

La apelación y la aplicación de la garantía “non reformatio in peius” en la legislación ecuatoriana

The appeal and application of the guarantee “non reformatio in peius” in Ecuadorian legislation

- ¹ Jessica Fernanda Jiménez Lojano  <https://orcid.org/0000-0002-3375-7021>
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca – Ecuador
jessica.jimenez17@est.ucacue.edu.ec
- ² Ana Fabiola Zamora  <https://orcid.org/0000-0002-1611-5801>
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca – Ecuador
afzamorav@ucacue.edu.ec



Artículo de Investigación Científica y Tecnológica

Enviado: 17/03/2023

Revisado: 28/08/2023

Aceptado: 16/09/2023

Publicado: 05/10/2023

DOI: <https://doi.org/10.33262/visionariodigital.v7i4.2724>

Cítese:

Jiménez Lojano, J. F., & Zamora, A. F. (2023). La apelación y la aplicación de la garantía “non reformatio in peius” en la legislación ecuatoriana. *Visionario Digital*, 7(4), 97-119. <https://doi.org/10.33262/visionariodigital.v7i4.2724>



VISIONARIO DIGITAL, es una revista científica, **trimestral**, que se publicará en soporte electrónico tiene como **misión** contribuir a la formación de profesionales competentes con visión humanística y crítica que sean capaces de exponer sus resultados investigativos y científicos en la misma medida que se promueva mediante su intervención cambios positivos en la sociedad. <https://visionariodigital.org>
La revista es editada por la Editorial Ciencia Digital (Editorial de prestigio registrada en la Cámara Ecuatoriana de Libro con No de Afiliación 663) www.celibro.org.ec



Esta revista está protegida bajo una licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 International. Copia de la licencia: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

Palabras claves:

Administración de justicia,
Constitución,
principio jurídico,
sentencia judicial,
non reformatio in peius, apelación.

Keywords:

Administration of justice,
legal principles,
Constitution,
judicial decision,
non reformatio in peius, appeal.

Resumen

Introducción: La incertidumbre del estado del procesado al establecer un recurso de apelación dentro del sistema procesal Ecuatoriano, se deriva de la mala aplicación e inobservancia al debido proceso en todas las instancias del sistema penal, esto ha llevado que los derechos del recurrente sean vulnerados ante la inobservancia al principio de non reformatio in peius especialmente en segunda instancia, por lo que el objetivo de la investigación fue analizar la aplicación de la garantía de non reformatio in peius, a través de la ley, derecho comparado, jurisprudencia y fundamentación teórica, para prevenir vulneración de principios procesales en segunda instancia del proceso penal evitando infringir el debido proceso, seguridad jurídica y el derecho a recurrir. **Metodología:** El nivel de investigación fue el descriptivo tomado desde el enfoque cualitativo, empleando la recopilación de información de diferentes bases de datos científicas y jurisprudenciales, publicadas en los últimos cinco años, siguiendo el mismo hilo se incluyó el respectivo análisis jurídico de los cuerpos normativos vigentes en el Ecuador, se aplicó el derecho comparado respecto a la garantía de la non reformatio in peius en relación con otros países con un similar sistema judicial. **Conclusión:** Como conclusión del presente trabajo de investigación se determinó que la garantía del non reformatio in peius no fue aplicado por los jueces de segunda instancia, por cuanto existen contraposiciones de criterios respecto a su aplicación al no tener positivada esta garantía en el Código Orgánico Integral Penal. **Área de estudio general:** Derecho. **Área de estudio específica:** Derecho procesal.

Abstract

Introduction: The uncertainty of the status of the defendant when establishing an appeal within the Ecuadorian procedural system, is derived from the misapplication and non-observance of due process in all instances of the criminal system, this has led to the rights of the appellant to be violated by the non-observance of the principle of non reformatio in peius especially in the second instance, Therefore, the objective of the research was to analyze the application of the guarantee of non reformatio in peius, through the law, comparative law, jurisprudence and

theoretical basis, to prevent the violation of procedural principles in the second instance of the criminal process, avoiding the infringement of due process, legal security and the right to appeal. **Methodology:** The level of research was descriptive from the qualitative approach, using the compilation of information from different scientific and jurisprudential databases, published in the last five years, following the same thread included the respective legal analysis of the normative bodies in force in Ecuador, comparative law was applied with respect to the guarantee of non reformatio in peius in relation to other countries with a similar judicial system. **Conclusion:** As a conclusion of this research work, it was determined that the guarantee of non reformatio in peius was not applied by the judges of second instance, because there are conflicting criteria regarding its application, since this guarantee is not positivized in the Organic Integral Penal Code.

Introducción

El tema de investigación del *non reformatio in peius* definido por el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (2023) como la garantía “(...) que impide al órgano jurisdiccional que conoce de un recurso empeorar o hacer más gravosa la situación jurídica del recurrente —especialmente si se trata de una condena o sanción— reconocida previamente en la sentencia”.

Es importante analizar esta garantía y su aplicación ya que en algunos países como Colombia y España, ha sido tratada no solo como mera doctrina sino ha pasado a ser una garantía básica dentro del proceso penal y en Ecuador no se le ha dado la misma importancia necesaria en el procedimiento penal, esto ha causado vulneración de derechos del procesado, y que desde la filosofía se trata la aplicación y resultados siendo que bajo el término de “*Licet enim non unquam bene latas sententias un pejus reformet*” (Guevara Elizalde, 2017, p. 5) lo ha tratado, sino que viene desde el inicio del reconocimiento de los derechos del procesado.

Sin embargo, la seguridad jurídica en la legislación de Ecuador ha dejado mucho que desear por cuanto existe un vacío legal respecto al derecho a recurrir, no se establece la garantía como tal, y siendo que el principio está referido en la Constitución del Ecuador de la Asamblea General Constituyente (2008) que reza que “en todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías

básicas: Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre” (art. 77.14), al igual que en el Código Orgánico Integral Penal más adelante COIP, se encuentra plasmado de la misma forma, pero un concepto como *non reformatio in peius* no existe, y no hay una interpretación de ésta que debe encontrarse explícito dentro del cuerpo legal.

En este contexto, se genera un conflicto a la hora que el procesado recurre a segunda instancia, y este vacío legal ha causado que se vulneren los derechos de los recurrentes, por cuanto se ha evidenciado que han llegado casos a la Corte Constitucional respecto a resolver la vulneración al debido proceso.

El problema de investigación se presenta con la siguiente interrogante ¿Cuál es el alcance de la garantía *non reformatio in peius* en la decisión de los jueces de la sala penal en relación a la apelación del procesado de conformidad al art 77 de la Constitución del Ecuador? siendo el objetivo general, analizar la aplicación de la garantía de *non reformatio in peius*, a través de la ley, derecho comparado, jurisprudencia y fundamentación teórica, con la finalidad de que en la segunda instancia del proceso penal no se vulnere el debido proceso, seguridad jurídica y el derecho a recurrir del procesado.

Por tanto, en la primera parte de este artículo se analizaron antecedentes y conceptos de la garantía de la *non reformatio in peius*, luego se analizan las sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador y la vulneración de ciertos derechos tales como: la seguridad jurídica, tutela judicial, derecho a recurrir, el principio de lo más favorable al reo, si bien es cierto el COIP (Asamblea General del Ecuador, 2014) establece la “prohibición de empeorar la situación del procesado: al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona procesada cuando ésta es la única recurrente” (art. 5.7). Existe la vulneración a este principio, tal como está establecido, y ello conlleva que existan casos de vulneración de derechos del procesado.

Para finalizar, es indispensable proponer una reforma al Código Orgánico Integral Penal, respecto al artículo 5 relacionado con las garantías y principios rectores del proceso penal, por cuanto garantizaría los derechos del procesado al momento de recurrir una sentencia de tribunal cuando se encuentre inconforme, sin tener la incertidumbre de que su pena se agrave, ya que existen antecedentes de una vulneración del debido proceso y una inadecuada aplicación del principio.

Marco referencial

Antecedentes de la garantía non reformatio in peius en el Ecuador

La garantía *non reformatio in peius*, no es una concepción nueva dentro del ordenamiento jurídico, al contrario, en el Derecho Romano ya se hizo referencia *al non reformatio in peius*, al respecto Ulpiano anunció que “(...) es ilícito en ocasiones reformar empeorando

las sentencias bien pronunciadas-prohibición de pronunciar una nueva sentencia más desfavorable sobre el mismo objeto” (Guevara Elizalde, 2017, p. 241), así que la aplicación de esta garantía ha transcurrido a través de la evolución de los principios del derecho penal. Existen países tales como Colombia, Cuba, Chile, España, que lo tienen incorporado en su sistema penal para una correcta aplicación del debido proceso.

Por otro lado, en 1979, ya se indicaba acerca de la competencia que tenían los jueces de segunda instancia acerca de los recursos interpuestos por los procesados que buscaban que la sentencia de primera instancia sea menor y favorable a su estado, al respecto Robert Guevara citando a Víctor Llore (2017), manifiesta que al otorgar competencia a los jueces *ad quem* para la decisión referente a una pena, este no debe agravar la situación de la persona que recurre; siendo que cuando el reclamo no ha sido interpuesto por la otra parte procesal provoca la indefensión de la inconformidad con incertidumbre de que su pena se vea agravada (p. 241).

El Ecuador, en el año 1981 ya se hace referencia al *non reformatio in peius*, esto es en la Gaceta Judicial (1981) donde refiere al caso Vicente Cantos Escobar por muerte de Jorge Flores Quiñonez, indicando que:

El principio doctrinario de la *reformatio in peius* se inspira en la razonable aspiración del Derecho penal de no agravar la suerte del reo elevando la pena que le ha sido impuesta en la sentencia recurrida. Es obvio que el encausado que interpone recurso de apelación o de tercera instancia, pretende la rebaja de la pena, siempre, claro está, que la causa no haya subido al juez *ad-quem* por consulta, además del recurso del sentenciado, porque en este caso- el de la consulta – la competencia del Superior no tiene restricción alguna. (pág. 10)

Respecto a esto, la legislación penal indica que esto se aplicaría en el caso que no haya tenido conocimiento el juez *ad - quem*, para entender este precepto, se debe definir qué significa *ad – quem*, por lo que el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (2023) indica que es el “Juez o tribunal superior ante el que se recurre” entonces se entendería, que se aplicaría la garantía cuando el Juez de Segunda Instancia no conozca la apelación, ya que a su vez indica que el Juez Superior – ahora segunda instancia – no tiene restricciones.

Es algo curioso que el caso Vicente Cantos Escobar por muerte de Jorge Flores Quiñonez, se haya fundamentado de esta manera, por cuanto del mismo fallo se indica que únicamente la garantía se aplicaría cuando:

En síntesis, la naturaleza de la acción penal pública que, en esencia, persigue identificar con absoluta certeza el delito cometido con el propósito de reprimirlo con la pena que la ley prevé, no puede acoger el principio de la “*reformatio in*

pejus”, es decir el no agravar la pena del recurrente, sino cuando la determinación del tipo penal es correcta, según las pruebas del proceso, pues de lo contrario toca al Superior, encasillar con acierto la infracción e imponer la punición pertinente, sin prescindencia de un principio doctrinario que no puede atentar contra los más altos fines de la Función Jurisdiccional aspecto de tanta trascendencia con es de la represión del delito, en base de su precisa e indubitable identificación. Lo contrario equivaldría a sancionar el yerro judicial en materia de trata gravedad como lo penal, proclamándolo como intangible y a sostener que el Superior no puede agravar la pena, aunque el recurrente merezca una sanción mayor por tratarse de un delito más grave, lo cual es lógica jurídicamente inadmisibile. (p. 226)

Por consiguiente el fallo judicial, indica que el Superior si podía agravar el fallo de primera instancia, cuando se le haya formulado mal el delito al procesado, en este caso por errónea formulación de cargos de fiscalía, lo que claramente se evidencia que existía una grave vulneración de derechos del procesado, por cuanto fiscalía es la dueña de la acción penal, y quien acusa por determinado delito, lo que es inadmisibile, que al momento de que el procesado recurre a segunda instancia, se verifique que el delito imputado al procesado ha sido el erróneo y se pretenda agravar la pena.

En esta línea, aplicando el principio de *non reformatio in peius*, la solución sería que se sancione al dueño de la acción penal, lo que a criterio jurisdiccional es inadmisibile, entonces se recurre a agravar la pena. A pesar de que ya existían conflictos respecto a no agravar la pena del procesado, no hay registros que, en el cuerpo legal penal, se haya implementado este principio o se lo haya tratado, sino que únicamente como lo indica en el texto citado se lo seguía concibiendo como un principio doctrinario.

En el Ecuador, en la Constitución del Ecuador (1998) se encontraba regulado el debido proceso:

Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia: 17. 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. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley. (art. 24.7)

Antes de la vigencia de la nueva Constitución del Ecuador de 2008, no existía una regulación establecida respecto a la garantía del debido proceso y ni el derecho a la defensa de la víctima y de la persona procesada, de esta manera se mantiene una referencia respecto al derecho a recurrir. De igual manera en el Código de Procedimiento Penal

(2000) más adelante CPP, en el libro primero respecto a los principios fundamentales, el debido proceso únicamente se trata en un artículo innumerado, refiriéndose a que:

Se aplicarán las normas que garanticen el debido proceso en todas las etapas o fases hasta la culminación del trámite; y se respetarán los principios de presunción de inocencia, inmediación, contradicción, derecho a la defensa, igualdad de oportunidades de las partes procesales, imparcialidad del juzgador y fundamentación de los fallos (innumerado).

Por consiguiente, hay que exponer que a lo largo de todo el cuerpo legal antes referido no existe un principio respecto a la favorabilidad al reo, ni un pronunciamiento de la *non reformatio in peius*. A medida de la evolución del reconocimiento de los derechos y entre ellos Ecuador se ha convertido en un país que reconoce derechos y que se proclama garantista de los mismos en conjunto con los tratados internacionales.

Sin embargo, si se hace una extensiva búsqueda respecto a los principios dentro del proceso penal, el Código de Procedimiento Penal, en el libro primero que refiere a los principios fundamentales se refiere a varios principios, pero ninguno refiere de la garantía a recurrir o del principio de favorabilidad del reo.

Definiciones de non reformatio in peius

El *non reformatio in peius*, se encuentra establecida en algunas legislaciones como garantía y en otras como principio, pues es la limitación al poder que tiene el juez *ad quem* de tomar decisiones respecto al agravio que ejerce en la pena del procesado, la misma que esta impuesta por un juez de primera instancia, por tanto, el límite aplicaría cuando el procesado es el único que ejerce su derecho a recurrir por la inconformidad de su pena.

Por otro lado, Cancino (1995) afirma que:

Este principio se deriva de la máxima *tantum devoltum appellatum*; y que constituye un límite para las competencias del juez superior, de modo que la manifestación de voluntad concreta del impugnante constituye la frontera de la competencia del tribunal porque se piensa que, en materia de recursos, rige el principio acusatorio, esto es, un principio análogo al que, en materia procesal civil se conoce con el nombre de dispositivo, como derivado de la autonomía de la voluntad. (p. 320)

Al respecto la Corte Constitucional (2020), en la Sentencia N° 995-12- EP /20, 2020, parr. 40, a lo largo del análisis indica que este principio tiene como resultado no modificar la sentencia desfavorable para el recurrente, cuando únicamente éste haya apelado.

El alcance doctrinario del principio ha abarcado un sin número de atención de diferentes autores y tratadistas del derecho procesal penal es así como, Echeverry & Oñate (2016) definen al principio como “*la non reformatio in peius* es un principio constitucional y una garantía procesal que limita la capacidad decisoria del juez superior, prohibiendo agravar la situación del procesado que ha apelado la sentencia o parte de ella como apelante único” (p. 3).

Análisis de la sentencia de la Corte Constitucional No. 995-12-EP/20 - Caso No. 995-12-EP

La sentencia de la Corte Constitucional (2020), analiza un recurso por una presunta vulneración del derecho procesal penal, dentro del caso del incendio de la discoteca “Factory” en la ciudad de Quito. Lo que se pretende es analizar si al haberse invocado el principio *non reformatio in peius*, fue el adecuado.

Antecedentes del caso

En abril del año 2008, cuando se desarrollaba un concierto de música género rock en una discoteca de nombre “Factory” en la ciudad de Quito, se produjo un incendio, como saldo de este fallecieron 19 personas.

De las 13 personas, a las cuales se les inició un proceso penal, únicamente a dos personas de nombres Margarita Patricia Cajo Godoy, organizadora del evento y Gabriel Riera Izurieta, hermano de uno de los músicos que tocaba esa noche, sobre las otras 11 personas se dictó sobreseimiento.

En noviembre de 2009, el Tribunal de Garantías Penales de Pichincha declaró la culpabilidad de los prenombrados; por el delito de homicidio inintencional, dictando una sentencia de pena privativa de libertad de 2 meses, por cuanto se aplicaron atenuantes.

Luego de haberse notificado con la sentencia de la Corte Constitucional (2020), indica que:

Tanto los señores Gabriel Arturo Riera Izurieta y Margarita Patricia Cajo Godoy - de forma individual - así como por el Fiscal General del Estado junto con el fiscal de la Unidad de Audiencias de la Fiscalía de Pichincha interpusieron sendos recursos de casación. Cabe señalar que la sentencia condenatoria de fecha 18 de noviembre de 2009 no era susceptible de recurso de apelación de acuerdo con el artículo 343 Código de Procedimiento Penal vigente a la época” (párr. 8)

De esta manera en el párrafo 23 de la sentencia 995 -12 – EP / 20, de la Corte Constitucional (2020):

Alegaciones de la accionante Margarita Patricia Cajo Godoy En su demanda, la accionante señala que la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, mediante la emisión de la sentencia de fecha 02 de abril de 2012. ha vulnerado el derecho al debido proceso en las garantías al *non reformatio in peius* y a la motivación, así como los derechos a la seguridad jurídica y a la tutela judicial efectiva de conformidad con los artículos 75, 76 numeral 7 literal 1, 77 numeral 14 y 82 de la Constitución.

Al respecto la parte accionante es clara en su pretensión por lo que solicita que la Acción Extraordinaria de Protección sea admitida y se revoque las decisiones de grados inferiores.

Los accionantes han sostenido que la sentencia impugnada ha vulnerado su derecho al debido proceso al inobservar el principio *non reformatio in peius*, pues consideran que los jueces de Sala debieron declarar sentencia absolutoria o en su defecto ratificar la sentencia de primera instancia, pero no reformar peyorativamente su situación, imponiéndoles una pena desproporcionada. En segundo lugar, alegan que se vulnera su derecho al debido proceso en la garantía a la motivación, debido a que la resolución mencionada carece de explicación alguna que fundamente la reforma de su pena, de dos meses a dos años (Sentencia N° 995-12- EP /20, 2020, párr. 24) (Corte Constitucional, 2020):

Por lo que al referirse a la garantía del *non reformatio in peius*, que se correlacionaría con la imposibilidad del juez de segunda instancia de reformar la sentencia del Tribunal de Garantías Penales, de forma peyorativa. Por cuanto esto le limita al juez de instancia superior, extralimitarse respecto a la petición del recurrente, cuando no es el único apelante, de esta manera se expresa que:

Los accionantes alegan que la sentencia del 02 de abril de 2012 vulnera la garantía constitucional del *non reformatio in peius*, debido a que la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia en su parte resolutive "agrava la pena impuesta y me sentencia a la pena de dos años de prisión correccional". Empero, los legitimados activos no han reparado en que se encuentran incurso en la excepción a la regla de la prohibición de la reforma peyorativa de la sentencia, puesto que tanto los acusados como el fiscal General del Estado junto con el fiscal de la Unidad de Audiencias de la Fiscalía de Pichincha interpusieron el recurso de casación, (...) a reformar la pena de los accionantes (párr. 39).

Al respecto el análisis que hace la Corte Constitucional, de los recursos presentados por los recurrentes, es que no se está vulnerando el principio, por cuanto dentro quienes recurren son: fiscalía y procesados, es por ello por lo que indica que se aplica al caso el artículo 77 numeral 14 de la Corte Constitucional.

Análisis de la Sentencia de la Corte Constitucional No. 768-15-EP/20 (reformatio in peius) CASO No. 768-15-EP

El caso N° 768 – 15- EP, trata del análisis del recurso de casación mediante una acción extraordinaria de protección ante la Corte Nacional de Justicia por vulnerar el principio de *non reformatio in peius*.

Antecedentes del caso

Es imprescindible conocer acerca de los hechos que generaron que el caso llegue a la Corte Constitucional para que se genere la sentencia, siendo estos:

El 30 de septiembre de 2013, el Tribunal Octavo de Garantías Penales de Pichincha, por decisión de mayoría, ratificó el estado de inocencia de Carlos Rolando Freire Cevallos, en el marco del proceso penal por el delito de abuso de confianza previsto en el anterior Código Penal. La Fiscalía y la acusación particular interpusieron recurso de apelación (...) El procesado y la acusación particular interpusieron recurso de casación. El 7 de abril de 2015, la Sala de lo Penal, Penal Policial, Penal Militar y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia (“Corte Nacional”) declaró improcedente el recurso de casación planteado por el procesado y aceptó parcialmente el recurso de casación planteado por la acusación particular. Casó parcialmente la sentencia subida en grado e impuso pena privativa de libertad de un año. (párr. 1,2,3,4)

Cuando la apelación es presentada por únicamente por el procesado se debe tener en cuenta que:

El sentido de esta prohibición se sustenta, además, en la inviolabilidad de la defensa. Por un lado, los argumentos de la acusación fiscal permiten la defensa; si no hay acusación o recurso por parte de la Fiscalía, entonces el procesado no tiene que contradecir u oponerse a lo que no existe. Una actuación de oficio por parte del órgano juzgador –salvo las expresamente previstas en la ley– impediría el ejercicio del derecho a la defensa y, por esta razón, es contraria al sistema adversarial acusatorio. Por otro lado, si una persona procesada plantea un recurso para mejorar su situación jurídica y tendría la posibilidad de que se le agrave la pena de oficio, se inhibiría el uso de recursos judiciales y, a través de ellos, de las facultades correctivas del sistema procesal. De ahí la máxima: “no se puede cortar la mano a quien pide clemencia. (párr. 19)

Es importante conocer y saber que los derechos del debido proceso se encuentran establecidos para todas las personas sin excepción alguna es por ello por lo que:

Las personas tienen cuatro derechos específicos cuando son víctimas: verdad, justicia, reparación y no revictimización. La verdad y la justicia se logran con una sentencia judicial en la que se haya demostrado los hechos violatorios a los derechos; la reparación integral se logra con las medidas adecuadas al daño sufrido por la violación de los derechos o el delito; la no revictimización se logra, entre medidas, con la prohibición de que la persona pueda volver a experimentar la vivencia o las consecuencias del delito o la violación de derechos (párr. 23).

Luego del análisis que hace la Corte Constitucional, toma la siguiente decisión, teniendo en cuenta que existe un voto salvado de uno de los miembros del tribunal y se determina lo siguiente:

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. Aceptar la acción extraordinaria de protección planteada por Carlos Rolando Freire Cevallos y declarar que la sentencia dictada el 7 de abril de 2015 por la Sala de lo Penal, Penal Policial, Penal Militar y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia vulneró la garantía consagrada en el artículo 77 (14) de la Constitución.
2. Disponer, como medidas de reparación:
 - a. Dejar sin efecto la sentencia dictada el 7 de abril de 2015 por la Sala de lo Penal, Penal Policial, Penal Militar y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.
 - b. Retrotraer el proceso hasta el momento anterior a la emisión de la decisión judicial impugnada c. Previo sorteo, otros jueces deberán emitir la decisión judicial que corresponda.
3. Declarar que la norma contenida en el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 328 del mismo cuerpo legal, es constitucional, siempre y cuando se realice la interpretación conforme lo dispuesto en el párrafo 47 de esta sentencia. (p. 10)

Lo que se evidencia en esta sentencia, es que existió la vulneración al debido proceso, al empeorar la situación del recurrente de forma peyorativa, aun sabiendo que la ley limita la jurisdicción extrapetita al juez, se dan casos y llegan a la Corte Constitucional, dejando en evidencia que el debido proceso es susceptible a vulneración cuando se emiten sentencias peyorativas.

Principio de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva en la apelación

El Ecuador en su ordenamiento jurídico, se ha asegurado que se regule cada uno de los preceptos, garantías y principios jurídicos, especialmente al establecer las atribuciones de las diferentes instituciones de estado que se encargan de velar por la no vulneración de debido proceso, es así como en un primer apartado de la Constitución del Ecuador, la Asamblea General Constituyente (2008) refiere a:

El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución (...) El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. (art. 11.9)

Evidentemente indica que el estado ecuatoriano es responsable de que todo lo que se encuentra establecido en cuerpo normativo ibidem. En este mismo contexto el derecho al acceso a la administración de justicia esta se encuentra determinada por algunos principios, refiriendo que “la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución” (Asamblea General Constituyente, 2008, art. 167).

Cada garantía o principio debe ser aplicado de manera obligatoria en casa proceso judicial, en lo que compete es al sistema procesal penal, y para ello se debe entender en que consiste el sistema procesal penal, siendo que se encuentra establecido que “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”. (Asamblea General Constituyente, 2008, art. 169)

El debido proceso es una garantía fundamental dentro del sistema procesal para ello Corral (2014, citado por Aguirre Guzmán, 2010) indica que:

El debido proceso es una garantía de protección de todo individuo, se encuentran reconocido por la Constitución, para prevenir el exceso de autoridad hacia las personas que serán sometidas a un proceso penal para que puedan ejercer su derecho en total libertad, con sujeción al justo, imparcial, transparente y sobre todo con dignidad humana. (p. 4)

No hay que perder el origen del debido proceso, por cuanto este es:

De origen anglosajón (“*due process of law*”) 38, que se encuentra formulado por escrito por primera ocasión en el capítulo XXXIX (39) de la Carta Magna de

Inglaterra del año 1215, allí se dispone “ningún hombre libre podrá ser arrestado o detenido o preso, o desposeído de su propiedad, o de ninguna otra forma molestado, y no iremos en su busca, ni mandaremos prenderlo, salvo en virtud de enjuiciamiento legal de sus pares y por la ley de la tierra”. Esta declaración alimentada por los barones normandos pretendía frenar los abusos del Rey Juan Sin Tierra, imponiéndole reglas de juego limpio, castigando la arbitrariedad política y sometiendo al proceso las extralimitaciones. Esta conquista se mantiene desde entonces en el “*common law*” británico (Pasquel, 2005, p. 63)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (1969) establece como garantías judiciales aplicables a todas las personas las siguientes:

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. (art. 8.2.h)

Es importante establecer que el nuevo sistema penal ecuatoriano es el dispositivo, pues el sistema inquisitivo, se ha quedado en el olvido, siendo que para su cumplimiento se establecen garantías y principios para poder establecer la ejecución de estos dentro de la administración de justicia, conllevando a que los jueces tomen una decisión imparcial garantizando la igualdad tanto de los derechos de la víctima y del procesado.

Si bien es cierto, se tiene regulado el derecho al debido proceso en la teoría como se dice el papel soporta todo, pero en realidad cuando el derecho se convierte en práctica se divisa un sin número de vulneraciones a este proceso establecido, es por ello por lo que este derecho en otras legislaciones latinoamericanas se lo concibe como que:

La consagración del debido proceso tiende a luchar contra los abusos de autoridad y los tratos injustos y de esta manera se convierte en un pilar de la estructura procesal de un ordenamiento jurídico, ya que este concepto contiene las reglas de juego mínimas que deben tener absoluta observancia al interior de un proceso. (Gómez, 2015, p. 3)

De la misma manera la doctrina refiere a la tutela judicial como el derecho que requiere una respuesta fundada por parte del Estado acerca de determinada pretensión reclamada mediante una demanda (Aguirre, 2010, p. 4).

Por otro lado, existe el derecho fundamental aplicado del debido proceso y es momento de hacer mención del derecho a la seguridad jurídica, para ello la CRE (2008) establece que “la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (art. 82).

En la aplicación de la reforma no peyorativa, los jueces de segunda instancia, deben observar a raja tabla el no empeorar la situación del procesado cuando únicamente es quien recurre, el análisis que se debe hacer es que el juez pone como punto primordial cumplir con la legalidad, darle justicia y tranquilidad sobre limitándose y vulnerando el derecho a la seguridad jurídica del procesado, entonces no solo el debido proceso ha sido vulnerado, se encuentra en tela de juicio los derechos de otra persona, que inconforme con la sentencia de primer nivel recurre únicamente en la pena impuesta por el Tribunal de Garantías Penales, pero se sujeta a la incertidumbre de que su situación cambie.

Aplicación de la garantía non reformatio como derecho del procesado en otros países

Entre algunos países latinoamericanos que dentro de su sistema judicial tiene positivado el principio del *non reformatio in pejus* es así, que se encuentra:

(...) consagrado en el artículo 31 de la Constitución Política de 1991, con calidad de garantía procesal, según lo establecido en la Ley 906 del 2004, que conforma el debido proceso constitucional, pues garantiza el acceso a la justicia, a la doble instancia, y el respeto por las formas y procedimientos propios de cada juicio sin alterar los contenidos de las sentencias en perjuicio del apelante único (Echeverry & Oñate, 2016, p. 4).

Es importante establecer cuál ha sido el progreso legislativo dentro del sistema colombiano, partiendo de la aplicación de este principio, se encuentran con un paso delante, tanto así que en la Constitución Política (Senado de la República de Colombia, 1991) se establece que “Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único” (art. 31).

Posterior, en los siguientes años, específicamente se crea en el Ecuador el Código de Procedimiento Penal (Senado Colombiano, 2004) y se establece la aplicación del principio en segunda instancia, advirtiendo que “ las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este código, serán susceptibles del recurso de apelación” (art. 20).

De esta manera se evidencia que en el sistema procesal penal colombiano se encuentra positivado y no únicamente establecido en la Constitución Colombiana, sino que además en la ley especial penal esto es, con el recurso de casación que dispone “cuando se trate de sentencia condenatoria no se podrá agravar la pena impuesta, salvo que el fiscal, el Ministerio Público, la víctima o su representante, cuando tuviere interés, la hubieren demandado” (Senado de la República de Colombia, 2004, art. 188).

Con lo anterior se puede colegir claramente que, si se hace una comparación con la legislación ecuatoriana, aun se tiene mucho que desear, por cuanto ya desde el año 2001 Colombia tenía claro la regulación de un principio y garantía constitucional de carácter indispensable dentro del sistema procesal penal, con ello pone límites a los jueces para que se pronuncien de una sentencia de primer grado cuando el único recurrente sea el procesado por tanto siete años de diferencia se tardó en haber implementado una constitución en el año 2008.

Sin embargo, la Función Legislativa, no reguló aun una garantía constitucional respectiva a la no vulneración del debido proceso en segunda instancia por el derecho a recurrir del procesado, no existe duda alguna que el Ecuador se está quedando obsoleto en aplicación y positivación de principios, tanto en la CRE y COIP necesitan una reforma urgente. Ecuador a pesar de rezar en la CRE que es un país de derechos, pues la teoría se diferencia de la realidad práctica, pero si se ahonda en cada uno de los principios y figuras jurídicas se evidencian los vacíos legales, en este caso en particular.

Si bien es cierto, se encuentra establecido dentro de los cuerpos normativos “la prohibición de empeorar la situación del procesado” pero no hace referencia a que cuando él sea el único recurrente se garantizará el derecho a no ser perjudicado en el proceso de segunda instancia donde un tribunal decide si se mantiene o por el hecho de ejercer un derecho se verá afectado.

Incluso la Corte Constitucional Colombiana, ha tratado reiteradas veces en sus sentencias algunos casos respecto a la aplicación del principio, al respecto en la Sentencia 591 / 05 (Corte Constitucional de Colombia, 2005) se concluye:

La Corte ha considerado que la prohibición de la *reformatio in pejus* (i) va más allá del ámbito estrictamente penal; (ii) su finalidad es aquella de asegurar el ejercicio del derecho de defensa del apelante único; (iii) es una manifestación del principio de congruencia de los fallos y constituye un límite a la competencia del *ad quem*; (iv) el término “pena” abarca cualquier sanción; (v) en algunos casos, el vocablo “condenado” ha cobijado la “situación del apelante único”, y en otros, ha aclarado que el mismo debe entenderse como el sujeto procesal integrado por todos los acusados o sus defensores debidamente reconocidos, sin importar su número; y (vi) a efectos de comprender el alcance del término “apelante único” es necesario tener en cuenta el interés que tengan los sujetos procesales para recurrir y la situación jurídica en que se encuentren los apelantes, siendo indispensable distinguir entre la impugnación a favor y en contra del condenado (Corte Constitucional de Colombia, 2005).

Al respecto es importante realizar un análisis exhaustivo al ordenamiento jurídico colombiano, por cuanto de él se desprende que la garantía de la *non reformatio in pejus*,

está constituida como limitante al rol del juez *ad quem*, consintiendo que el procesado o acusado recurra para que ejerza sus derechos de recurrir y derecho a la defensa, en igualdad de condiciones que la víctima.

Análisis del art 77.14 de la Constitución de Ecuador relacionado con el art 5.7 del Código Orgánico Integral Penal respecto al derecho a recurrir

La frase que ronda en la cabeza y que está relacionado con el principio de favorabilidad al reo es la de no empeorar la situación del procesado. Como siempre esto constituye una utopía aún, de manera que falta en la teoría aplicarlo, se tiene en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, regulado este principio tanto en la norma suprema como en la ley orgánica que regula el derecho procesal penal y que se encuentra plasmado a continuación:

Tabla 1

Principio de no agravio

Principio de no agravio	
No empeorar la situación del procesado en la legislación ecuatoriana	Código Orgánico Integral Penal: Art. 5.7 Prohibición de empeorar la situación del procesado: al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona procesada cuando esta sea la única recurrente Constitución del Ecuador: Art 77.14 Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre

El derecho a recurrir de cualquiera de los individuos involucrados o siendo partes procesales dentro de un proceso es un derecho constitucional. Este derecho nace de la inconformidad total o parcial de una o de las dos partes procesales, en el caso penal; se debe tener claro que los sujetos procesales, que según la Asamblea General Constituyente (2008) en el Código Orgánico Integral Penal establece que son “(...) 1. La persona procesada 2. La víctima 3. La Fiscalía 4. La Defensa” (art. 439).

En el caso concerniente, se tiene que hacer referencia a la persona procesada, aquella que es la denunciada y que luego de una investigación previa se le formuló cargos sobre determinado tipo penal, se lo ha declarado responsable de haber cometido el injusto penal por ello recibe una sanción conforme a la Ley Orgánica. La Asamblea General Constituyente (2008) en el Código Orgánico Integral Penal la define como “a la persona natural o jurídica, contra la cual, la o el fiscal formule cargos” (art. 400).

Como lo indica, el procesado tiene que ejercer todos sus derechos reconocidos en la Constitución del Ecuador de la Asamblea General Constituyente (2008) respecto al

derecho a la defensa se indica que es un derecho “Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos” (art. 76.7.m).

Todos estos principios se encuentran positivados dentro de la Constitución, sin embargo, en ninguna parte se encuentra establecida la garantía o el principio del *non reformatio in peius*, igualmente en toda la lista de principios rectores del proceso penal no se encuentra establecido, es por ello se ha convertido en la finalidad de solicitar una reforma al art 5 del Código Orgánico Integral Penal.

Metodología

El presente trabajo de investigación se basó en el enfoque cualitativo, esto por cuanto Hernández (2010) indica que en este método se “Utiliza la recolección de datos sin medición numérica para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación” (p. 49), que se llevó a efecto con la utilización de la respectiva jurisprudencia, doctrina, artículos, publicaciones, sentencias de la Corte Constitucional Ecuatoriana y Corte Colombiana, respecto a la apelación y recurso de amparo respectivamente; por cuanto permitió desarrollar la presente investigación de una manera eficiente para que el *non reformatio in peius* sea incluido dentro del COIP, dejando expuesto el problema del vacío legal dentro del ordenamiento jurídico Ecuatoriano.

El nivel de profundidad aplicado fue el descriptivo – explicativo, esto en referencia a lo indicado por Guevara et al. (2020) respecto a que la:

Investigación descriptiva tiene como objetivo describir algunas características fundamentales de conjuntos homogéneos de fenómenos, utilizando criterios sistemáticos que permiten establecer la estructura o el comportamiento de los fenómenos en estudio, proporcionando información sistemática y comparable con la de otras fuentes. (p. 1)

Por cuanto el análisis de la garantía *no reformatio in peius* se desarrolló de los fenómenos, jurisprudencia y leyes, con el cual se relacionó la vulneración de la garantía como causa y efecto, esto fue que, mediante un análisis de sentencias de otros países, tales como Colombia, España, Cuba y sentencias de la propia Corte Constitucional del Ecuador.

Los métodos que fueron aplicados en el presente trabajo de investigación fueron el analítico – sintético, histórico y dogmático: el primer método nos permitió la obtención de información, bases teóricas y metodologías doctrinarias, obteniendo la teoría y línea de la investigación de manera general y a su vez ayudó a sintetizar la información y permitió relacionarlo con la realidad jurídica de esta manera direccionó a la presente investigación; de igual forma se utilizó el método histórico; que refirió a la secuencia cronológica del objeto de la investigación dentro de la legislación ecuatoriana,

específicamente dentro del ámbito penal y por último se aplicó el método dogmático que permitió analizar el enfoque de la investigación a través de la utilización de las leyes generales y especiales, que nos llevó a identificar el vacío legal dentro del COIP y CRE, respecto a la garantía *non reformatio in peius*, que permitió definir la propuesta de introducción de esta garantía dentro del ordenamiento jurídico penal.

Dentro de la presente investigación fue necesario aplicar técnicas que permitieron tener una fuente de datos de calidad es por ello que la revisión de bibliografía referente a todas las instituciones jurídicas constitucionales y de derecho procesal penal de manera ordenada facultando conocer la realidad procesal respecto al tema de investigación a través del fichaje, permitió culminar esta investigación dejando expuesto el vacío legal que existe dentro del ordenamiento jurídico respecto al desarrollo del proceso penal, y la aplicación y no vulneración de los derechos al debido proceso en segunda instancia.

Discusión

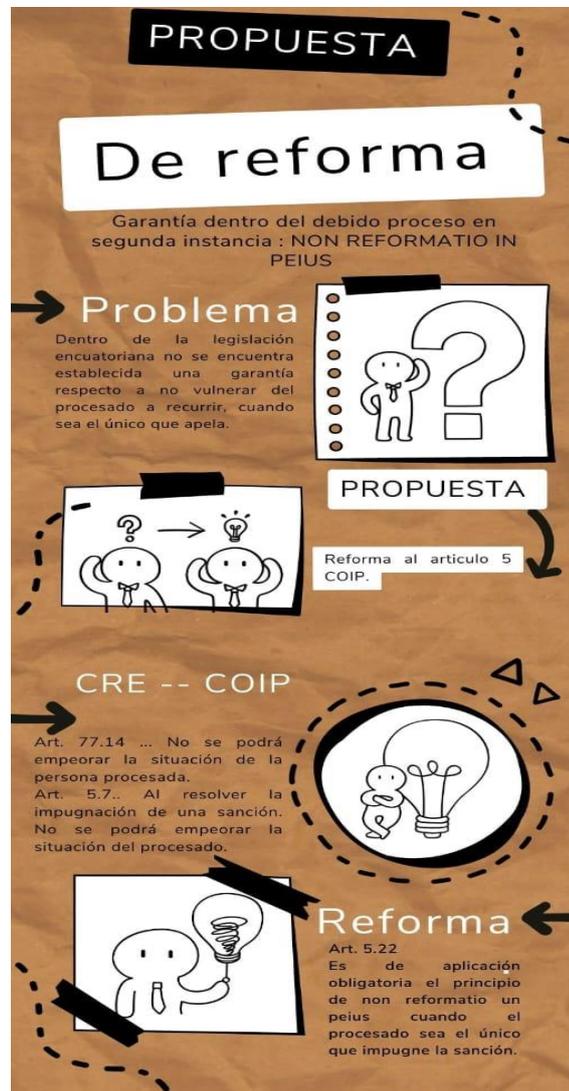
De la elaboración de la presente investigación, se ha vuelto imprescindible que dentro del ordenamiento jurídico se proponga introducir una reforma al art 5 del COIP, esto es la implementación de un veintidosavo numeral que contenga de manera explícita el principio del *non reformatio y pejus* dentro del proceso penal en segunda instancia. Es por ello por lo que, dada la problemática que ha surgido en el país, respecto a la vulneración del debido proceso ante las Salas Especializadas de lo Penal y Militar del país, respecto al derecho a recurrir como único el procesado, ocasionando que se resuelva en contra del recurrente, cuanto esta recurrencia ha sido unilateral, creando inestabilidad al derecho a la defensa y seguridad jurídica.

También se ha podido evidenciar que el Ecuador es un país, que se encuentra en el inicio de una legislación, cuando países cercanos y latinos, se encuentran regulando este principio desde los años noventa, la interrogante que surge, es ¿Por qué si, el Ecuador siendo un país de derechos y justicia social? se ha quedado atrás en el progreso de ser el garantista de derechos a todas las personas, siendo víctimas o procesados, por cuanto es deber del estado velar por asegurar y no vulnerar los derechos de las partes procesales dentro del sistema penal.

Al respecto la autora hace la siguiente propuesta, plasmada en un infograma:

Figura 1

Reforma al Art 5 del Código Orgánico Integral Penal



Conclusiones

- En el presente trabajo de investigación se ha analizado la regulación del principio y garantía constitucional del *non reformatio in peius*, por cuanto dentro de la CRE y el COIP únicamente se encuentra la “ prohibición de no empeorar la situación del procesado cuando es el único recurrente” es decir, que cuando fiscalía no apela la sentencia emitida por un Tribunal Penal, la ley le permite al Juez de la Sala Penal agravar la sentencia emitida en primer nivel, por cuando el procesado es el único recurrente, lo que vulnera el debido proceso.

- La extralimitación del juez de la Sala de lo Penal, ha perjudicado los derechos del procesado, cuando no se encuentra conforme con la sentencia inicial y se encuentra sujeto a que su pena sea agravada; con la investigación se ha evidenciado que, dentro del debido proceso ecuatoriano, se ha vulnerado el derecho del procesado y se ha agravado la pena del recurrente, es así que la Corte Constitucional del Ecuador ha tenido conocimiento de casos de falta de aplicación de la *non reformatio in peius*. Ha conllevado a que se analice jurisprudencia y doctrina con otros países, en especial con Colombia, porque a diferencia del ordenamiento jurídico ecuatoriano, el hermano país ha implementado el principio en mención en su Constitución del año 2001.
- La legislación ecuatoriana, tiene un vacío legal respecto al principio del *non reformatio in peius* ya que el mismo no se encuentra positivado, siendo indispensable tener que hacerlo, ya que como se indica en la Constitución, el Ecuador es un país garantista de derechos, y se cae en la contradicción de que se está vulnerando el derecho al debido proceso, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva.
- La presente investigación, ha conducido a la autora a proponer una reforma al artículo 5 del COIP, implementando el numeral veinte y dos, respecto a la obligatoriedad del *non reformatio in peius* como principio dentro del proceso penal en segunda instancia, lo que va a permitir poner límites a los Jueces de Segunda Instancia Penal cuando el único recurrente sea el procesado.

Conflicto de intereses

Los autores declaran que no existe conflicto de intereses en relación con el artículo presentado.

Referencias bibliográficas

- Aguirre, V. A. (2010). El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos. *Foro* (14), 39.
<https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/2976>
- Asamblea General Constituyente. (1998). Constitución del Ecuador. Quito.
https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1998.pdf
- Asamblea General Constituyente. (2008). Constitución del Ecuador. Montecristi: 449.
https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Cancino, A. J. (1995). El Derecho Procesal Penal y su realidad práctica. Bogotá: Guadalupe. <https://biblioteca.unimeta.edu.co/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=1662>

- Congreso Nacional Ecuador. (2000). Código de Procedimiento Penal.
<https://www.ministeriodegobierno.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/03/CODIGO-DE-PROCEDIMIENTO-PENAL-2000.pdf>
- Corte Constitucional. (2020, enero 22). Sentencia N° 995-12- EP /20.
<http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/fab0535-4e0e-4ef7-b442-0e5cd3864f3b/0995-12-EP-sen.pdf>
- Corte Constitucional de Colombia. (2005). Sistema Penal Acusatorio - Colombia.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-591-05.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1969, noviembre 22). Departamento de Derecho Internacional. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. (2023). Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. <https://dpej.rae.es/lema/non-reformatio-in-pejus#:~:text=Gral.,caso%20de%20no%20haberlo%20interpuesto.>
- Echeverry, Y., & Oñate, L. (2016). La prohibición de reforma peyorativa como principio y garantía constitucional. *Precedente*, 9, 3.
<https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/2427>
- Gómez, D. (2015). Principio constitucional de la no reforma en peor en el reglamento estudiantil de la Universidad de Antioquia frente al caso del segundo calificador. *Diálogos de derecho y política*. (18), 67.
<https://revistas.udea.edu.co/index.php/derypol/article/view/328217/20785142>
- Guevara Elizalde, R. (2017). El principio de la non reformatio in pejus en el derecho procesal del Ecuador. Una mirada histórica y una mirada actual. *Revista Lex*, 241. <https://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/1442>
- Guevara, P., Verdesoto, A., & Castro, N. (2020). Metodologías de investigación educativa (descriptivas, experimentales, participativas, y de investigación-acción). *Recimundo*.
<https://www.recimundo.com/index.php/es/article/download/860/1560?inline=1>
- Hernández, R. (2010). *Metodología de la investigación*. México.
<https://www.icmujeres.gob.mx/wp-content/uploads/2020/05/Sampieri.Met.Inv.pdf>
- Pasquel, A. Z. (2005). *Proceso Penal y Garantías Constitucionales*. Guayaquil: Corporación de Estudios y Publicaciones.

www.visionariodigital.org

<https://derechoecuador.com/images/Documentos/Proceso%20Penal%20y%20Garantias%20Constitucionales.pdf>

Senado Colombiano. (2004). Código de Procedimiento Penal Colombiano. Medellín.
https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20190708_03.pdf

Senado de la República de Colombia. (1991). Constitución Política de Colombia.
Colombia, Colombia.
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0219.pdf>



El artículo que se publica es de exclusiva responsabilidad de los autores y no necesariamente reflejan el pensamiento de la **Revista Visionario Digital**.



El artículo queda en propiedad de la revista y, por tanto, su publicación parcial y/o total en otro medio tiene que ser autorizado por el director de la **Revista Visionario Digital**.



Indexaciones

