

El debido proceso en la Constitución

Alberto Wray

Las reglas incorporadas en la Constitución y en los instrumentos internacionales tienen carácter eminentemente procesal, y aunque vayan dirigidas fundamentalmente a los jueces y a los órganos de la administración que emiten actos creadores de normas jerárquicamente inferiores a la ley, también constituyen reglas para el legislador y permiten que el contenido de las leyes sea sometido a examen.

1. EL NUEVO MARCO CONSTITUCIONAL

El artículo 23 de la Constitución menciona expresamente al "debido proceso" (número 27) entre los derechos que el Estado garantiza a toda persona. Adicionalmente, el artículo 24 enuncia las garantías básicas que han de observarse "para asegurar el debido proceso"

El propósito del presente estudio es delimitar el sentido y alcance de este expreso reconocimiento en el ordenamiento jurídico nacional. Semejante esfuerzo parece plenamente justificado si se tiene presente que:

a) Es la primera vez que una norma constitucional ecuatoriana emplea la expresión "derecho al debido proceso";

b) Según el texto constitucional, el concepto de debido proceso no se reduce a la aplicación de las garantías enumeradas por el artículo 24, puesto que tal enumeración se hace "sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia"; y,

c) En la doctrina constitucional, particularmente en la norteamericana, la expresión tiene un sentido que sobrepasa lo procesal. ¿Habrá que darle en el derecho ecuatoriano la misma amplitud?

La cuestión remite inevitablemente a un análisis inicial respecto de los antecedentes doctrinales e históricos de la disposición constitucional.

2. EL DEBIDO PROCESO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL EXTRANJERO: ESTADOS UNIDOS Y COLOMBIA

Se examinará a continuación el alcance del principio constitucional del debido proceso en el derecho norteamericano, del cual proviene, para considerar de inmediato el tratamiento que ha recibido en otros regímenes constitucionales, más cercanos a nuestra tradición jurídica.

A.- El debido proceso en el derecho norteamericano
Cuando se inquiriere por los antecedentes históricos

del llamado "debido proceso de ley", la doctrina suele remitirse a la Carta Magna (1215). Aunque la idea central de proteger los derechos contra la arbitrariedad mediante procedimientos formales previamente establecidos y susceptibles de aplicarse por una autoridad imparcial, se encuentra sin duda entre las garantías arrancadas por los barones a Juan Sin Tierra, la verdad es que aquel trascendental documento no empleó las palabras "debido proceso", ni su equivalente en la lengua culta de la época, sino la locución latina "per legem terrae".

La historia menciona a un documento bretón del siglo XIV como el primero en emplear la expresión "debido proceso" dentro de un contexto constitucional(1). Con todo, en 1354, al aparecer la Carta Magna escrita por vez primera en inglés para que fuera ratificada por Eduardo III, la frase latina "per legem terrae", que era la que constaba en la versión original, apareció traducida no con su equivalente literal "by the law of the land", sino por las palabras "by due process of the law"(2). Ambas formas, sin embargo, se utilizaron indistintamente en la literatura constitucional inglesa, y ambas fueron recogidas tanto en los documentos político constitucionales como en la literatura jurídica norteamericana del siglo XVII (3).

A diferencia de lo ocurrido en el derecho inglés, en el cual la fórmula "debido proceso" ha tenido poco uso (4), en el derecho norteamericano ha llegado a convertirse en uno de los preceptos constitucionales más fecundos, tanto por las consecuencias de su aplicación, como por las polémicas jurídicas que ésta ha generado.

Aunque ausente del texto original de la Constitución de los Estados Unidos, la expresión "debido proceso" se introdujo en la 5ta. Enmienda (1791), a modo de garantía de los ciudadanos frente al poder del gobierno federal:

"(A ninguna persona) ... podrá obligársele a testificar contra sí misma en una causa penal, ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso de ley; ni podrá privársele de su propiedad para darle un uso público sin una justa compensación"

La misma expresión volvió a emplearse en la 14ta. Enmienda, vigente desde 1868, para garantizar los dere-

chos de los ciudadanos frente al poder de los estados:

"Ningún estado podrá expedir o poner en vigor ley alguna que menoscabe las prerrogativas o las inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ningún estado podrá tampoco privar a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido proceso de ley, ni podrá negarle a una persona sujeta a su jurisdicción la protección de las leyes en condiciones de igualdad"

Estos enunciados generales han dado lugar a un desarrollo amplísimo del debido proceso por los tribunales, no exento de polémica.

2.1. Concepto general y clases: debido proceso sustantivo y debido proceso procedimental

A pesar de haberse enunciado en un contexto eminentemente procesal, en su aplicación por los tribunales americanos el principio rebasó el ámbito de lo procesal a mediados del siglo XIX (5). En 1856, una Corte de Nueva York utilizó una cláusula de la Constitución estatal en la que se aludía al debido proceso, como fundamento para declarar inconstitucional una ley que prohibía la venta de licor (6). Fue la primera ocasión en la que se estableció la tesis según la cual el examen acerca de la idoneidad jurídica de los procedimientos para limitar un derecho era en último término de competencia judicial y podía, por consiguiente, aplicarse a los aspectos sustantivos, es decir al contenido mismo de las leyes. En otros términos, no era debido proceso "de ley" cualquiera que la ley estableciese, sino solamente aquél que reuniera ciertos requisitos.

La tesis fue acogida por la Corte Suprema en 1884 (7) y sirvió básicamente para cuestionar la imperatividad de leyes limitativas de la propiedad (8) y de la libertad de contratación (9). La preocupación de la Corte se desplazó a partir de 1925 a los derechos y libertades civiles no relacionados con la propiedad, cuando en histórica decisión, utilizó el principio del debido proceso establecido por la decimacuarta enmienda, para hacer valer contra los estados los derechos y garantías civiles reconocidos por la primera enmienda (10). Quedó así abierto el camino para las más recientes decisiones mediante las cuales el principio del debido proceso ha servido para ampliar el alcance del derecho a la intimidad personal (privacy) relacionándolo con las decisiones relativas al aborto (11), al uso de anticonceptivos (12) y al llamado derecho a morir (13).

La amplitud del concepto ha obligado a la doctrina constitucional estadounidense a distinguir entre el debido proceso sustantivo (substantive due process) y el propiamente procesal (procedural due process). El primero se refiere al contenido o a la materia del acto de poder, sea ley o decisión administrativa. El segundo alude a la forma o manera mediante la cual se llega a la adopción de las decisiones administrativas o judiciales con las que se limita o se afecta un derecho. En ambos casos, un órgano judicial debe decidir si el acto de poder, en su forma o en su contenido, ha sido injusto, irracional o arbitrario (14), es decir, si satisface o no los requerimientos del "debido proceso".

2.2. La protección de los derechos sustantivos y el carácter instrumental de lo procesal

Como se dijo, la evolución dual del concepto debido proceso, su empleo a manera de paradigma para definir la validez constitucional tanto de las actuaciones admi-

nistrativas como del contenido de las leyes, solamente ha sido posible a partir de la aceptación del principio en cuya virtud no por hallarse previsto en la ley, cualquier procedimiento se convierte en jurídicamente idóneo.

Esta constatación conduce a su vez a un nuevo interrogante: ¿Si no depende de la voluntad del legislador y si su contenido no está detallado en la Constitución, en qué consiste el debido proceso?

La respuesta puede resumirse en los enunciados siguientes:

a) Las reglas del debido proceso aluden siempre a la forma en que se priva a una persona de un derecho sustantivo, o se lo limita (15). Esto es evidente en el caso del llamado debido proceso procedimental, pero no lo es tanto cuando se examina el caso del debido proceso sustantivo, el cual conduce a una reflexión acerca del alcance o contenido del derecho subjetivo en cuestión: la intimidad, la propiedad. Sin embargo, las razones por las cuales se llega a esa reflexión sobre el derecho subjetivo tienen que ver exclusivamente con la necesidad de averiguar si determinado acto de poder, adoptado sin algún requisito procedimental, afecta o no un derecho subjetivo concreto: ¿está el derecho a percibir ciertos beneficios de la seguridad social, comprendido dentro de la noción de propiedad? Este tipo de discusión en los tribunales estadounidenses tiene el propósito de determinar si para declarar inelegible a una persona deben o no observarse ciertos requisitos de forma, indispensables cuando se trata de privar de la propiedad o de limitarla (16).

b) De esta manera, la forma adquiere importancia en cuanto se constituye en instrumento para la protección eficaz de un derecho sustantivo (17)

c) Como se trata de una garantía funcional, el concepto de debido proceso no puede reducirse a un número predeterminado de reglas fijas, sino que en cada tipo de situación se manifestará de la manera en que las circunstancias lo exijan para garantizar de modo eficaz el respeto al derecho sustantivo;

d) Pueden, sin embargo, enunciarse ciertas cualidades o exigencias básicas, a partir de las cuales podrá examinarse si una determinada manera de obrar corresponde o no al concepto "debido proceso" (18);

e) Tal examen puede recaer en las actuaciones de cualquier órgano de poder: si se trata de uno de las ramas judicial o administrativa, la referencia inmediata será, de ordinario, la ley; pero también es posible someter a examen a la ley misma, con el propósito de verificar si el procedimiento establecido en ella para limitar un derecho o para extinguirlo, satisface o no esas exigencias básicas.

B.- El debido proceso en la Constitución colombiana

Aunque todas las constituciones iberoamericanas contienen normas cuyo contenido corresponde a lo que la doctrina denomina debido proceso de ley (19), solamente la Constitución de Colombia invoca de modo expreso el concepto. Dice el artículo 29:

"El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la res-

trictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se aleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso."

Como se ve, el concepto no se agota en el conjunto de principios que la Constitución enuncia expresamente. Por eso puede hablar de la existencia de un derecho a "un debido proceso público sin dilaciones" o declarar nula, de pleno derecho "la prueba obtenida con violación del debido proceso".

En el texto colombiano, la exigencia del debido proceso queda expresamente limitada a las actuaciones judiciales y administrativas. Esto no significa que el principio no pueda ser aplicado al contenido de las leyes, en cuanto regulen la actuación de la administración o de los jueces.

2.3. El contenido material del debido proceso

La necesidad de que el principio resulte aplicable a las situaciones más diversas ha conducido, cuando se trata de definir su contenido, o a formulaciones sumamente generales o a la enumeración de las cualidades que debe reunir un procedimiento para que sea "el debido". De hecho, la segunda modalidad es consecuencia de la insuficiencia de la primera: cualquier intento de definición lleva necesariamente a la enumeración de condiciones, de modo que el camino más directo para precisar el contenido y alcance del "debido proceso" consiste en identificar los principios en los que se descompone y desarrollarlos a fin de descubrir su particular forma de manifestarse en cada caso.

a) Idoneidad

Como se trata de un medio para proteger ciertos derechos básicos, el debido proceso se conforma de tal modo que resulte adecuado para asegurarlos frente a un tipo específico de amenaza. Se trata de una secuencia definida de tal manera que sirva como mecanismo de protección eficaz de un derecho concreto frente a un determinado tipo de amenaza. Esta correspondencia entre medios y fines, entre las exigencias formales que se establecen, el derecho que se quiere proteger y la naturaleza de los peligros que lo amenazan, impide que haya una suerte de receta universal (20). Así, la publicidad, que resultaría necesaria cuando se trata de escoger entre varios para beneficiar a uno, otorgándole una concesión, por ejemplo, resultaría inadecuada si de lo que se trata es de investigar la posible comisión de una falta.

b) Neutralidad

Dejaría de ser debido un procedimiento concebido o estructurado de modo tal que con su sola aplicación inclinase la balanza hacia uno de los lados. A pesar de la adhesión que a primera vista arranca este enunciado, su formulación no es del todo correcta. El procedimiento que se aplica para ventilar las cuestiones que interesan a los menores de edad, o a los miembros de cualquier otro grupo vulnerable, está concebido de tal modo que no hay

equilibrio entre los contendientes pues de lo que se trata es, precisamente, de proteger a uno de ellos, de preferir su interés frente al otro contrapuesto.

La exigencia de neutralidad no se refiere, entonces, a la ausencia de preferencias al optar entre los intereses en juego. En este sentido, los procedimientos llamados protectivos no están reñidos con el debido proceso, gracias a que su opción es en favor de un interés genérico, no de uno personal.

Cuando los elementos que se consideran para definir la idoneidad del procedimiento llegan al extremo de configurarse *intuitu personae*, el resultado entraña privilegio o discriminación. La generalidad se convierte por ese motivo en condición necesaria de neutralidad. Cuando se trata de proteger los intereses de los grupos vulnerables, por supuesto que las circunstancias de la persona influyen en las características del procedimiento, pero se han extraído no de una persona en particular, sino de un conjunto definido por sus elementos comunes: los menores de edad, las mujeres, los trabajadores.

Lo mismo cabe decir de las situaciones fácticas. Se trata de evitar que la consideración de la persona o personas involucradas en un determinado caso, influya en el diseño del procedimiento. Para ello el análisis debe remitir de una situación concreta a una confrontación entre el procedimiento en cuestión y las demás situaciones del mismo género. La generalización viene a ser así condición de igualdad y, por esa vía, garantía de neutralidad.

c) Imparcialidad

Parecidas consideraciones deben hacerse con respecto al órgano encargado de administrar el proceso: el debido proceso exige que sea un órgano imparcial. Esta es una condición definida ordinariamente por la ausencia de vínculos con uno de los extremos de la confrontación.

De ordinario, la exigencia se limita a la ausencia de vínculos personales con el caso en sí o con sus protagonistas, que es el primero y más elemental de los niveles posibles. Pueden sin embargo presentarse ciertas formas de vinculación entre el órgano de decisión y el caso, cuya presencia no se considere formalmente como uno de los factores que resta imparcialidad: ¿Puede decirse que es imparcial la autoridad que, aunque sin relación alguna con el caso concreto ni con las partes en conflicto, afronta una situación personal idéntica a la de una de ellas? Aquí la vinculación no es directa y según las causas de excusa previstas por el Código de Procedimiento Civil, no habría fundamento para recusar al juez. Pero aunque sea más difícil de advertir en la práctica, no cabe duda de que la similitud de situaciones puede influir en la decisión. Aquí habría lugar a preguntarse si el principio constitucional podría servir para impugnar la intervención de un juez o de una autoridad administrativa en un caso determinado, invocando directamente dicho principio y a pesar de que la causa de excusa no esté específicamente prevista por la ley positiva. Si se atiende a lo dispuesto por el artículo 18 y por el inciso segundo del artículo 272 de la Constitución, la respuesta tendría que ser afirmativa.

No ocurre lo mismo con la definición acerca de si la ausencia de afinidad ideológica debe exigirse o no como condición de existencia de la imparcialidad. Es innegable que al juzgar cierto tipo de conflictos, particularmente aquellos en los que la solución depende de la defini-

ción de un valor abstracto, la ideología tiene incidencia definitiva. Ser más liberal, en el sentido amplio del término, o más conservador, influye indudablemente en la valoración de las acciones; pero hay dos razones de gran peso que obligan a concluir que en estos casos no está en discusión la imparcialidad del órgano encargado de administrar el conflicto. En primer término, excluir a alguien del ejercicio de cualquier tarea pública o descalificarlo por su forma de pensar, contraviene otro principio constitucional básico. En segundo lugar, la exclusión en estos casos no constituye solución, porque aceptarla significaría simplemente optar por la tesis contraria.

d) Igualdad

Las situaciones similares, deben recibir el mismo tratamiento. De ahí que, de ordinario, las reglas de procedimiento consten enunciadas en normas de carácter general. Como se vio, la generalidad es condición de neutralidad y de imparcialidad.

La adopción de medidas tendientes a afectar de cualquier modo un derecho mediante el ejercicio de potestades administrativas o jurisdiccionales, de ordinario pasará por la aplicación de procedimientos previstos en normas generales. El tratamiento discriminatorio es, en estos casos, más fácil de advertir. No ocurre lo mismo cuando se trata de ejercitar facultades normativas por parte de los órganos legislativos o de los que ejercen potestad reglamentaria, y al hacerlo se retrotrae en el tiempo la aplicación de las normas para afectar situaciones jurídicas ya definidas. La retroactividad en esencia, es una amenaza contra la igualdad y, por consiguiente, contra la neutralidad y la imparcialidad en el ejercicio del poder.

e) Transparencia

En cuanto principio, tiene que ver con la posibilidad de conocimiento. Todo interesado debería contar con la posibilidad de informarse no solamente del procedimiento que deberá observarse para que se le pueda privar de su derecho o limitarlo, sino también de las razones o motivos para hacerlo, así como de los fundamentos de hecho que se invocan y de las evidencias presentadas para sustentarlos. Como se verá más adelante, esta posibilidad de conocimiento es condición indispensable para que puedan cumplirse otras exigencias del debido proceso, como la contradicción.

El problema que se presenta en relación con este punto, tiene que ver con la clase de decisiones cuya adopción obliga a contar directamente con el o los interesados. No cabe duda alguna, cuando se trata de actos creadores de normas particulares. Pero la consulta a los interesados de ordinario no se ha tenido como exigencia del debido proceso, si van a crearse normas de carácter general (21).

En ciertos casos, hay motivos para discutir acerca del momento en que debe producirse la comunicación al interesado o afectado por la adopción de un acto con alcance particular. La regla general, impuesta por el sentido común, remitiría a la exigencia de que la comunicación sea previa, si de lo que se trata es de asegurar la defensa. ¿Pero, qué ocurre con medidas de urgente adopción o las previsiones de carácter cautelar?

La doctrina y los tribunales norteamericanos han respondido a la cuestión aceptando que cuando el bien público lo exija y particularmente para evitar que la con-

ducta antijurídica quede en la impunidad, pueda adoptarse la medida limitativa del derecho antes de que se efectúe la notificación al afectado, siempre y cuando quede abierta la posibilidad de discutir judicialmente la procedencia y el alcance de tal medida con la amplitud necesaria (22).

La transparencia, en cuanto principio aplicable al procedimiento, comprende también a la posibilidad de acceder a la evidencia existente, para tener la posibilidad de contradecirla.

f) Contradicción

El concepto mismo del debido proceso se levanta sobre la necesidad de que, como respuesta a una exigencia de justicia, las decisiones mediante las cuales se afecta el derecho de una persona, se adopten después de haber oído la versión del afectado y de haberle permitido presentar en su favor las evidencias de descargo de que disponga.

La contradicción abarca, entonces, no solamente la posibilidad de enunciar un argumento, sino también la de someter a la evidencia de cargo al contrapeso tanto de la crítica como de otras evidencias que la contradigan o la relativicen.

El principio así enunciado alcanza también a la idoneidad o aptitud del procedimiento para servir como mecanismo que haga efectiva la contradicción.

g) Evidencia

No pueden afectarse derechos sin que se haya demostrado razonablemente que se han producido los supuestos de hecho exigidos por una norma de carácter general: estos supuestos deben ser probados, no simplemente invocados.

Los problemas relativos a la prueba aluden a su producción, ciertamente, (qué debe probarse, quién debe hacerlo, cómo y cuándo) pero también a la posibilidad de contradicción, como ya se dijo. De lo que se trata es de que la decisión no se tome sin considerar el punto de vista desde la perspectiva de los dos intereses que se contraponen.

h) Motivación

La manifestación expresa de los criterios en los que la decisión se funda, es una exigencia nacida del carácter responsable de la autoridad pública, por un lado y de la sujeción del poder al derecho, por otro. En virtud de lo primero, es posible exigirle a quien ejerce potestades públicas que dé cuenta de los motivos de sus acciones y, en virtud de lo segundo, es posible confrontar esos motivos con los referentes normativos que legitiman el ejercicio de la autoridad.

3. EL ALCANCE DEL PRINCIPIO EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA: SEGURIDAD JURÍDICA Y DEBIDO PROCESO

Las reglas incorporadas en la Constitución y en los instrumentos internacionales, tienen carácter eminentemente procesal y aunque vayan dirigidas fundamentalmente a los jueces y a los órganos de la administración que emiten actos creadores de normas jerárquicamente inferiores a la ley, también constituyen reglas para el legislador y permiten que el contenido de las leyes sea sometido a examen.

El carácter procesal de las reglas expresas, no restringe el alcance del principio: tal como está enunciado, el

principio del debido proceso no está limitado a las reglas del artículo 24, puesto que el texto de esta misma disposición se remite a otras fuentes: la propia Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes y la jurisprudencia, dice, podrían considerar otras garantías que se entenderían incorporadas a la noción de debido proceso.

3.1. La jurisprudencia y las reglas del debido proceso

La alusión a la jurisprudencia constituye una innovación trascendental en el sistema nacional, porque significa reconocer a los fallos de los tribunales fuerza de precedente obligatorio, más allá de la causa en la que se pronuncien.

Pero la aplicación del precepto no deja de traer problemas. ¿Cuál es la jurisprudencia que ha de considerarse fuente de garantías? ¿En qué condiciones?.

Lógico es pensar que se trata, fundamentalmente, de la proveniente de los tribunales de más alta jerarquía. Aquí es en donde comienza el problema: los fallos de casación de la Corte Suprema tienen fuerza de precedente obligatorio solamente cuando el principio ha sido reiterado por más de dos ocasiones, por disponerlo así la Ley de Casación. Como la Corte ejercita muy pocas veces la atribución constitucional para dirimir las contradicciones, de manera que, en casi todas las materias, hay precedentes obligatorios que se contradicen, generando mayor incertidumbre.

El Tribunal Constitucional, de otro lado, no fundamenta sus decisiones. La enunciación de antecedentes y la invocación de enunciados con evidente intención política, pocas veces permite vincular una conclusión con algún principio abstracto cuya pertinencia haya sido definida a partir de determinados hechos.

En uno y otro caso, la modificación de las normas operativas internas podría mejorar la situación. Parece indispensable, por lo menos, adoptar precauciones para evitar la profusión de fallos contradictorios, imponiendo a las salas de una misma materia, la obligación de reunirse para dirimir la contradicción, antes de dictar el fallo que vaya a originarla, como ocurre en el sistema español. También sería útil exigir para cada caso, la identificación del autor de la ponencia y la motivación expresa en los votos de los magistrados que concurren o disienten.

A pesar de las dificultades, la innovación constitucional parece conveniente, porque abre la puerta a que por medio de la actuación de los jueces se adapten los principios del debido proceso a situaciones de alguna manera inéditas, por una parte y, por otra, porque obligará a pensar más allá del caso, al menos cuando se trate de definir el alcance del debido proceso.

Por cierto, no solamente la jurisprudencia nacional importa en este punto, sino también la proveniente de los tribunales internacionales creados por convenciones internacionales ratificadas por el Ecuador. Es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo.

Precisamente este alto tribunal ha definido el alcance del concepto debido proceso y ha establecido que las reglas que lo configuran han de considerarse indispensables en todo estado democrático, advirtiendo que su vigencia no puede suspenderse ni siquiera durante los estados de emergencia:

"El concepto de debido proceso legal recogido por el artículo 8 de la Convención debe entenderse como aplicable, en lo esencial, a todas las garantías judiciales referidas en la Convención Americana, aun bajo el régimen de suspensión regulado por el artículo 27 de la misma. Relacionado el artículo 8 con los artículos 7.6, 25 y 27.2 de la Convención, se concluye que los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales. Esta conclusión es aún más evidente respecto del hábeas corpus y del amparo, a los que la Corte se referirá en seguida y que tienen el carácter de indispensables para tutelar los derechos humanos que no pueden ser objeto de suspensión" (23)

Por cierto, para los casos en los que el tribunal internacional tiene entre sus facultades la de emitir opiniones sobre puntos de derecho sin referencia directa a un caso específico, como ocurre con las opiniones consultivas de la Corte Interamericana o, en materia de integración, el Tribunal Andino, ha de entenderse que también estas opiniones están comprendidas dentro de la expresión jurisprudencia que emplea la Constitución.

3.2. La garantía constitucional a la seguridad jurídica

Otro principio de trascendental importancia introducido por las últimas reformas a la Constitución, es el que establece a la "seguridad jurídica" como un derecho garantizado por el Estado.

En la doctrina, el concepto alude al conjunto de condiciones necesarias para anticipar las consecuencias jurídicas de la conducta personal y de la de terceros. Propuesto como principio constitucional, significa que el orden jurídico proscriba cualquier práctica en el ejercicio del poder que conduzca a la incertidumbre, es decir, a la imposibilidad de anticipar o predecir las consecuencias jurídicas de la conducta.

No se trata de una regla susceptible de invocarse para valorar los actos de poder creadores de normas particulares, si son el resultado de facultades regladas. Si tales actos de apartan de lo ya establecido en la ley, habrá un problema de legalidad del acto en sí, sin que pueda decirse que está en juego la garantía constitucional de la seguridad jurídica, porque el conjunto de condiciones que la configuran no ha sido alterado.

Distinto es el caso de los actos creadores de normas generales: las leyes, las ordenanzas, los reglamentos, pueden atentar directamente contra la seguridad jurídica en cuanto establezcan reglas de alcance general de cuya aplicación se genere la incertidumbre jurídica. Esto ocurre, por ejemplo, con las leyes retroactivas.

De aquí nace la vinculación entre el debido proceso y la garantía constitucional a la seguridad jurídica. De hecho, esta última no es sino una regla del debido proceso aplicable al ejercicio del poder normativo.

4. REGLAS COMUNES A TODO PROCEDIMIENTO

Entre las garantías consignadas por el artículo 24, hay algunas que son aplicables a todo tipo de procedi-

miento: sea judicial o administrativo. Otras son específicamente judiciales y finalmente, hay otras aplicables exclusivamente al ámbito del proceso penal. Aquí van a examinarse exclusivamente las primeras.

4.1. Acceso a la justicia, jurisdicción y competencia

El primer grupo de garantías comunes a todo procedimiento responde a la exigencia más elemental del estado de derecho y tiene que ver con la posibilidad de que cualquier acto de poder mediante el cual se afecten derechos, pueda llegar a ser objeto de examen por parte de una autoridad judicial. Se trata, entonces de un conjunto de reglas tendientes a definir el marco de acción de los jueces como medio de protección de los derechos.

4.1.1. Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión

La posibilidad de acudir ante los órganos de justicia no es sino una de las manifestaciones del derecho de petición, reconocido por la Constitución entre las garantías inherentes a la naturaleza de la persona e indispensables para su desenvolvimiento moral y material (24).

De hecho, la primera condición para que un sistema de administración de justicia pueda considerarse eficaz, es que las personas puedan llegar efectivamente ante los jueces con sus reclamos. Esta posibilidad puede verse limitada por exigencias establecidas en la misma ley, restringiéndola (limitaciones formales), o por la incidencia de ciertos hechos que la obstaculizan en la práctica, tales como la distancia o el costo (limitaciones fácticas).

En este sentido, la situación óptima consistiría en que las leyes no establezcan limitaciones o restricciones formales y que el estado introduzca mecanismos capaces de anular el peso relativo de las limitaciones fácticas.

Hay, sin embargo, factores que impiden que esa situación óptima sea realidad. Algunos son necesarios y, en consecuencia, no se apartan de las exigencias del debido proceso. Otros son francamente arbitrarios y, aunque establecidos legalmente, contravienen esta expresa norma constitucional.

A.- Las limitaciones derivadas de la necesidad de orden

La necesidad de ordenar el acceso, obliga a limitarlo. En efecto, cuando las normas procesales organizan el acceso según diversos criterios para garantizar la funcionalidad del sistema, limitan la posibilidad de acceder a la justicia.

La línea que separa la necesidad de la arbitrariedad puede ser, en muchos casos, casi imperceptible. Todas las limitaciones provenientes de la necesidad de ordenar el acceso, a partir de cierto punto pueden constituirse en exigencias arbitrarias.

Conviene hacer un breve examen de los principales casos, para ver en qué medida las normas que los concretan pueden constituir una indebida limitación al acceso.

a) Las reglas sobre la capacidad procesal

La circunstancia de que ciertas personas no puedan acudir por sí mismas con sus reclamos ante los órganos de justicia, constituye, ciertamente una limitación formal al acceso libre. Esta limitación proviene de la necesidad de proteger los intereses del propio reclamante, cuando por sus características personales, su juicio y su arbitrio resultan insuficientes. Así, los incapaces no pueden, en

general, formular reclamo judicial sin el concurso de su representante legal (25), aunque, para ciertas materias, la propia ley reconozca una capacidad procesal especial.

Su fundamento, por otro lado, no puede ser discriminatorio. En consecuencia, solamente serían admisibles las limitaciones en consideración a la persona establecidas con la finalidad de proteger al propio reclamante. Aquí entra en juego otro precepto constitucional: el relativo a la igualdad, ya que cualquier intento de crear una suerte de incapacidad artificial, aun a título de protección, entrañaría un tratamiento desigual, constitucionalmente indamisible.

De otro lado, el reconocimiento de derechos a entes que carecen de personalidad jurídica, cada vez más frecuente, genera una limitación indebida, aunque involuntariamente establecida, pues resulta de la falta de coherencia entre las normas que exigen el requisito de la personalidad jurídica como supuesto necesario para la capacidad procesal y las nuevas, que reconocen esos derechos. Así, por ejemplo, la propia Constitución en sus artículos 83 a 92 reconoce derechos a los pueblos indígenas y a los consumidores, e indeterminadamente a la población en general. Pero fuera de los pocos casos en los que la legislación establece la llamada "acción popular" los derechos de los consumidores o de los pobladores considerados genéricamente, no podrían reclamarse judicialmente. El caso de los pueblos indígenas es todavía más evidente: los derechos a los que se refiere la Constitución son de carácter colectivo, es decir que no se reconocen individualmente a los individuos integrantes del grupo, sino al grupo en sí. Pero el pueblo, como tal, no tiene personalidad jurídica y carece, por consiguiente de capacidad procesal. Se volverá sobre este tema más adelante, al hablar de la exigencia de interés directo.

b) La exigencia de interés directo

En principio, solamente quien se ve afectado por la conducta de otro, puede intentar con éxito una acción, es decir, demandar la intervención y el pronunciamiento de los jueces. "El que intenta una demanda debe tener interés; es decir, debe aspirar a algún provecho real y efectivo que provenga directamente del fallo que solicita", enseña Peñaherrera, y agrega que dicho interés puede ser simplemente moral, pero siempre "nacido y actual", aunque en ocasiones esté subordinado a cierta condición o evento (26). Esto no impide que una persona pueda reclamar por otra o a nombre de otra, siempre que la representante o sea su procurador o mandatario.

Aunque en sentido genérico la expresión interés aplicada al ámbito procesal alude a cualquier circunstancia o situación que a una persona le permite intentar, aún sin estricto derecho, una acción procesal, la doctrina distingue al menos tres grados o niveles de vinculación entre un sujeto y la posibilidad de instar: el derecho subjetivo, entendido como la protección que el orden jurídico otorga en forma exclusiva a un individuo determinado; el interés legítimo, que habilita a los miembros de una clase o grupo para reclamar contra los actos que la afectan, sin que tal reclamación conlleve la posibilidad de reparación pecuniaria y, finalmente, el interés simple, definido como el que todo ciudadano tiene en que la ley sea cumplida. Este último no da derecho a interponer reclamos o a ejercitar acciones, y solamente permite presentar denuncias (27), salvo situaciones especiales en que la ley otor-

ga habilitación procesal a quien tiene nada más que interés simple, mediante la llamada acción popular.

No hay motivo para discutir los principios básicos de esta limitación, inherente al carácter de los intereses que se trata de proteger o satisfacer. La situación de los llamados intereses difusos, requiere sin embargo de un tratamiento especial, inexistente en el ordenamiento jurídico nacional.

Hay un interés difuso cuando el daño real o potencial derivado de la inobservancia de la norma jurídica, no afecta a personas determinadas, sino a un grupo de sujetos indeterminados, definidos solamente por su calidad común, como ocurre por ejemplo con los habitantes de una localidad cuando se infringen las regulaciones relativas a la preservación del paisaje o a la protección de la fauna.

La posición tradicional de la doctrina, como se dijo, no reconoce en estas situaciones otra forma de instar que la presentación de una denuncia en guarda de la legalidad, de manera que sean las autoridades competentes, generalmente del orden administrativo, las que se encarguen del castigo al infractor y de procurar la eventual reparación del daño. Las limitaciones de esta postura son evidentes, porque la simple denuncia no crea derecho alguno con respecto a la prosecución de la instancia y no impide, por lo mismo, que la inacción mostrada por el órgano público antes de la denuncia, persista después.

Sin embargo, es muy antigua en el derecho y específicamente en el derecho civil, la protección en ciertos casos excepcionales de algunos intereses difusos mediante la llamada acción popular. Así ocurre, por ejemplo con la extensión de los derechos del dueño concedida a favor de "cualquier persona del pueblo" por el artículo 1012 del Código Civil, a fin de que se procure judicialmente la remoción o enmienda de los obstáculos puestos en caminos, plazas u otros lugares de uso público, así como de los peligros que amenacen a quienes transiten por ellos. Parecida acción concede el artículo 2260 del mismo Código "en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas". En ambos casos, como es característico de este tipo de acción, quien la promueve no solamente se considera parte en el juicio, sino que, además, tiene derecho a que se le reconozca una compensación por el tiempo empleado en la gestión, además de los gastos y costas efectuados.

Pero esta clase de normas se ha mirado tradicionalmente como excepcional; una suerte de curiosidad. La profusión actual de situaciones en las que se reconocen derechos a colectividades carentes de personalidad jurídica, obliga a pensar en el establecimiento de una institución procesal con alcance general que pueda ser invocada en todos los casos de protección a los intereses difusos. Su inexistencia crea una situación de indefensión contraria a la regla constitucional, porque se está ante el caso de un derecho reconocido por norma expresa, cuya infracción no puede reclamarse.

c) La intervención de abogado

No solamente los escritos o pedimentos ante los jueces y tribunales, sino además toda solicitud o exposición ante los organismos, instituciones y dependencias del Estado en las que se formulen cuestiones de derecho, deben llevar firma de abogado (28).

Esta exigencia restringe el acceso a la justicia, aunque su fundamento se vincule con la necesidad de garantizar a toda persona una defensa adecuada. El supuesto del que se parte es que tal defensa requiere de conocimientos especializados, cuyo dominio caracterizaría a los abogados. Si solamente de esto se tratara, la asesoría de un abogado debería ser un derecho, una garantía reconocida al ciudadano, no una exigencia legal. Esta última, y consiguientemente la restricción, surgen más bien como respuesta a los intereses gremiales de los propios abogados.

Efectivamente, la ley podría distinguir entre la prestación de servicios legales para terceros, que es lo que caracteriza a la profesión legal, de la autodefensa, es decir la posibilidad de que una persona defienda por sí misma sus propios intereses, con prescindencia del concurso de abogado (29). Si la legislación limita esta posibilidad, es para evitar que sirva de escudo a quienes pretenden ejercer la abogacía sin estar autorizados legalmente.

Aunque por las características socio económicas relacionadas con el ejercicio de la profesión legal, la exigencia de respaldo profesional constituye, de facto, un importante obstáculo al libre acceso a la justicia, especialmente para los más pobres, la eliminación total de tal exigencia no sería una buena solución, porque no llegaría al fondo del problema. Los pobres, en efecto, seguirían sin la posibilidad de contar con servicios legales adecuados y la desventaja que ahora soportan posiblemente se agravaría.

De aquí surge la necesidad de contar con un sistema eficiente de defensoría pública. Precisamente, el número 10 del artículo 24 de la Constitución ha considerado la existencia de este sistema entre las garantías del debido proceso, aunque limitándola al servicio de ciertos grupos vulnerables y de las personas que no dispongan de medios económicos.

Esta limitación, aunque conste del propio texto constitucional, no se justifica. La defensoría pública surge como respuesta a la necesidad del estado de ofrecer consejo legal competente y oportuno a todo aquél que, en un momento procesal determinado, no haya designado un abogado de su confianza para que le asesore, sin que importen los motivos o los factores que hayan conducido a ese resultado.

d) El número mínimo

Otra exigencia inadmisibles en un sistema democrático es la relativa a la concurrencia de un número mínimo de interesados como requisito de legitimación activa. Resulta atentatorio al principio según el cual los derechos se reconocen y garantizan tanto a la persona individual como a los entes colectivos. Si lo que está amenazado es el derecho individual, hay que reconocer al individuo la posibilidad de defenderlo, forme o no parte de un ente colectivo.

Paradójicamente, esta garantía básica se ha visto seriamente limitada por la propia Constitución, cuyo artículo 277, exige un número mínimo de mil ciudadanos para presentar una demanda por inconstitucionalidad en contra de normas de carácter general o de actos administrativos.

B.- La indefensión originada por situaciones normativas que ponen a ciertas personas o a ciertas decisiones

formalmente fuera del alcance de la justicia:

a) La inmunidad

Si se pone a una persona fuera del alcance del sistema de justicia, se limita en la práctica el acceso de quienes eventualmente se vean perjudicados por la conducta de aquélla. Esta situación resulta inadmisibles en un régimen democrático. Sin embargo, subsiste en ciertos casos bajo la forma de inmunidad.

En el Ecuador, la inmunidad constitucionalmente reconocida favorece a los legisladores (30) y significa que no puede iniciarse proceso penal contra ellos, salvo en el caso de delito flagrante, cuya ocurrencia debe ser calificada por el Congreso. La disposición constitucional refuerza la inmunidad, de manera todavía más injustificable, con una suerte de irresponsabilidad civil, al establecer que los diputados no serán civilmente responsables por las opiniones que emitan en el ejercicio de sus funciones (31).

Hay además otros funcionarios de elección popular, los concejales, el Prefecto y los consejeros provinciales a los que, sin llegar a la inmunidad, la ley ha favorecido también con una protección especial, que les pone, al menos parcialmente, fuera del alcance del sistema de justicia, al impedir que se les persiga por las opiniones vertidas en el ejercicio de sus funciones.

Ambas son situaciones de privilegio, enraizadas en la tradición política europea, cuya existencia suele justificarse con la necesidad de impedir que el ejercicio de la representación popular pueda ser obstaculizado mediante el uso artificioso del proceso judicial. En la práctica, como es de conocimiento general, la inmunidad parlamentaria ha conducido a una verdadera impunidad, cuyo manto protector se despliega en función del juego de fuerzas entre los partidos.

Igualmente injustificada es la irresponsabilidad funcional de los concejales y consejeros.

Una y otra han sido no solamente obstáculos para la justicia, sino también causas determinantes para que en la práctica política ecuatoriana haya tan poco respeto por la honra ajena.

La irresponsabilidad por las opiniones emitidas en ejercicio de una función de elección popular, debería limitarse exclusivamente al voto que se emite respecto de una cuestión concreta y a los fundamentos invocados para sustentarlo. La inmunidad parlamentaria, injustificablemente extendida al ámbito civil, debería limitarse a la exigencia de que, para hacer efectiva la orden judicial de privación de libertad contra un legislador, se cuente con autorización del Congreso, pero sin que tal autorización sea necesaria para la iniciación del proceso penal.

b) Las facultades de los Tribunales de Honor

Durante los gobiernos de facto de los años setenta, comenzaron a proliferar las llamadas leyes de defensa profesional, cuyas normas, junto con la afiliación obligatoria a la organización gremial, establecieron la existencia de los llamados tribunales de honor, integrados por individuos de la respectiva profesión, electos por las instancias gremiales. Las facultades de estos tribunales no se limitan a la imposición de sanción internas, sino que alcanzan al juzgamiento de la conducta profesional y pueden llegar a la suspensión y hasta a la prohibición del ejercicio profesional. Lo curioso es que a los fallos de tales tribunales se ha querido reconocerles fuerza inamovi-

ble, equivalente a la de la cosa juzgada y, por consiguiente, impedir su revisión por la justicia ordinaria.

Esta pretensión atenta indudablemente contra las normas del debido proceso. La Constitución española es, en este aspecto, terminante: "Se prohíben", dice en su artículo 26, "los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales".

No cabe duda que a partir del reconocimiento constitucional de las normas del debido proceso, semejante pretensión no puede subsistir. Mientras la ley no se reforme o se adopte, en general una prohibición semejante a la española, hay que reconocer que los únicos que podrían resolver en definitiva sobre el derecho de un individuo a ejercer su profesión, son los órganos de la justicia ordinaria.

4.1.2. Ninguna persona podrá ser distraída de su juez competente ni juzgada por tribunales de excepción o por comisiones especiales que se creen para el efecto

La generalidad se constituye, como se dijo, en garantía de neutralidad y de imparcialidad, de manera que toda persona sea juzgada, ante identidad de circunstancias, por el mismo juez o, al menos, por el juez definido de acuerdo a los mismos criterios.

El problema surge cuando la ley establece, aunque sea con carácter general, competencia para el conocimiento de cierto tipo de asuntos a jueces distintos de los ordinarios. Así ocurrió, por ejemplo, con los llamados tribunales especiales, establecidos por el Gobierno Militar en los años setenta y así ocurre todavía cuando, en virtud de regímenes de emergencia, se somete a los tribunales militares a civiles que no son miembros de la institución armada, o a los miembros de un grupo profesional a tribunales gremiales.

La Constitución española subsana la cuestión refiriéndose expresamente a la justicia ordinaria: "todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley" dice el artículo 24.

4.1.3. La sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios: dispositivo, de concentración e inmediación

Con excesiva frecuencia, al examinar con sentido crítico el sistema procesal, suele invocarse al procedimiento oral como si fuera el remedio a los males provenientes de una concepción procesal obsoleta, rígida, proclive a la proliferación de incidentes, poco funcional y levantada a espaldas de las posibilidades que ofrece la tecnología.

Lo que caracteriza al procedimiento oral es fundamentalmente la posibilidad de contradicción respecto de la prueba, la cual, debidamente concentrada, se presenta, discute y valora en una o más audiencias con la presencia del juez, las partes, los testigos, los peritos y las demás personas que algo tienen que ver o que decir con respecto al asunto materia del litigio. Esto le permite al juez evaluar los planteamientos de las partes con vista de la prueba, conocer de una vez todas las cuestiones relacionadas con la controversia y emitir, en corto tiempo su sentencia.

De manera que aunque el procedimiento oral sea, como lo es, una solución adecuada particularmente en lo que tiene que ver con la calidad del resultado, su invoca-

ción a manera de remedio inmediato es ilusoria y mucho más si se pretende presentarlo como un instrumento de descongestión en el despacho de las causas.

En efecto, si bien para las partes la duración del juicio es menor si se lo ventila sujetándose a un procedimiento oral, éste, en cuanto garantiza una aplicación estricta del principio de inmediación, exige al juez mayor tiempo de dedicación a cada caso y, por consiguiente, obliga a limitar el número de causas de despacho simultáneo. De otra parte, la adopción del procedimiento oral supone una organización administrativa diferente, distintas habilidades en el personal judicial, cierto entrenamiento en abogados y jueces. Estas dificultades, que son reales, no deben servir de pretexto para postergar en el tiempo la aplicación del precepto constitucional.

El sistema oral ofrece ventajas cualitativas frente al vigente. Permite un mejor examen del caso por parte del juez y una mayor garantía a los derechos de las partes. Hay que afrontar las dificultades para superarlas y hacerlo dentro del plazo establecido por la disposición transitoria de la Constitución.

En consecuencia, no solamente habrá que elaborar con cuidado las distintas etapas de una secuencia de transición, sino que, previamente tendrán que adoptarse medidas tendientes tanto a la capacitación de abogados y jueces, como a depurar el sistema de justicia de ciertos defectos que, aunque no sean parte del procedimiento en sí, pesan sobre el sistema procesal y que, paradójicamente, contradicen uno a uno los objetivos a los que, según la Constitución deben tender las leyes procesales. Tales defectos son la acumulación de funciones no jurisdiccionales en el juez, la inexistencia de mecanismos preprocesales, la insuficiencia de las facultades del juez en orden a dirigir y controlar el proceso, la multiplicidad de procedimientos y la deficiencia en los mecanismos de gestión administrativa.

4.1.4. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades

Las reglas del debido proceso ofrecen un punto de referencia bastante claro para que los tribunales y los órganos administrativos puedan darle contenido concreto a este útil precepto. En efecto, la antigua discusión respecto a si determinadas formalidades son o no prescindibles, queda superada si uno se remite a las reglas del debido proceso: solamente éstas son indispensables. Cualquiera otra, es una formalidad prescindible.

4.2. La legitimidad de la sanción:

4.2.1. No se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza.

Es otra innovación de gran importancia, mediante la cual queda elevado a la condición de precepto constitucional el principio de la irretroactividad de las leyes, el cual deja de ser solamente una regla o criterio de interpretación destinado al juez. En efecto, si no puede juzgarse a una persona, en cualquier ámbito o materia, puesto que la Constitución no hace distinción alguna, sino conforme a leyes preexistentes, el legislador no puede pretender que, mediante una ley retroactiva se quebrante ese precepto. El principio se convierte así en regla

para el legislador, tanto como para el juez.

Como era de esperar, el primero en quebrantar la Constitución ha sido el Congreso.

4.2.2. A nadie se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley.

La forma en que la Constitución ha consignado este precepto genera problemas de suma complejidad. El enunciado es absoluto, de manera que el principio de reserva de ley comprende no solamente la tipificación de infracciones penales, sino que se extiende también a las potestades disciplinaria y de policía de la administración y a la potestad legislativa de los gobiernos seccionales.

La potestad disciplinaria de la administración queda de esta manera prácticamente suprimida, porque es impensable que una ley tipifique todas las faltas administrativas que podrían cometer los funcionarios y empleados o, en general, las personas afectas a un servicio público: desde el atraso, hasta las faltas de orden deberían estar tipificadas en la ley y sancionadas con una pena.

El caso de las municipalidades es todavía más grave, puesto que la posibilidad de que puedan aplicar sanciones mediante ordenanza, por el incumplimiento de las disposiciones de ésta, queda constitucionalmente cuestionada.

Si lo que se quería era evitar abusos, bastaba, además de extender a las actuaciones administrativas los preceptos del debido proceso, establecer la prohibición de que la administración pueda imponer cierto tipo de sanciones, cualquiera que sea la falta. La Constitución española, por ejemplo, dispone que "la Administración civil no podrá imponer sanciones que directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad" (32). Cosa similar debería haberse hecho, aunque sin limitar la prohibición solamente a la pena privativa de libertad, sino extendiéndola además a otras sanciones típicamente penales, como la inhabilitación permanente para el ejercicio de ciertos derechos.

4.2.3. En caso de conflicto entre dos leyes que contengan sanciones, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación fuere posterior a la infracción; y en caso de duda, la norma que contenga sanciones se aplicará en el sentido más favorable al encausado.

La novedad consiste en que el principio de la retroactividad en favor del reo se extiende ahora, por mandato constitucional, a todo tipo de sanción y no solamente a la de carácter penal. Lo mismo ocurre con el principio de la aplicación de la ley más favorable en caso de duda.

4.2.4. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente.

También aquí parece que habría sido deseable una redacción más precisa. Si la persona a la cual se aplica la sanción es el único recurrente, la aplicación del principio no ofrece dificultad alguna. Pero si además de su recurso se ha presentado también otro por la contraparte en el proceso o procedimiento, no podría decirse que pueda operar la "non reformatio in pejus". Si así fuera, la injusticia consagrada en primera instancia para favorecer al reo de una infracción permanecería inalterable y los recursos, inclusive el de casación, carecerían de sentido.

A menos que se quiera consagrar un absurdo jurídico, la jurisprudencia tendrá que ir superando el problema, limitando la aplicación del principio a los casos en los que el sancionado es el único recurrente.

4.2.5. Las leyes establecerán la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones

Se trata de una regla para el legislador. También para aplicarla es necesario distinguir al menos entre dos situaciones posibles.

En primer lugar, cuando por medio del mismo acto legislativo se tipifica más de una infracción y se asigna, por consiguiente, más de una sanción. Aque el la aplicación del principio es inmediata, aunque queda siempre sujeta al criterio del juez constitucional la apreciación respecto a cuál de las faltas es más grave.

El segundo supuesto presenta todavía una situación más compleja. Cuando se aprueba una nueva ley sancionadora, no se guardan para la apreciación de la gravedad de las faltas y de las penas, los mismos criterios que estuvieron vigentes cuando se expidieron otras leyes sancionadoras aplicables a la misma materia. Así, las recientes reformas al Código Penal en materia ambiental, introducen sanciones cuya gravedad no necesariamente guarda relación con las previstas para otros delitos por el mismo Código Penal.

El principio constitucional debería obligarle al legislador a cuidar ambos aspectos.

4.3. La presunción de inocencia

Se presumirá la inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se haya declarado mediante sentencia ejecutoriada. También en este aspecto la novedad reside en la extensión del principio, concebido tradicionalmente para lo penal, a todas las materias.

4.4. El derecho de defensa:

Está regulado en la Constitución con cierta minuciosidad, lo cual constituye una ventaja frente al texto anterior, que lo limitaba a lo penal.

4.4.1. Nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento

Además de su importancia en el proceso penal, de la cual se tratará en otra oportunidad, el respecto al derecho de defensa tiene especial importancia en el procedimiento administrativo, siempre que con la resolución que se adopte se pueda afectar un derecho.

El problema surge particularmente cuando la ley o el reglamento se han concebido sin tener presente la necesidad de dar paso al derecho de defensa y establecen un procedimiento que ofrece garantías plenas a las personas cuyos derechos pueden verse afectados.

El propio Tribunal Constitucional no siempre ha respetado este derecho al tramitar en instancia de apelación la acción de amparo, debido a que la Ley de Control Constitucional alude solamente al peticionario del amparo y al órgano que expidió el acto como contrapartes. Pero son múltiples las situaciones en las cuales el acto administrativo cuyos efectos se trata de suspender ha creado o reconocido derechos a favor de terceros. En ese caso, las normas del debido proceso obligarían a que en el trámite de la acción de amparo ante el juez, se cuente con este beneficiario del acto y que el Tribunal le reconozca su derecho a ser parte del procedimiento.

4.4.2. Toda persona tendrá el derecho a ser oportuna y debidamente informada, en su lengua materna, de las acciones iniciadas en su contra.

Para que el derecho a la defensa pueda ser eficaz, es indispensable que la persona de quien se afirma ha vio-

lado la ley, conozca los cargos que se le hacen. El artículo 8 del Pacto de San José incluye entre las garantías judiciales básicas a la "comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada". El numeral 12 del ya citado artículo 24 de la Constitución, por su parte, garantiza a toda persona "el derecho a ser oportuna y debidamente informada, en su lengua materna, de las acciones iniciadas en su contra".

Es preciso llamar la atención sobre los adjetivos que emplean estas normas, ambas de jerarquía constitucional: comunicación "detallada", dice el instrumento internacional, al tiempo que la Constitución exige que la persona inculpada sea "debida y oportunamente" informada. ¿Qué es lo que debe detallarse? ¿Cuándo la información sería indebida? La respuesta a estas preguntas remite necesariamente a la finalidad que se persigue con la exigencia normativa: ¿Por qué motivo la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, consagran esta garantía? La respuesta de la doctrina – y la del sentido común, podría decirse – es terminante: esta garantía es un medio para que pueda hacerse efectivo el derecho a la defensa.

La información debida a la persona contra la cual se formulan cargos, debe ser, entonces, de tal naturaleza que le permita ejercitar su derecho a defenderse. Para ello es imprescindible que comprenda no solamente la noticia de la inculpación, sino también una relación detallada de los cargos y de la conducta personal presuntamente antijurídica en la cual estos se apoyan.

Precisamente, refiriéndose al derecho de la persona a que se le comunique la imputación que se le hace, dice un estudio publicado por la Comisión Andina de Juristas:

"En cuanto al contenido de la información proporcionada, ésta debe referirse tanto a la naturaleza como a la causa de la imputación realizada. La naturaleza de la imputación tiene un sentido jurídico e implica identificar el tipo penal que la legislación señala para el caso. La causa de la acusación tiene un sentido fáctico y se refiere a determinar las circunstancias por las cuales se hace la imputación contra una persona determinada" (33).

Esto significa que si la imputación se hace en contra de varias personas por su eventual participación en un mismo hecho, el derecho a la defensa de cada una exige que la explicación de las causas de la imputación se efectúe con respecto a cada uno de los imputados, por separado.

Estas reflexiones, aunque originalmente provenientes del proceso penal, son extensibles a cualquier tipo de procedimiento, puesto que se está hablando del mismo derecho fundamental.

4.4.3. Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho

Se trata de un principio en cuya virtud toda orden, mandato o determinación del juez, debe fundamentarse. No es nuevo en nuestra historia legislativa, pero si es la primera vez que consta como precepto constitucional y es también la primera vez que se especifica su alcance, mediante la exigencia expresa de que el juez enuncie las

normas o principios en que se haya fundado y explique la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.

Hay que notar que la exigencia de motivación es aplicable no solamente a las sentencias, sino a toda determinación mediante la cual se afecten derechos de las personas.

En el proceso penal interesa especialmente advertir que la exigencia constitucional obliga al juez a explicar dos decisiones con las cuales quedan siempre afectados los derechos de una persona: la decisión de sindicarla y la de disponer la prisión preventiva.

En ambos casos, la motivación debe comprender una referencia explícita a los hechos, es decir: en primer lugar, al acto u omisión específicos que le permiten al juez vincular al sindicado con la comisión del hecho delictivo; en segundo término, también una referencia explícita a los actos u omisiones a los que considera "indicios que hagan presumir que el sindicado es autor o cómplice del delito que es objeto del proceso".

La exigencia constitucional debería haber puesto fin a la antigua práctica observada de manera generalizada por los jueces según la cual obviaban de hecho la obligación de justificar su decisión, con expresiones ambiguas. Ahora la Constitución le obliga al juez a ser preciso en su motivación de manera que, cuando señale a varias personas, tendrá que referirse a cada una de ellas y, con mayor razón, cuando dicte orden de prisión preventiva contra varias personas. La motivación tendrá que satisfacer la exigencia de que, con respecto a cada una de ellas, se expresen los actos u omisiones que permiten vincularlas con el hecho delictivo y los indicios que permiten presumir su autoría o complicidad.

Los principios constitucionales son de aplicación inmediata. Así lo prescribe el artículo 18 de la Constitución y agrega:

"No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos o para negar el reconocimiento de tales derechos".

De manera que la exigibilidad de los principios del debido proceso no está supeditada a la promulgación de una nueva ley procesal. Deben ser aplicados ahora, a todos los procesos en curso.

Estos mismos principios son también aplicables a la excitativa fiscal, particularmente cuando contiene la pretensión de atribuir a una persona la participación en el delito.

La excitativa fiscal es el instrumento mediante el cual el Ministerio Público ejercita la acción penal. Así lo reconoce en forma unánime la doctrina. Dice el doctor Guerrero Vivanco:

"La excitativa fiscal es una declaración de conocimiento por medio de la cual, los representantes del Ministerio Público ejercen la acción penal, con el propósito de llevar a oídos del juez respectivo, la noticia del cometimiento de un delito perseguible de oficio, a fin de que se inicie el proceso penal correspondiente"(34).

A su vez, Zavala Baquerizo advierte que la excitativa fiscal, desde el punto de vista formal, debe cumplir dos clases de requisitos: unos, a los que llama necesarios, jamás pueden faltar y el primero de ellos, es la relación del

delito. Los otros, a los que llama contingentes, no son indispensables y entre ellos se encuentra la nominación de los autores cómplices y encubridores) (35). Cuando esto ocurre, el Fiscal, al pedir que determinada persona sea sindicada en el juicio, está formulando una acusación concreta, aunque esta tenga carácter provisional. Dice Zavala:

"Pero cuando ya la persona ha sido señalada dentro de un proceso penal que tiene por objeto un delito perseguible de oficio, entonces, el Estado a través del órgano jurisdiccional penal, la sindicada de haber cometido el delito. Sindicar significa acusar a una persona dentro de un proceso penal. El juez considera en el auto cabeza de proceso que se ha cometido un delito, por cuanto el hecho que ha llegado a su conocimiento se encuentra descrito en la ley penal como delito y acusa provisionalmente como autor de ese delito a la persona a quien concretamente señala dentro del auto inicial". (36)

No cabe duda entonces de que, cuando el Ministerio Público solicita que se señale a una persona, le imputa un cargo de naturaleza penal. Para hacerlo, está obligado a cumplir la exigencia del numeral 12 del artículo 24 de la Constitución: explicar no solamente cuál es el delito que se atribuye a los sindicados, sino también cuál es el acto u omisión de cada uno de ellos que permite vincularlo con la comisión del acto punible. Esta especificación, como quedó dicho, debe referirse necesariamente a cada uno de los sindicados. Si estas especificaciones no se cumplen, no puede decirse que la comunicación haya sido debida, detallada y oportuna, como exigen la Constitución y los instrumentos internacionales.

La actuación del fiscal también está sujeta a la exigencia constitucional relativa a la motivación de las decisiones. Efectivamente, la exigencia expresa del numeral 13 del artículo 24 de la Constitución no está referida únicamente a las decisiones de los jueces, sino, en general, a "las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas". Consiguientemente, comprende a los actos mediante los cuales el Ministerio Fiscal ejercita sus atribuciones.

4.4.4. Las partes tendrán derecho de acceso a los documentos relacionados con el procedimiento en el que deban intervenir

También se trata de una garantía básica para la defensa y también reviste especial importancia, además del ámbito penal, en el administrativo.

4.4.5. En cualquier clase de procedimiento, los testigos y peritos estarán obligados a comparecer ante el juez y a responder al interrogatorio respectivo

En su versión original, el texto propuesto a la Asamblea decía "En cualquier clase de procedimiento, los testigos y peritos están obligados a comparecer ante el juez y a responder al interrogatorio que verbalmente hagan las partes". Para poner fin a la falta de rigor técnico de que adolecen ambas pruebas en nuestro sistema procesal, tanto civil como penal, resulta indispensable que ambas pruebas tengan lugar durante una audiencia oral, en la cual tanto el testigo como el perito respondan al interrogatorio de quien requirió su testimonio y al contra-interrogatorio directo, sometido al control del juez, de la contraparte. Ya se ha establecido así en el nuevo Código de Procedimiento Penal, aunque la modalidad no pueda entrar en vigencia sino luego de dieciocho meses de la

promulgación.

4.4.6. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna

Este precepto es una garantía de la eficacia de las demás reglas del debido proceso. Su importancia es innegable y les corresponde a los jueces hacerlo cumplir. Basta mencionar un ejemplo: existen en la práctica dia-

ria de los tribunales infinidad de situaciones en las cuales se pretende probar las pretensiones de alguna de las partes mediante "diligencias previas" practicadas sin la intervención de la contraparte. El valor probatorio de tales diligencias sería nulo, si se tiene en cuenta las reglas del debido proceso.

Las demás reglas del artículo 24 se refieren específicamente al ámbito procesal penal. Su análisis excede a los límites del presente trabajo.

NOTAS

1. Charles A. MILLER, *The forest of due process of law*, en J. Roland PENNOCK y John W. CHAPMAN, editores, *Due process*, New York University Press, 1977, p. 5.

2. Geoffrey MARSHALL, *Due process in England*, en J. Roland PENNOCK y John W. CHAPMAN, editores, *Due process*, New York University Press, 1977, p. 69.

3. Charles A. MILLER, *op. cit.*, págs. 6 a 10.

4. Marshall advierte que las referencias al término debido proceso de ley en la literatura jurídica inglesa son tan escasas, que ni siquiera consta como entrada directa en algunos de los diccionarios y de los repertorios más importantes. Vid. Geoffrey MARSHALL, *loc. cit.*

5. Las referencias acerca de la evolución histórica del concepto en la jurisprudencia norteamericana provienen de las siguientes fuentes: Gerald GUNTHER, *Constitutional Law*, The Foundation Press Inc, 1985, Caps. 7 y 8; J. H. KILLIAN y G. A. COSTELLO, (Ed.), *The Fourteenth Amendment*, Congressional Research Service, Library of Congress for the United States Senate, <http://caselaw.findlaw.com/data/constitution/amendment14/>.

6. *Wynehamer v. People*, 13 N.Y. 358 (1856)

7. *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516 (1884)

8. *Chicago, M. & St. P. Ry. Co. v. Minnesota*, 134 U.S. 418 (1890)

9. *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897)

10. *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925)

11. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)

12. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965)

13. *Cruzan v. Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990)

14. Henry J. ABRAHAM, *The judiciary: the Supreme Court in the Governmental Process*, New York University Press, 1996, págs. 118, 119.

15. "Las reglas del debido proceso existen para proteger a la personas no de la privación misma del derecho, sino de la privación injusta o indebida de la vida, la libertad o la propiedad", *Carey v. Piphus*, 435 U.S. 247, 259 (1978)

16. *Mitchell v. W.T. Grant Co.*, 416 U.S. 600, 604 (1975)

17. "Lo que significa el debido proceso de ley, depende de las circunstancias. Varía con la materia y con las necesidades de la situación. El debido proceso de ley es aquél en el cual las formas que deben observarse resultan apropiadas para el caso y justas para las partes. Debe ser el procedimiento que generalmente se observa para situaciones análogas y debe adaptarse al propósito perseguido. Siempre que sea necesario para la protección de las partes, debe ofrecerles la oportunidad de ser oídas respecto de la justicia del pronunciamiento en cuestión. Cualquier procedimiento observado por una autoridad pública, sancionado por la costumbre o establecido por la discreción del poder legislativo que preserve estos principios de libertad y justicia, debe tenerse como el debido proceso de ley. *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516, 537 (1884).

18. "La identificación de las exigencias específicas del debido proceso, generalmente requiere de la consideración de tres factores distintos: primero, el interés privado que se verá afectado por la acción oficial; el riesgo de afectar erróneamente ese interés mediante el procedimiento empleado y la valoración probable, si existen, de otros medios procedimentales y, finalmente, de protección el interés del Gobierno, incluida la función desempeñada o el propósito perseguido, así como la carga fiscal y administrativa que el empleo de procedimientos adicionales o sustitutivos generaría." *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319, 335 (1976)

19. La Constitución española desarrolla los principios del debido proceso, sin emplear esta denominación, en la forma siguiente: "Artículo 23, núm. 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publici-

NOTAS

dad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.- Artículo 24 : 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los que jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.- 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. - Artículo 25: 1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.- 2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.- 3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.

20. "La naturaleza misma del debido proceso está reñida con cualquier idea de la existencia de procedimientos universales susceptibles de aplicarse a cualquier situación imaginable" *Cafeteria & Restaurant Workers Union v. McElroy*, 367 U.S. 886, 894-95 (1961).

21. "Cuando una regla de conducta ha de aplicarse a más de unas pocas personas, es prácticamente imposible que cada uno pueda tener directa voz en su adopción. La Constitución no exige que todo acto del poder público se emita en asamblea popular. Las normas de carácter general provenientes del poder del Estado a veces afectan a las personas o a la propiedad de los individuos hasta el extremo sin ofrecerles la posibilidad de ser oídos. Los derechos, en esos casos, están protegidos en la única forma en que pueden serlo en una sociedad compleja, mediante el poder del pueblo, remoto o inmediato, sobre aquellos que hacen las leyes" *Bi-Metallic Investment Co. v. State Bd. of Equalization*, 239 U.S. 441, 445-46.

22. "En raras y extraordinarias situaciones cuando la acción sumaria es necesaria para prevenir daño inminente al bien público, y el interés privado afectado puede estimarse razonablemente como de menor importancia, el poder público puede tomar acciones sin previa noticia y sin oportunidad de defensa previa, sujetándose a un completo examen posterior de su actuación" *Board of Regents v. Roth*, 408 U.S. 564, 570 n.7 (1972), citado por J. H. KILLIAN y G. A. COSTELLO, loc. cit.

23. Opinión consultiva OC-9/87

24. Art. 23, núm. 15

25. Código de Procedimiento Civil, arts. 34 y 35.

26. V.M. Peñaherrera, *Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal*, Quito, 1960, Editorial Universitaria, Tomo III, p. 166

27. Agustín Gordillo, *Introducción al Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1966, p. 324

28. Artículos 148 de la Ley Orgánica de la Función Judicial y 50 de la Ley de Federación de Abogados

29. Según la legislación vigente, es posible que una persona comparezca a una junta u otra diligencia dentro del juicio por sí misma, sin en el concurso de abogado. Pero solamente los abogados pueden ser procuradores, es decir, actuar como mandatarios para comparecer en juicio por otro, excepto cuando se trata de comparecer ante autoridades, judiciales o no, residentes en cantones en los que no hay por lo menos cinco abogados (arts. 44 CPC y 49 LFA)

30. Artículo 137 de la Constitución

31. Artículos 33 de la Ley de Régimen Municipal y 24 de la Ley de Régimen Provincial.

32. Artículo 25

33. Comisión Andina de Juristas, *Los sistemas de defensa pública en Bolivia, Colombia y Perú: un análisis comparado*, Lima, 1998

34. Walter Guerrero Vivanco, *Derecho Procesal Penal*, Vol. II, pág. 150

35. Jorge ZAVALA BAQUERIZO, *El Proceso Penal*, Tomo I, págs. 324 a 328

36. Jorge ZAVALA BAQUERIZO, *El Proceso Penal*, Tomo III, pág. 506

SECCIÓN LIBRE

Fernando de Trazegnies Granda:
La Desmaterialización del Derecho. Del Derecho de Pernada al Internet.

Luis Enrique Farías Mata:
La Primera Disposición Transitoria de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Aplicación de la Ley en el Tiempo.

Patricio Quevedo Terán:
La Constitución del '38: ¿realidad o ficción?

Juan M. Quevedo:
Las Constituciones del Ecuador.

Javier Robalino:
El Silencio Administrativo. Breves Apuntes.

Hugo A. Acciarri y Andrea Castellano:
El Análisis Económico del Derecho de Daños
Responsabilidad Civil y Eficiencia Económica.