea el asunto como una inconstitucionalidad por omisión. En este punto radica mi principal desacuerdo, pues no hay norma constitucional ni legal que permita a la Corte aperturar de oficio un incidente de inconstitucionalidad por omisión, a continuación desarrollo este criterio.
11. No es posible una declaratoria de inconstitucionalidad por omisión de oficio pues, conforme lo determina el artículo 4, número 4, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales esta solo procede por demanda de parte:

*Art. 4.- Principios procesales.- La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales:
(...)*

El artículo 1 de la Resolución referida señala.- “Confirmar el criterio expuesto por la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia y aprobar el informe remitido por la Unidad de Procesamiento de Jurisprudencia; en consecuencia, declarar la existencia del siguiente precedente jurisprudencial obligatorio, por la triple reiteración de fallos sobre un mismo punto de derecho que permite resolver la obscuridad existente sobre el alcance del artículo 657.2 del Código Orgánico Integral Penal en el sentido de que: Recibido el recurso de casación, en la Corte Nacional de Justicia, corresponde al tribunal designado por sorteo, determinar si el escrito de interposición cumple con los requisitos de admisibilidad, conforme lo establecido en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 657.2, en caso de cumplirlos se convocará a audiencia de fundamentación del recurso, caso contrario, declarada la inadmisibilidad se devolverá el expediente al tribunal de origen, de esta declaratoria no habrá recurso alguno”.

*4. Inicio por demanda de parte.- Salvo norma expresa en contrario, los procesos se inician por **demanda de parte**.*

(...) Énfasis agregado

12. Es decir, al proceder en este sentido la Corte estaría ejerciendo una atribución que no tiene, pues las inconstitucionalidades por omisión son acciones autónomas, conforme lo determina el artículo 128 de la LOGJCC:

*Art. 128.- Alcance.- El control abstracto de constitucionalidad comprende el examen de las omisiones normativas, cuando los órganos competentes omiten un deber claro y concreto de desarrollar normativamente los preceptos constitucionales. **Este control se sujetará al régimen general de competencia y procedimiento del control abstracto de constitucionalidad.** (Énfasis agregado)*

13. En definitiva, la inconstitucionalidad por omisión es una acción autónoma, en la que se debe verificar tal omisión por parte del Estado o de autoridades públicas, inobservando mandatos contenidos en las normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional, iniciándose el proceso por medio de una demanda de parte en la que se alegue tal omisión, y actuando la Corte como un ente imparcial que analice el asunto puesto en su conocimiento.
14. Si bien en la sentencia de mayoría se ha asimilado a la inconstitucionalidad por omisión con el control abstracto de constitucionalidad de normas, estas atribuciones de la Corte Constitucional son diferentes. En tal sentido, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 75, numeral 4 habilita a la Corte a promover procesos de inconstitucionalidad abstracta, cuando con ocasión de un proceso constitucional, encuentre la incompatibilidad entre una disposición jurídica y las normas constitucionales. Tal ejercicio es diferente al de la acción de inconstitucionalidad por omisión en el que no existiría una norma para someter a control y verificar con conformidad con el Texto Constitucional.

Dr. Hernán Salgado Pesantes
JUEZ CONSTITUCIONAL

Razón.- Siento por tal que el voto salvado del Juez Constitucional Hernán Salgado Pesantes, en la causa 1965-18-EP, fue presentado en Secretaría General, el 01 de diciembre de 2021, mediante correo electrónico a las 11:00; y, ha sido procesado conjuntamente con la Sentencia.- Lo certifico.

Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL