



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Maestría en Derecho Penal Integral

Análisis de la constitucionalidad de la detención con fines investigativos en un Estado Constitucional de Derechos

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

Autor:

Rodrigo Olmedo Fajardo Campoverde

CI: 0103337630

Director:

Dr. Iván Patricio Saquicela Rodas

C.I. 0103571659

Cuenca - Ecuador

08/04/2019



RESUMEN

La presente investigación va dirigida al estudio de la constitucionalidad de la detención con fines investigativos dentro de un Estado Constitucional de Derechos, con el fin de determinar si existe vulneración de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador del 2008 y en instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

La figura de la detención con fines investigativos se encuentra regulada dentro de nuestra legislación como una medida cautelar, temporal, de carácter personal, mediante el cual una persona es privada de su libertad hasta por veinticuatro horas por ser sospechosa de haber cometido o participado en un ilícito de conocimiento de instancia oficial, con el fin de realizarle las investigaciones pertinentes.

El estudio se realizó en la modalidad cuali-cuantitativa con énfasis en lo cualitativo donde se utilizaron los métodos histórico-sociológico, analítico sintético y deductivo, para lo que se utilizó las técnicas de la entrevista a jueces de lo penal y encuestas a profesionales del derecho.

Los resultados de la investigación reflejan que existe vulneración de derechos fundamentales consagrados en la Constitución del Ecuador 2008 e instrumentos internacionales de Derechos Humanos y que la mayoría de los abogados litigantes y jueces penales de los Tribunales de la República de Ecuador encuestados, lo consideran así.

PALABRAS CLAVE: Constitucionalidad. Detención. Sospechosa. Vulneración. Derechos.



ABSTRACT

The present research work is aimed at studying the constitutionality of detention within a Constitutional State of Rights. The purpose is to determine if there is infringement of the fundamental rights recognized by the Constitution of the Republic of Ecuador of 2008 and in International Human rights instruments.

For research purposes, the figure of detention is regulated by the legislation as a precaution measure, that is temporary and of personal nature, in which a person is deprived of freedom for twenty four hours on suspicious of having committed or taken part in an illegal act that is know by the official body to conduct the research process.

The study was conducted using both qualitative and quantitative methods with emphasis on the qualitative one that employs the historical and sociological as well as the analytical-synthetic and deductive methods. Some Techniques include interviewing criminal judges and conducting surveys to legal professionals.

The research findings show that there is infringement of fundamental rights entrenched in the Constitution of Ecuador 2008 and International Human Rights Instruments, besides the majority of the litigation attorneys and criminal judges of the Tribunals of the Republic of Ecuador who were surveyed believe in it.

KEYWORDS: Constitutionality. Arrest. Suspect. Infringement. Rights.



ÍNDICE GENERAL

| | |
|---|----|
| RESUMEN..... | 2 |
| ABSTRACT..... | 3 |
| ÍNDICE GENERAL..... | 4 |
| ÍNDICE DE TABLAS..... | 6 |
| ÍNDICE DE GRÁFICOS..... | 7 |
| DEDICATORIA..... | 10 |
| AGRADECIMIENTO..... | 11 |
| INTRODUCCIÓN..... | 12 |
| CAPITULO I..... | 13 |
| MARCO TEÓRICO..... | 13 |
| EPÍGRAFE 1.- LA DETENCIÓN CON FINES INVESTIGATIVOS..... | 13 |
| 1.1 La Detención..... | 13 |
| 1.1.1. La Detención y Prisión..... | 29 |
| 1.1.2. Finalidad de la Detención..... | 30 |
| 1.1.3. La presunción de responsabilidad en la detención..... | 32 |
| 1.1.4. Lapso de Detención..... | 33 |
| 1.1.5. La motivación de la Detención..... | 35 |
| 1.1.6. La privación de la libertad con fines de investigación..... | 36 |
| 1.1.7. La Detención como medida cautelar..... | 37 |
| EPÍGRAFE 2.- EL DERECHO A LA LIBERTAD..... | 39 |
| 2.1. Definiciones y conceptos de Libertad..... | 39 |
| 2.2. Alcances del derecho a la Libertad..... | 42 |
| 2.2.1. El derecho a la integridad personal..... | 44 |
| 2.2.2. El derecho a la igualdad..... | 46 |
| 2.2.3. El derecho a la no discriminación..... | 47 |
| 2.2.4. El derecho a expresar y opinar libremente..... | 48 |
| 2.2.5. El derecho a practicar, conservar, cambiar, profesar en público o en privado, su religión o sus creencias..... | 50 |
| 2.2.6. El derecho a tomar decisiones sobre su orientación sexual..... | 52 |
| 2.2.7. El derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo..... | 54 |
| 2.2.8. El derecho a transitar libremente por el territorio nacional..... | 55 |
| 2.2.9. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva..... | 56 |
| 2.2.10. El derecho al honor y al buen nombre..... | 57 |



| | |
|--|-----|
| 2.2.11. El derecho a la intimidad personal y familiar | 59 |
| 2.2.12. El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual | 60 |
| 2.3. La detención como procedimiento que viola los derechos de libertad | 61 |
| EPÍGRAFE 3.- EL PRINCIPIO DE PRESUNCION DE INOCENCIA..... | 65 |
| 3.1 Definiciones y conceptos de Inocencia | 65 |
| 3.2. Clasificación de la presunción..... | 65 |
| 3.3. Importancia del principio de inocencia | 66 |
| 3.4. La presunción de inocencia y la presunción de peligrosidad | 68 |
| 3.5. La presunción de inocencia y la carga de la prueba | 69 |
| 3.6. La presunción de inocencia reglas y garantías | 71 |
| 3.7. Alcance del principio de presunción de inocencia | 73 |
| 3.8. La detención como procedimiento que viola el principio de inocencia | 75 |
| 3.9. Análisis según entidades internacionales | 77 |
| EPÍGRAFE 4.- LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA | 84 |
| 4.1 Generalidades | 84 |
| 4.2 La Tutela Judicial Efectiva como derecho fundamental del Estado Constitucional de Derechos y Justicia..... | 86 |
| 4.3 Tutela judicial efectiva y el debido proceso | 87 |
| 4.4 Importancia de la tutela judicial efectiva..... | 89 |
| 4.5. Sujetos de la tutela judicial efectiva | 90 |
| 4.6 La detención como procedimiento que viola a la tutela judicial efectiva..... | 90 |
| CAPÍTULO II | 97 |
| VALIDACIÓN Y/O EVALUACIÓN DE RESULTADOS DE SU APLICACIÓN | 97 |
| 2.1 Conclusiones y recomendaciones de la investigación..... | 116 |
| 2.1.1. Conclusiones | 116 |
| 2.1.2. Recomendaciones | 121 |
| REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA: | 123 |
| ANEXOS..... | 129 |



ÍNDICE DE TABLAS

| | |
|---|-----|
| Tabla 1. ¿Conoce usted que es la detención con fines investigativos?..... | 106 |
| Tabla 2. A su criterio, ¿la detención con fines investigativos cumple con la función de ser una medida cautelar? | 107 |
| Tabla 3. A su criterio, ¿es constitucional la detención con fines investigativos?..... | 108 |
| Tabla 4. ¿A su criterio, ¿cuáles de los siguientes derechos se vulneran al detener a una persona con fines investigativos? | 109 |
| Tabla 5. ¿Conoce o ha tenido en el ejercicio de su profesión casos en el que han detenido a un cliente con fines investigativos? | 110 |
| Tabla 6. ¿Cree usted que la detención con fines investigativos, los Jueces y Fiscales, lo aplican de manera correcta?..... | 111 |
| Tabla 7. De su experiencia profesional, ¿Los fiscales solicitan de manera fundamentada la medida de la detención con fines investigativos? | 112 |
| Tabla 8. De su experiencia profesional, ¿Los jueces al ordenar la detención con fines investigativos, lo conceden motivadamente? | 113 |
| Tabla 9. De su experiencia profesional, el juez al ser garantista de derechos ¿realiza un seguimiento para determinar si se cumplen con los fines al detener a una persona?..... | 114 |
| Tabla 10. ¿Considera Usted que debe derogarse la medida cautelar de la detención con fines investigativos del Código Orgánico Integral Penal para proteger de manera más efectiva los derechos y garantías de los ciudadanos? | 115 |



ÍNDICE DE GRÁFICOS

| | |
|---|-----|
| Gráfico 1. ¿Conoce usted que es la detención con fines investigativos? | 106 |
| Gráfico 2. A su criterio, ¿la detención con fines investigativos cumple con la función de ser una medida cautelar?..... | 107 |
| Gráfico 3. A su criterio, ¿es constitucional la detención con fines investigativos?..... | 108 |
| Gráfico 4. ¿A su criterio, ¿cuáles de los siguientes derechos se vulneran al detener a una persona con fines investigativos? | 109 |
| Gráfico 5. ¿Conoce o ha tenido en el ejercicio de su profesión casos en el que han detenido a un cliente con fines investigativos?gp..... | 110 |
| Gráfico 6. ¿Cree usted que la detención con fines investigativos, los Jueces y Fiscales, lo aplican de manera correcta?..... | 111 |
| Gráfico 7. De su experiencia profesional, ¿Los fiscales solicitan de manera fundamentada la medida de la detención con fines investigativos? | 112 |
| Gráfico 8. De su experiencia profesional, ¿Los jueces al ordenar la detención con fines investigativos, lo conceden motivadamente? | 113 |
| Gráfico 9. De su experiencia profesional, el juez al ser garantista de derechos ¿realiza un seguimiento para determinar si se cumplen con los fines al detener a una persona?..... | 114 |
| Gráfico 10. ¿Considera Usted que debe derogarse la medida cautelar de la detención con fines investigativos del Código Orgánico Integral Penal para proteger de manera más efectiva los derechos y garantías de los ciudadanos? | 115 |



Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio
Institucional

Rodrigo Olmedo Fajardo Campoverde, en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación "Análisis de la constitucionalidad de la detención con fines investigativos en un Estado Constitucional de Derechos", de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

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

Cuenca, 09 de abril del 2019

Rodrigo Olmedo Fajardo Campoverde

C.I: 0103337630



Cláusula de Propiedad Intelectual

Rodrigo Olmedo Fajardo Campoverde, autor del trabajo de titulación “Análisis de la constitucionalidad de la detención con fines investigativos en un Estado Constitucional de Derechos”, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor.

Cuenca, 09 de abril del 2019



Rodrigo Olmedo Fajardo Campoverde

C.I: 0103337630



DEDICATORIA

El presente trabajo lo dedico a mi amada madre por el amor y apoyo brindado incondicionalmente y por su gran ejemplo de lucha y trabajo, a mi padre por hacerme comprender la importancia de los estudios y por la confianza depositada en mí, hombre honesto, humilde, trabajador que sin duda parecerme a él y llevar sus nombres para mí es un honor, a mi gran familia, hijo, hermanos y sobrinos que me impulsan a seguir alcanzando mis sueños.

A la Pacha Mama que me lo ha dado todo, revelación del Dios creador.

RODRIGO OLMEDO FAJARDO CAMPOVERDE

C.C. 010333763-0



AGRADECIMIENTO

A la Universidad de Cuenca, que me brindó el apoyo para cursar estos estudios y concluir satisfactoriamente la presente investigación.

A los profesores de la maestría, por contribuir con sus aportes e ideas al enriquecimiento de mi formación profesional.

Al Dr. Iván Saquicela Rodas, mi lector incansable, por su apoyo incondicional para la comunicación clara de las ideas.

Al Dr. Teodoro Verdugo, inspirador de esta investigación.

Muchas gracias a todas y todos.

RODRIGO OLMEDO FAJARDO CAMPOVERDE

C.C. 010333763-0



INTRODUCCIÓN

Conforme la Constitución del 2008, el Ecuador se declara un Estado constitucional de derechos y justicia, cuyo deber fundamental es garantizar a todas las personas el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, por lo que analizaremos a la medida cautelar de la detención con fines investigativos regulada en el Art. 530 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal, con el fin de determinar si este procedimiento vulnera derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales, pues la detención de personas inocentes es considerada como una pena anticipada del investigado, constituyendo un rezago de gobiernos autoritarios y dictatoriales, en donde se presumía la peligrosidad de las personas y estas debían probar su inocencia.

El día 7 de mayo del año 2011, mediante consulta popular se introduce dos reformas importantes en la Constitución del Ecuador 2008: la primera al Art. 77.1, en donde la detención pasa de ser de última ratio a no ser la regla general; y la segunda reforma se realiza en el Artículo 77, numeral 11, donde se elimina el carácter de prioritario a las otras medidas cautelares en relación a la privación de la libertad, es decir que, el Juez competente aplicará en forma preferente medidas cautelares no privativas de la libertad, pero que conforme al Artículo reformado 77, numeral 1 de la Constitución del Ecuador 2008, el Juez podría de igual manera ordenar la detención de un sospechosos con fines de investigarle, produciéndose la regresión de derechos.



CAPITULO I

MARCO TEÓRICO

EPÍGRAFE 1.- LA DETENCIÓN CON FINES INVESTIGATIVOS

1.1 La Detención

La Constitución de la República del Ecuador actual entró en vigencia desde el 20 de octubre del año 2008, fecha en la cual se publicó en el Registro Oficial 449, marcando así historia en el neo constitucionalismo de nuestra región conjuntamente con la constitución de Bolivia.

El Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) reza “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia...” (art.1) calificativo que no tiene ningún otro país de la región, ya que por ejemplo la Constitución de Bolivia se declara un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario; Venezuela, como un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia; Colombia, un Estado Social de Derecho y la República del Perú es Democrática, Social, Independiente y Soberana.

El Ecuador con la promulgación de la Constitución de Montecristi 2008, pasa de ser un Estado de Derecho o un Estado Legal de Derecho a un Estado Constitucional de Derechos. En el primero modelo de Estado las personas e instituciones públicas y privadas, inclusive el propio Estado, están sometidas a leyes que se promulgan públicamente; mientras que en el segundo la Carta Magna es la que establece el contenido de la Ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura del poder, sobreponiendo ante toda ley los derechos fundamentales de las personas.

Con la vigencia de la Constitución de la República del 2008, el Ecuador da un cambio novedoso en la tradicional división de poderes al Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Electoral y Transparencia y Control Social.



La Función del poder de Transparencia y Control Social fiscaliza el poder público y es ejercido por el pueblo mediante el derecho de participación. Está formado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las Superintendencias (Constitución del Ecuador 2008, art. 204).

La Función Electoral cumple con la obligación de hacer viable el sufragio de las y los ecuatorianos; también le corresponde la organización política. (Constitución del Ecuador 2008, art. 217)

Para el tratadista Eduardo Argudo (2014) el Estado constitucional de derechos es “...un espacio social de construcción, ya no solamente jurídico y político, sino holístico, abarca todas las posibilidades por donde el porvenir debe permitir a ser y su entorno, dentro del marco de la existencia plena y reconocida de sus derechos”,(pág. 67) siendo el ser humano el principal recurso del Estado y cimiento para la construcción de un Estado democrático que reconoce la pluralidad jurídica.

En el Estado Constitucional se cumple el principio de Supremacía Constitucional, siendo la Carta Magna la norma de normas y va a legitimar las mismas “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 424)

La Supremacía Constitucional se refiere a la constitucionalización material y no al formal, pues los operadores de justicia deben aplicar los principios y derechos fundamentales más allá de las normas positivas.

Para que exista un Estado constitucional como manifiesta la doctrinaria Paloma Biglino (2018) debe existir:



...la división de poderes y el reconocimiento de derechos fundamentales. La primera arranca que la concentración de poder en unas solas manos genera el riesgo de despotismo, por lo que el poder del Estado se divide en funciones y cada función se atribuye a un órgano. Mediante el segundo, y siempre en línea con lo afirmado por las teorías del contrato social, se reconoce que existen derechos que son inherentes a la condición humana y, por tanto, anteriores al propio Estado, derechos que constituyen el fundamento y la finalidad del propio poder. (pág. 27)

Para la existencia de un Estado constitucional según la autora Remedio Sánchez (2009) requiere del cumplimiento de al menos dos exigencias mínimas:

En la base, y como punto de partida que debe seguir respetándose en todo momento, se requiere el pluralismo y, siempre, al final de cada proceso, la responsabilidad como garantía de la igualdad y de la libertad así como del normal funcionamiento de las instituciones (no cabe en el Estado Constitucional el acto inmune, irresponsable, que diera lugar a desigualdad y privilegios cuando no al abuso del poder). (pág. 172)

Hay autores que coinciden que en la construcción de un Estado Constitucional es necesario y el punto de partida el reconocimiento de derechos fundamentales, como el tratadista Peter Haberle (1997) postula a los derechos fundamentales como:

...principios de ordenamiento constitucional; lo cual supone que gozan de un doble carácter: individual e institucional, es decir como la realización de derechos subjetivos-objetivos; rompiendo así con el dualismo liberal de enfrentar al hombre con el Estado o, el maniqueísmo autoritario de someter la libertad a la autoridad. (pág. 13)

Conforme hace alusión Ricardo Guastini (s.f.) citado por (Hurtado, 2018) las características estructurales de un Estado Constitucional, son la existencia de una Constitución rígida, garantía jurisdiccional de la Constitución, la aplicación directa de la Constitución, fuerza vinculante de la Constitución, la sobreinterpretación de la Constitución,



la interpretación conforme a la Constitución, la influencia de la Constitución en el debate político, y la circularidad e integración normativa.

La rigidez de una constitución se refiere a que debe ser escrita y no puede ser fácilmente reformada, derogada o modificada, pues es la norma suprema que ilustra el ordenamiento jurídico y lo subordina

La garantía jurisdiccional se vincula con los controles judiciales de constitucionalidad existiendo dos niveles el concentrado y el difuso; el control concentrado lo ejerce un tribunal constitucional con competencia exclusiva para conocer de manera abstracta la constitucionalidad de los mandatos jurídicos; y el difuso, en donde los operadores judiciales tienen la potestad de no aplicar una disposición jurídica en caso concreto por considerarla contraria al texto constitucional.

La fuerza vinculante de la Constitución se refiere a que ninguna disposición puede contrariar las normas materiales o formales de la Constitución y la consideración de todos los dispositivos de la Constitución como verdaderas normas jurídicas y por lo tanto, aptas para producir efectos jurídicos.

La sobreinterpretación de la Constitución se refiere a que ante cualquier vacío legal. los operadores de justicia deberán remitirse directamente a la Constitución para resolver el problema.

La aplicación directa de la Constitución se efectúa frente la existencia de un vacío legal, para ampliación de una disposición normativa inferior o cuando se requiera dejar de aplicar una norma vigente por vulnerar postulados constitucionales como en el caso de nuestro estudio.

La interpretación conforme a la Constitución permite que el tribunal constitucional realice la interpretación de determinada norma.



La incidencia de la Constitución en el debate político exige la necesidad de limitación del poder decisorio de las mayorías, pues puede producir vulneración de Derechos Humanos a los sectores minoritarios.

La circularidad e integración normativa hace mención a la existencia de una armonía jurídica entre las normas nacionales con las normas internacionales de derechos Humanos con el fin de brindar al ciudadano una protección efectiva integral, es por eso que sus Estados constitucionales, por medio del bloque de constitucionalidad, se hacen parte de sistemas internacionales de protección de Derechos Humanos, convirtiendo los instrumentos internacionales sobre la materia, en norma de alcance constitucional.

El reconocimiento de los derechos fundamentales dentro del Estado constitucional, sobre todo el derecho a la libertad, es considerado como "...la pieza capital del edificio constitucional contemporáneo" (Haberle, 1997, pág. 13), considerados como la base sobre la cual se construye el Estado constitucional moderno y que sin este reconocimiento no se podría hablar de un Estado de estas características,

En conclusión, podemos decir que para que para hablar de un Estado constitucional debe existir una división de poderes para evitar su concentración y el despotismo o concentración del poder como consecuencia; En la Carta Magna, al ser la norma suprema, deben estar reconocidos los derechos fundamentales del ser humano, derechos que son el principio y fin de todo orden constitucional; debe garantizar el pluralismo jurídico y sobre todo el derecho a la libertad e igualdad que son la base sobre la cual se construye un Estado constitucional, pues no puede concebirse la existencia de un Estado constitucional irresponsable, injusto, parcializada, concentrada, a órdenes del poder. La Constitución va a ser la que determina el contenido de la ley, por lo cual el ordenamiento jurídico interno debe guardar armonía con la Constitución, va a regular el acceso a la justicia y la forma como se encuentra estructurado el poder.



Existen varios autores que coinciden al manifestar que el legislador cometió un error al definir como un Estado Constitucional de Derechos, pues se redundaba en lo mismo ya que la Constitución se construye en base al reconocimiento de derechos fundamentales.

Por otro lado la acepción de un Estado de Derechos ha ido evolucionando y se ha entendido que se ha querido superar el antiguo concepto del Estado de Derecho, por lo tanto, en dicha evolución se da un paso de la concepción de un monismo o centralismo jurídico al pluralismo jurídico o Estado de Derechos en reconocimiento a la diversidad cultural y de una legislación amplia que coexisten en el Ecuador.

Según Carlos María Cárcova (s.f.) citado por Gabriela Ambrocio (2010) el pluralismo jurídico es “la coexistencia simultánea de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo ámbito espacial y temporal, estén o no reconocidos legalmente dentro de un determinado Estado”.

Con el Estado de derechos se pasa de la vieja concepción monista en la que solo el legislativo expedía leyes oficiales validas, al reconocimiento del pluralismo jurídico en donde el sistema de Justicia Indígena elaboran independientemente sus leyes sin necesidad que estas sean aprobadas por el poder legislativo, conviviendo el derecho formal con el derecho consuetudinario.

La Constitución de la República del Ecuador 2008 garantiza a todas las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos, el derechos a “Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 57.10)

El Ecuador al declararse un Estado intercultural y plurinacional acepta el pluralismo jurídico: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático,



soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico...” (Constitución del República del Ecuador, 2008, art. 1)

El Estado Venezolano fue el primer Estado bolivariano en utilizar el nombre de un Estado democrático y social de Derecho y *Justicia* en 1999.

Un Estado de justicia constitucional se encuentra íntimamente relacionado con los derechos fundamentales, por lo tanto, se caracteriza por tener leyes justas, eficaces, necesarias, con sanciones proporcionales al hecho ilícito, que no permita el abuso del poder ni la discriminación y que procure la igualdad entre las personas.

El tratadista Julio García (2012) al hablar de un Estado de justicia señala que “todo Estado constitucional moderno, se construye a partir de entender que la ley es una herramienta racional idónea para establecer límites legítimos tanto a las relaciones de derecho público como a las relaciones de derecho privado, reglando las llamadas relaciones de poder” (pág. 211), esto con el fin de crear certeza a los ciudadanos que en caso de existir una amenaza de peligro o un peligro inminente que perjudica derechos de las personas, se pueda acceder a un sistema de justicia y obtener una reparación efectiva de los derechos vulnerados.

El Estado de Justicia tiene una íntima vinculación con tutela judicial efectiva, en donde los jueces y el Poder Judicial se encuentran en la obligación de proteger los derechos de todas las personas que se encuentran dentro de un Estado, en especial de los pueblos indígenas con un triple enfoque:

1. El derecho de acceso a la justicia.
2. El derecho a obtener una sentencia de fondo, es decir, motivada y fundada, congruente y justa, en un tiempo razonable.
3. Finalmente, el tercer ámbito que completa y enriquece a la tutela judicial efectiva es a que la sentencia se cumpla, porque de lo contrario el reconocimiento de derechos en ella establecidos será vano e ilusorio, con grave lesión para la seguridad del Estado” (García , 2012)



En el ámbito penal, el Estado de Justicia exige al juez ser garante del derecho de la víctima como los del procesado o condenado de acuerdo a la constitucionalización del Derecho Penal que se establece en el numeral 3 de la exposición de motivos de la promulgación del Código Orgánico Integral Penal (2014).

Según la Constitución de la República del Ecuador (2008) la justicia se administra en nombre del pueblo soberano, por lo tanto, la justicia tiene un carácter popular: “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” (Art. 167)

El derecho a la Libertad, es un derecho fundamental, inherente al ser humano y base sobre la cual se construye el Estado constitucional, derechos consagrados en el Art. 66 de la Constitución vigente y en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Sin embargo, dentro de nuestra legislación, una persona puede perder la libertad ambulatoria mediante la figura de la detención, la cual es regulada como una medida cautelar de carácter personal que solicita el Fiscal al Juez competente, por la cual una persona pierde provisionalmente de su libertad hasta por el plazo de veinticuatro horas, *con el fin de investigarle*; así lo regula erróneamente el Código Orgánico Integral Penal (2014): “La o el juzgador, por pedido motivado de la o del fiscal, podrá ordenar la detención de una persona, con fines investigativos.” (Art. 530)

En ningún cuerpo normativo de la legislación ecuatoriana se encuentra el concepto de detención, por lo que es necesario recurrir a diferentes fuentes y doctrina para poder definirla.

La Real Academia Española (2014) define a la detención como “Privación provisional de la libertad, ordenada por una autoridad competente”.

El Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas (2005), define a la detención como la “Privación de Libertad. Arresto provisional” (p. 128)



La Guía Índice del Código Orgánico Integral Penal del Dr. Fernando Andrade (2015), define a la detención como “Privación de libertad de quien se sospecha autor de un delito; tiene carácter preventivo...” (pág. 364)

De una manera más precisa, dentro de nuestra legislación la detención es concebida como:

...el acto cautelar de carácter personal, esencialmente extraprocesal, por el cual el titular del órgano jurisdiccional penal priva provisionalmente de su libertad a una persona de quien se sospecha ha intervenido, como sujeto activo, en la comisión de un delito de instancia oficial, a fin de proceder a la investigación de la forma como se cometió el delito y el grado de intervención de la persona detenida. (Revista Jurídica Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2005).

La orden de detención con fines investigativos es solicitado por el Fiscal y debe ser concedido por el Juez competente, cumpliendo con los requisitos de ser motivado, firmado y con fecha y lugar de su emisión. La orden de detención se debe entregar a un agente policial para que éste a la vez proceda a la detención del sospechoso a quien debe hacer conocer de sus derechos y poner inmediatamente a órdenes del Fiscal que solicitó la detención, para que este último, en el lapso de 24 horas, recepte la versión del detenido.

En la práctica diaria, la figura de la detención con fines investigativos ha sido utilizada como política pública penal para que el Fiscal pueda formular cargos al sospechoso y así mantenerle bajo la medida cautelar de prisión preventiva en donde se presiona directa o indirectamente al sospechoso para que se someta a un procedimiento abreviado, teniendo este que aceptar la culpa en el cometimiento o participación en un ilícito penal de instancia oficial, por temor a ser condenado a más años de privación de la libertad.

La figura de la detención, dentro de nuestra legislación, se regula por primera vez en el Código de Enjuiciamiento Criminal (1872), en el Artículo 103 y siguientes, con el nombre de *detención del indiciado* y para que proceda la detención hasta por 72 horas, en donde



permanecía totalmente incomunicado si así el juez lo requería, además se necesitaba de una orden motivada del Juez competente, la constancia verbal o escrita de haber cometido un crimen o delito de instancia oficial cuya pena no sobrepase los dos años de prisión, e indicios o presunciones graves de que el indiciado es autor o cómplice; En los delitos privados solo se podía ordenar la detención solo después de estar ejecutoriada la declaración de haber lugar a formación de causa.

Posteriormente se promulgaron otros códigos de enjuiciamiento criminal en los años de 1892, 1906 con sus respectivas reformas pero la figura de la detención permanecía igual.

En el año de 1938 se emite el primer Código de Procedimiento Penal que tuvo cinco reformas hasta el año 2000, siendo la finalización del sistema inquisitivo y en donde se reguló a la figura de la detención como una medida cautelar personal, hasta por 24 horas, con el fin de investigación, de encontrarse que el detenido no ha intervenido en el acto ilícito que se investiga, se ponía inmediatamente en libertad, pero si la investigación arrojaba que había participado en el delito entonces se dictaba un auto de instrucción Fiscal y de prisión preventiva, así lo establecía el Art. 164:

Con el objeto de investigar un delito de acción pública, a pedido del Fiscal, el juez de garantías penales podrá ordenar la detención de una persona contra la cual haya presunciones de responsabilidad. Esta detención se ordenará mediante boleta que contendrá los siguientes requisitos: 1. Los motivos de la detención; 2. El lugar y la fecha en que se la expide; y, 3. La firma del juez de garantías penales. Para el cumplimiento de la orden de detención se entregará dicha boleta a un agente de la Policía Judicial. (Código de Procedimiento Penal, 2000)

También se incluyó en el Código del Procedimiento Penal (2000) el derecho a la comunicación del detenido que consistía básicamente en que se le informara sobre sus



derechos, el motivo de su detención, en permanecer en contacto con un abogado y con sus familiares.

Finalmente se promulga el Código Orgánico Integral Penal (2014), regulando a la detención en el Art. 530 “La o el juzgador, por pedido motivado de la o del fiscal, podrá ordenar la detención de una persona, con fines investigativos.”, debiendo cumplir la boleta únicamente con los requisitos de motivación, lugar y la fecha en que se la expide y la firma de la o el juzgador competente.

Como podemos notar, a diferencia del Código Orgánico Integral Penal (2014), el anterior Código Procesal Penal (2000) exigía presunciones de responsabilidad del cometimiento de un delito de acción pública, siendo las presunciones de mayor jerarquía o de mayor categoría que las simples sospecha que son únicamente subjetivas.

La presunción debe tener fundamentos, tener la sumatoria de indicios, mientras que la sospecha no tiene asidero por no tener un fundamento, ni indicios por el mismo hecho de ser subjetivo, inmaterial. Según el Art. 88 del mismo Código de Procedimiento Penal (2000) “Las presunciones deben basarse en indicios probados, graves, precisos y concordantes”. El Código Orgánico Integral Penal (2014), no exige presunciones de responsabilidad, sustentándose la detención únicamente en la sospecha.

La anterior Constitución Política del Ecuador (1998), en el Art. 24, numeral 6 señalaba:

Nadie será privado de su libertad sino por orden escrita de juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley, salvo delito flagrante, en cuyo caso tampoco podrá mantenerse detenido sin fórmula de juicio, por más de veinticuatro horas. Se exceptúan los arrestos disciplinarios previstos por la ley dentro de los organismos de la fuerza pública. Nadie podrá ser incomunicado. (Constitución Política del Ecuador, 1998, Art. 24.6)

Por otro lado, la actual Constitución de la República del Ecuador que entró en vigencia desde el 20 de octubre del año 2008, en su Art. 77, numeral 1, garantizaba el derecho a la



libertad de todas las personas que se encuentren en territorio ecuatoriano, siendo la privación de la libertad la excepción:

En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: 1. La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 77.

1)

Al comparar las dos últimas Constituciones, podemos notar que la Constitución de 1998, únicamente exigía una orden escrita de juez penal competente, para que una persona pueda ser privada de su libertad. Por el contrario, la Constitución del 2008, tal como había nacido señalaba la privación de la libertad en forma excepcional y según el Art. 519 del Código Orgánico Integral Penal (2014) solo se aplicará con el fin proteger los derechos de las víctimas, testigos y demás comparecientes dentro de un juicio penal, para asegurar la presencia de la persona procesada a juicio, asegurar el cumplimiento de la pena y por lo tanto la reparación integral a la víctima y evitar se destruya o desaparezca la evidencia.

Pero el día 7 de mayo del año 2011 se introduce dos reformas importantes en la Constitución del Ecuador 2008: la primera al Art. 77.1 mediante consulta popular, aprobado en referéndum y publicado en el R.O. No. 490, 13-VII- 2011, en donde la detención ha pasado de ser de carácter excepcional a no ser la regla general, es decir que, tampoco constituye una medida de ultima ratio, pues a través de la enmienda ya no dispone que el juzgador aplique de forma prioritaria las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad, es decir, no es



de carácter obligatorio que el juzgador imponga una medida cautelar alternativa a la prisión preventiva, sino más bien de carácter facultativo, generándose una regresión del derecho penal mínimo o garantismo penal al derecho penal del enemigo, pues el anexo 2 de la pregunta No. 2 de la Consulta Popular reformaría al anterior Artículo con la expresión “La privación de la libertad no será la regla general” (Resultados del Referéndum y Consulta Popular, 2011, pregunta 2), esto como producto de la política criminal interna instaurada dentro del Ecuador como respuesta a los altos índices delincuenciales.

Según el principio de Lesividad contenido en el Código Orgánico Integral Penal (2014) “Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables” (art. 22), es decir, aquellas que causan daño a un bien jurídico protegido por el Estado y que se puedan percibir y demostrar, y cuando no existe otra vía legal para solucionar el problema interviene el Derecho Penal en forma subsidiaria.

A esta mínima intervención Estatal o derecho penal mínimo se la conoce con el principio de última ratio, reconocido en el Artículo 195 de la Constitución de la República del Ecuador (2008).

El derecho penal del enemigo, teoría desarrollada por Günther Jakobs (1985) citado por Luis Martín (2005) se refiere a que “el Estado ya no dialoga con ciudadanos para mantener la vigencia de la norma, sino que combate a sus enemigos, es decir, combate peligros, y, por ello, en él «la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos »” (pág. 108)

Dicha reforma amplió también las finalidades por la cual una persona podía perder su libertad que originalmente fueron el garantizar la comparecencia en el proceso y asegurar el cumplimiento de la pena, añadiendo el asegurar el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones.



La segunda reforma se hace al Artículo 77, numeral 11 de la Constitución 2008, donde se establece que “La jueza o juez aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley” (Resultados del Referéndum y Consulta Popular, 2011, pregunta 2), eliminando el carácter de prioritario a las otras medidas cautelares en relación a la privación de la libertad, es decir que, el Juez competente aplicará en forma preferente medidas cautelares no privativas de la libertad, pero que conforme al Artículo reformado 77, numeral 1 de la Constitución del Ecuador 2008, el Juez podría de igual manera ordenar la detención de un sospechosos con fines de investigarle.

A estas dos reformas constitucionales debería interpretarse bajo el bloque de constitucionalidad y dar una lectura íntegra conjuntamente con los principios de Supremacía Constitucional, la Interpretación Integral de la Norma Constitucional y la Tutela Judicial Efectiva, principios que se encuentran recogidos y reconocidos en el Código Orgánico de la Función Judicial.

El principio de supremacía constitucional se refiere a que:

Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.



Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el proceso seguirá sustanciándose. Si la Corte resolviere luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional.

No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por la jueza o juez es resuelta en sentencia.

El tiempo de suspensión de la causa no se computará para efectos de la prescripción de la acción o del proceso. (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, art. 4)

El principio de la Interpretación Integral de la Norma Constitucional establece que:

Las juezas y jueces aplicarán la norma constitucional por el tenor que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos garantizados por la norma, de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional. (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, art. 6)

El principio de la Tutela Judicial Efectiva de los derechos se refiere a que:

La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido. Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso.



La desestimación por vicios de forma únicamente podrá producirse cuando los mismos hayan ocasionado nulidad insanable o provocado indefensión en el proceso.

Para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos, y evitar que las reclamaciones queden sin decisión sobre lo principal, por el reiterado pronunciamiento de la falta de competencia de las juezas y jueces que previnieron en el conocimiento en la situación permitida por la ley, las juezas y jueces están obligados a dictar fallo sin que les sea permitido excusarse o inhibirse por no corresponderles. (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, art 23)

Estas reformas constitucionales realizadas vía consulta popular en el año 2011, han sido muy cuestionadas por el hecho de contradecir también el numeral 8 del Art. 11 de la Constitución 2008 que establece un desarrollo progresivo de los derechos y califica de inconstitucional cualquier acción u omisión que los disminuya o menoscabe los mismos:

El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art.11.8)

El Artículo 441 de la Constitución vigente permite la enmienda constitucional siempre y cuando no se establezcan restricciones a derechos y garantías:

La enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución... (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 441)



Según el constitucionalista Otto Bachof (2008) en su obra ¿normas constitucionales inconstitucionales?, confirma que existe inconstitucionalidad de normas constitucionales ilegales: “una norma constitucional concreta puede carecer de legalidad por el hecho de que solo esa norma no se adecue a las condiciones dispuestas para ella por la Constitución...” (pág. 55), como es el caso de la reforma del Art. 77.1 mediante consulta popular, aprobado en referéndum y publicado en el R.O. No. 490, 13-VII- 2011, en la que la privación de la libertad pasa de ser excepcional a no ser la regla general, teniendo un carácter regresivo de derechos.

1.1.1. La Detención y Prisión

Aunque ambos términos impliquen la pérdida de la libertad, jurídicamente no son lo mismo, pues la prisión según la Real Academia Española es una “Pena de privación de libertad, inferior a la reclusión y superior a la de arresto” (Real Academia Española, 2014).

El Diccionario Elemental de Guillermo Cabanellas define a la prisión como “...Pena privativa de libertad más grave y larga que la de arresto e inferior y más benigna que la de reclusión...” (Cabanellas, 2005, pág. 320).

Como habíamos manifestado anteriormente la detención dentro de nuestra legislación es concebida como la pérdida de la libertad de una persona en forma momentánea, ordenada por el juez competente, a petición del fiscal y que además debe ser para fines investigativos, considerado como medida cautelar dentro de nuestro Código Orgánico Integral Penal.

Mientras que por otro lado, la prisión según la doctrina es una pena privativa de libertad que se impone a una persona tras ser juzgada y sancionada mediante una sentencia debidamente ejecutoriada. Pero en nuestra legislación la prisión preventiva no es una pena privativa de libertad sino más bien una medida cautelar que tiene como fin asegurar la comparecencia del procesado a juicio y en caso de ser culpable, cumpla con la pena, por lo que considero que la terminología aplicada es incorrecta, siendo más adecuado la terminología detención preventiva y no prisión preventiva.



En todo caso existe una confusión del legislador al incluir dentro de las medidas cautelares a la detención con fines investigativos, pues la detención no asegura la comparecencia del procesado a juicio, no asegura el cumplimiento de la pena, no asegura una reparación integral de los derechos vulnerados de la supuesta víctima, como si lo podría hacer la medida de la prisión preventiva.

La Constitución del Ecuador e instrumentos internacionales de Derechos Humanos, garantizan en todo momento y a todas las personas, sin discriminación alguna, el goce de acogerse al derecho al silencio, de ser consideradas inocentes y a la no auto incriminación, por lo que una detención con fines investigativos puede ser traducido a un juicio anticipado pues el único objetivo de esta institución es el de formular cargos teniendo ya detenido al sospechoso y asegurada su aprehensión.

1.1.2. Finalidad de la Detención

La detención, según nuestra legislación, tiene como finalidad adquirir información de cómo, cuándo y donde sucedió un determinado acto ilícito y lo más importante quien lo ejecutó.

El Dr. Jorge Zabala (2005), manifiesta que la finalidad de la detención es que el fiscal pueda investigar a una persona que se sospecha que ha cometido un delito de instancia oficial.

El Dr. Ricardo Vaca Andrade en su Artículo *La Inconstitucionalidad de la Detención Investigativa*, manifiesta que “la detención no puede darse para fines ajenos a los procesales, penalmente relevantes” (Vaca , s.f.), pues a través de la historia se utilizado esta figura jurídica por gobiernos tiránicos para someter a los opositores políticos o se ha utilizado por civiles para presionar a la contraparte a que cumplan sus obligaciones.

El Artículo 530 del Código Orgánico Integral Penal (2014) literalmente expresa: “La o el juzgador, por pedido motivado de la o del fiscal, podrá ordenar la detención de una persona,



con fines investigativos” (ar.530), en donde el fiscal dentro de sus atribuciones receptorá la versión del sospechoso.

El Artículo 532 del Código Orgánico Integral Penal (2014) establece que “...La versión que tome la o el fiscal será receptada en presencia de su defensor público o privado” (art. 532).

El Artículo 508 del Código Orgánico Integral Penal señala que antes que una persona rinda una versión debe ser informado sobre su derecho a guardar silencio cumpliendo las siguientes reglas:

1. En ningún caso se le obligará, mediante coacción o amenaza física, moral o de cualquier otra índole, a que declare sobre asuntos que puedan ocasionarle responsabilidad penal o inducirlo a rendir versión contra su voluntad ni se le hacen ofertas o promesas para obtener su confesión.
2. La persona investigada o procesada tendrá derecho a contar con una o un defensor público o privado y a ser asesorada antes y durante su versión.
3. La o el fiscal podrá disponer que la versión se amplíe, siempre que lo considere necesario. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 508)

Toda versión voluntaria que se recepte se la deberá realizar en presencia de un abogado:

Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 76.7 literal g)

Tampoco el investigado puede ser obligado a entregar muestras biológicas: “Para la obtención de muestras, exámenes médicos o corporales, se precisa el consentimiento expreso de la persona o la autorización de la o el juzgador, sin que la persona pueda ser físicamente constreñida” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, Art. 459.1)



De los Artículos citados se desprende que cuando una persona sospechosa es detenida con fines investigación lo único que puede realizar el Fiscal es receptor la versión del detenido si es que así este último lo desea hacer, en forma libre y voluntaria y si no se acoge a su derecho a guardar silencio, quedando anulada la posibilidad de realizarle un interrogatorio ya que únicamente a quienes se les puede interrogar vía recepción de versiones es a los testigos conforme al Artículo 582 del Código Orgánico Integral Penal, a quienes inclusive se le puede hacer comparecer con ayuda de la fuerza pública, por lo tanto, lo único que existe en la detención es una recepción voluntaria de versiones, sin juramento; En la detención con fines investigativos, toda versión se evacúa sin juramento por ser la detención una etapa pre procesal y se la realiza ante el Fiscal ya que el juramento se presta únicamente en juicio ante el Juez competente.

1.1.3. La presunción de responsabilidad en la detención

El Código Orgánico Integral Penal 2014 no establece parámetros básicos que deban cumplirse para que proceda la detención con fines investigativos, requiriéndose únicamente la sospecha, situación que no sucede con la medida cautelar de la prisión preventiva porque para que proceda esta medida deben cumplirse las exigencias reguladas en el Artículo 534 del mismo cuerpo legal:

1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.
2. Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción.
3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena.



4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año. De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 534)

Para que proceda la detención de un individuo no se debería proceder al azar y basarse únicamente en sospechas ya que deberían existir elementos de convicción contundentes de la responsabilidad de una persona en la participación de un ilícito de instancia oficial.

La sospecha es un estado mental al que se llega a base de elementos dispersos, inciertos, algunas veces equívocos, aparentes. (Zabala, 2005, pág. 4)

La presunción es “...un razonamiento que admite como verdadero lo que no es más que probable” (Andrade, 2015, pág. 300). La probabilidad no es una certeza, por lo tanto, una detención con fines investigativos no puede fundarse en presunciones ya que el detenido llegaría a ser un *probable* infractor.

1.1.4. Lapso de Detención

El Código Orgánico Integral Penal, establece que “En ningún caso la detención podrá durar más de veinticuatro horas...” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 532) en donde Fiscalía debe realizar las averiguaciones necesarias para determinar la participación del sospechoso o no de un acto ilícito.

En la práctica procesal, si dentro del lapso de veinticuatro horas se obtienen elementos que determinen que el investigado ha cometido o participado en la infracción que se investiga entonces el Juez a petición del Fiscal dicta un auto de instrucción fiscal y ordena la prisión preventiva; pero si no se encuentran evidencias deberá ponerse al procesado inmediatamente en libertad.



En el caso que una persona ha sido detenida sin orden judicial o existiendo tal orden haya sido privada de su libertad por más de veinticuatro horas o que se haya procedido sin dar cumplimiento a las exigencias de motivación, lugar y fecha de expedición y firma del juzgador, será el Estado ecuatoriano de asumir las responsabilidades conforme el Artículo 15 del Código Orgánico de la Función Judicial:

...el Estado será responsable en los casos de error judicial, detención arbitraria, 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.

...Todas las servidoras y servidores de la Función Judicial, cualquiera sea su denominación, función, labor o grado, así como los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos a su cargo. Serán administrativa, civil y penalmente responsables por sus acciones u omisiones en el desempeño de sus funciones, según los casos prescritos en la Constitución, las leyes y los reglamentos.

Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo injustificado, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley, de conformidad con las previsiones de la Constitución y la ley. (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, art. 15)

De acuerdo a la Constitución de la República del Ecuador vigente, el Estado se reserva el derecho de repetición contra funcionarios y jueces quienes responderán por el perjuicio ocasionado:

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y



por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 11.9, inciso 4)

1.1.5. La motivación de la Detención

El Código Orgánico Integral Penal exige que “La boleta de detención cumplirá los siguientes requisitos: 1. Motivación de la detención” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 531.1), pues no es suficiente que el Juez cumpla la formalidad de emitir una boleta de detención, sino que este debe realizar una fundamentación de hecho y derecho de la razón por la cual debe ser detenida una persona, la cual debe ser analizada por el Juez bajo el paraguas constitucional.

En su fundamentación el Juez deberá también considerar “...los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida solicitada” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 520.4)

El Código Orgánico Integral Penal (2014) reconoce el principio procesal de motivación “la o el juzgador fundamentará sus decisiones, en particular, se pronunciará sobre los argumentos y razones relevantes expuestas por los sujetos procesales durante el proceso”. (Art. 5.18)

Conforme a la Constitución de la República del Ecuador 2008, aquellos actos administrativos, resoluciones o fallos que carezcan de motivación serán nulos:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 76.7)



1.1.6. La privación de la libertad con fines de investigación

Una persona sospechosa al ser detenida con el fin de investigarle, se produce una vulneración a su derecho a la libertad ambulatoria, pues toda persona tiene el derecho a desplazarse libremente por el territorio nacional, así lo garantiza la Constitución:

El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley.

La prohibición de salir del país sólo podrá ser ordenada por juez competente. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 66.14)

Esta libertad ambulatoria no puede ser menoscabada si no existe una resolución debidamente motivada que así lo determine, esto quiere decir que para que exista tal resolución debe también preceder el cumplimiento de un debido proceso y según el Código Orgánico Integral Penal (2014) que regula las reglas para la aplicación de medidas cautelares señala que “La o el o el juzgador resolverá de manera motivada, en audiencia oral, pública y contradictoria...” (Art. 520.3)

La Convención Americana de Derechos Humanos (1969) al proteger la libertad señala “Toda persona detenida o retenida, debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá el derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso” (Art. 7)

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) garantiza “Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez y otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad...” (Art. 9.3)

De los Artículos citados deducimos que al detener a una persona deben existir pruebas claras que justifique tal detención y no sustentarse en presunciones o sospechas, de lo



contrario se vulnerarían garantías constitucionales como el derecho a la presunción de inocencia y a la libertad ambulatoria; además que no puede existir una anticipación de la pena, es decir, nadie puede ser privado de la libertad sin mediar una audiencia oral, pública y contradictoria que así lo determine.

Por lo tanto la figura de la detención con fines investigativos es inconstitucional por cuanto vulnera el derecho a la presunción de inocencia y tampoco cumple la exigencia constitucional de que deba existir la previa instalación de una audiencia pública en la que en forma oral el Juez competente motive su resolución, lo cual conlleva a vulneración de derechos fundamentales.

Esta privación de la libertad por veinticuatro horas con fines de investigación a pesar de ser legal es inconstitucional porque la reforma al Artículo 77.1 de la Constitución de la República del 2008 únicamente regula a la detención por Delito Flagrante “...Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin formula de juicio por más de veinticuatro horas” (Resultados del Referéndum y Consulta Popular, 2011, pregunta 2)

1.1.7. La Detención como medida cautelar

La figura de la detención se encuentra regulado en el título V del Código Orgánico Integral Penal (2014) trata sobre las Medidas Cautelares y de Protección, señalando que: “La o el juzgador, por pedido motivado de la o del fiscal, podrá ordenar la detención de una persona, con fines investigativos”. (Art. 530)

El Artículo 522 del mismo cuerpo legal afirma que para que el Juez pueda aplicar una o varias medidas cautelares, debe existir previamente un proceso instaurado y que deberá preferirse las medidas no privativas de libertad “La o el juzgador podrá imponer una o varias de las siguientes medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada y se



aplicará de forma prioritaria a la privación de libertad” (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

El Código Orgánico Integral Penal (2014) señala que el Juez podrá aplicar: “Las medidas cautelares y de protección podrán ordenarse en delitos. En caso de contravenciones se aplicarán únicamente medidas de protección” (520.1), por lo tanto, las medidas cautelares se solicita desde la formulación de cargos hasta la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, mientras que las de protección en cualquier momento hasta antes de la etapa de evaluación y preparatoria de juicio.

La finalidad de la imposición de medidas cautelares según el Código Orgánico Integral Penal 2014, son:

1. Proteger los derechos de las víctimas y demás participantes en el proceso penal.
2. Garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal, el cumplimiento de la pena y la reparación integral.
3. Evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas que desaparezcan elementos de convicción.
4. Garantizar la reparación integral de víctimas. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 519)

El Artículo 530 del mismo cuerpo legal rotula “La o el juzgador, por pedido motivado de la o del fiscal, podrá ordenar la detención de una persona, con fines investigativos” (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

De la lectura del Artículo precedente, nos da entender que la detención se da antes de iniciar un proceso penal, por encontrarse recién en investigaciones, por lo tanto no sería en estricto sentido una medida cautelar.

El Artículo 6 del mismo cuerpo legal, señala literalmente “En todo proceso penal en el que se prive de la libertad a una persona...” (Código Orgánico Integral Penal, 2014), se está



remitiendo únicamente a la medida cautelar de la prisión preventiva y no a la detención con fines investigativos, ya que la prisión preventiva se dicta cuando existe un proceso penal, cuando el fiscal ha formulado cargos iniciando la instrucción fiscal, solo en este momento se podría solicitar al juez que se dicten una o más medidas cautelares y/o medidas de protección.

La detención con fines investigativos no cumple con las finalidades de la imposición de las medidas cautelares que se regulan en el Artículo 519 del Código Orgánico Integral Penal (2014), pues no asegura la presencia del sospechoso a un juicio penal por el hecho de tener esa calidad, por lo tanto, no se puede hablar de una reparación integral, ni siempre va a proteger derechos de la víctima o demás participantes del proceso penal ni tampoco siempre va a evitar que se destruya u obstaculice la práctica de determinadas pruebas.

EPIGRAFE 2.- EL DERECHO A LA LIBERTAD

2.1. Definiciones y conceptos de Libertad

No existe una unanimidad de criterios al intentar definir lo que es *la libertad* pues es un término con un gran contenido filosófico, pero la delimitaremos según la evolución de criterios de varios autores, desde los pensadores filosóficos clásicos hasta los modernos.

Para Aristóteles (s.f.) la libertad es la potestad de decidir y actuar “reconoce a la persona la capacidad para decidir libremente y de manera racional frente a una amplia gama de opciones previamente ofrecidas, incluso, la facultad de actuar según la decisión que haya tomado”, como se cita en (González, 2012, pág. 139).

Para Tomas Moro (s.f.) la libertad es el “poder listo para obrar”, mismo que refiere a la capacidad de elección y a la libertad de ejercer su voluntad sin coacción alguna, como se cita en (González, 2012, pág. 140).

Dentro de los defensores del pensamiento libertad tenemos también a John Locke (s.f.) quien cree en la libertad sobre el poder del estado que debe limitarse “defiende la idea de un poder estadual limitado y pone a la libertad por encima de todo” como se cita en (González,



2012, pág. 143), es decir, que el contrato social debe estar limitado por el respeto a los derechos de los ciudadanos.

Según Kant (s.f.) “las libertades y la autonomía deben prevalecer como signo principal de libertad” como se cita en (González, 2012, pág. 145), pues ya al ser una persona capaz de autogobernarse pues tiene una limitación moral.

En el pensamiento moderno tenemos como uno de los más grandes exponentes a John Stuart Mill (s.f.), precursor de defensa de la libertad de expresión, quien define a la libertad como “el derecho de cada hombre de buscar su propio bien a su propia manera, en tanto que no se intente privar de sus bienes a otros, o frenar sus esfuerzos para obtenerla” como se cita en (González, 2012, pág. 150), considerando que esa libertad debe aplicarse en toda sociedad, en donde el Estado pueda garantizar las libertades necesarias para que los ciudadanos puedan desarrollarse según su autodeterminación.

Otro autor importante dentro del pensamiento moderno es Norberto Bobbio (s.f.), quien refiere que:

“las reglas de la democracia, que él mismo llamó procedimientos universales, los cuales indirecta y directamente se encuentran relacionados con el ejercicio de la libertad, son seis:

1. Todos los ciudadanos mayores deben disfrutar de plenos derechos políticos, incluido el de expresar su opinión y elegir a quien la exprese por él;
2. El voto de todos los ciudadanos debe tener el mismo peso;
3. Todos los que disfrutan de los derechos políticos deben ser libres para poder votar según la propia opinión, formada lo más libremente posible, en una competición autónoma entre grupos políticos organizados en concurrencia entre ellos;
4. Los ciudadanos deben también ser libres en el sentido de que deben ser puestos en la condición de elegir entre soluciones diversas.



5. Tanto para las elecciones como para las decisiones colectivas debe valer la regla de la mayoría numérica, y;
6. Ninguna decisión tomada por la mayoría debe limitar el derecho de la minoría, particularmente el derecho de convertirse a su vez en mayoría en igualdad de condiciones.” como se cita en (González, 2012, pág. 153).

Como se ha anotado para Bobbio la libertad de expresión es fundamental para que pueda existir libertad dentro de la ciudadanía pues a través de la democracia se permite que se puedan expresar las minorías y convertirse en mayoría.

Otro filósofo del derecho moderno importante es Luigi Ferrajoli (s.f.), quien manifiesta que “la esencia de la democracia reside en el contenido de los actos del Poder Legislativo y es precisamente allí donde surge cierta vinculatoriedad entre poderes y derechos”, refiere que “el legislativo se convierte en el primer protector de los derechos, toda vez que en él reside la responsabilidad de legislar acorde y conforme a la protección de los derechos humanos. En tal sentido, corresponde al legislador sancionar las conductas que propicien el detrimento y menoscabo de los derechos de los individuos y en él también recae la responsabilidad de dar amplitud a los mismos.” como se cita en (González, 2012, pág. 159), pues ningún poder estatal o grupo civil mayoritario puede violar derechos y para tal efecto el poder legislativo debe crear leyes que protejan derechos inclusive a los grupos minoritarios y a la vez el Estado garantizar su estricto cumplimiento para que cada individuo pueda expresar su libre pensar y elección.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, da una definición de libertad:

La libertad política consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás. El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, no tiene otros límites que los necesarios para garantizar a cualquier otro hombre el libre ejercicio de los mismos



derechos; y estos límites sólo pueden ser determinados por la ley. (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789, Art. 4)

Nuestra Constitución de la República 2008 no define lo que es Libertad, sin embargo garantiza el derecho a la libertad en diferentes manifestaciones como por ejemplo la libertad de expresión, la libertad de culto y religión, libertad en el libre desarrollo de la personalidad, libertad de elección sexual, libertad de asociación, libertad de tránsito, entre otras.

El derecho a la libertad estaba garantizada en nuestra Constitución del Ecuador publicada en el Registro Oficial del 20 de octubre del 2008, cuando manifestaba que solo excepcionalmente una persona podía perder la libertad para cumplir con fines netamente procesales como es “garantizar la comparecencia del procesado o para asegurar el cumplimiento de la pena” (Constitución, 2008, Art. 77, numeral 1), pero posteriormente el 7 de mayo del 2011 se reforma la Constitución actual mediante consulta popular en donde el Artículo 77 numeral 1 y 11 fueron sustituidos por el anexo de la pregunta 2 de la mentada consulta, pasando a ser la privación de la libertad de excepcional a no ser la regla general, limitando el derecho a la libertad consagrado en los diferentes instrumentos internacionales.

2.2. Alcances del derecho a la Libertad

Conforme manifiesta la autora Tania Arias (2008), los Derechos de Libertad reconocen y garantizan:

...la inviolabilidad de la vida, el derecho a una vida digna, la integridad personal, la igualdad formal, igualdad material y no discriminación, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de opinión y expresión del pensamiento, el derecho a la rectificación de afirmaciones inexactas en los medios de comunicación, la libertad de conciencia y de religión, el derecho a tomar decisiones libres sobre su sexualidad, vida y orientación sexual, a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva, la reserva sobre sus convicciones, la objeción de conciencia, el derecho



a asociarse en forma libre y voluntaria, a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, la libertad de iniciativa económica, libertad de trabajo, el derecho al honor y al buen nombre, a la protección de datos de carácter personal, a la intimidad personal y familiar; a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia, a la inviolabilidad de domicilio, el derecho a dirigir quejas y peticiones, a participar en la vida cultural de la comunidad, a disponer de bienes y servicios de calidad, a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental, a vivir en un ambiente sano y el derecho a la identidad. Entre los derechos de Libertad también se incluyen los artículos referentes a los distintos tipos de familias, la definición de matrimonio, de unión de hecho y las normas de protección de los derechos de los integrantes de la familia. (Arias, 2008)

El derecho a la libertad abarca varios aspectos de la vida jurídica de una persona natural o jurídica, pero para nuestro estudio nos vamos a referir únicamente al derecho a la integridad personal, el derecho a la igualdad, el derecho a la no discriminación, el derecho a expresar y opinar libremente, el derecho a practicar, conservar, cambiar, profesar en público o en privado, su religión o sus creencias, el derecho a tomar decisiones sobre su orientación sexual, el derecho a no ser obligado a declarar sobre sí mismo, el derecho a transitar libremente por el territorio nacional, el derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, el derecho al honor y al buen nombre, el derecho a la intimidad personal y familiar; y, el derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual.



2.2.1. El derecho a la integridad personal

En ningún cuerpo normativo tampoco se define lo que es la integridad personal por lo que debemos referirnos necesariamente a la doctrina, pues a decir de en palabras de Daniel O'Donnell (s.f.) “es el bien jurídico cuya protección se busca, y que constituye el fin y objetivo primordial que instaura la prohibición de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, consagrados en los artículos anteriores”, citado por (Galindo, 2009, pág. 92).

El derecho a la integridad personal dentro del derecho internacional se encuentra intrínsecamente regulado en diferentes cuerpos legales como por ejemplo y citando los más importantes, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), que en forma textual expresa “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (art. 5).

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966) que establece “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos” (art. 7)

1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas; b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.
3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y



condición jurídica. (Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, 1966, art. 10)

En la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1975) señala: “Todo acto de tortura u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante constituye una ofensa a la dignidad humana y será condenado como violación de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos” (art. 2).

Este derecho, por el contrario, sí se encuentra garantizado en forma expresa en la Carta Magna del Ecuador del año 2008:

El derecho a la integridad persona que incluye:

- a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.
- b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual.
- c) La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes.
- d) La prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 66.3)



2.2.2. El derecho a la igualdad

Resulta ser un poco complejo a la hora de poder definir lo que es la igualdad, pues todo dependerá de los ojos de quien la juzga, la época y del status económico que ocupa en la sociedad.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la libertad es “Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos”. (Real Academia Española, 2014)

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), proclama “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (art. 1).

El derecho a la igualdad se encuentra reconocido en las constituciones políticas modernas de los diferentes Estados, pues han tenido que ir modificando sus contenidos tras varias declaraciones y tratados internacionales como por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

La Constitución Política del Ecuador 2008, garantiza a todos sus ciudadanos el derecho a la igualdad:

Todas las Personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado



menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 11.2).

Como se puede notar nuestra Constitución del 2008 se encuentra instaurada sobre los principios de igualdad y no discriminación, principios autónomos pero que se encuentran estrechamente relacionados, pues no toda vulneración del derecho a la igualdad es discriminación, pero sí todo acto discriminatorio viola el derecho a la igualdad.

A decir de Humberto Nogueira, existen dos niveles de igualdad, ante la ley y en la ley:

La igualdad ante la ley se refiere a la eficacia de los mandatos de la igualdad en la aplicación en el ámbito administrativo, en el ámbito jurisdiccional y en la relación entre particulares. La igualdad en la ley se refiere a la igualdad como derecho fundamental, a su eficacia vinculante frente al derecho, frente al legislador. (Nogueira, 2006, pág. 63)

Para la ley todos somos iguales por lo que no debe existir ningún tipo de trato preferente o discriminatorio en la ley y el legislador al momento de redactarlas reflejará la imparcialidad del Estado hacia sus administrados.

2.2.3. El derecho a la no discriminación

El principio de no discriminación se encuentra íntimamente relacionado con el principio de igualdad pero es autónomo pues no toda violación al derecho a la igualdad es un acto discriminatorio, pero toda vulneración al derecho a la no discriminación constituye una vulneración al derecho a la igualdad.

Según el diccionario de Guillermo Cabanellas (2005), desde el punto de vista social, discriminar consiste en “...dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos



raciales, religiosos, políticos u otros” (p.132), siendo la más común la racial pues desde tiempos remotos han existido guerras por sus diferencias étnicas.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) declara: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación” (art. 7), consagrando este artículo los principios de igualdad y no discriminación que también ha sido incorporado en nuestra Constitución del 2008.

Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 11, núm. 2).

2.2.4. El derecho a expresar y opinar libremente

El docente de la Universidad de Cuenca, Dr. Andrés Martínez (2009) señala que el derecho a expresar y opinar libremente es: “...el derecho de todos a manifestar y comunicar sin trabas el propio pensamiento” (p. 101), derecho que es pilar fundamental de los estados democráticos.



La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) consagra que “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión” (art. 19), es decir se garantiza la libertad de expresar y de recibir información sin que nadie deba pueda conculcar esta autonomía.

Este derecho también se encuentra reconocido en nuestra Carta Magna “El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones” (Constitución Política del Ecuador, 2008, art. 66, núm. 6).

El profesor Modesto Saavedra (2004) como se cita en (Martínez, 2009) concibe a la libertad de expresión en doble sentido:

...en primer lugar es un derecho de libertad, pero también es un derecho de participación. Tiene, en principio, un sentido puramente negativo (como libertad de, o independencia), pero no se agota en él, sino que le es consustancial el sentido positivo de la libertad, la libertad entendida como participación en los asuntos públicos...

...La libertad en sentido negativo consiste para el individuo en verse libre de la intervención de poderes ajenos, de tal forma que puede decidir según su propio criterio. Al Estado le corresponde según eso la obligación de dejar que el individuo actúe. La libertad de expresión, en este sentido negativo, se traduce en un derecho subjetivo (o más bien en una serie de derechos subjetivos: a hablar, a escribir, a fundar y poseer la propiedad de un periódico, a emitir por radio y televisión y a financiar la empresa correspondiente como desee...).

...Ahora bien, la libertad de expresión tiene también un sentido positivo, como condición necesaria para participar en un proceso de debate y deliberación en el que se encauza y se controla democráticamente el poder...



...Es su contribución a la formación de la opinión pública lo que dota a la libertad de expresión de su sentido más pleno... (pág. 103)

2.2.5. El derecho a practicar, conservar, cambiar, profesar en público o en privado, su religión o sus creencias

Desde tiempos remotos han existido guerras entre diferentes grupos sociales por sus diferencias en las creencias religiosas como se dio entre monoteístas y politeístas, con los cristianos frente a los liberales, inclusive ha llegado al punto de cometer actos de genocidios en varias comunidades como por ejemplo la Alemania Nazi y su lucha antisemita. Por estos hechos de sangre la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) garantiza la libertad de culto en todas sus manifestaciones pues se ha entendido la necesidad de separar a la religión inclusive de la política y de la construcción de Estados Laicos: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia” (art. 18).

El derecho a la libertad de culto se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a no ser discriminado por una creencia religiosa por lo que cada persona puede escoger profesar libremente una religión inclusive no creer en ninguna pues de esta se manera se evita que grupos sociales no puedan acceder a sistemas educativos estatales, a créditos financieros, a la salud inclusive ocupar cargos públicos o políticos como ha sucedido en varios países a través de la historia, pero no significa que ambos principios vayan siempre de la mano porque la libertad de religión y de creencia no garantiza la no discriminación como manifiesta Roberto Blancarte (2008):

...la libertad de enseñanza religiosa es susceptible de llevar a que algunas escuelas prediquen la desigualdad natural entre los derechos del hombre y la mujer o el



sometimiento necesario del sexo femenino por parte del masculino. La libertad religiosa, como se la conoce en algunos lugares, no elimina las formas de desigualdad de trato y, por lo tanto, de discriminación a las iglesias minoritarias, no oficiales o nacionales. (p. 10).

Existe una definición de lo que es *intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones* que nos trae la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones (1981): “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales” (art. 2.2)

La Declaración señala que el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de convicciones comprenderá en particular las siguientes libertades:

- “a) Practicar el culto o celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y fundar y mantener lugares para esos fines;
- b) fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas;
- c) confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción;
- d) escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas; e) enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines;
- f) solicitar y recibir contribuciones voluntarias, financieras y de otro tipo, de particulares e instituciones;
- g) capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión a los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción;
- h) observar días de descanso y celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción;



i) establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en los ámbitos nacional e internacional.” (Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, 1981, art. 6)

En nuestra Constitución de la República (2008) se garantiza el derecho a la libertad practicar o no una religión o creencia: “El derecho a practicar, conservar, cambiar, profesar en público o en privado, su religión o sus creencias, y a difundirlas individual o colectivamente, con las restricciones que impone el respeto a los derechos. El Estado protegerá la práctica religiosa voluntaria, así como la expresión de quienes no profesan religión alguna, y favorecerá un ambiente de pluralidad y tolerancia” (art. 66.8), garantizando a las personas el derecho a la libertad de ejercer sus creencias de acuerdo a su propio parecer pero siempre con *restricciones* como por ejemplo el respeto a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, prohibición de prácticas y tratos inhumanos, respeto a la naturaleza y la biodiversidad, entre otros.

2.2.6. El derecho a tomar decisiones sobre su orientación sexual

Otros de los Derechos de Libertad garantizados en la Constitución de la República (2008) se encuentra el derecho a la libertad de orientación sexual de las personas, lo cual es un derecho reconocido ya en tiempo modernos y que ha sido incorporado en nuestra carta magna “El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y *orientación sexual* [énfasis mío]...” (Art. 66.9).

Este derecho ha sido negado muchas veces por la comunidad internacional pues se ha garantizado mediante distintas Constituciones Políticas de los diferentes países la libertad sin importar (sexo, raza, nacionalidad, religión, opinión política, ideología, discapacidad, etcétera), entre otras, pero no se hacía alusión a la no discriminación por la *orientación sexual*.



Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónoma o sometida a cualquier otra limitación de soberanía. (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, art. 2).

Como se puede notar en la Declaración Universal de los Derechos Humanos del año 1948 no reconoce la libertad de decidir sobre la orientación sexual, así como se puede evidenciar más claramente en el siguiente artículo de la misma Declaración Universal:

Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1949, art. 16.1).

Este artículo reafirma nuevamente que los tienen derecho a casarse y formar una familia únicamente un hombre en unión o matrimonio con una mujer sin hacer mención a los mismos derechos que deberían tener también las personas con diferente orientación sexual.

Sin embargo de estar garantizada en nuestra Carta Magna la no discriminación por la orientación sexual concordamos con el tratadista John Finnis (1999) el incorporar dentro de las diferentes Constituciones Políticas la libertad de orientación sexual es peligroso: “requeriría el pronto abandono de todos los intentos de la comunidad política por desalentar la conducta homosexual por medio de una política educativa, de restricciones a la prostitución, del no reconocimiento de "matrimonios" homosexuales o adopciones por parejas



homosexuales, etc.” (p. 590), pues al garantizarse la libertad de orientación sexual también debe dictarse leyes y reglamentos para hacerse efectivo dicho derecho.

2.2.7. El derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo

Este derecho consiste que ninguna persona puede ser forzada, persuadida o presionada de ninguna manera a declarar en contra de sí misma ni en contra de sus propias convicciones siendo un presupuesto básico en un Estado Constitucional de Derechos en donde el sistema judicial se desarrolla sobre el principio Dispositivo, gozando todo ciudadano del derecho a ser considerado inocente mientras no se demuestre lo contrario: “Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada” (Constitución Política del Ecuador, 2008, art. 76.2)

El principio de no autoincriminación se encuentra reconocido dentro del derecho procesal penal: “ninguna persona podrá ser obligada a declarar en contra de sí misma en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal”, (Código Orgánico Integral Penal, art. 5.8), teniendo la carga de la prueba, en caso de delitos de acción pública, la Fiscalía General del Estado y en acciones penales privadas la carga lo tendrá el querellante, es decir, quien reclama un derecho debe probar el derecho vulnerado y el nexo causal de quien lo ejecutó y en caso de que llegue a declarar hechos que conlleven a su autoincriminación, no tendrá valor probatorio alguno por vulneración del principio de no autoincriminación e inocencia. Podría decirse que el procedimiento abreviado es inconstitucional porque vulnera este principio al establecer como presupuesto de procedencia “...la admisión del hecho que se le atribuye” (Código Orgánico Integral Penal, art. 635.3).

A decir del Dr. Simón Valdivieso (2017), todo ciudadano dentro de un estado democrático “tiene derecho a no ser obligado a declarar en el proceso en contra sí mismo en relación con el delito que es materia de investigación” (p. 264).



Este principio se encuentra garantizado dentro de la Constitución Política del Ecuador: “Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal” (Constitución Política del Ecuador, 2008, art. 77.7, literal c), por lo que se sobreentiende que las preguntas autoincriminatorias dentro de un debate legal no son válidas.

2.2.8. El derecho a transitar libremente por el territorio nacional

Este derecho garantiza a todos los habitantes ecuatorianos y extranjeros a desplazarse desenvueltamente dentro de su territorio sin que no puedan ser detenidos por razones nacionalidad de origen, creencia religiosa o política, etnia, sexo, idioma, religión o cualquier otra condición, según nuestra Constitución de la República del Ecuador, se garantiza a toda las personas: “El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley” (Constitución Política del Ecuador, 2008, art. 66.14)

En el Art. 262 de la Constitución del Ecuador: “Los gobiernos municipales tendrán las siguientes competencias exclusivas sin perjuicio de otras que determine la ley: 3. Planificar, regular y controlar el tránsito y el transporte público dentro de su territorio cantonal”, pero ya en la práctica se ha visto que muchos Gobiernos Autónomo Descentralizados vulneran el derecho a la libertad de tránsito al imponer tasas a la libre circulación como el pago de peajes, estacionamientos, prohibición de permanecer en ciertos lugares, entre otros.

El derecho a transitar libremente también se encuentra garantizado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) “Toda persona tiene el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad” (art. 8)



Para Ferrajoli "...de conformidad con el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre (1948), que dispone el derecho de todo individuo de abandonar cualquier país, incluyendo el suyo, habría una base normativa suficiente para derivar la prohibición para los Estados (para todos) de impedir la emigración, así como la correlativa obligación de la comunidad internacional de acoger a los inmigrantes al menos en uno de sus Estados" como se cita en (Carbonell, 2015, pág. 229).

Como se ha notado en la práctica jurídica, el derecho a transitar libremente se encuentra muy restringido dentro de nuestro territorio nacional ya que los ciudadanos ecuatorianos y extranjeros se encuentran sometidos a leyes, acuerdos y ordenanzas por medio de las cuales se limita esa libertad de desplazarse libremente por el territorio nacional.

A pesar que el derecho de libertad de tránsito se encuentra muy limitado dentro de muchas legislaciones, en la modernidad se habla de *constitucionalismo global*, el cual consiste en la eliminación de fronteras para que exista una protección global de derechos pues según Miguel Carbonell (2015) se debe empezar a garantizar el derecho de las personas a la libertad movilidad por todo el mundo y se dé un trato igualitario pues al tener aun la concepción de la existencia de fronteras restringe libertades.

2.2.9. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva

Todas la personas o conglomerado de personas puede ejercer su derecho a realizar actividades económicas y lo puede hacer en forma directa o indirecta según la capacidad de la persona natural o jurídica; esta capacidad se encuentra regulada en el Código del Comercio (1960) que regula: "Toda persona que, según las disposiciones del Código Civil, tiene capacidad para contratar, la tiene igualmente para ejercer el comercio" (art. 6), siendo la capacidad la regla general, estableciéndose ciertas incapacidades para ejercer el comercio como excepciones.



En el Código Civil (2005) señala que: “Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces” (art. 1462), siendo las personas que carece de capacidad los: “dementes, los impúberes y la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas... los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes...” (Art. 1463 ibídem), como por ejemplo en el contrato celebrado por un menor adulto y autorizado en forma expresa por su curador.

La Constitución Política del Ecuador (2008), garantiza a todos los ciudadanos “El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental” (art. 66.15), en donde la personas natural o jurídica al realizar actos de comercio son solidariamente responsables de mitigar el impacto ambiental en forma preventiva y progresiva.

2.2.10. El derecho al honor y al buen nombre

Es muy difícil poder definir que es el honor pues existen diferentes conceptos, todo dependerá del punto socioeconómico desde el cual se observe y tampoco existe una definición como tal dentro de ninguna Constitución Política, por lo tanto traeremos un concepto de un jurista ecuatoriano quien define al honor como “...el derecho que tiene toda persona a su buena imagen, nombre y reputación, de tal forma que todos tenemos derecho a que se nos respete, dentro de nuestra esfera personal cualquiera que sea nuestra trayectoria vital, siendo un derecho único e irrenunciable propio de todo ser humano” (Gordillo, 2015, pág. 448).

El derecho al honor y buen nombre de las personas se encuentra protegido en la Carta Magna (2008), por lo que se encuentra penalizado actos que violen la imagen, nombre y reputación de determinada persona bajo el tipo penal de la calumnia e injuria.

Según el Código Orgánico Integral Penal 2014, tipifica a la calumnia como delito:



La persona que, por cualquier medio, realice una falsa imputación de un delito en contra de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

No constituyen calumnia los pronunciamientos vertidos ante autoridades, jueces y tribunales, cuando las imputaciones se hubieren hecho en razón de la defensa de la causa.

No será responsable de calumnias quien probare la veracidad de las imputaciones. Sin embargo, en ningún caso se admitirá prueba sobre la imputación de un delito que hubiere sido objeto de una sentencia ratificatoria de la inocencia del procesado, de sobreseimiento o archivo.

No habrá lugar a responsabilidad penal si el autor de calumnias, se retractare voluntariamente antes de proferirse sentencia ejecutoriada, siempre que la publicación de la retractación se haga a costa del responsable, se cumpla en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación.

La retractación no constituye una forma de aceptación de culpabilidad. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 182).

Por otro lado la injuria es considerada como una contravención de cuarta clase con una sanción de quince a treinta días con pena privativa de libertad cuando: “La persona que, por cualquier medio, profiera expresiones de descrédito o deshonra en contra de otra” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 396.1).

En la actualidad la protección al honor, buen nombre, imagen y reputación se encuentra en desarrollo según ha ido avanzando el desarrollo tecnológico y científico, pero también estos derechos se encuentran en pugna constante con la libertad de expresión e información, pero a decir del jurista Concepción Salgado, el derecho de libertad de expresión:

...debe estar al servicio de la opinión pública libre, indisolublemente ligada al pluralismo político, valor esencial y requisito fundamental del buen funcionamiento del estado democrático, de donde se deduce su carácter público frente a la naturaleza



individual del derecho al honor, así como la posición preferente o el valor preponderante que ostentan en razón a su dimensión institucional. (Salgado, 2012, pág. 50)

El derecho a la libertad información debe respetar las diferentes libertades dentro de un Estado democrático sobre todo el derecho al honor, a la imagen, buen nombre y reputación de las personas naturales y jurídicas pues de lo contrario una mala información pueden conllevar a que la persona o personas afectadas puedan reclamar el respeto a sus derechos ante instancias nacionales e internacionales por haber sido afectado dentro de su psiquis, en su entorno laboral, en el núcleo familiar, entre otros; y reclamar una reparación integral moral y monetaria.

2.2.11. El derecho a la intimidad personal y familiar

Para el jurista David Gordillo (2015) la intimidad es:

...la esfera personal de cada ser humano, en donde residen los valores humanos y personales, siendo un derecho fundamental para el desarrollo de la persona y de la familia además de ser un ámbito reservado a la curiosidad de los demás contra intromisiones e indiscreciones ajenas. (p. 448).

Este derecho a gozar de la intimidad abarca dos esferas, el ámbito personal y familiar, pero esta intimidad se encuentra afectada en la actualidad por la existencia de medios electrónicos como por ejemplo los celulares con los que diariamente se toman fotografías y *selfies* o auto retratos en el cual se exponen la imagen de personas que no han autorizado salir en determinadas fotos y la situación se agrava cuando más aun estas imágenes son publicadas en redes sociales o medios de comunicación pues se expone al público la vida privada e íntima de las personas, vulnerándose el derecho a la intimidad personal y familiar que se encuentra consagrado en el artículo 66, numeral 20 de la Constitución Política del Ecuador (2008), por lo que es importante que se actualice la normativa para poder regular ciertos actos que se realizan a través de medios electrónicos.



El derecho a la intimidad se encuentra constantemente en pugna con otros derechos como por ejemplo el derecho a la libertad de información, libertad de prensa y el interés general cuya ponderación de derechos corresponderá al legislador y al juez de cada Estado.

Para Pablo Dermizaky Peredo (2000) el derecho a la intimidad tiene una constante lucha de intereses:

...la intimidad es invadida y avasallada por razones económicas y políticas. En el primer caso, la competencia por vender más induce a los medios de información a traspasar todas las vallas, todos los límites, aun aquellos que oponen la moral y la convivencia social. En el segundo caso, el espionaje político por razones de «seguridad pública» que esgrimen los gobiernos autoritarios y no pocos «democráticos», invade y destruye el derecho a la intimidad (p. 182).

2.2.12. El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual

El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual se conoce también como el derecho al secreto de las comunicaciones y es otro tipo de derecho que protege la intimidad personal y familiar.

En la actualidad por el gran avance tecnológico es necesario que se regulen ciertos actos violatorios de derechos que se hacen por medios cibernéticos para proteger la individualidad del hombre y la de su familia, pues concordando con David Gordillo (2015), el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia:

...es otro derecho tan sagrado para el hombre como el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la correspondencia que sostiene con sus familiares, amigos o relacionados, para salvaguardar las informaciones que estos puedan contener y que son una parte íntima del hombre, la inviolabilidad de la correspondencia ha debido ser consagrada como una prerrogativa fundamental para la vida en sociedad (p. 450).

La Constitución Política del Ecuador (2008) consagra este derecho:



El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual; ésta no podrá ser retenida, abierta ni examinada, excepto en los casos previstos en la ley, previa intervención judicial y con la obligación de guardar el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. Este derecho protege cualquier otro tipo o forma de comunicación (art. 66, #21).

Según Eugenio Evans (2005) este derecho abarca varias protecciones:

La inviolabilidad de las comunicaciones comprende la protección de la correspondencia o mensajes epistolares, telegráficos, telefónicos, radiales, electrónicos, télex y los emitidos por cualquier otro medio. La inviolabilidad de los documentos privados ampara todos aquellos que las personas lleven consigo, mantengan en su vivienda o tengan en su lugar de trabajo y de que sean dueña o tenedoras legítimas (p. 573).

2.3. La detención como procedimiento que viola los derechos de libertad

Los Artículos del Código Orgánico Integral Penal que regulan la detención con fines investigativos se encuentran en contradicción con la Constitución del Ecuador vigente y con los diferentes instrumentos internacionales ya que la detención no cumple con los fines procesales ni cautelares, pues una persona podrá ser privada de su libertad para garantizar: “...la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena” (Resultados del Referéndum y Consulta Popular, 2011, pregunta 2), pero al detener a un sospechoso con fines de investigación no asegura la comparecencia, no garantiza el resarcimiento de la vulneración de derechos de la víctima ni el cumplimiento de la pena ya que el detenido es únicamente un sospechoso y debe ser considerado inocente y respetar su estatus de libertad antes y durante de un proceso penal hasta que una sentencia debidamente ejecutoriada declare su culpabilidad.

Según la Constitución del Ecuador 2008 garantiza:



Toda norma jerárquicamente inferior a la Constitución no tendrá eficacia jurídica cuando esté en contradicción con la Carta Magna y/o con tratados internacionales que hayan sido ratificados en el Ecuador.

La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. (Constitución Política del Ecuador, 2008, art. 424).

La Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, también conocido como el Pacto de San José, ratificado por el Ecuador en el año de 1977, garantiza:

Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la Ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso, su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, art. 7.5)

El Artículo 7, numeral 5 del Pacto de San José garantiza la libertad personal, pero esta libertad se encuentra limitada o condicionada con el fin de garantizar la comparecencia del sospechoso a juicio, situación que no se garantiza con la detención con fines investigativos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, consagra que:

...toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar



general en una sociedad democrática” (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, art. 29)

De la misma manera el precedente Artículo señala que una persona solo puede ser privada de su libertad conforme a la ley y siempre que se cumplan con el fin de garantizar el respeto y reconocimiento de los derechos del prójimo, conjeturas que no se cumplen con la detención del sospechoso.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, asegura que “...Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976, art. 9.1)

De acuerdo al artículo precedente debería existir causas legalmente establecidas en el Código Orgánico Integral Penal por las que pueda una persona ser privada de su libertad con fines investigativos, siendo el fundamento actual para la procedencia de la detención: la sospecha.

Teniendo en cuenta que dentro de un sistema acusatorio adversarial, la privación de la libertad solo procede para cumplir con los fines procesales, esto conlleva una relación íntima con las medidas cautelares, pues la detención con fines investigativos tendrá eficacia jurídica cuando cumpla con los fines procesales, por lo tanto, la detención al no cumplir con los fines procesales ni cautelares se vuelve inaplicable y su aplicación sería inconstitucional.

Para detener a una persona debería existir requisitos contenidos en el Código Orgánico Integral Penal como indicios o fuertes elementos de convicción de responsabilidad y no únicamente sospechas, pues no existe un fundamento legal ni lógico en que se funde el Código Orgánico Integral Penal para regular a la detención con fines investigativos hasta por veinticuatro horas.

La reforma constitucional realizada mediante consulta popular en el año 2011 que señala que “la privación de la libertad no será la regla general...” (Resultados del Referéndum y



Consulta Popular, 2011, pregunta 2), resulta ser inconstitucional, pues constituye regresión de derechos, ya que la privación de la libertad pasa de ser excepcional a no ser la regla general, es decir, se vulnera el principio de mínima intervención penal, consagrado en la Constitución y en la ley.

La Constitución del Ecuador vigente señala que los derechos deben desarrollarse progresivamente, es decir que, el derecho a la libertad debe estar garantizado cada vez más, con menos restricciones, siendo inconstitucional todo acto u omisión que constituya regresión de derechos:

El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 11.8)

La Constitución del Ecuador 2008 reconoce y garantiza el principio de la intervención mínima penal:

La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 195)

El principio de la mínima intervención penal se encuentra reconocido también en el Código Orgánico Integral Penal (2014) “La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales” (art. 3)



Con la reforma constitucional del año 2011 existe una regresión al derecho penal del enemigo en donde se castiga al sospechosos con la pérdida de la libertad, por considerarlo peligroso.

EPÍGRAFE 3.- EL PRINCIPIO DE PRESUNCION DE INOCENCIA

3.1 Definiciones y conceptos de Inocencia

El Diccionario de la Real Academia Española (2014) define la palabra inocente como: “Libre culpa”.

Según el Diccionario Jurídico y Guía Índice del Código Orgánico Integral Penal del Dr. Fernando Andrade (2015), la inocencia es “Estado en que se encuentra una persona libre de culpa” (pág. 600).

El Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas (2005), define a la inocencia como “falta de culpa o equivocada calificación en tal sentido” (pág. 206).

En base a las diferentes acepciones del término *inocencia* podemos decir que es inocente la persona que no tiene culpa.

3.2. Clasificación de la presunción

La palabra presunción proviene de la etimología Praesumere que significa: “Suponer o considerar algo por los indicios o señales que se tienen” (Real Academia Española, 2014)

El Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas (2005) define a la presunción como conjetura, suposición, indicio, señal, sospecha.

También clasifica y define las diferentes tipos de presunciones:

JUDICIAL.- Inferencia que el juzgador extrae de los hechos de autos, llegando de lo probado a afirmar la veracidad de lo probable o desconocido. **JURIS ET DE JURE.-** La suposición legal que no admite prueba en contrario. **JURIS TANTUM.-** La afirmación o conjetura legal que puede ser destruida por prueba en contra; como la de que es gratuita el



mandato civil, si no consta o se pacta lo contrario. **VIOLENTA o VEHEMENTE.**- La fundada en indicioso conjeturas tan poderosos, que no dejan lugar a dudas. (Cabanellas, 2005)

Las presunciones son judiciales y legales. Las primeras son el resultado de análisis y deducción del juez; y las segundas son las establecidas por la ley.

El Código Civil (2005), define a la presunción: “Se llama presunción la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas” (art. 32).

Según el artículo antes citado las presunciones en nuestra legislación las presunciones son de hecho y de derecho.

En el derecho penal ecuatoriano la presunción de inocencia es una presunción iuris tantum, es decir, presunción de hecho que admite prueba en contrario por lo tanto la presunción de inocencia de la que gozan todos los ciudadanos ecuatorianos en general puede ser destruido o desvirtuado mediante pruebas útiles, pertinentes y conducentes legalmente practicadas, respetando el debido proceso.

3.3. Importancia del principio de inocencia

Para la doctrinaria Ana Aguilar (2013): “La presunción de inocencia es un principio fundamental del Derecho Procesal Penal que informa la actividad jurisdiccional como regla probatoria y como elemento fundamental del derecho a un juicio justo” (p. 13).

La presunción de inocencia es un principio Iuris Tantum, es decir, admite prueba en contrario y por el cual se considera a todos los ciudadanos inocentes mientras no se demuestre la culpabilidad del procesado.

El principio de inocencia dentro de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia es la base fundamental sobre el cual se desarrolla el derecho de los ciudadanos a la libertad y donde pueden ejercer la democracia sin restricciones.



Este principio obliga al órgano competente a probar lo que se alega, es decir, Fiscalía General del Estado tiene la carga de la prueba para demostrar ante el Juez competente sus afirmaciones, sin que la persona que está siendo procesada deba probar su estado de inocencia.

Esta presunción acompaña a la o las personas procesadas durante todas las etapas del juicio mientras haya una sentencia ejecutoriada que determine la culpabilidad, de existirlo, por lo tanto, las personas deben ser tratadas como inocentes hasta que la autoridad competente dicte una resolución en firme.

Con la vigencia de este principio se trata de evitar que gente inocente sea privada de la libertad y que los verdaderos culpables sean encarcelados luego de un correcto proceso de juzgamiento en donde deben existir pruebas suficientes para imputar un delito.

El principio In dubio pro reo se encuentra íntimamente ligado al principio de presunción de inocencia ya que en caso de duda sobre la culpabilidad de una determinada persona en el cometimiento de un ilícito el Juez competente deberá dictar un auto de sobreseimiento.

El principio de inocencia se encuentra reconocido en nuestra Constitución Política del Ecuador (2008) dentro las garantías básicas del debido proceso: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada” (art. 76.2)

También el Código Orgánico Integral Penal (2014) reconoce como principio procesal a la presunción inocencia del procesado en todas las etapas procesales: “toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario” (art. 5.4)



Así mismo este principio se encuentra reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad....” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, art. 11, núm. 1)

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 reza: “Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable” (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948, Art. 26)

La Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 o también conocido como el Pacto de San José, dentro de las garantías judiciales garantiza “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” (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, art. 8.2)

También se encuentra reconocido el derecho a la presunción de inocencia en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976, art. 14.2)

3.4. La presunción de inocencia y la presunción de peligrosidad

A decir de Yolanda Rodríguez y Carlos Berbell, el derecho a la presunción de inocencia conlleva que toda persona “...en principio inocente de cualquier delito que se le impute hasta que se demuestre su culpabilidad” (Rodríguez & Berbell, 2014)

Esta presunción de inocencia acompaña al investigado o procesado durante todo el proceso penal sin que deba demostrar su inocencia:

El derecho a la presunción de inocencia supone que toda persona a la que se le impute un hecho en un procedimiento penal conserva su cualidad de inocente hasta que se demuestre su culpabilidad, que deberá ser en un Juicio con todas las garantías establecidas por la ley



(inmediación, oralidad, contradicción, publicidad e igualdad de armas). Igualmente el derecho a la presunción de inocencia supone que el imputado no tiene la carga de probar su inocencia sino que es la acusación (en la mayoría de ocasiones el Ministerio Fiscal) quien tiene la carga probatoria de la culpabilidad de la persona contra la que se dirige el procedimiento. Además no procederá condena alguna si no se han practicado en el acto de Juicio Oral pruebas de cargo bastante susceptibles de enervar la presunción de inocencia. (Balsells, s.f.)

El principio de presunción de peligrosidad es propio de los gobiernos tiránicos o absolutistas basados en un sistema penal inquisitivo dedicados a perseguir a sus ciudadanos bajo la presunción de peligrosidad del individuo.

Para Jesús López la presunción de peligrosidad consiste en “la sospecha de que el procesado cometió un delito y de que constituye un riesgo para la sociedad...” (López, 2011), sin embargo esta presunción es *Iuris Tantum*, es decir, admite prueba en contrario

La presunción de peligrosidad no es aplicable dentro de nuestra legislación ya que el Ecuador al ser un Estado Constitucional de Derechos garantiza a todas las personas en todo momento el derecho a la presunción de inocencia, mientras una sentencia ejecutoriada lo contradiga, por lo tanto, nos regimos por un modelo acusatorio adversarial en donde la culpabilidad debe ser probada dentro de un juicio, teniendo la víctima como el procesado los mismos derechos y garantías consagrados en la Constitución.

3.5. La presunción de inocencia y la carga de la prueba

El derecho a la presunción de inocencia se encuentra reconocido en varios instrumentos internacionales y en nuestra Constitución de Montecristi 2008 y acompaña a la persona investigada y procesada en todo momento y solo puede ser desvirtuada mediante una sentencia ejecutoriada.



Esta presunción de inocencia, en materia penal, exige al actor probar lo que asevera o alega en base al principio *Actori Incumbit Onus Probandi* que traducido del latín al español significa: al actor le incumbe la carga de la prueba.

En los delitos de acción penal pública, corresponde a Fiscalía General del Estado conjuntamente con las instituciones auxiliares como la Policía Judicial, medicina legal y demás peritos realizar las averiguaciones pertinentes, para recabar pruebas que puedan sustentar una acusación.

En los delitos de acción privada la carga de la prueba recae sobre el acusador particular quien debe probar la existencia del delito y la responsabilidad de quien acusa.

La carga de la prueba impone al actor destruir la presunción de inocencia que asiste al imputado o procesado mediante el aporte de pruebas pertinentes, conducentes y útiles al proceso y así demostrar al Juez o Jueza en forma fehaciente la culpabilidad del inculcado en el cometimiento de una infracción y así evitar su prejuzgamiento sin una correcta valoración de las evidencias aportadas, así lo afirma el autor Miguel Aguilar:

...la actividad probatoria suficiente para destruir la presunción de inocente, debe ser encaminada a fijar el hecho inculcado que constituye el delito y por la otra, la participación del acusado; así, para que la prueba pueda ser considerada de cargo, debe recaer sobre la existencia de los hechos delictivos y sobre la participación en ellos del acusado. (Aguilar M. , 2015, pág. 156)

Para el autor Miguel Aguilar (2015) el principio de inocencia "...impide la parcialidad del juez, ya que es el ministerio público el que realiza las actividades de investigación y de acusación, este último es un organismo público autónomo, separado de la función judicial y regida por su propia normatividad" (p.156), en este caso es la Fiscalía General del Estado la institución encargada de realizar la investigación pertinente y tiene la carga de la prueba de



demostrar ante el juez o jueza competente la existencia de un ilícito y su responsable o responsables.

3.6. La presunción de inocencia reglas y garantías

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (1969) y Nuestra Constitución del Ecuador (2008) reconoce como derecho fundamental a la presunción de inocencia, la misma que no puede ser confundida como una simple garantía procedimental.

La presunción de inocencia cumple con varias funciones:

...representa un límite a la potestad legislativa, condiciona la interpretación de las normas vigentes, y es un derecho subjetivo público que tiene un doble papel, a saber, como regla de tratamiento del ciudadano en situaciones extraprocesales y como regla de juicio con incidencia decisiva en el régimen de la prueba en el campo procesal. (Díaz, 2017, pág. 129)

Dentro del derecho subjetivo público el principio de inocencia se despliega como regla de tratamiento del ciudadano y como regla de juicio.

A decir del autor Francisco Díaz (2017) la regla de tratamiento del ciudadano consiste en que la presunción de inocencia acompaña a las personas en todo momento, es decir, antes, durante y después de un proceso penal hasta que exista una sentencia debidamente ejecutoriada por ministerio de la ley que la declare culpable; y, la presunción de inocencia como regla de juicio incide directamente en la actividad probatoria dentro del juicio ya que se impone a que toda condena esté acompañada de pruebas útiles, pertinentes y conducentes, debidamente obtenidas y practicadas que vayan dirigidas a destruir la presunción de inocencia del procesado.

Concordando con el doctrinario Perfecto Andrés Ibañez (2007), el derecho a la presunción de inocencia es una regla que garantiza lo siguiente:



- (i) El tratamiento que debe recibir el acusado durante el proceso, esto significa que el acusado debe ser tratado como inocente sin que pueda imponérsele algún tipo de medida que afecte esa condición hasta que el Juez declare su culpabilidad respecto de los hechos imputados; y,
- (ii) Las reglas probatorias que deben seguirse en un proceso para determinar cuando una persona puede ser considerada como culpable del delito que se le imputa, lo cual significa que el Juez sólo podrá condenar al imputado cuando la acusación ha sido demostrada más allá de toda duda razonable. (Higa, s.f., pág. 117)

El derecho a la presunción de inocencia se encuentra reconocido y garantizado en instrumentos internacionales, la Constitución del Ecuador 2008 y el Código Orgánico Integral Penal 2014.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce:

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, Art. 11.1)

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) reza: “Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable” (art. 26)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de (1969) consagra: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” (art. 8.2)

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976): “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley” (art. 14.2)



El Código Orgánico Integral Penal (2014) también garantiza este derecho: “toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario” (art. 5.4)

El derecho de presunción de inocencia se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la no autoincriminación garantizado en el mismo Código Orgánico Integral Penal (2014) “ninguna persona podrá ser obligada a declarar contra sí misma en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal” (art. 5.8)

3.7. Alcance del principio de presunción de inocencia

Dentro de un Estado constitucional de derechos y justicia, el reconocimiento del estado natural de inocencia de todas las personas, es el pilar fundamental sobre cual está cimentada su Constitución.

La inocencia es una situación natural y jurídica por la cual el hombre está libre de toda culpa. El hombre nace inocente y se incorpora al medio familiar y social como una persona sin culpa, esto es, independiente de la culpa o de la culpabilidad de sus antecesores. (Revista Jurídica Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2005)

El ciudadano por regla general adquiere su estado natural de inocencia desde su nacimiento y así se desarrolla en un medio social hasta que comete un acto tipificado y sancionado por la ley y pasa a encontrarse en un estado jurídico de culpabilidad, es decir, la excepción es que la persona se encuentre en un estado de culpabilidad.

Nuestra Carta Magna reconoce la presunción de inocencia como una garantía básica y sirve de base dentro del derecho penal adjetivo y sustantivo, en donde quedan excluidas toda norma o regla que se estipule la culpabilidad o peligrosidad de determinada persona, sino más bien se impone la carga de la prueba a la parte accionante bajo la premisa de *quien alega algo debe probarlo*. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no



se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. (Constitución del Ecuador, 2008, Art. 76. 2)

El Código Orgánico Integral Penal, reconoce como principio procesal es estatus jurídico de inocente de las personas “Toda persona mantiene sus estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, Art. 5. 4).

Con la vigencia del principio de inocencia dentro de nuestro régimen, impone a los legisladores, jueces y demás autoridades a dar una interpretación restringida a la ley basándose en la presunción de inocencia de las personas como un presunción *iuris tantum*, es decir, presunción que admite prueba en contrario y es aquí donde el ofendido debe probar lo que alega.

El principio de presunción de inocencia se encuentra íntimamente relacionado con el principio *in dubio pro reo* por el cual el juez o jueza en caso de duda sobre la culpabilidad del procesado deberá dictar auto absolutorio a su favor, debemos recordar que más vale un culpable sin castigo que un inocente en prisión. La presunción de inocencia también se relaciona con el derecho a la no autoincriminación, correspondiendo la Fiscalía que demostrar lo que asevera, siendo inválidas las declaraciones auto inculpativas.

Concordamos con el doctrinario Humberto Nogueira cuando manifiesta que el principio de presunción de inocencia tiene dos dimensiones: “el imputado o acusado no debe probar su inocencia, sino que quién acusa debe probar su culpabilidad por los medios de prueba que contempla el ordenamiento jurídico” (Nogueira, 2005) y por otro lado “el juez sólo puede determinar la responsabilidad del acusado a través de la sentencia, la que podrá ser condenatoria solamente si el tribunal adquiere a través de la prueba la convicción de que el acusado es responsable del delito”, pues el juez o jueza garantista de derechos deberán determinar la existencia de la culpabilidad de una persona respetando el debido proceso, las



garantías básicas, en base a las pruebas aportadas por la parte accionante y emitir un fallo debidamente fundamentado y motivado y mientras la sentencia no se encuentre ejecutoriada por ministerio de la ley, el procesado o imputado seguirá gozando de su presunción de inocencia y será tratado como tal.

3.8. La detención como procedimiento que viola el principio de inocencia

La medida de la detención con fines investigativos es un vestigio, por así decirlo, que ha dejado el sistema inquisitivo propio de los regímenes dictatoriales, absolutistas y tiránicas en donde el poder de investigar, acusar, juzgar y ejecutar se encontraba en manos de un solo poder.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en su Art. 11.1, declara: Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, art. 11.1).

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre también reconoce el derecho a la presunción de inocencia: “Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable”. (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948, art. 26)

El Ecuador al ser suscriptor de derechos humanos incluyó dentro de la Constitución del año 2008, el derecho de todos los ciudadanos a gozar de la presunción de inocencia “Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada” (Constitución del Ecuador, 2008, art. 76.2).

En el momento en el juez competente, a pedido del fiscal, emite una boleta de detención en contra de una persona, con fines investigativos, basándose únicamente en una sospecha se



rompe o vulnera nuestro estado natural de inocencia y el derecho a la presunción de inocencia de la que gozamos todas las personas sin excepción, garantizado en nuestra Constitución y en instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en una sentencia emitida el 21 de Mayo de 1991, sentando precedente, resolvía en su parte medular “nunca procede la detención de sospechosos” (Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, sentencia n° 00943, 1991).

La sospecha es una construcción mental al cual se llega mediante la construcción de elementos fácticos, dudosos, inciertos u oscuros, que no tiene asidero concreto.

Según la Real Academia Española, sospechar es: “Imaginar algo por conjeturas fundadas en apariencias...” (Real Academia Española, 2014).

Es importante definir, para los fines didácticos, lo que es un indicio y una presunción.

Los indicios según la autora Diana Usuga es: “el medio probatorio indirecto, pues es a partir de la prueba de un hecho indirecto que se infiere o deduce, lógicamente, el hecho directo” (Usuga, 2010), en donde la sumatoria de indicios dan como resultado una presunción.

La presunción, según Guillermo Cabanellas es: “...suposición, indicio, señal, sospecha” (Cabanellas, 2005).

De las definiciones traídas concluimos que para detener a una persona con fines investigativos no se requiere que existan indicios, ni presunciones de responsabilidad o elementos de convicción suficientes, sino únicamente la sospecha, pues el Código Orgánico Integral Penal no instituye parámetros mínimos que se deban cumplir para que se dicte una boleta de detención, pues el Art. 530 señala que “La o el juzgador, por pedido motivado de la o del fiscal, podrá ordenar la detención de una persona, con fines investigativos” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 530), es decir, únicamente se requerirá que el fiscal motive



su solicitud para que el juez competente emita la boleta de prisión preventiva contra del sospechoso.

Pero por otro lado, en forma paradójica, el Código Orgánico Integral Penal, en su Art. 534, si establece parámetros mínimos para que se emita la boleta de prisión preventiva, es donde el fiscal debe fundamentar su petición cumpliendo los siguientes requisitos:

1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.
 2. Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción.
 3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena.
 4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.
- (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 534).

En conclusión, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia no es concebible que se ejecute las detenciones sin que existan elementos de convicción claras y suficientes sobre la existencia de un delito y de la autoría o participación del quien se pretende la detención, pues como hemos analizado las sospechas, indicios o presunciones no constituyen una prueba fehaciente, vulnerándose así el derecho a la presunción de inocencia que goza el detenido, privándole la libertad por hasta veinticuatro horas.

3.9. Análisis según entidades internacionales

El principio de presunción de inocencia nace en Francia como necesidad de frenar el autoritarismo de quienes administraban justicia y de quienes ostentaban el poder económico frente a las personas que en muchos de los casos resultaban ser inocentes y no tenían los medios económicos y sociales para acceder a una defensa como tal, pues los inculpados siempre debían luchar contra la presunción de culpabilidad que pesaba en contra de los imputados.



La presunción de inocencia se ha ido institucionalizando e internacionalizando en forma progresiva, pasando a formar parte de instrumentos jurídicos nacionales e internacionales.

La presunción de inocencia tuvo su origen con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que literalmente expresa: “Todo hombre es considerado inocente hasta que ha sido convicto. Por lo tanto, siempre que su detención se haga indispensable, se ha de evitar por la ley cualquier rigor mayor del indispensable para asegurar su persona” (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789, Art. 9).

Es a partir de esta declaración que se deja atrás la vieja concepción de presunción de culpabilidad o peligrosidad de las personas en las que tenían la carga de la prueba de demostrar su inocencia.

Posteriormente el principio de presunción de inocencia se fue instaurando a nivel internacional como por ejemplo en la Declaración Universal de las Naciones Unidas de 1948:

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, art. 11.1).

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el mismo año reconoce al principio de presunción de inocencia: “Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable” (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948, art. 26).

Posteriormente en el año de 1966 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagraba “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, art. 14.2).



La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 declara: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” (Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 8.2).

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Recluso que se encuentra en prisión preventiva (1955), en su Artículo 84, numeral 2 de igual manera consagra el derecho a la presunción de inocencia.

De conformidad con el párrafo 2 del artículo 14, toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. La presunción de inocencia, que es fundamental para la protección de los derechos humanos, impone la carga de la prueba a la acusación, garantiza que no se presuma la culpabilidad a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable, asegura que el acusado tenga el beneficio de la duda, y exige que las personas acusadas de un delito sean tratadas de conformidad con este principio. Todas las autoridades públicas tienen el deber de abstenerse de prejuzgar los resultados de un juicio, por ejemplo, absteniéndose de hacer comentarios públicos en que se declare la culpabilidad del acusado. Normalmente, los acusados no deberán llevar grilletes o estar enjaulados durante el juicio, ni ser presentados ante el tribunal de alguna otra manera que dé a entender que podría tratarse de delincuentes peligrosos. Los medios de comunicación deberán evitar expresar opiniones perjudiciales a la presunción de inocencia. Además, la duración de la detención preventiva nunca deberá ser considerada indicativa de culpabilidad ni del grado de ésta. La denegación de la libertad bajo fianza o las conclusiones de responsabilidad en procedimientos civiles no afectan a la presunción de inocencia. (El Comité de Derechos Humanos, 2007, Observación general 32, Art. 30).

Este Comité de Derechos Humanos en la observación general 32, concibe a la presunción de inocencia en tres ámbitos:



1. Como un Derecho Humano mientras no se compruebe la culpabilidad.
2. El actor tiene la obligación de demostrar sus aseveraciones (carga de la prueba).
3. El procesado o imputado goza del beneficio de la duda.

RESOLUCIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN FAVOR DEL PRINCIPIO DE INOCENCIA

Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador

La Comisión indicó que al momento de los hechos el señor Chaparro, de nacionalidad chilena, era dueño de la fábrica “Aislantes Plumavit Compañía Limitada” dedicada a la elaboración de hieleras para el transporte y exportación de distintos productos, mientras que el señor Lapo, de nacionalidad ecuatoriana, era el gerente de dicha fábrica. Según la demanda, con motivo de la “Operación Antinarcótica Rivera”, oficiales de policía antinarcóticos incautaron el 14 de noviembre de 1997, en el Aeropuerto Simón Bolívar de la ciudad de Guayaquil, un cargamento de pescado de la compañía “Mariscos Oreana Maror” que iba a ser embarcado con destino a la ciudad de Miami, Estados Unidos de América. En dicho cargamento, afirmó la Comisión, fueron encontradas unas cajas térmicas o hieleras en las que se detectó la presencia de clorhidrato de cocaína y heroína. El señor Chaparro fue considerado sospechoso de pertenecer a una “organización internacional delincuencia” dedicada al tráfico internacional de narcóticos su fábrica se dedicaba a la elaboración de hieleras similares a las que se incautaron, motivo por el cual la Jueza Décimo Segunda de lo Penal del Guayas dispuso el allanamiento de la fábrica Plumavit y la detención con fines investigativos del señor Chaparro. Al momento de la detención del señor Chaparro las autoridades estatales no le informaron de los motivos y razones de la misma, ni tampoco de su derecho a solicitar asistencia consular de su país. La detención del señor Lapo supuestamente no fue en flagrancia ni estuvo precedida de orden escrita de juez, tampoco le habrían informado de los motivos y razones de su



detención las presuntas víctimas fueron mantenidas en régimen de prisión provisional durante más de un año. Según la demanda, los señores Chaparro y Lapo interpusieron los recursos a su alcance con el objeto de que se revisaran los fundamentos de la medida privativa de libertad, pero no fueron efectivos. La Comisión agregó que, a pesar de que se realizaron distintos peritajes que concluyeron que las hieleras incautadas no se habían podido elaborar en la fábrica Plumavit y de que no existió prueba alguna que incriminara a los señores Chaparro y Lapo en el delito de tráfico ilícito de drogas. Las dos presuntas víctimas supuestamente fueron trasladadas a dependencias policiales y permanecieron incomunicadas cinco días. La Comisión, la detención de las presuntas víctimas sobrepasó el máximo legal permitido por el derecho interno y no fueron llevadas sin demora ante un juez. El señor Chaparro no habría contado con patrocinio letrado al momento de rendir su declaración pre procesal y la defensa pública del señor Lapo supuestamente no fue adecuada. (Aguas, 2012)

La Corte IDH se declaró que el Estado ecuatoriano violó los derechos de los Sres. Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez a la Presunción de Inocencia, a la Libertad personal, a la Integridad Personal, a la Tutela Judicial Efectiva y a la Propiedad Privada reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, condenando al pago de trecientos noventa y cuatro mil Dólares Americanos por concepto de indemnización a los perjudicados.

Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador

Conforme la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 12 de noviembre de 1997 (Corte IDH, 1997, Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador), dentro de los hechos comprobados establece que el 23 de junio de 1992, en la ciudad de Quito, en base a una denuncia ciudadana, la Policía Nacional sin una orden judicial ni pruebas, procedía a detener al Sr. Rafael Iván Suárez Rosero junto a otras personas, ya que según la mentada denuncia, se encontraban en un vehículo supuestamente tratando de quemar y eliminar las



evidencias de los que en apariencia se trataría de droga. Luego de detener al Sr. Suárez, se le mantuvo incomunicado todo el tiempo y en las primeras horas se le sometió a investigaciones en presencia de tres fiscales y varios oficiales de policía sin estar representado por un abogado que asuma su defensa. Luego de transcurrir un mes de la detención del Sr. Rafael Iván Suárez Rosero, el Intendente General de Policía se pronuncia, ordenando al Director del Centro de Rehabilitación Social de Pichincha, que se mantenga detenido al señor Rafael Iván Suárez Rosero hasta que un juez resuelva al respecto, siendo trasladado al antiguo penal García Moreno el 23 de julio de 1992, en donde permaneció incomunicado cinco días más, hasta que pudo recibir su primera visita familiar y asistencia de un abogado. El 12 de agosto de 1992, el juez que avocó conocimiento, dictando recién en ese momento, auto de prisión preventiva en contra del señor Rafael Iván Suárez Rosero. Posteriormente el juez Tercero de lo Penal de Pichincha se inhibió de conocer la causa alegando que uno de los procesados fue ascendido al grado de Mayor de Infantería, enviando el procesos a la Corte Superior de Justicia de Quito para que se pronuncie al respecto. El Presidente de la Corte Superior de Justicia avocó conocimiento y ordenó se inicie la fase de instrucción del proceso y mandó a practicar las correspondientes diligencias investigativas. Una vez concluida la etapa investigativa, resolvió que el señor Suárez Rosero era encubridor del tipo penal de tráfico de droga, condenándolo a cumplir una pena privativa de libertad de dos años y a pagar una multa de dos mil salarios mínimos vitales generales. Cabe mencionar que el señor Suárez Rosero en ningún momento fue convocado a audiencia para que se emitiera una sentencia en su presencia y así se informe su situación jurídica.

El 22 de diciembre de 1995 la Corte Interamericana, en base a la denuncia presentado por el Sr. Rafael Iván Suárez Rosero, planteó una demanda en contra del Estado ecuatoriano en donde se declaró que hubo violación de derechos protegidos y garantizados en el Pacto de San José, como el derecho a la Libertad Personal, a la Presunción de inocencia (Garantías



Judiciales), a la integridad personal y el derecho a la protección judicial y se ordenó además al Estado ecuatoriano que no ejecute la sanción pecuniaria que se había obligado a pagar al sentenciado y se mandó a indemnizar una cantidad aproximada de ochenta mil dólares americanos.

La Corte Interamericana consideró que al no existir pruebas contundentes de responsabilidad penal en una resolución judicial se vulnera el principio de inocencia, elemento fundamental de un Estado Constitucional de Derechos, pues esta presunción legal acompaña a todas las personas antes, durante y después de un juicio legal hasta que exista una sentencia debidamente ejecutoriada por ministerio de la ley.

Caso Tibi Vs. Ecuador

Conforme la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el Sentencia el 07 de septiembre de 2004 (Corte IDH, 2004, Caso Tibi Vs. Ecuador), dentro de los hechos probados consta que el 27 de septiembre de 1995, en la ciudad de Quito, el señor Daniel Tibi se encontraba conduciendo su vehículo cuando fue interceptado y posteriormente detenido por agentes de la INTERPOL en el desarrollo de un operativo antinarcoóticos denominado “Camarón”, sin indicarle cuáles son sus derechos, el motivo de la detención, sin una orden de detención emitida por un Juez competente, sin existir delito flagrante, solo en base a una versión rendida por un una persona que también se encontraba investigada que respondía a los nombre de Eduardo García, permaneciendo totalmente incomunicado y posteriormente enviado a la sede de la INTERPOL en Guayaquil. Al día siguiente, el Fiscal solicitó al Juez que emita una orden de detención con el fin de investigarle al Sr. Daniel Tibi por almacenar y distribuidor Cocaína. Recién el 4 de octubre de 1995 el Juez Primero Penal del Guayas, dictó la medida de prisión preventiva en contra del señor Daniel Tibi y más personas aprehendidas en el operativo denominado “Camarón”, para posteriormente ser juzgado, sin haberle permitido ejercer su derecho a la defensa. El 8 de diciembre de 1995,



señor Eduardo García impugnó su declaración pre procesal que la había rendido bajo coacción para inculpar a Daniel Tibi. Posteriormente el 5 de septiembre de 1997 el Juez Segundo de lo Penal del Guayas, dictó el sobreseimiento provisional a favor del señor Daniel Tibi, siendo elevada esta providencia a consulta a la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, siendo confirmado por este organismo el sobreseimiento provisional el 14 de enero de 1998. El 20 de enero de 1998 el Juez Segundo de lo Penal del Guayas, ordenó la inmediata libertad del señor Daniel Tibi.

El 25 de junio de 2003 la Comisión IDH demandó al Estado ecuatoriano tras la denuncia presentado por el señor Daniel Tibi por la vulneración de los derechos a la Integridad Personal, a la Libertad Personal, a la Presunción de Inocencia (Garantías Judiciales), y Protección Judicial garantizados en la Convención Americana, condenando al Ecuador al pago de más de ciento cincuenta mil euros a favor del Sr. Tibi, ordenando además que se identificara y sancionara a los autores de las violaciones de los derechos demandados.

EPÍGRAFE 4.- LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

4.1 Generalidades

Para Pico Junoy (1997) la Tutela Judicial Efectiva:

...hace referencia a un contenido complejo que incluye aspectos tales como el derecho al acceso a los tribunales, el derecho a obtener una sentencia fundada y en si el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, que comprenden sin duda la facultad de poder reclamar a los órganos judiciales la apertura de un proceso, para obtener una resolución motivada y argumentada sobre una petición amparada por la ley. Citado por (Cornejo, 2015).

A decir de Ruiz y Carazo (2013) La tutela efectiva tiene su origen en la Constitución española de 1837 en donde se reconoce por primera vez el derecho a un juez natural,



posteriormente en el año de 1876 se aprobaban las reglas oportunas para asegurar a los españoles en el respeto recíproco de los derechos, en 1949 se reconoce el derecho de las personas de recurrir a la vía judicial cuando sus derechos sean vulnerados por el poder público del Estado y se garantiza el derecho de los ciudadanos españoles el acceso libre a los tribunales de en el año 1974 pero en ninguna normativa se garantiza en forma taxativa la tutela judicial efectiva hasta la promulgación de la Constitución de 1978. Tampoco ha existido un pronunciamiento de orden internacional respecto a una sanción contundente a la vulneración del derecho a la tutela judicial, así en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos de 1950 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 solo otorgan el derecho de interponer recursos en la vía judicial contra violaciones de derechos y libertades establecidos en instrumentos convencionales.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) se emite una idea amplia de lo que es el principio de la tutela judicial efectiva “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal” (Art. 10).

Posteriormente el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales también reconoce y declara:

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de manera equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá de los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. (Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 1950, Art. 6)

Estas normas por ser de derecho internacional sirve como “esfera de interpretación normativa y jurisprudencial” (Ruiz & Carazo, 2013, pág. 12) y son vinculantes para los



Estados miembros suscriptores, por lo tanto, cada Estado miembro debe adecuar su legislación conforme así acuerde la comunidad internacional.

4.2 La Tutela Judicial Efectiva como derecho fundamental del Estado Constitucional de Derechos y Justicia

Nuestra Constitución (2008) garantiza a todas las personas sin distinción el: “...derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión...” (Art. 75)

La Carta Magna del Ecuador al reconocer derechos fundamentales y garantías procesales, sanciona también a los responsables por “...la violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 9, inciso 4),

El Código Orgánico de la Función Judicial garantiza la tutela judicial de la siguiente manera:

La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido. Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y demás instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso. (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, art 23)

La tutela judicial efectiva no únicamente implica el derecho de acudir ante los jueces y tribunales, sino también el obtener una sentencia imparcial e independiente que reúna los



requisitos constitucionales y legales del caso garantizando los justiciables de que sus pretensiones serán resueltas con criterios jurídicos razonables.

La Tutela Judicial es un verdadero derecho humano, de carácter constitucional que debe garantizar un proceso justo y que la resolución sea eficaz, para que la resolución no quede en un mero enunciado y se complementa con el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales que implica la materialización de cada una de las disposiciones de la sentencia.

La tutela judicial efectiva, como derecho fundamental está compuesta de varios contenidos, como el derecho de libre acceso al proceso, el derecho a que el proceso sea conocido por jueces y tribunales competentes, independientes e imparciales, a que el juicio sea resuelto en forma oportuna y expedita, sin dilaciones, el derecho a la asistencia profesional gratuita, el derecho a recurrir las resoluciones judiciales, el derechos a la defensa en igual de oportunidades y condiciones, la obligación de los jueces de motivar sus resoluciones, entre otros.

4.3 Tutela judicial efectiva y el debido proceso

Cuando un Estado garantista de Derechos asume el rol de sancionar los problemas jurídicamente relevantes de una sociedad determinada y ejecutar lo sancionado, está asumiendo un deber de carácter prestacional, en donde el Estado debe implementar las vías y procedimientos para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales, por lo tanto, para que una persona pueda exigir la intervención del Estado en la defensa de un derecho fundamental vulnerado, deberá estar sujeta a un debido proceso.

Al hablar de tutela judicial efectiva y el debido proceso estamos refiriéndonos a dos figuras jurídicas diferentes, pero también semejantes en cuanto ambas protegen a las partes antes y durante un proceso legal, en el ámbito público o privado.



Para María Chiabra (2010) el Debido proceso legal es “...el conjunto de principios procesales mínimos que debe contener todo proceso para asegurar al justiciable la certeza, justicia y legitimidad de su resultado” (pág. 69)

Por otro lado la Tutela Judicial Efectiva es “...el derecho de toda persona a que se haga justicia, a que cuando pretenda algo de otra, su pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional a través de un proceso con garantías mínimas” (Chiabra, 2010, pág. 69).

Como podemos observar existe gran similitud entre dos conceptos, pero Quiroga (s. f.) hace una diferenciación entre estos dos conceptos, pues para él la Tutela Judicial Efectiva es:

...la manifestación constitucional del Debido Proceso Legal, las garantías procesales acordadas al justiciable para un acceso libre a un proceso justo e imparcial que decida por sobre sus derechos subjetivos y que otorgue a las relaciones sociales la necesaria paz social y seguridad jurídica del derecho. Citado por (Chiabra, 2010).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de su jurisprudencia, dentro de las garantías judiciales, se ha pronunciado sobre el debido proceso legal, manifestando que consiste en el derecho de toda persona:

...a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, Art. 8)

Concordando con Chiabra (2010), el Debido proceso legal y la Tutela jurisdiccional efectiva, a pesar de tener orígenes doctrinarios diferentes, expresan básicamente lo mismo: acceso a la tutela judicial, respeto a las garantías esenciales, proceso justo y decisiones fundadas en derecho, protegiendo así básicamente los mismos derechos, conceptos y garantías.



4.4 Importancia de la tutela judicial efectiva

El derecho a la tutela judicial efectiva es un elemento importante que caracteriza a un Estado Constitucional de Derechos, pues es el instrumento mediante el cual las personas van a acceder libremente al sistema judicial y así obtener protección estatal y exigir reparación de sus derechos vulnerados a la persona que lo ha ocasionado.

La tutela de los derechos fundamentales a través de un proceso va a garantizar a las personas el derecho a un debido proceso y la intervención del Estado para que garantice ese debido proceso.

La tutela judicial efectiva comprende tres elementos esenciales:

1.- Libertad de acceso a la justicia, sin obstáculos procesales que pudieran impedirlos; 2.- Obtener una sentencia de fondo, motivada y en un tiempo razonable; y, 3.- Ejecutoriedad de la decisión judicial. (Gordillo, 2015, pág. 416)

La libertad de acceso a los Tribunales de Justicia, se refiere a la garantía que tienen las personas para activar el engranaje judicial por medio del derecho de acción y el derecho de recurrir una providencia judicial. Las autoridades administrativas y judiciales deben garantizar el acceso libre a la justicia y el derecho a la defensa de las partes procesales sin exigir un estricto cumplimiento de formalidades que puedan conllevar a la arbitrariedad o indefensión.

La obtención de una sentencia de fondo, motivada y en un tiempo razonable, exige que las resoluciones judiciales sean congruentes, apegadas a los hechos y fundamentada en derecho respetando los principios de celeridad y economía procesal, pues debemos recordar que justicia retrasada es justicia denegada.

La ejecutoriedad de la decisión judicial se refiere a que los jueces y juezas están obligados a dictar una sentencia y ejecutarla, es decir, resolver y hacer cumplir lo resuelto.



4.5. Sujetos de la tutela judicial efectiva

La Constitución de la República del Ecuador (2008) reza en forma literal “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión...” (Art. 75), es decir, tanto personas naturales como jurídicas tienen derecho a la tutela efectiva.

El Código Civil (2005) clasifica a las personas en: “...naturales o jurídicas”. (Art. 40)

Son personas naturales “...todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo o condición. Divídense en ecuatorianos y extranjeros” (Código Civil, 2005, Art. 41).

La persona jurídica es:

...una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente. Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones, y fundaciones de beneficencia pública. Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter”. (Código Civil, 2005, Art. 564).

Según la Constitución Política del Ecuador (2008, Art. 10) todas “Las Personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumento internacionales.

4.6 La detención como procedimiento que viola a la tutela judicial efectiva

Los jueces dentro de un Estado constitucional de derechos cumplen con la función de ser garantes de derechos de los ciudadanos y deberán aplicar en forma directa las leyes que más protejan los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.



Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 11.3)

En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 11.5)

Los jueces en el caso de aplicar una ley debe siempre aplicar la que más se ajuste a garantizar los derechos humanos, por lo tanto, los administradores de justicia no deben apresurarse al dictar una medida, deben interpretar y analizar si dicha norma se ajusta a los acuerdos internacionales de acuerdo al bloque de constitucionalidad y así garantizar la libertad y dignidad de todo ciudadano y grupos de personas como comunidades, pueblos y nacionalidades.

Dentro de las exposiciones de los motivos de la Asamblea Nacional para expedir el Código Orgánico Integral Penal 2014 confirma que los Jueces deben aplicar en forma directa aquellas normas que más garanticen la vigencia de los derechos fundamentales:

La Constitución al declarar al Estado como constitucional de derechos y justicia, define un nuevo orden de funcionamiento jurídico, político y administrativo. La fuerza normativa directa, los principios y normas incluidos en su texto y en el Bloque de Constitucionalidad confieren mayor legitimidad al Código Orgánico Integral Penal, porque las disposiciones constitucionales no requieren la intermediación de la ley para que sean aplicables directamente por los jueces. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, Exposición de Motivos #2)

El Artículo 77 de la Constitución (2008) señala “En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona...”, por lo tanto, la lectura que nos da el artículo



precedente nos refiere que debe existir un proceso penal debidamente instaurado para que se le prive de la libertad a una persona.

De igual manera el Artículo 6 del Código Orgánico Integral Penal (2014) exige que para que se prive de la libertad a una persona debe existir un proceso penal, con el fin de garantizar los derechos de los procesados a través de un debido proceso “En todo proceso penal en el que se prive de la libertad a una persona...”, por lo tanto, entendemos que se refiere únicamente a la medida cautelar de la prisión preventiva, pues una medida cautelar se aplica cuando el Fiscal ha formulado cargos iniciando la etapa procesal de Instrucción Fiscal, por lo que la detención con fines investigativos no es en sí una medida cautelar.

Por lo tanto un Juez al dictar una orden de detención con fines investigativos vulnera el derecho del sospechoso a la tutela judicial efectiva que merece toda persona, pues el Juez no está cumpliendo su deber de aplicar en forma directa los derechos que más propendan a garantizar los derechos consagrados en los instrumentos internacionales y en la Constitución, como es el caso de detener a un sospechoso, sin que se justifique presunciones, ni indicios, sin que exista un juicio debidamente instaurado, sin que la Constitución legitime la detención investigativa.

Tampoco ningún instrumento internacional regula la detención con fines investigativos, únicamente se refieren a la prisión preventiva, como el Art. 9, numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que la prisión preventiva no será la regla general:

...La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966)



La Reforma Constitucional al Artículo 77 numeral 1, que se realizó en el año 2011, vía Consulta Popular, señala:

La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin formula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley. (Resultados del Referéndum y Consulta Popular, 2011, pregunta 2 anexo 2)

Según la reforma señala que la privación de la libertad no será la regla general y se aplicara con tres finalidades:

1. Para garantizar la comparecencia del procesado;
2. Asegurar el derecho de la víctima a una justicia pronta;
3. Para asegurar el cumplimiento de la pena.

En el momento que el Juez emite una boleta para detener a una persona con el único fin de investigarle vulnera su obligación de tutelar los derechos del sospechoso, pues no podemos hablar de derechos de la víctima u ofendido si ni siquiera se ha instaurado un proceso legal en donde se establezca la existencia de partes procesales debidamente legitimadas y por lo tanto, mucho peor va a existir una pena.

Por otro lado, el mentado artículo únicamente señala que en caso de existir delito flagrante, la regla general será la detención, la misma que no podrá sobrepasar las veinticuatro horas sin que exista un pronunciamiento judicial, adoptando un plazo razonable, lo cual legitima la detención y no vulnera el derecho a la libertad del procesado.



En el caso de la prisión preventiva no se vulnera el derecho a la inocencia porque en la reforma constitucional del año 2011, señala claramente los fines de la privación de la libertad, son para asegurar: la presencia del procesado, el derecho de la víctima y el cumplimiento de la pena, coincidiendo con los fines consagrados en el Artículo 519 del Código Orgánico Integral Penal.

De la lectura precedente deducimos que en el caso de la prisión preventiva y delito flagrante la privación de la libertad se encuentran legitimadas en la Constitución del Ecuador 2008, lo que no sucede con la detención con fines investigativos.

La detención con fines investigativos regulada en el Código Orgánico Integral Penal 2014, al no tener asidero constitucional vulnera el derechos a la libertad y presunción de inocencia, y su aplicación por parte de los jueces conlleva a la violación del derecho a la Tutela Judicial efectiva conforme lo garantiza la Constitución “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art 11.4)

El Juez al ser una persona preparada jurídicamente debe entender que tampoco podría aplicar la reforma constitucional del año 2011 en el sentido de no considerar a la privación de la libertad como la regla general, pues a breve rasgos se denota que esta reforma constituye regresión de derechos, así lo garantiza la Constitución vigente:

El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 11.8)

Todas las autoridades administrativas y judiciales se encuentran en el deber de aplicar en forma directa los derechos reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador y en



instrumentos internacionales ratificados por el Estado Nacional, en caso contrario puede conllevar a consecuencias legales de instancias internacionales en donde el Estado va a responder por mala o insuficiente administración de justicia.

El Código Orgánico de la Función Judicial vigente reza:

La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido. Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso. (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, art 23)

En el caso de que exista vulneración al derecho de tutela efectiva, será el Estado ecuatoriano quien asuma la responsabilidad de cubrir los daños y perjuicios que ha sufrido el afectado, así funda el Art. 32 del Código Orgánico de la Función Judicial:

El Estado será responsable por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Al efecto, el perjudicado propondrá su acción ante jueces de lo contencioso administrativo. En el mismo libelo demandará la indemnización de daños y perjuicios, y la reparación del daño moral, de estimar que tiene derecho para ello.

Las reclamaciones prescribirán en el plazo de 4 años, contados desde que se realizó el último acto violatorio del derecho del perjudicado. (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, art. 32)



Así mismo la Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 9 reza:

El Estado estará obligado a reparar las violaciones de los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarios públicos en desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de responsabilidades civiles, penales o administrativas. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 9)

La Constitución Política del Ecuador reconoce su responsabilidad por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por violación del debido proceso pero también reconoce su derecho de repetición en contra de los funcionarios públicos por la deficiente prestación o administración de justicia.

También se produce la vulneración del derecho a la Tutela Judicial cuando se emite una boleta ordenando la detención de una persona pero sin que el Juez verifique el cumplimiento de los requisitos del Artículo 531 del Código Orgánico Integral Penal (2014), como es: falta de motivación, firma del juez competente y fecha y lugar de donde se emite.

La motivación que realice el Juez deberá ser apegados a los criterios de necesidad y proporcionalidad. En todo caso, se deberá analizar profundamente cual es el fundamento que hace el Juez garante de derechos, porque obviamente no puede emitir una boleta con orden investigativa al azar.



CAPÍTULO II

VALIDACIÓN Y/O EVALUACIÓN DE RESULTADOS DE SU APLICACIÓN

Metodología.- La investigación de la presente tesis se basará en la modalidad cuali-cuantitativa con énfasis en lo cualitativo por la descripción de los hechos que se investigarán.

Se utilizarán los siguientes métodos:

- **Método Histórico-Sociológico.-** Se analizará la aparición y evolución de la detención con fines investigativos en el Ecuador.
- **Método Analítico Sintético.-** Se analizarán los hechos o elementos dispersos bajo un sistema unificado, y que permitirá su comprensión general y particular en todo evento de discusión.
- **Método Deductivo.-** Puesto que iremos de lo general a lo particular, como complemento obligatorio del método antes anotado.
- **Técnicas**
- Encuestas a 120 profesionales del Derecho
- Entrevistas a 2 Jueces de lo Penal



ENTREVISTAS REALIZADAS A JUECES DE LO PENAL

1.- ¿A su criterio, describa usted “en que consiste la detención con fines investigativos?”

Respuesta Dra. Paola Beltrán:

“La detención con fines investigativos está contemplada en el COIP, en el Artículo 530, como una orden mediante la cual, a pedido de fiscalía el juez momentáneamente priva de la libertad ambulatoria de una persona para que se realicen diligencias investigativas que de considerar pertinentes fiscalía, entre estas puede ser: la toma de versiones, toma de muestras biológicas, identificación del sospechoso. Las diligencias que el fiscal considere necesario puede realizarlas a través de esta privación temporal de la libertad que tiene que ser ordenada por un juez.”

Respuesta Dr. William Sangolquí Picón:

“La detención con fines investigativos son medidas cautelares de orden personal que solicita Fiscalía General del Estado conforme lo dispone el Artículo 530 del Código Orgánico Integral Penal, en función de la investigación que ha realizado donde se hace necesario privarle de la libertad momentáneamente a una persona para cumplir con estas diligencias de investigación que hace Fiscalía y para eso solicita la autorización debida al juez.”

2.- ¿Considera usted acertado que la detención con fines investigativos conste dentro del COIP como una medida cautelar?

Respuesta Dra. Paola Beltrán:

“Como medida cautelar en estricto sentido no estaría la detención con fines investigativos porque las medidas cautelares están en el 522 del Código Orgánico Integral Penal y estas se realizan siempre y cuando ya hubieran un proceso una instrucción fiscal inicial en el caso específico la detención con fines investigativos se realiza en la etapa pre procesal, antes de que se inicie un proceso, de tal forma que yo consideraría que es un rezago del sistema anterior a través del cual se ordenaba a detención del sistema inquisitivo porque en estricto



sentido ni en 522 (COIP) ni el 77 de la Constitución se establecería esta medida como un tipo de medida cautelar.”

Respuesta Dr. William Sangolquí Picón:

“Es una medida cautelar porque restringe la libertad ambulatoria de las personas, entonces si se considera una medida cautelar de orden personal, tanto así como la prisión preventiva y otras que restringe esta libertad ambulatoria de las personas”

3.- Según su criterio, ¿la detención con fines investigativos asegura la comparecencia del sospechoso a juicio?

Respuesta Dra. Paola Beltrán:

“Yo considero que más bien se utiliza en la práctica diaria como una forma ya de asegurar una prisión preventiva y ahí la prisión asegura la comparecencia de la persona procesada al proceso, pero ese fin no es de la detención con fines investigativos sino más bien de la prisión preventiva lo que se está utilizando de una forma no correcta, es para que se asegure ya la privación de la libertad y ahí se pida la prisión preventiva, entonces el fin de la detención no es asegurar la comparecencia del sospechoso al proceso sino más bien que se realicen diligencias investigativas indispensables para que se realicen una investigación”

Respuesta Dr. William Sangolquí Picón:

“No de ninguna manera porque la detención con fines investigativos única y exclusivamente dura veinticuatro horas”.

4.- ¿Según su criterio, la detención con fines investigativos asegura el cumplimiento de la pena del detenido?

Respuesta Dra. Paola Beltrán:

“También es un fin de la prisión preventiva y no de la detención con fines investigativos, por eso digo que la detención con fines investigativos es más bien un rezago del sistema anterior,



del sistema inquisitivo y es más bien la legalización de una práctica que permite aprehender al individuo y luego pedir medidas cautelares”

Respuesta Dr. William Sangolquí:

“No de ninguna manera por el tema de la duración son 24 horas.”

5.- ¿Considera usted que al detener a una persona, con el fin de investigarle, se vulneran derechos y garantías constitucionales? De ser afirmativo, ¿Qué derechos piensa que se transgreden?

Respuesta Dra. Paola Beltrán:

“En la forma en cómo se realizan en la práctica podrían vulnerarse derechos porque ese no es el fin, detener a una persona para luego solicitar la prisión preventiva, el fin es, si es que yo agoto todos los medios para practicar diligencias pre procesales como por ejemplo: tomar un versión, pedir muestras biológicas o realizar la identificación del sospechoso; y no puedo realizar estas por falta de colaboración de la persona ahí si yo entendería que se justifica y no vulneraría derechos porque ahí el juez puede ordenar la aprehensión y en garantías de sus derechos la persona investigada puede por ejemplo: acogerse al silencio, no autorizar que físicamente se tomen sus muestras; y ahí en ese caso no habría violación de derechos porque ya está notificado, está motivada, se analizaría necesidad y proporcionalidad, pero si solamente es para decir que voy a tomar una versión y no la tomo y le privo de la libertad ambulatoria, esa práctica que no tiene relación con la naturaleza misma si podría vulnerar derechos porque en su defecto ya no pido detención con fines investigativos sino más bien formulo cargos y pido la prisión preventiva si es que es necesario, entonces se está confundiendo la naturaleza de la medida de la orden de detención con fines investigativos”.

“Se podría vulnerar la libertad ambulatoria indiscutiblemente pero además de ello la presunción de inocencia porque si yo le detengo solo para pedir la prisión y si no motivo también podría vulnerarse el derecho al debido proceso que es lo más importante porque de



acuerdo a la normativa procesal ecuatoriana la medida cautelar que legitima la privación de la libertad es la prisión preventiva y no puede utilizarse este rezago que quedo en la normativa y que no consta como medida cautelar como un anticipo para que se prive de la libertad y luego se pida prisión preventiva para asegurar la prisión preventiva, no, no cabe.”

Respuesta Dr. William Sangolquí Picón:

“Bueno se vulnera su libertad ambulatoria y el derecho al libre tránsito pero esta situación se sopesa con la obligación o el deber que tiene la fiscalía sobre la pretensión punitiva del Estado, entonces si se vulneran derechos pero para esto hay autorizaciones de orden jurisdiccional y de constitucionalidad que da un cierto valor de legalidad a esta situación.”

“En caso de vulnerarse derechos considero que se transgrede la libertad de las personas, porque no se está debatiendo si es que es responsable o no de un delito ni mucho menos, sino simplemente está, insisto ya varias veces, sobre la libertad ambulatoria que todos tenemos, la libre movilidad de las personas.”

6.- ¿A su criterio, al emitirse una boleta de detención con fines investigativos se vulnera el derecho de las personas a su presunción de inocencia?

Respuesta Dra. Paola Beltrán:

“Si es que solamente se hace para asegurar la prisión preventiva obviamente si se vulnera”.

Respuesta Dr. William Sangolquí Picón:

“No de ninguna manera.”

7.- Cuando una persona es detenida mediante orden judicial y la investigación no ha obtenido ningún resultado, ¿se vulnera el derecho a la libertad personal?

Respuesta Dra. Paola Beltrán:

“Si se vulneraría porque como indique anteriormente es necesario analizar necesidad y proporcionalidad, si solo le detengo y no le hago nada entonces para que pedí la detención y si tenía todos los elementos necesarios le formulaba cargos, o sea el trámite es diferente.”



Respuesta Dr. William Sangolquí Picón:

“Si se vulnera el derecho a la libertad pero es una vulneración permitida digamos por la ley, recordemos que el Derecho Penal restringe derecho pero reconoce también los mismos.”

8.- ¿Cuándo una persona es detenida mediante orden judicial, al no ser puesto inmediatamente a las órdenes del Juez competente, se vulnera el derecho a la Tutela Judicial Efectiva?

Respuesta Dra. Paola Beltrán:

“La norma establece plazos de veinticuatro horas, si es que se pasara ese plazo se vulneraría más que la tutela judicial el debido proceso diría yo”.

“yo creo que no se vulnera la tutela judicial efectiva porque esta orden de detención con fines investigativos realizada con el propósito que con el cual se encuentra contemplada busca que se realicen diligencias investigativas y estas a lo mejor pueda tomar un tiempo adicional, entonces no, el problema se suscitara si es que exceden las veinticuatro horas ahí sí. Ahora con el fin de que se garanticen derechos la gente de la policía que ejecuta la orden tiene la obligación de dar a conocer los derechos, la causa, la motivación, la providencia del juez, la identidad del juez que ordenó, que se respeten sus derechos, que pueda estar comunicado, entonces si es que se incumple esta obligación de la gente de la policía ahí si se vulnerarían derechos.”

Respuesta Dr. William Sangolquí Picón:

“Por supuesto el límite es veinticuatro horas.”



9.- ¿Conoce usted casos en el que una persona haya pasado más de veinticuatro horas detenido bajo esta medida cautelar?

Respuesta Dra. Paola Beltrán:

“Aquí en mi experiencia no he conocido casos que se hayan pasado las 24 horas, lo que se hace se pide un tipo de audiencia dentro de las veinticuatro horas pero pasadas no, nunca he tenido.”

Respuesta Dr. William Sangolquí Picón:

“Por un tema de detención con fines investigativos en mi experiencia de tanto como fiscal y como juez no, aquí en la provincia.”

10.- ¿Cuáles son las razones jurídicas que usted considera al momento de ordenar una detención con fines investigativos?

Respuesta Dra. Paola Beltrán:

“Yo considero necesidad y proporcionalidad, necesidad que diligencias quiere practicar y que sea indispensable aprehenderle para que se las realice pese a que el fiscal haya realizado todas las diligencias a su alcance no haya podido practicar estas diligencias y proporcionalidad analizar las circunstancias particulares de cada caso, pero no se justificaría necesidad y proporcionalidad cuando el único fin es aprehenderle para luego pedir prisión preventiva.”

Respuesta Dr. William Sangolquí Picón:

“Básicamente es la investigación y todas las diligencias que emite Fiscalía, en base a estas diligencias, versiones, reconocimientos, reconocimiento de evidencias, reconocimiento del lugar, versiones de personas que den datos sobre que es necesario limitar esta libertad a este individuo. Toda esta situación se valora para que este Juez por un plazo de 24 horas limite esa libertad”.



11.- Usted como juez, ¿controla que la detención con fines investigativos cumpla con su finalidad?

Respuesta Dra. Paola Beltrán Picón:

“Si, en el momento que instauró la audiencia es necesario controlar que se le han garantizado los derechos que se encuentran establecidos en el 533 (COIP), así como también es necesario que el fiscal pronuncie que elementos obtuvo a través de la orden de detención, sin embargo, como dije anteriormente, es un rezago del sistema anterior no está contemplado como una medida cautelar, no hay proceso en estricto sentido, pero a veces se está utilizando en la práctica como una forma anticipada de prisión preventiva y ahí ya no cumpliría sin fin, mas bien hasta sería ilegal y también se dan casos en los que por ejemplo ya con una instrucción fiscal de una persona piden prisión con fines investigativos qué sentido tiene se desnaturaliza y eso me da un indicador que en la práctica los fiscales piensan que es una forma de garantizar la prisión preventiva de otra persona”.

Respuesta Dr. William Sangolquí Picón:

“Por supuesto, nosotros debemos hacer un control de constitucionalidad siempre.”

12.- ¿Ha llegado a tener conocimiento de una orden de detención que no ha cumplido con su finalidad? En caso de ser positivo, ¿Qué medidas ha tomado al respecto?

Respuesta Dra. Paola Beltrán:

“Si, hubo un caso no mío de un compañero, que le habían aprehendido y no habían realizado nada tampoco se puso en conocimiento del juez respecto de la aprehensión entonces hay se desnaturaliza lo que es esta diligencia pre procesal porque en estricto sentido seria eso”.

Respuesta Dr. William Sangolquí Picón:

“Si habido casos en el que se ha dispuesto la orden de detención, se ha tomado las versiones por parte de Fiscalía y Fiscalía ha considerado que no cuenta con elementos de convicción



suficientes como para deducir una imputación, es decir, solicitar a un Juez de forma inmediata audiencia para formulación de cargos.”

Cuando esto ha sucedido “se da la libertad”.



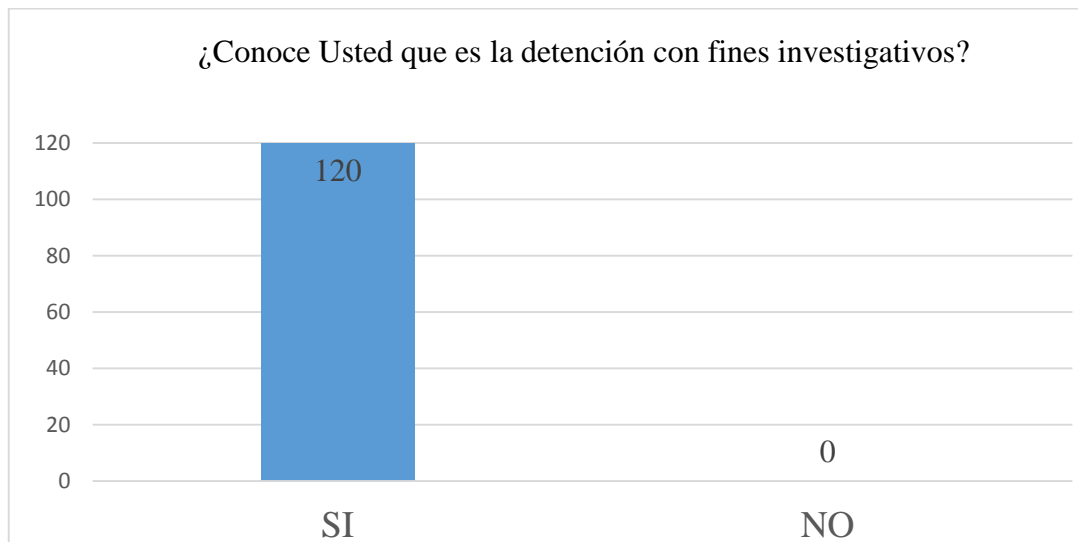
ENCUESTAS REALIZADAS A PROFESIONALES DEL DERECHO EN EL ÁREA PENAL

1.- ¿Conoce usted que es la detención con fines investigativos?

Tabla 1. ¿Conoce usted que es la detención con fines investigativos?

| VARIABLE | RESULTADO | % |
|----------|-----------|------|
| SI | 120 | 100% |
| NO | 0 | 0% |
| TOTAL | 120 | 100% |

Gráfico 1.- ¿Conoce usted que es la detención con fines investigativos?



ANÁLISIS:

Se encuestó a 120 abogados penalistas, debiendo cumplir necesariamente con el parámetro de conocer lo que es la figura jurídica de la detención con fines investigativos, de lo contrario no podrían responder las siguientes preguntas por falta de conocimiento, impidiendo que la encuesta arroje datos precisos que nos ayuden con nuestra investigación.

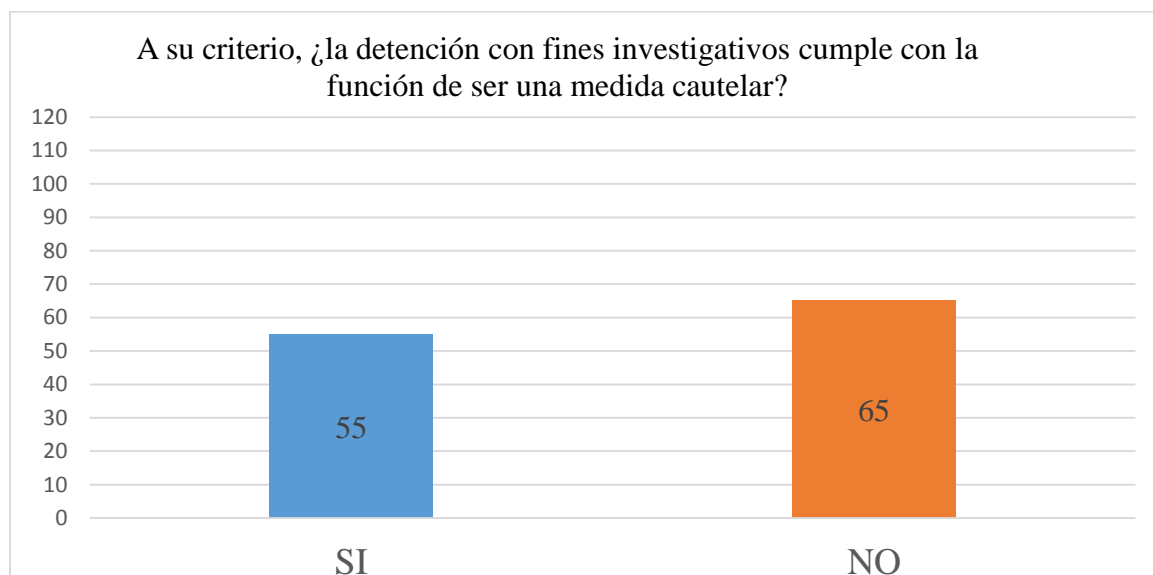
2.- A su criterio, ¿la detención con fines investigativos cumple con la función de ser una medida cautelar?



Tabla 2. A su criterio, ¿la detención con fines investigativos cumple con la función de ser una medida cautelar?

| VARIABLE | RESULTADO | % |
|----------|-----------|--------|
| SI | 55 | 45,83% |
| NO | 65 | 54,16% |
| TOTAL | 120 | 100% |

Gráfico 2. A su criterio, ¿la detención con fines investigativos cumple con la función de ser una medida cautelar?



ANÁLISIS:

De los 120 abogados que fueron encuestados se desprende que 55 de ellos consideran que la detención con fines investigativos si cumple con la función de ser medida cautelar, lo que equivale al 43,83%, mientras que 65 de ellos opinan que no cumple con la función de medida cautelar, lo que equivale al 54,16%, prevaleciendo la opinión de no considerar a la detención como una medida cautelar con una mínima diferencia, es decir, aún existe dudas entre los profesionales.

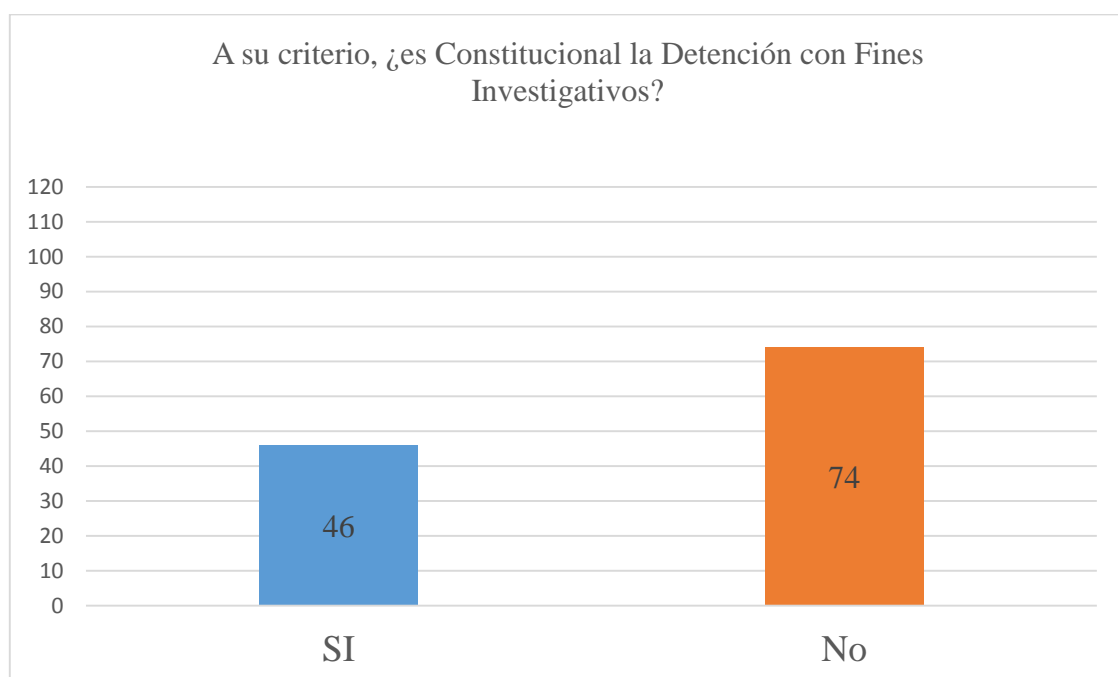


3.- A su criterio, ¿es Constitucional la Detención con Fines Investigativos?

Tabla 3. A su criterio, ¿es Constitucional la Detención con Fines Investigativos?

| VARIABLE | RESULTADO | % |
|----------|-----------|--------|
| SI | 46 | 38,33% |
| NO | 74 | 61,66% |
| TOTAL | 120 | 100% |

Gráfico 3. A su criterio, ¿es Constitucional la Detención con Fines Investigativos?



ANÁLISIS:

De los 120 abogados que fueron encuestados se desprende que 46 de ellos consideran que la detención es Constitucional, lo que equivale al 38,33%, mientras que 74 de ellos opinan que no es Constitucional, lo que equivale al 61,66%, es decir que, existe mayor tendencia entre los profesionales en decir que la detención no es constitucional.

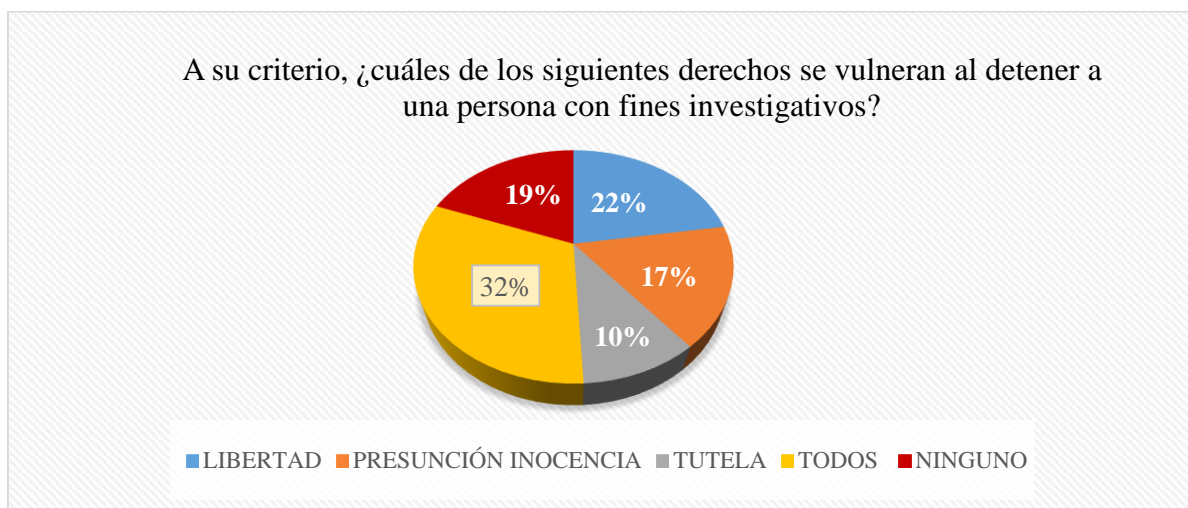


4.- ¿A su criterio, ¿cuáles de los siguientes derechos se vulneran al detener a una persona con fines investigativos?

Tabla 4. ¿A su criterio, ¿cuáles de los siguientes derechos se vulneran al detener a una persona con fines investigativos?

| VARIABLE | RESULTADO | % |
|--------------------------|-----------|--------|
| LIBERTAD | 27 | 22,5% |
| PRESUNCIÓN DE INOCENCIA | 20 | 16,66% |
| TUTELA JUDICIAL EFECTIVA | 12 | 10% |
| TODOS | 38 | 31,66% |
| NINGUNO | 23 | 19,16 |
| TOTAL | 120 | 100% |

Gráfico 4. ¿A su criterio, ¿cuáles de los siguientes derechos se vulneran al detener a una persona con fines investigativos?



ANÁLISIS:

De los 120 abogados encuestados, la mayoría con el 32% consideran que en la detención con fines investigativos se vulneran todos los derechos (libertad, presunción de inocencia y la tutela judicial efectiva); mientras que existen criterios variados al determinar qué derecho se vulnera al detener a una persona, siendo el 22% de los abogados que creen que se transgrede el derecho a la libertad, el 17% el derecho a la presunción de inocencia y el 10% la tutela judicial efectiva. Solo el 19% de los encuestados consideran que no se vulnera ningún derecho al detener a una persona.

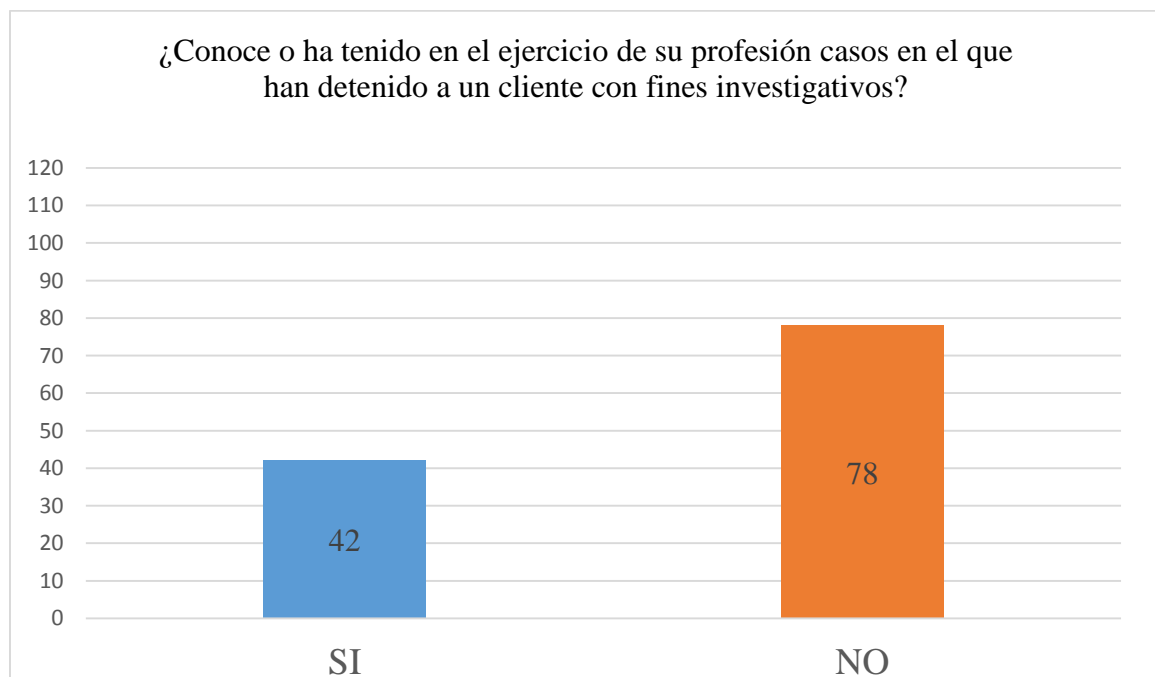


5.- ¿Conoce o ha tenido en el ejercicio de su profesión casos en el que han detenido a un cliente con fines investigativos?

Tabla 5. ¿Conoce o ha tenido en el ejercicio de su profesión casos en el que han detenido a un cliente con fines investigativos?

| VARIABLE | RESULTADO | % |
|----------|-----------|------|
| SI | 42 | 35% |
| NO | 78 | 65% |
| TOTAL | 120 | 100% |

Gráfico 5. ¿Conoce o ha tenido en el ejercicio de su profesión casos en el que han detenido a un cliente con fines investigativos?



ANÁLISIS:

De los 120 abogados que fueron encuestados se desprende que 42 de ellos si han tenido en el ejercicio de su profesión, casos en que hayan detenido a un cliente con fin de investigarle, lo que equivale al 35%, mientras que 78 de ellos no han tenido casos, lo que equivale al 65% del total.

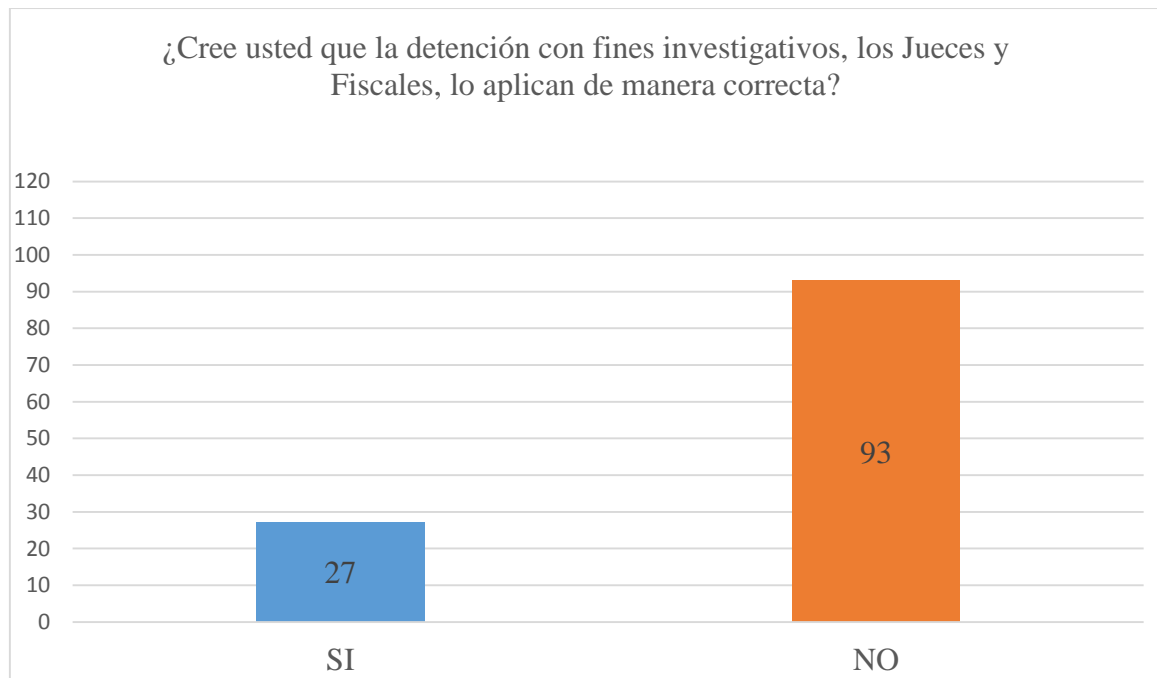


6.- ¿Cree usted que la detención con fines investigativos, los Jueces y Fiscales, lo aplican de manera correcta?

Tabla 6. ¿Cree usted que la detención con fines investigativos, los Jueces y Fiscales, lo aplican de manera correcta?

| VARIABLE | RESULTADO | % |
|----------|-----------|-------|
| SI | 27 | 22,5% |
| NO | 93 | 77,5% |
| TOTAL | 120 | 100% |

Gráfico 6. ¿Cree usted que la detención con fines investigativos, los Jueces y Fiscales, lo aplican de manera correcta?



ANÁLISIS:

De los 120 abogados que fueron encuestados se desprende que 27 de ellos, lo que equivale al 22.5% consideran que los jueces y fiscales aplican de forma correcta la figura de la detención con fines investigativos; mientras que 93 de ellos, lo que equivale al 77,5% consideran que no lo aplican de manera correcta.

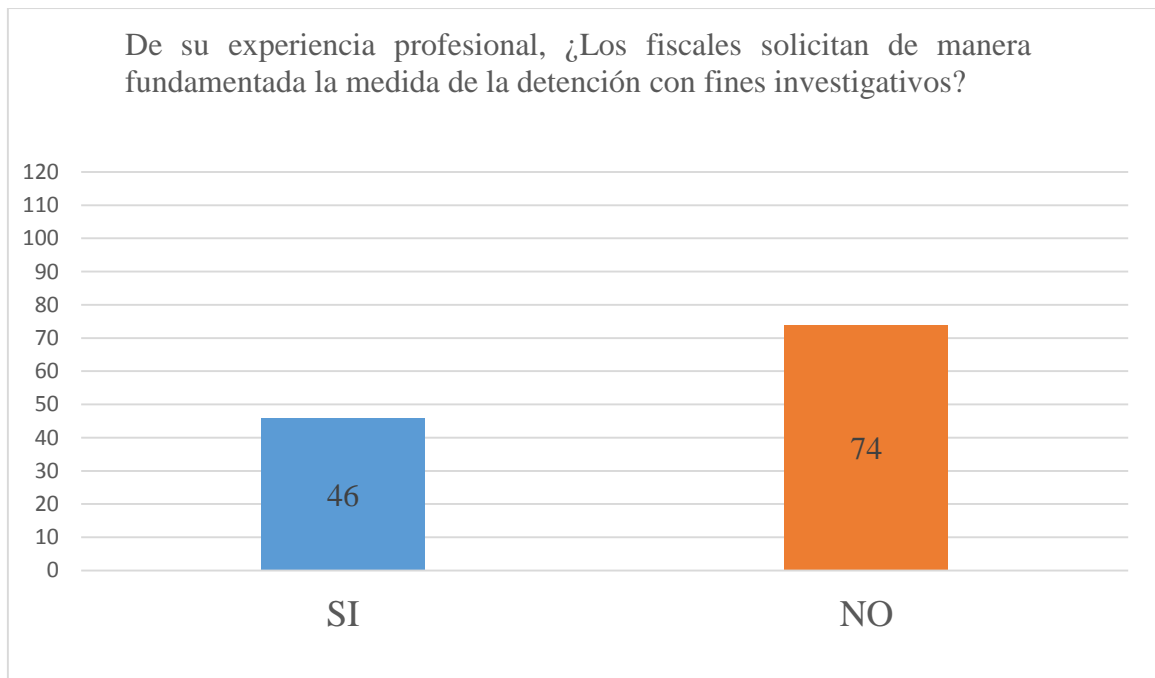


7.- De su experiencia profesional, ¿Los fiscales solicitan de manera fundamentada la medida de la detención con fines investigativos?

Tabla 7. De su experiencia profesional, ¿Los fiscales solicitan de manera fundamentada la medida de la detención con fines investigativos?

| VARIABLE | RESULTADO | % |
|----------|-----------|--------|
| SI | 46 | 38,33% |
| NO | 74 | 61,66% |
| TOTAL | 120 | 100% |

Gráfico 7. De su experiencia profesional, ¿Los fiscales solicitan de manera fundamentada la medida de la detención con fines investigativos?



ANÁLISIS:

De los 120 abogados que fueron encuestados, 46 de ellos, lo que equivale al 15%, consideran que los Fiscales solicitan de manera fundamentada la medida de la detención con fines investigativos; mientras que 74 de ellos opinan que no lo solicitan de manera fundamentada, lo que equivale al 61,66%, es decir que la mayoría opinan que los fiscales al solicitar al juez se emita esta orden de detención, estos no lo hacen de una manera fundamentada como manda la ley.

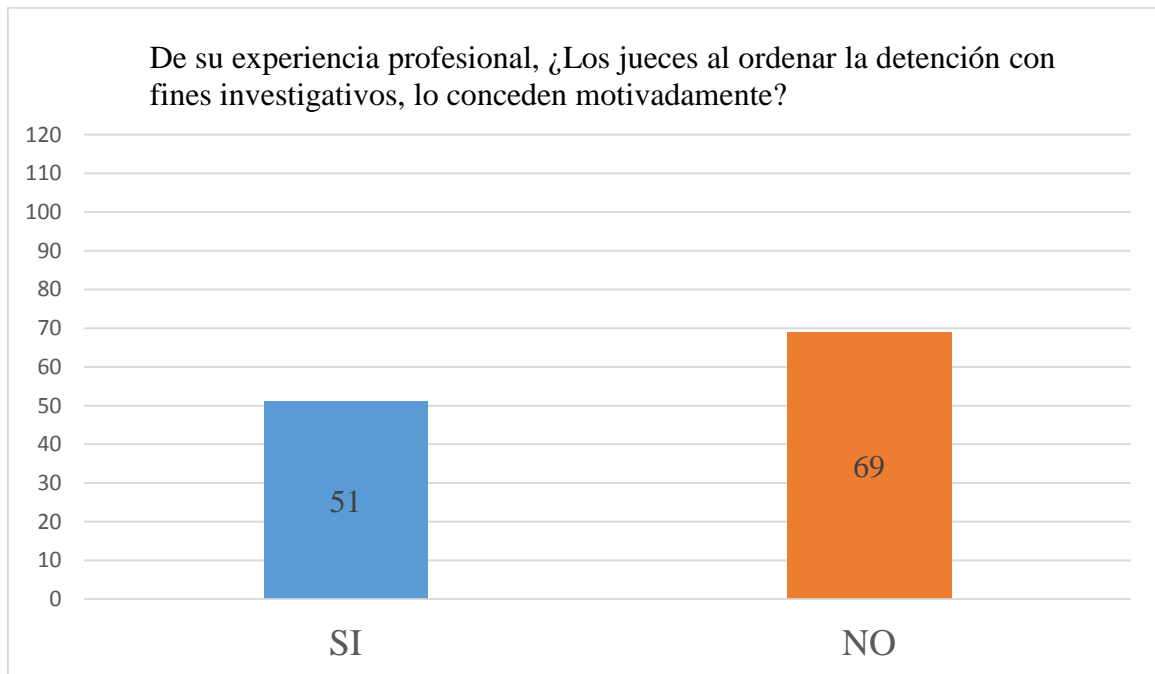


8.- De su experiencia profesional, ¿Los jueces al ordenar la detención con fines investigativos, lo conceden motivadamente?

Tabla 8. De su experiencia profesional, ¿Los jueces al ordenar la detención con fines investigativos, lo conceden motivadamente?

| VARIABLE | RESULTADO | % |
|----------|-----------|-------|
| SI | 51 | 42,5% |
| NO | 69 | 57,5% |
| TOTAL | 120 | 100% |

Gráfico 8. De su experiencia profesional, ¿Los jueces al ordenar la detención con fines investigativos, lo conceden motivadamente?



ANÁLISIS:

De los 120 abogados que fueron encuestados, 51 de ellos, lo que equivale al 42,5%, consideran que los Jueces conceden motivadamente la orden de detención con fines investigativos; mientras que 69 de ellos opinan que no lo conceden motivadamente, lo que equivale al 57,5%, es decir que la mayoría opinan que los jueces al emitir una orden de detención, no lo hacen de una manera motivada como manda la ley.



9.- De su experiencia profesional, el juez al ser garantista de derechos ¿realiza un seguimiento para determinar si se cumplen con los fines al detener a una persona?

Tabla 9. De su experiencia profesional, el juez al ser garantista de derechos ¿realiza un seguimiento para determinar si se cumplen con los fines al detener a una persona?

| VARIABLE | RESULTA DO | % |
|----------|------------|-------|
| SI | 33 | 27,5% |
| NO | 87 | 72,5% |
| TOTAL | 120 | 100% |

Gráfico 9. De su experiencia profesional, el juez al ser garantista de derechos ¿realiza un seguimiento para determinar si se cumplen con los fines al detener a una persona?



ANÁLISIS:

De los 120 abogados que fueron encuestados, 33 de ellos, lo que equivale al 27,5%, consideran que los jueces si realizan un seguimiento; mientras que 87 de ellos opinan que no, lo que equivale al 72,5%, es decir que la gran mayoría opinan que los jueces no realizan un seguimiento con el fin de determinar si la detención cumple con su única finalidad de investigación.

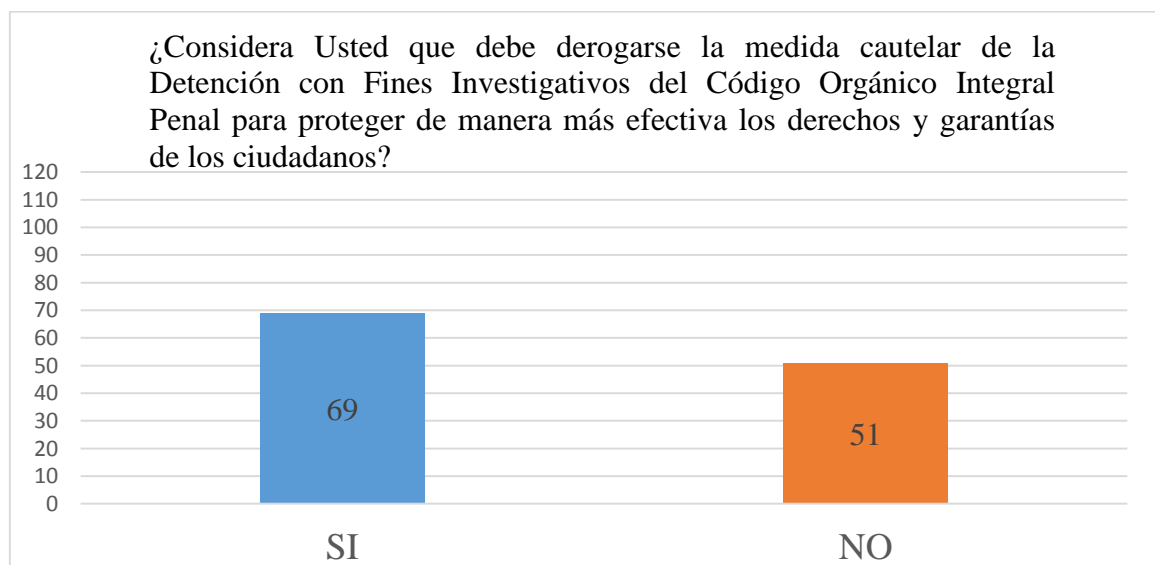


10.- ¿Considera Usted que debe derogarse la medida cautelar de la Detención con Fines Investigativos del Código Orgánico Integral Penal para proteger de manera más efectiva los derechos y garantías de los ciudadanos?

Tabla 10. ¿Considera Usted que debe derogarse la medida cautelar de la Detención con Fines Investigativos del Código Orgánico Integral Penal para proteger de manera más efectiva los derechos y garantías de los ciudadanos?

| VARIABLE | RESULTA DO | % |
|----------|---------------|-------|
| SI | 69 | 57,5% |
| NO | 51 | 42,5% |
| TOTAL | 120 | 100% |

Gráfico 10. ¿Considera Usted que debe derogarse la medida cautelar de la Detención con Fines Investigativos del Código Orgánico Integral Penal para proteger de manera más efectiva los derechos y garantías de los ciudadanos?



ANÁLISIS:

De los 120 abogados que fueron encuestados, 69 de ellos, lo que equivale al 57,5%, consideran que si debería derogarse la figura de la detención con fines investigativos; mientras que 51 de ellos opinan que no, lo que equivale al 42,5%, es decir que aunque la mayoría considere que debería derogarse, todavía existe dudas entre los profesionales del Derecho.



2.1 Conclusiones y recomendaciones de la investigación

2.1.1. Conclusiones

1. Conforme la investigación realizada respecto al alcance y contenido de los derechos fundamentales a la libertad, a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva consagrados en la Constitución del Ecuador vigente, en instrumentos internacionales de Derechos Humanos y con criterios de tratadistas nacionales e internacionales que hemos consultado, podemos decir que la medida cautelar de la detención con fines investigativos regulado en el Art. 530 del Código Orgánico Integral Penal, vulnera los derechos antes descritos, pero también transgrede el derecho al debido proceso.
2. El derecho a la libertad ambulatoria es uno de los bienes jurídicos más protegidos y garantizados en nuestra Constitución como por instrumentos internacionales de Derechos Humanos, por lo tanto, una persona al ser detenida debe ser llevada inmediatamente a órdenes de un Juez competente, para que mediante la previa instalación de una audiencia pública, oral y contradictoria, emita una resolución motivada respecto a la detención, garantías que no se cumplen dentro de nuestra legislación pues el sospechoso puede pasar detenido hasta por veinticuatro horas sin ser puesto inmediatamente en presencia del Juez garantista de derechos, así como tampoco existe la instalación de una audiencia en donde el Juez se pronuncie sobre tal detención, transgrediéndose de tal manera el derecho fundamental a la libertad ambulatoria, ya que toda limitación a la libertad que no constituya una pena conllevará a tal vulneración.

Conforme al Código Orgánico Integral Penal en el Artículo 520, numeral 3, establece las reglas para la aplicación de medidas cautelares y exige que debe existir necesariamente la instalación de un proceso penal, quedando la figura de la detención



con fines investigativos fuera de la posibilidad de poderse aplicar por el hecho de ser la investigación una etapa pre procesal.

3. El Código Orgánico Integral Penal 2014, no exige que para que proceda la detención con fines investigativos que existan elementos de convicción o indicios de responsabilidad, como sí lo hace para la prisión preventiva en el Artículo 534, fundándose la detención únicamente en la sospecha, propio de un Estado con un sistema penal inquisitivo, en donde se presume la peligrosidad o culpabilidad del individuo, pues la sospecha es únicamente un estado intelectual especulativo al que se llega mediante elementos dispersos, inciertos, equívocos y aparentes, transgrediéndose así el derecho fundamental a la presunción de inocencia, propio de un Estado Constitucional.

El Código de Procedimiento Penal que entró en vigencia en el año 2000, en su Artículo 164, a diferencia del Código Orgánico Integral Penal, exigía para que se cumpla una detención con fines investigativos, por lo menos, presunciones de responsabilidad, configurándose así la regresión de derechos, resultando inconstitucional de acuerdo a nuestra Constitución vigente.

4. El Juez al emitir una boleta con fines investigativos incumple su obligación de ejercer la tutela judicial efectiva de los derechos de los ciudadanos, pues los jueces al ser garantistas de derechos, deben invocar y aplicar en forma inmediata y directa los derechos y garantías consagrados en instrumentos internacionales y en la Constitución del Ecuador y asegurar a todas las personas que se encuentran dentro del territorio nacional, la vigencia y el pleno goce del derecho a la libertad ambulatoria, y a su presunción de inocencia, debiendo considerar que siempre debe preferirse aplicar las medidas cautelares no privativas de la libertad.



5. También existe vulneración al derecho al debido proceso, pues toda persona al gozar de la presunción de inocencia, nadie podrá ser considerado ni tratado como culpable, ni privado de su libertad mientras no exista una sentencia debidamente ejecutoriada que lo declare así; además, debe cumplirse con la notificación con la boleta emitida por el juez competente a la persona detenida, siendo esta el medio constitucional por el cual se materializa la aprehensión y debe ser inmediatamente puesto a órdenes de la autoridad competente. Al emitirse una orden de detención no quiere decir que esta sea constitucional ya que se necesita que sea fundamentada y sustentada dentro de un juicio penal, bajo el cumplimiento del principio de judicialidad, pues la judicialidad no radica sólo en que la orden de detención tenga su fuente en el juez, sino también que esta surja legalmente y con motivo de un proceso penal.
6. La reforma constitucional del Art. 77, num. 1 mediante consulta popular del año 2011 establece que la privación de la libertad deja de ser excepcional para no ser la regla general, vulnerando el principio de mínima intervención penal, resultando inconstitucional por constituir regresión de derechos, pues el derecho a la libertad debe ser garantizada en forma progresiva, brindando cada vez más garantías, en base a los principios de progresividad y no regresividad conforme lo garantiza el Artículo 11 numeral 8 de la Constitución de la República del Ecuador.

La detención resulta inconstitucional también por no tener base ni fundamento en la Constitución vigente, pues el mentado artículo reformado únicamente se refiere a al delito flagrante como excepción a la privación de la libertad hasta por veinticuatro horas y conforme al Art. 424 Ibídem “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.”



7. La figura de la detención investigativa no es una medida cautelar en sentido estricto, pues de la lectura de los Artículos 6, 520.1, 522 y 530 de Código Orgánico Integral Penal, refieren que para dictarse una medida cautelar debe existir un proceso debidamente instaurado porque las medidas cautelares se pueden dictar desde que se formulan de cargos hasta la etapa evaluatoria y preparatoria de juicio.

Tampoco cumple con la funciones de ser una medida cautelar porque conforme al Artículo 519 del Código Orgánico Integral Penal y de acuerdo al artículo 77 numeral 1 de la Constitución reformado mediante consulta popular, aprobado en referéndum y publicado en el R.O. No. 490, 13-VII- 2011, la detención con fines investigativos no garantiza la comparecencia del sospechoso, ni el cumplimiento de la pena, tampoco protege los derechos de las víctimas y evitar que se destruya pruebas.

8. La única finalidad que se verifica en la práctica al detener a una persona es obtener pruebas incriminatorias mediante la coacción, para así asegurar la prisión preventiva, la formulación de cargos y posteriormente su juzgamiento.

9. Las consecuencias negativas de detener a una persona basándose en una sospecha se ve reflejado también en el ámbito social y psicológico. En el perímetro social se produce una estigmatización, pues la sociedad va a ser la primera en realizar un prejuizgamiento, acusando al deteniendo de haber cometido o participado en un ilícito de instancia oficial lo cual conlleva a su progresiva deshumanización, aislamiento y falta de reconocimiento de sus derechos, esto se agrava por el mal manejo de redes sociales y un periodismo irresponsable, pudiendo llegar a convertirse en la víctima cuando se realiza justicia por mano propia. En el área psicológica se produce una grave crisis emocional dentro del cual el detenido pierde su autoestima, entran en un estado de depresión, incertidumbre, lo que puede llevar inclusive a cometer un acto de suicidio.



- 10.** Como resultado de la entrevista realizada a dos Jueces de lo Penal de la ciudad de Cuenca, tenemos criterios divididos; Para la Dra. Paola Beltrán la figura de la detención en la práctica podría vulnerar el derecho a la libertad ambulatoria, el derecho a la presunción de inocencia y el derechos al debido proceso por no cumplir con sus fines; no vulnera el derecho a la Tutela Judicial Efectiva por cuanto la norma establece un plazo de 24 horas; no cumpliría las funciones de ser una medida cautelar por tratarse de una etapa extrajudicial y por no encontrarse establecido en la Constitución de la República; no asegura la comparecencia del sospechoso a juicio porque esta figura se utiliza más bien como una forma de asegurar la prisión preventiva y de ahí asegura la comparecencia de la persona investigada a juicio; tampoco asegura el cumplimiento de la pena; Para el Dr. William Sangolquí Picón al dictarse una orden de detención se vulnera el Derecho a la libertad ambulatoria y el derecho al libre tránsito pero esta situación se sopesa por existir una autorización de orden jurisdiccional y de constitucionalidad; cumple con sus funciones de ser medida cautelar por restringir la libertad ambulatoria de las personas, no asegura la comparecencia del sospechosos a juicio porque la detención dura únicamente veinticuatro horas, no asegura el cumplimiento de la pena por el tema de duración de veinticuatro horas.
- 11.** De las encuestas realizadas a 120 profesionales del derecho penal, la gran mayoría se inclina a creer que la figura de la detención es inconstitucional y vulnera el derecho a la libertad personal, a la presunción de inocencia, la tutela judicial efectiva y también algunos abogados consideran que se trasgrede el debido proceso; no cumple con su función de ser una medida cautelar y consideran que los jueces y fiscales no lo aplican de forma correcta.



2.1.2. Recomendaciones

1. La Constitución del Ecuador garantiza que ninguna norma jurídica puede restringir o limitar los derechos y garantías reconocidos en instrumentos internacionales de Derechos Humanos y en la propia Constitución, siendo la figura de la Detención con Fines Investigativos limitante de derechos fundamentales, por lo que debe ser debatida y derogada por la Asamblea Nacional para dar cumplimiento a lo dispuesto en los diferentes instrumentos internacionales de Derechos Humanos a los cuales somos suscriptores y para plasmar los fines propios de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia .
2. El Estado ecuatoriano debe realizar campañas de información masiva, para que todas las personas conozcan sus derechos y puedan reclamarlas ante instancias nacionales e internacionales y ser indemnizadas conforme a la ley.
3. Los jueces y juezas deben tomar precaución en la debida aplicación de la norma jurídica, invocando no solo leyes de alcance nacional, sino más bien siempre aplicando las garantías establecidas en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, pues si existe una mala administración de la justicia, el Estado ecuatoriano puede ser llevado ante la Corte Interamericana y posteriormente ser sancionado, pudiendo el Estado reservarse el Derecho de Repetición en contra de los jueces o juezas que provocaron la vulneración de derechos.
4. Los jueces y juezas de acuerdo a lo que establece la Constitución del Ecuador 2008, deben aplicar medidas cautelares que no impliquen la privación de la libertad, debiendo preferir aplicar las medidas de la prohibición de salida del país, presentarse periódicamente ante la autoridad competente, arresto domiciliario y el dispositivo de vigilancia electrónica.



5. Se inicien campañas de concientización a los legisladores para que realicen un análisis profundo de la problemática.
6. Es necesario generar espacios de participación ciudadana, donde se puedan debatir estos temas con el fin de generar conciencia no solo en el Ecuador sino también en toda Latinoamérica y se pueda abolir las detenciones arbitrarias.
7. Continuar desarrollando investigaciones referente al tema que nos compete para que se siga garantizando y fortaleciendo el Derecho a la Libertad ambulatoria, el Derecho a la Presunción de Inocencia, el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y el Derecho al Debido Proceso.
8. Las diferentes Universidades del Ecuador deben difundir de una manera óptima a los estudiantes y a la ciudadanía en general los derechos garantizados en los diferentes instrumentos internacionales de Derechos Humanos, con el fin de generar en en los estudiantes un criterio crítico referente a la vulneración de derechos al producirse una detención con fines investigativos..



REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA:

- Aguas, J. (23 de septiembre de 2012). *Prezi*. Recuperado el 24 de septiembre de 2018, de <https://prezi.com/ostpkwlsqukv/caso-chaparro-alvarez-y-lapo-iniguez-vs-ecuador/>
- Aguilar, A. (2013). *Presunción de Inocencia* (1 ed.). México D.F., México: GVG Grupo Gráfico, S. a.
- Aguilar, M. (2015). *Presunción de Inocencia, Derecho Humano en el Sistema Penal Acusatorio* (Primera ed.). México D.F.: Instituto de la Judicatura Federal.
- Ambrocio, G. (29 de septiembre de 2010). *DerechoEcuador.com*. Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/pluralismo-juridico-y-derecho-indigena>
- Andrade, F. (2015). *Guía Índice del Código Integral Penal*. Cuenca: Fondo de Cultura Ecuatoriana.
- Araujo, P. (2014). *Consultor Penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Argudo, E. (2014). *La Acción Extraordinaria de Protección, el Sumak Kawsay y el Neoconstitucionalismo*. Guayaquil: Publigráfica Lituma.
- Arias, T. (2008). Ecuador un estado constitucional de derechos. *Revista del Grupo Democracia y Desarrollo Local*.
- Bachof, O. (2008). *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Balsells, M. (s.f.). *El Jurista*. Obtenido de <http://www.eljurista.eu/2014/11/11/diferencias-entre-el-derecho-a-la-presuncion-de-inocencia-y-el-principio-in-dubio-pro-reo/>
- Biglino, P. (2018). *Retos a la Libertad y Estado Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Blancarte, R. (2008). *Libertad Religiosa, Estado Laico y No Discriminación*. México D.F.
- Cabanellas, G. (2005). *Diccionario Jurídico Elemental*. 128.
- Carbonell, M. (2015). *Derecho Penal y Libertad* (1 edición ed.). México D.F.: Tirant lo Blanch.



Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez (Corte Interamericana de Derechos Humanos 21 de noviembre de 2007).

Chiabra, M. (2010). El Debido proceso legal y la Tutela jurisdiccional efectiva: más similitudes que diferencias. *Foro Jurídico*, 67-74.

Cornejo, J. (14 de septiembre de 2015). *DerechoEcuador.com*. Recuperado el 01 de octubre de 2018, de https://www.derechoecuador.com/principio-de-tutela-judicial-efectiva#_ftn2

Dermizaky, P. (2000). El Derecho a la Intimidad. *Ius et Praxis*, 177-193.

Díaz, F. (2017). *La presunción de inocencia y la indemnización por prisión preventiva*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Evans, E. (2005). La privacidad y la Inviolabilidad de la Correspondencia como Límites al Ejercicio de las Potestades Jurisdiccionales. *Revista Chilena de Derecho*, 32(3), 569-578.

Finnis, J. (1999). Derecho, Moral y Orientación Sexual. *Revista Persona y Derecho*, 583-620.

Galindo, J. (2009). Contenido del Derecho a la Integridad Personal. *Revista Derecho del Estado*, 89-129.

García, J. (2012). *Derecho Constitucional Indígena*. Resistencia : ConTexto.

González, L. (2012). La Libertad en parte del Pensamiento Filosófico Constitucional. *Cuestiones Constitucionales*.

Gordillo, D. (2015). *Manual Teórico Práctico de Derecho Constitucional* (1 ed.). Quito, Ecuador: Workhouse Procesal.

Granados, V. (04 de marzo de 2010). *Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL)*. Obtenido de <https://cejil.org/es/paraguay-condenado-violar-libertad-expresion-ricardo-canese>



- Haberle, P. (1997). *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. Perú: Fondo Editorial .
- Higa, C. (s.f.). El derecho a la Presunción de Inocencia Desde un Punto de Vista Cosntitucional. *PUCP*, 117.
- Hurtado, W. (04 de abril de 2018). *Diariojurídico.com*. Obtenido de <https://www.diariojuridico.com/elementos-del-estado-constitucional/>
- López, J. (01 de julio de 2011). *DerechoEcuador.com*. Recuperado el 17 de septiembre de 2018, de <https://www.derechoecuador.com/la-presuncion-de-inocencia-vs-la-presuncion-de-peligrosidad>
- Martín, L. (2005). *El horizonte del finalismo y el "derecho penal del enemigo"*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez, A. (2009). *La Liberta de Expresión de la Nueva Sociedad de Lla Información*. Cuenca: Monsalve Moreno.
- Nogueira, H. (2005). Consideraciones sobre le derecho fundamental a la presunción de inocencia. *Ius et Praxis*, 221-241.
- Nogueira, H. (2006). El Derecho a la Igualdad ante la Ley, no Discriminación y Acciones Positivas. *Revista de Derecho*, 61-100.
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la Lengua Española* (23 ed.). Obtenido de <http://dle.rae.es/?id=LhVbbK6>
- Revista Jurídica Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*. (25 de octubre de 2005). Recuperado el 15 de octubre de 2018, de www.revistajuridicaonline.com/2005/10/la-detencion/
- Rodríguez, Y., & Berbell, C. (16 de septiembre de 2014). *Confilegal*. Obtenido de <https://confilegal.com/20140917-diputada-regional-valenciana-procesada-supuestamente-parcialmente-sorda-mujer-tortazo-17092014-0038/>



Ruiz, G., & Carazo, M. J. (2013). *Derecho a la Tutela Judicial Efectiva* (1 ed.). Valencia, España: Tirant lo Blanch.

Salgado, C. (2012). *Calumnias, Injurias y otros Atentados al Honor* (1 ed.). Valencia, España: Tirant lo Blanch.

Sánchez, R. (2009). *El Estado Constitucional Configuración Histórica y Jurídica. Organización Funcional*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Usuga, D. (3 de mayo de 2010). *Derecho Probatorio*. Recuperado el 19 de octubre de 2018, de <http://derechoprobatorio2.blogspot.com/2010/05/los-indicios.html>

Vaca, R. (s.f.). *ANÁLISIS JURÍDICO*. Obtenido de <http://www.analisisjuridico.com/publicaciones/articulos/inconstitucionalidad-de-la-detencion-investigativa/>

Valdivieso, S. (2017). *Los Procedimientos en el Código Orgánico Integral Penal*. Cuenca: CARPOL.

Zabala, J. (2005). La Detención. *Revista Jurídica*.

TEXTOS PUBLICADOS EN INTERNET

Vaca, R. *Inconstitucionalidad de la Detención Investigativa*. Recuperado de <http://www.analisisjuridico.com/publicaciones/articulos/inconstitucionalidad-de-la-detencion-investigativa/>



LEGISLACIÓN

- Código Civil. Codificación 10. Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005
- Código del Comercio. Codificación 28. Registro Oficial Suplemento 1202 de 20-08-1960.
- Código Orgánico Integral Penal. S-R. 0. N° 180 del 10 de febrero del 2014.
- Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento 544 de 09-03-2009.
- Código de Procedimiento Penal. Registro Oficial Suplemento 360 de 13-01-2000
- Código de Trabajo. Codificación 17. Registro Oficial Suplemento 167 de 16-12-2005.
- Constitución de la Republica (2008). Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aprobada en Roma (1950).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1969.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III).
- Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 25 de noviembre de 1981, en resolución 36-55.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948.
- Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General, el 9 de diciembre de 1975, en su resolución 3452 (XXX).
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966, Resolución 2200 A (XXI).
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Constituyente francesa del 20 al 26 de agosto de 1789, aceptada por el Rey de Francia el 5 de octubre de 1789.
- Reglas Mínimas para el Tratamiento de Recluso, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra, en 1955.
- Resultados del Referéndum y Consulta Popular. Registro Oficial Suplemento 490 de 13-jul-2011



SENTENCIAS

Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. (21 de mayo de 1991) Sentencia n° 00943.

[M.P Bernal Aragón Barquero]

Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
Sentencia de 07 de septiembre de 2004



ANEXOS



ANEXO 1

PERFIL DE TESIS



Universidad de Cuenca

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS



ESCUELA DE DERECHO

CENTRO DE POSGRADOS

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL INTEGRAL

PROTOCOLO DE PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: EL PROCEDIMIENTO PENAL EN EL ECUADOR

**TÍTULO DEL PROYECTO: “ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA
DETENCIÓN CON FINES INVESTIGATIVOS EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE
DERECHOS”**

MAESTRANTE: Ab. Rodrigo Olmedo Fajardo Campoverde

DIRECTOR SUGERIDO: Dr. Simón Valdivieso

Cuenca, 12 de julio del 2017



ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA DETENCIÓN CON FINES INVESTIGATIVOS EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS

1. Fundamentación del problema:

La Constitución de la República del Ecuador 2008, en su Art. 76, numeral 2, reza: “Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su culpabilidad, mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”; coincidiendo con lo que estipula el Código Orgánico Integral Penal en el Art. 5, numeral 4 “Toda persona mantiene su status jurídico de inocencia y debe ser tratado como tal...”, garantizando de esta manera a toda persona ecuatoriana su estado de inocencia mientras no se demuestre lo contrario.

El Art. 530 del Código Orgánico Integral Penal manifiesta “La o el juzgador, por pedido motivado de la lo el fiscal, podrá ordenar la detención de un apersona, con fines investigativos”, permitiéndose así la detención de cualquier persona sin que exista una prueba de la responsabilidad de la misma, vulnerándose el principio de inocencia y el derecho a la libertad reconocidos en nuestra Constitución de la República y en instrumentos internacionales, pues para que una persona pueda ser detenida debe ser imperioso que se demuestre la autoría y culpabilidad con pruebas suficientes, mediante un debido proceso y dentro de un juicio adversarial.

En un Estado Constitucional de Derechos y Justicia no es aceptable que se pueda detener a una persona sin primero haber sido sometido a un debido proceso judicial, para posteriormente mantenerla privada de su libertad, inclusive en muchos casos por un tiempo mayor de 24 horas, pues la detención debe aplicarse únicamente a quienes hayan realizado una conducta penalmente relevante, porque de lo contrario estaríamos ante un evidente estado tiránico en donde cualquier persona puede ser detenida con el pretexto de amedrentarlo o hacerlo callar.

2. Estado del Arte

Lorenzo M. Bujosa Vadel; Año: 2013; Objeto de estudio: La detención desde la perspectiva de la Policía local en España. España

Descripción: Desde la perspectiva de la policía española manifiestan que la aplicación de la privación de libertad conlleva una serie de problemas y especialidades que merecen una atención detenida y una valoración jurídica, sobre todo desde el punto de vista de la valoración de las pruebas conseguidas en estos procesos y se refiere, en concreto, a la utilización de las declaraciones obtenidas por la policía para fundar una sentencia condenatoria.



Resultados de la investigación:

Las actuaciones policiales que deben realizarse con el detenido antes de ponerlo a disposición judicial, deben poner a buen recaudo sus derechos los cuales en la historia reciente del proceso penal no han sido siempre reconocidos, por mucho que tengan su homologación internacional.

Debe cuidarse, el respeto por las garantías del proceso justo, pues, de lo contrario, nos podemos encontrar con que las fuentes probatorias obtenidas por estos funcionarios son las únicas con las que se cuenta, y la fuerza de los argumentos del poder público en esos supuestos sea muy limitada y escasamente efectiva. No debe ser considerada esta limitación como una desconfianza frente a las fuerzas y cuerpos de seguridad, y en especial ante las locales, sino como una simple advertencia de la necesidad de realizar su importante labor de manera concienzuda, cumpliendo con las garantías mínimas y limitando los derechos fundamentales solo en la medida en que sea estrictamente imprescindible.

Diego Falcone Salas; Año: 2012; Objeto de estudio: Concepto y sistematización de la detención ilegal en el proceso penal chileno.

Descripción: Se pretende en este artículo contribuir a precisar en qué consiste la detención ilegal y proponer una manera de sistematizar las hipótesis en que se presenta, con ocasión de un proceso penal.

Resultados: Hace referencia al juicio sobre la legalidad de la detención. Establece la necesidad del control a posteriori, pero ex – ante, ya que sólo así se puede dimensionar adecuadamente la corrección jurídica, en el actuar de quienes ejecutan la detención. Concluye que, a quien corresponde acreditar la corrección en su actuar es al Estado, y no al revés, que el imputado deba probar que ha sido sometido a una detención ilegal.

3. Objetivos

3.1 Objetivo General.- Identificar los principios y derechos constitucionales vulnerados al detener a una persona con fines investigativos como lo establece el Art. 530 del Código Orgánico Integral Penal.

3.2. Objetivos específicos:

- a) Definir Doctrinariamente el derecho a la libertad y al principio de inocencia.
- b) Analizar el significado de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia.
- c) Diagnosticar los efectos y consecuencias jurídicas y sociales negativas producidas por la detención con fines investigativos.



4. Pregunta de Investigación:

¿De acuerdo a cómo se encuentra regulada la detención con fines investigativos, existe riesgo de que se vulneren principios y derechos constitucionales?; en caso afirmativo, ¿Cuáles serían estos?

5. Marco Teórico

El debido proceso se encuentra garantizado en nuestra Constitución de la República 2008, en el Art. 76, consagra que “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 2. Se presumirá la inocencia de toda persona...”

El Código Orgánico Integral Penal en el Art. 5, numeral 4 “Toda persona mantiene su status jurídico de inocencia y debe ser tratado como tal...”,

De las normas citadas, se deduce, que nos encontramos ante la presencia de la presunción de inocencia, reconocidos por las modernas sociedades democráticas constituyendo un limitante al poder del Estado, como así categóricamente lo sostiene Julio Maier (1950) “una garantía frente al Poder del Estado y representa una limitación al poder estatal”.

Según el autor Dr. Ricardo Vaca Andrade, la detención, temporal o provisional, tiene por finalidad privar de la libertad a una persona contra la cual existan presunciones de responsabilidad de haber cometido, o de haber participado en la comisión de un delito de acción pública, con el exclusivo propósito de investigarle.

Esta es la finalidad esencialmente jurídica a la que hacen referencia las disposiciones legales, castigar al supuesto delincuente anticipándose al proceso. Sólo como algo complementario, y en adición a esos injurídicos “fines” se concibe a la detención, como un mecanismo posterior o secundario, para investigar la posible responsabilidad de la persona en el delito que se pesquisa, cuando en realidad, en estricto sentido jurídico, ese es y debería ser el único objetivo primordial y básico.

La detención no puede darse para fines ajenos a los procesales, penalmente relevantes. No debemos olvidar que en gobiernos dictatoriales o autoritarios, con cualquier pretexto, se detuvo a los opositores, a los contestatarios, a los dirigentes gremiales o populares a los que se quiso amedrentar o callar, a veces para siempre, aunque a la mayoría se les devolvió la libertad de inmediato, luego de haberles sometido a interrogatorios rigurosos, vejámenes, humillaciones y advertencias en los que se les transmitió un claro mensaje.

La detención tampoco procede contra los que son simplemente sospechosos de haber cometido delitos indeterminados, pertenecer a bandas o pandillas, o ser sujetos peligrosos por



su raza, condición económica o convicciones personales. Una sentencia de la sala constitucional de Costa Rica, lo dice de manera enfática: “nunca procede la detención de sospechosos”, al tiempo que se llama la atención de los jueces, a quienes se hace notar que “no pueden mantener detenciones sin elementos de convicción suficientes para tener como probablemente fundada la comisión del hecho y la participación del encausado en el mismo”.

Es, por tanto, una medida cautelar necesaria, temporal, legal, de tipo investigativo y de carácter personal. El autor argentino CLARÍA OLMEDO, dice: “es el acto mediante el cual se priva de la libertad locomotiva a un ciudadano debido a que es posible autor de delito, o cuando menos, ha participado en su comisión y por eso puede tener responsabilidad penal”. El verdadero fundamento de la orden de detención es que existan “presunciones de responsabilidad” por el cometimiento de un delito de acción pública; mas, como es bien sabido, las presunciones de responsabilidad son sustancialmente distintas de las simples sospechas, las que, por lo general, son infundadas por ser subjetivas. Presumir no es lo mismo que sospechar: La presunción debe ser fundada, estar basada en indicios, en tanto que la sospecha es, generalmente, infundada, precisamente, porque es subjetiva.

El autor Antonio DELLEPIANE dice: “¿Qué es un indicio? Es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y, en general, todo hecho conocido, o mejor dicho debidamente comprobado, susceptible de llevarnos por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido”.

Queda claro, entonces, que para privar de la libertad a una persona con la finalidad específica de investigarle en relación con su posible responsabilidad en un delito determinado deben existir presunciones de que lo ha cometido o ha tomado parte en su perpetración, como cómplice o encubridor. No se puede, por tanto, detener a una persona para averiguarle qué sabe o qué conoce acerca de un hecho no definido como delito, no tipificado (como un movimiento político, por ejemplo), o acerca del cual ni siquiera existe certeza de que sea tal; o peor aún, acerca del comportamiento, vida o conducta de otra persona, un tercero, amigo, pariente o relacionado, como ocurre con alguna frecuencia, pues estos procedimientos son abiertamente inconstitucionales y abusivos.

6. Metodología.- La investigación de la presente tesis se basará en la modalidad cuali-cuantitativa con énfasis en lo cualitativo por la descripción de los hechos que se investigarán. Se utilizarán los siguientes métodos:

- **Método Histórico-Sociológico.-** Se analizará la aparición y evolución de la detención con fines investigativos en el Ecuador.
- **Método Analítico Sintético.-** Se analizarán los hechos o elementos dispersos bajo un sistema unificado, y que permitirá su comprensión general y particular en todo evento de discusión.



- **Método Deductivo.-** Puesto que iremos de lo general a lo particular, como complemento obligatorio del método antes anotado.
- **Técnicas**
- Encuestas a 120 profesionales del Derecho
- Entrevistas a dos Jueces de lo Penal

7. Esquema Tentativo.-

CAPITULO I

MARCO TEÓRICO

EPÍGRAFE 1.- LA DETENCIÓN CON FINES INVESTIGATIVOS

1.1. La Detención

- 1.1.1. La Detención y Prisión
- 1.1.2. Finalidad de la Detención
- 1.1.3. La presunción de responsabilidad en la detención
- 1.1.4. Lapso de Detención
- 1.1.5. La motivación de la Detención
- 1.1.6. La privación de la libertad con fines de investigación
- 1.1.7. La Detención como medida cautelar

EPÍGRAFE 2.- EL DERECHO A LA LIBERTAD

- 2.1. Definiciones y conceptos de Libertad
- 2.2. Alcances del derecho a la Libertad
 - 2.2.1. El derecho a la integridad personal
 - 2.2.2. El derecho a la igualdad
 - 2.2.3. El derecho a la no discriminación
 - 2.2.4. El derecho a expresar y opinar libremente
 - 2.2.5. El derecho a practicar, conservar, cambiar, profesar en público o en privado, su religión o sus creencias
 - 2.2.6. El derecho a tomar decisiones sobre su orientación sexual
 - 2.2.7. El derecho a no ser obligado a declarar sobre sí mismo
 - 2.2.8. El derecho a transitar libremente por el territorio nacional
 - 2.2.9. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva
 - 2.2.10. El derecho al honor y al buen nombre
 - 2.2.11. El derecho a la intimidad personal y familiar.
 - 2.2.12. El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual
- 2.3. La detención como procedimiento que viola los derechos de libertad



EPÍGRAFE 3.- EL PRINCIPIO DE PRESUNCION DE INOCENCIA

- 3.1 Definiciones y conceptos de Inocencia
- 3.2. Clasificación de la presunción
- 3.3. Importancia del principio de inocencia
- 3.4. La presunción de inocencia y la presunción de peligrosidad
- 3.5. La presunción de inocencia y la carga de la prueba
- 3.6. La presunción de inocencia reglas y garantías
- 3.7. Alcance del principio de presunción de inocencia
- 3.8. La detención como procedimiento que viola el principio de inocencia
- 3.9. Análisis según entidades internacionales

EPÍGRAFE 4.- LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

- 4.1. Generalidades
- 4.2. La tutela judicial efectiva como derecho fundamental del Estado Constitucional de Derechos y Justicia
- 4.3. Tutela judicial efectiva y el debido proceso
- 4.4. Importancia de la tutela judicial efectiva
- 4.5. Sujetos de la tutela judicial efectiva
- 4.6. La detención como procedimiento que viola a la tutela judicial efectiva

CAPÍTULO II

VALIDACIÓN Y/O EVALUACIÓN DE RESULTADOS DE SU APLICACIÓN

- 2.1 Conclusiones y recomendaciones de la investigación
 - 2.1.1. Conclusiones
 - 2.1.2. Recomendaciones
- 2.2. Referencias y Bibliografía
- 2.3. Anexos



8.- CRONOGRAMA DE EJECUCIÓN

| Meses y Semanas Actividades | 1 Enero | | | 2 Febrero | | | 3 Marzo | | | 4 Abril | | | 5 Mayo | | |
|--------------------------------|------------|---|---|--------------|---|---|------------|---|---|------------|---|---|-----------|---|---|
| | | | | | | | | | | | | | | | |
| | | | | | | | | | | 1 | | | 1 | | |
| 1. Selección del Tema | ■ | ■ | ■ | | | | | | | | | | | | |
| 2. Delimitación del Tema | | | ■ | | | | | | | | | | | | |
| 3. Pregunta de Investigación | | | ■ | | | | | | | | | | | | |
| 4. Objetivos de Investigación | | | | ■ | | | | | | | | | | | |
| 5. Justificación | | | | ■ | | | | | | | | | | | |
| 6. Hipótesis | | | | | ■ | | | | | | | | | | |
| 7. Diseño de Investigación | | | | | ■ | ■ | | | | | | | | | |
| 8. Cronograma | | | | | | | ■ | | | | | | | | |
| 9. 1ª entrega de portafolio | | | | | | | ■ | | | | | | | | |
| 10. Marco Teórico | | | | | | | | ■ | ■ | | | | | | |
| 11. Diseño de Instrumentos | | | | | | | | | ■ | | | | | | |
| 12. Recolección de datos | | | | | | | | | ■ | ■ | ■ | ■ | | | |
| 13. Trabajo de campo | | | | | | | | | | | | | ■ | ■ | |
| 14. Análisis de información | | | | | | | | | | | | | | ■ | |
| 15. 1ª entrega de capitulado | | | | | | | | | | | | | | | ■ |
| 16. Correcciones | | | | | | | | | | | | | | ■ | ■ |
| 17. 2ª entrega de capitulado | | | | | | | | | | | | | | | |
| 18. Coloquio | | | | | | | | | | | | | | | ■ |



9.- REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA

- Bujosa V., L. M. (2013). La detención desde la perspectiva de la Policía local en España. *Revista Criminalidad*, Vol. 55 (2): 99-118.
- Falcone D. (2012). Concepto y sistematización de la detención ilegal en el proceso penal chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 433 – 495.
- MERINO, Wilson “Caución Negada por antecedente judicial”, Quito. 2013.
- CARBONELL, Miguel “Derechos Humanos: Origen y desarrollo” Quito, abril 2013.
- Declaración Americana de los Derechos del Hombre de 1948, Bogotá
- Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.
- Constitución de la República del Ecuador 2008
- Código Orgánico Integral Penal



ANEXO 2

FORMATO DE

ENTREVISTA Y

ENCUESTAS



UNIVERSIDAD DE CUENCA



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

ESCUELA DE DERECHO

CENTRO DE POSGRADOS

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL INTEGRAL

TEMA: “ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA DETENCIÓN CON FINES INVESTIGATIVOS EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS”

ENTREVISTA REALIZADA A JUECES Y JUEZAS DE LO PENAL DE LA CIUDAD DE CUENCA

- 1.- A su criterio, describa usted ¿en qué consiste la detención con fines investigativos?**
- 2.- ¿Considera usted acertado que la detención con fines investigativos conste dentro del COIP como una medida cautelar?**
- 3.- ¿Según su criterio, la detención con fines investigativos asegura la comparecencia del sospechoso a juicio?**
- 4.- ¿Según su criterio, la detención con fines investigativos asegura el cumplimiento de la pena del detenido?**
- 5.- ¿Considera usted que al detener a una persona, con el fin de investigarle, se vulneran derechos y garantías constitucionales? De ser afirmativo, ¿Qué derechos piensa que se transgreden?**
- 6.- ¿A su criterio, al emitirse una boleta de detención con fines investigativos se vulnera el derecho de las personas a su presunción de inocencia?**



- 7.- Cuando una persona es detenida mediante orden judicial y la investigación no ha obtenido ningún resultado, ¿se vulnera el derecho a la libertad personal?**
- 8.- ¿Cuándo una persona es detenida mediante orden judicial, al no ser puesto inmediatamente a las órdenes del Juez competente, se vulnera el derecho a la Tutela Judicial Efectiva?**
- 9.- ¿Conoce usted casos en el que una persona haya pasado más de veinticuatro horas detenido bajo esta medida cautelar?**
- 10.- ¿Cuáles son las razones jurídicas que usted considera al momento de ordenar una detención con fines investigativos?**
- 11.- Usted como juez, ¿controla que la detención con fines investigativos cumpla con su finalidad?**
- 12.- ¿Ha llegado a tener conocimiento de una orden de detención que no ha cumplido con su finalidad? En caso de ser positivo, ¿Qué medidas ha tomado al respecto?**



Universidad de Cuenca

UNIVERSIDAD DE CUENCA



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

ESCUELA DE DERECHO

CENTRO DE POSGRADOS

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL INTEGRAL

TEMA: “ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA DETENCIÓN CON FINES INVESTIGATIVOS EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS”

ENCUESTA DIRIGIDA A PROFESIONALES DEL DERECHO DE LA CIUDAD DE CUENCA

1.- ¿Conoce Usted que es la detención con fines investigativos?

Si

No

2.- A su criterio, ¿la detención con fines investigativos cumple con la función de ser una medida cautelar?

Si

No

3.- A su criterio, ¿es Constitucional la detención con fines investigativos?

Si

No



4.- A su criterio, ¿cuáles de los siguientes Derechos se vulneran al detener a una persona con fines investigativos?

- a) El Derecho a la Libertad
- b) El Derecho a la Presunción de Inocencia
- c) El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva
- d) Todos
- e) Ninguno

5.- ¿Conoce o ha tenido en el ejercicio de su profesión casos en el que han detenido a un cliente con fines investigativos?

Si

No

6.- ¿Cree usted que la detención con fines investigativos, los Jueces y Fiscales, lo aplican de manera correcta?

Si

No

7.- De su experiencia profesional, ¿Los fiscales solicitan de manera fundamentada la medida de la detención con fines investigativos?

Si

No

8.- De su experiencia profesional, ¿Los jueces al ordenar la detención con fines investigativos, lo conceden motivadamente?

Si

No



9.- De su experiencia profesional, el juez al ser garantista de derechos ¿realiza un seguimiento para determinar si se cumplen con los fines al detener a una persona?

Si

No

10.- ¿Considera Usted que debe derogarse la medida cautelar de la Detención con Fines Investigativos del Código Orgánico Integral Penal para proteger de manera más efectiva los derechos y garantías de los ciudadanos?

Si

No

| Nombre y Apellidos | Núm. Cédula | Firma |
|--------------------|-------------|-------|
| | | |