



FACULTAD DE DERECHO

**LA ADOPCIÓN Y APLICACIÓN DEL GARANTISMO PENAL RECONOCIDO EN
LOS ARTS. 76 Y 77 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR**

**Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos
establecidos para optar por el título de Abogado de los Juzgados y
Tribunales de la República del Ecuador**

Profesor Guía:

Abg. Nicolás Burneo Arias

Autor:

José Andrés Charry Dávalos

2014

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan el Trabajo de Titulación”

Nicolás Burneo Arias

Abogado

C.C. 171184463-7

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”

José Andrés Charry Dávalos
C.C. 171220317-1

AGRADECIMIENTOS

Las bendiciones que recibo cada día, siendo esta una más de ellas, se lo agradezco a Dios.

A mis padres por su incondicional amor, enseñanza y apoyo, a mis hermanos por estar siempre ahí, a la flaca por su aliento, y, a mis amigos y familia que fueron parte de esta etapa de mi vida.

DEDICATORIA

Quiero dedicarlo a mis padres la terminación de este trabajo; no sólo es mi esfuerzo, es un reconocimiento, un triunfo a la labor y esfuerzo hecho por ellos durante toda mi vida, para culminar una etapa más de crecimiento.

RESUMEN

En un Estado de Derechos y Justicia como el que vive el Ecuador, donde de acuerdo a los lineamientos del neoconstitucionalismo los Derechos Fundamentales son fin para los Estados, y los Derechos Fundamentales someten a todos los poderes del Estado a su cumplimiento; además de respeto, el debido proceso adquiere vital importancia.

El debido proceso, como un conjunto de derechos y garantías que limitan el accionar del Estado, que exigen el respeto a la dignidad humana a través de procedimientos justos, se convierte en un pilar fundamental para la concepción de un Estado garantista.

Dentro del debido proceso se encuentra el principio de inocencia como una garantía fundamental para poder asegurar los demás derechos que componen este conjunto de garantías, ya que si se viola una garantía del debido proceso no se está respetando el estado de inocencia del afectado.

Sin embargo, como toda garantía tiene sus excepciones, de aquí nace el conflicto específico que se desarrollará en el presente trabajo, reflejando como la aplicación del principio de inocencia no se cumple a cabalidad, pero también, como otra figura jurídica como son las medidas alternativas a la prisión preventiva, limitan, se contraponen y crean un conflicto en el respeto del principio de inocencia.

La sola aplicación de una medida alternativa a la prisión preventiva ya genera un conflicto, más aún cuando se contrapone con la condición de inocente garantizada por la Constitución. Por más que la Constitución, y la Ley determinen los presupuestos para aplicar ambas figuras jurídicas, la falta de acatamiento a estos preceptos normativos han generado la vulneración del derecho de los ciudadanos a ser tratados como inocentes.

ABSTRACT

The due process is extremely important in a state of rights and justice as Ecuador, where according to the neoconstitutional guidelines the fundamental rights are aims of the states, and these rights submit all the governmental branches to compliance the law.

The due process, as a group of rights and guaranties that limits the state action and requires respect to human dignity through fair procedures, turns to be a fundamental pillar for the conception of a state that within its laws protects the citizen's rights and guaranties.

Within the due process, there is the principle of innocence as a fundamental guaranty to ensure the rest of the rights. If a guaranty of the due process is violated the state of innocence is affected.

Nevertheless, as every guaranty has its exceptions, in this work a specific conflict will show a non-fully application of the principle of innocence and how legal entities as alternatives of preventive prison, limit, and set against.

The application of an alternative extent to preventive prison is a conflict, even more if it is set against the innocence condition guaranteed by the Constitution. Even though the Constitution and the Law determine the application of both legal entities the lack of compliance produces the vulnerability of the citizen's rights to be treated as innocent.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I AMBITO DE APLICACIÓN	8
1.1. Neoconstitucionalismo	8
1.2. Garantismo Penal	12
1.3. Constitución de la República de Ecuador.	17
CAPÍTULO II DEBIDO PROCESO	20
2.1 Definición y fundamento	20
2.2. Reconocimiento normativo	47
2.3. Implicaciones	50
2.4 Necesidad	51
2.5 Importancia.....	51
2.6 Conflictos	52
2.6.1 Libertad	54
CAPÍTULO III PRINCIPIO DE INOCENCIA.....	62
3.1. Definición	62
3.1.1. Presunción	62
3.1.2. Inocencia	63
3.1.3. Presunción de inocencia.....	64
3.2. Fundamento	66
3.3. Reconocimiento Normativo.....	69

3.4.Evolución de la Presunción de Inocencia.....	71
3.4.1.Imperio Romano	71
3.4.2.Edad Media.....	72
3.4.3.Edad Moderna	74
3.4.4.Nazismo y Fascismo.....	76
3.4.5. Declaración de los Derechos Humanos.....	77
3.4.6. Patriot Act.	79
3.5. Implicaciones	80
3.6. Necesidad.....	85
3.7. Importancia.....	88
3.8 Crítica.....	89

CAPÍTULO IV MEDIDAS ALTERNATIVAS A

LA PRISIÓN PREVENTIVA	92
4.1 Prisión Preventiva	92
4.1.1 Concepto	92
4.1.2. Aplicación	94
4.1.3. Necesidad.....	100
4.1.4. Importancia	100
4.1.5. Conflictos	101
4.2. Definición	102
4.3. Fundamento	107
4.4. Reconocimiento Normativo.....	108
4.5. Evolución	113

4.6. Implicaciones	116
4.7. Necesidad.....	121
4.8. Importancia.....	121
4.9. Crítica.....	122
CAPÍTULO V LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE INOCENCIA ANTE LA DISPOSICIÓN DE MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	124
5.1 Primer Nivel: Afectación General	124
5.2 Segundo Nivel: Aplicación de las Medidas Alternativas a la Prisión Preventiva	128
5.2.1 Falta de uso de la las medidas alternativas a la prisión preventiva.....	129
5.2.2 Falta de motivación de las medidas alternativas a la prisión preventiva.	132
5.3 Tercer Nivel: Arraigos	133
5.4 Quinto Nivel: Motivación Jurídica.....	138
CAPÍTULO VI SOLUCIONES	145
6.1. Correcta Aplicación de la Ley	145
6.1.1. Capacitación a los Operadores de Justicia	148
6.2. La Ponderación	150
6.2.1. Análisis Previo	151
6.3. Concepto.....	152
6.3.1 Implicaciones	153

6.3.2. Derechos como Mandatos de Optimización	153
6.4. Principio de la Proporcionalidad.....	153
6.5. Aplicación al Conflicto.....	156
6.6. Argumento Final.....	158
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	160
CONCLUSIONES	160
RECOMENDACIONES	166
REFERENCIAS	168

INTRODUCCIÓN

Después del asesinato de Abraham Lincoln, se buscó a los responsables de tan reprochable acto de todas las maneras posibles. Uno de los implicados en este proceso era el joven John Surratt, que posterior al asesinato se dio a la fuga, sin embargo, los esfuerzos de la policía y las exigencias estatales de encontrar a un culpable llevaron a las autoridades a procesar a la madre del muchacho, la señora Mary Surratt, por un supuesto delito de conspiración en el asesinato del ex presidente de los Estados Unidos.

Lamentablemente el juicio de la señora Surratt se vio inmerso de varias ilegalidades, tales como pruebas falsas, testigos falsos, y principalmente, un tribunal compuesto solamente por militares; todas circunstancias que no permitieron que el proceso ni la procesada tenga las debidas garantías, terminando con sentencia condenatoria y el colgamiento de Mary Surratt un fatídico 7 de julio de 1865.

El ciudadano francés Daniel Tibi fue arrestado el 27 de septiembre de 1995 en las calles de la ciudad de Quito por la policía ecuatoriana, siendo trasladado posteriormente a un centro de reclusión en la ciudad de Guayaquil. Dentro de este proceso de detención el ciudadano fue privado de su derecho a la defensa, no tuvo contacto con un abogado el primer mes dentro del centro penitenciario, no se le leyeron sus derechos, no se le informó el motivo de su detención, ni la autoridad emisora de la orden, y finalmente, estuvo detenido por 25 meses por concepto de prisión preventiva.

El Estado Ecuatoriano no le brindó las debidas garantías al señor Tibi, puesto que no respetó el principio de inocente del ciudadano, todo lo contrario, el señor Tibi fue tratado como culpable desde su detención.

Entre estos dos procesos a pesar de estar tan separados cronológicamente uno de otro, se trató a los implicados como culpables de los delitos que supuestamente habían cometido. En ambos, el estado de inocencia no fue ni siquiera considerada para el actuar de las autoridades, más bien, actuaron claramente influenciados por una presunción de culpabilidad, que vulneró como consecuencia el debido proceso.

A pesar de los avances de la civilización, la tecnología, la economía, de las diferentes corrientes de paz, los distintos procesos de concienciación para fortalecer la cultura de paz, las diferentes herramientas empleadas para la prevención y represión de los delitos; dentro de la civilización no cesan las acciones punibles, siguen y seguirán existiendo en el día a día de las sociedades.

Pero así como se debe buscar la reducción de los delitos, también es objeto del Derecho Penal, controlar y reducir la violencia en la reacción del Estado frente a los mismos, así lo establece el tratadista Luigi Ferrajoli (2010, pp.124) cuando expone:

"la minimización del dolor inflingido a los individuos en las relaciones entre ellos, a través de la prohibición y sanción como delitos de las ofensas producidas a los derechos de los demás; y la minimización del dolor inflingido por el Estado bajo la forma de penas, a través de los límites a las mismas impuestas por los derechos de libertad sobre todo su potestad de prohibir, es decir, de configurar como delitos el ejercicio de libertades fundamentales o comportamientos ofensivos, y en segundo lugar a su potestad de castigar a través de límites impuestos por las garantías procesales."

Dentro del pensamiento de controlar tanto la acción individual como la acción estatal a través del Derecho Penal, nace la teoría del "Garantismo", teoría

desarrollada principalmente en los años sesenta como respuesta a las atrocidades vividas en el mundo entero por el nazismo y el fascismo.

Se vio dentro de la sociedad la imperiosa necesidad de establecer límites al propio Estado, obligaciones inamovibles mediante el uso de Constituciones rígidas, que sometan al Estado a su lineamiento y preceptos sin importar la tendencia ideológica, gobierno de turno, creencias religiosas, etc.

Estos límites, son los derechos y garantías inherentes a todos los seres humanos por el solo hecho de pertenecer a la especie humana, mismos que se ven positivizados a través de las cartas constitutivas de los Estados, además de en diversos Tratados Internacionales. Estos derechos y garantías establecen un límite para cualquier Estado, que no sólo debe respetar sino también garantizar que no se produzca, bajo ningún concepto, cualquier violación al mismo.

Sin embargo, el pensar que por el solo establecimiento de derechos en las Cartas Magnas de los países cesarían los abusos estatales, es pensar en una utopía, tanto o más utópico que pensar que el establecimiento de conductas punibles cesará por completo las mismas.

La obligación del Estado de garantizar los derechos, es parte de un derecho penal garantista que “establece instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por parte de otros y (sobre todo) por parte del poder estatal” (Gascón, 2005, pp. 21); lo que implica no solamente el reconocer derechos a los ciudadanos, también proteger a los mismos de las amenazas que existan o puedan llegar a existir.

Dentro de este llamado garantismo penal que asegura que el Estado no reaccione de manera abusiva frente a los delitos cometidos por las personas desviadas, encontramos una gama de principios dirigidos a una mejor protección y garantía

de los derechos de los ciudadanos involucrados en un proceso penal, reconocidos bajo el concepto del debido proceso.

El debido proceso como conjunto de derechos y garantías para las personas que se ven involucradas en cualquier proceso que decida sobre sus derechos, permite a los ciudadanos el respeto a su dignidad a través de procedimientos justos, lejos de cualquier abuso estatal.

Uno de los principios que compone este debido proceso es el de inocencia al que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia *Tibi vs. Ecuador* reconoció una importancia fundamental en el reconocimiento de los demás principios cuando señaló:

"La Corte Interamericana ha afirmado en la sentencia del caso *Suárez Rosero*, del 12 de noviembre de 1987, y lo reitera en la sentencia del presente caso, que el principio de presunción de inocencia constituye el fundamento de las garantías judiciales. En efecto, éstas se organizan en torno a la idea de la inocencia, que no bloquea la persecución penal, pero la racionaliza y encauza." (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004, pp. 122)

Principio que a pesar de ser común dentro de la cultura no solo penal sino jurídica del país y de la comunidad internacional, no termina siendo claro en cuanto a sus implicaciones, sus características, sus limitaciones, o tal vez y con mayor probabilidad siendo claro, las autoridades no lo aplican correctamente.

Por un camino paralelo como un avance dentro de la cultura jurídica ecuatoriana aparece la figura de la prisión preventiva. Esta figura le permite al Estado, bajo el cumplimiento de requisitos para su ejecución, mantener privado de libertad a una persona involucrada en un proceso penal, aún sin haber sido declarada culpable en juicio oral, público donde se hayan respetado todas las garantías.

Por más del alto impacto que puede tener una medida como la de la prisión preventiva, es indudable que la misma responde a un avance dentro de la cultura penal, en comparación con las acciones que se tenían antes para realizar los procesos de juzgamiento, donde la prisión preventiva, no tenía en tiempos pasados un límite, se podía estar en prisión preventiva toda la vida.

Sin embargo, es necesario en este punto hacerse una pregunta ¿Una persona que está sufriendo la medida de la prisión preventiva está siendo tratada como inocente? La respuesta parecería tan sencilla como ¡no! Sin embargo, el tema tiene una serie de complicaciones y situaciones que hacen de esta medida una herramienta lamentablemente necesaria.

La prisión preventiva actualmente es vista como la última medida a ser aplicada, sólo se aplica cuando es absolutamente necesaria, además, se deben cumplir los requisitos constitucionales y legales. De esta afirmación nace una nueva pregunta ¿Qué se debe aplicar en vez de la prisión preventiva?

Es en este punto del desarrollo, donde es necesario mencionar a las medidas alternativas a la prisión preventiva, mismas que deberían ser aplicadas en preferencia y por regla general, dejando a la prisión preventiva como la última herramienta a usar por el Estado dentro de un proceso penal.

A pesar de esta afirmación se demostrará dentro del presente trabajo, como este objetivo plasmado en la Constitución del respeto del estado de inocencia de una persona, y el uso racional además de excepcional de la prisión preventiva, no es una realidad en el Ecuador.

Las medidas alternativas a la prisión preventiva es una figura jurídica cuyo contenido va más acorde a los principios del derecho penal mínimo, mientras que la figura de la prisión preventiva está más distante de estos principios. Se puede utilizar como guía a lo que establece Ferrajoli (2011, pp. 116) cuando expone:

"La certeza de un derecho penal máximo está en que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que también algún inocente sea castigado. La certeza perseguida por el derecho penal mínimo está, al contrario, en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune".

De esta afirmación se puede deducir que las medidas alternativas son más acordes a este principio que ningún inocente sea tratado como culpable, ni sufra antes de la sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada, la pena de un delito que pudo, como no pudo haber cometido.

Indudablemente en este punto, se debe afirmar que las consecuencias sobre una persona que sufrió la medida de la prisión preventiva, son mucho más gravosas, en comparación de las consecuencias dejadas por una medida alternativa, que si bien es cierto, tampoco implica que el procesado sea tratado como inocente; ciertamente está más cercano a este principio que aplicando la medida de la prisión preventiva.

Pero las consecuencias menos gravosas de la aplicación de las medidas alternativas a la prisión preventiva, no quiere decir que estas en su uso estén exentas de requerimientos constitucionales, legales; y que en esencia, al seguir coartando la libertad de los ciudadanos, entren en conflicto con el estado de inocencia.

Para realizar un adecuado estudio sobre la convivencia del principio de inocencia con las medidas preventivas, es necesario tener claro las implicaciones, características y limitaciones de cada uno, así como también es fundamental conocer y reconocer el ámbito jurídico bajo el cual se están aplicando, siendo la Constitución una norma garantista.

Dentro del presente trabajo se analizará la figura del principio de inocencia, y los conflictos que nacen al momento de aplicar medidas preventivas dentro de un proceso penal, así como determinar las consecuencias que trae estas discrepancias normativas, y algunas formas para reducir en la práctica jurídica este problema.

CAPITULO I

AMBITO DE APLICACIÓN

1.1. Neoconstitucionalismo

Es importante para el adecuado entendimiento del presente trabajo, contextualizar el ámbito jurídico bajo el que se va a desarrollar, ya que las normas y las distintas corrientes del derecho han evolucionado, no sería justo analizar la falta de aplicación del principio de inocencia bajo el modelo inquisitivo, es menester determinar el momento jurídico que atraviesa el Ecuador.

Es así que se vuelve indispensable desarrollar las ideas del neoconstitucionalismo, por la razón de su contenido ser claramente inspirador de muchas de las características de la actual Constitución de la República del Ecuador.

Posterior a los terribles sucesos vividos alrededor del mundo durante el fascismo y el nazismo, nacieron a la vida jurídica varias corrientes con el único objetivo de evitar que desastres similares vuelvan a ocurrir.

Justamente es después de la Segunda Guerra Mundial, y con mayor fuerza durante los años 70, que aparecen textos jurídicos caracterizados por reforzar el concepto de Constitución o de dotar al concepto de Constitución de determinadas características innovadoras, con el objetivo de proteger los derechos de las personas duramente vulnerados principalmente en la Segunda Guerra Mundial.

“Las propuestas e innovaciones del neoconstitucionalismo responden a problemas concretos [...] (1) los derechos fundamentales a la violación de derechos; (2) la rigidez de la Constitución a la arbitrariedad de los parlamentarios; (3) la Constitución como norma jurídica directamente aplicable sin que requiera desarrollo legislativo para su eficacia al requisito de ley para reglamentarla [...]; (4) los jueces de la constitución a la

inexistencia de una autoridad que sancione la inobservancia de las normas constitucionales” (Ávila, 2011, pp.54)

El neoconstitucionalismo es una corriente del derecho donde se dota a la Constitución de determinadas características que la convierten en un instrumento jurídico diferente al que solía ser, ya no es una simple Carta de derechos políticos establecidos como una mera expectativa dentro de la sociedad, es ahora una norma jurídica de aplicación directa e inmediata y se encuentra sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico.

A través de estas características que componen a la norma jurídica dentro del neoconstitucionalismo se busca constituciones con mayor fuerza normativa, por lo tanto su contenido en vez de ser distinto al desarrollado por el constitucionalismo, es más profundo.

“La fase actual es marcada por el paso de la Constitución para el centro del sistema jurídico, desde donde pasa a actuar como filtro axiológico mediante el cual debe leerse el derecho civil” (Barroso, 2008, pp. 46)

Dentro del neoconstitucionalismo se considera a la Constitución norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico, se le otorga la característica de ser de directa e inmediata aplicación, esto quiere decir que para aplicar la Constitución no hace falta una ley que lo permita, se puede y debe aplicar la Constitución directamente.

“[...] las normas constitucionales relacionadas a los derechos fundamentales empezaron a ser directamente aplicables, sin intermediación del legislador” (Barroso, 2008, pp. 26)

Otra característica importante del neoconstitucionalismo es la rigidez constitucional la cual implica por una parte la existencia de procedimientos más complejos para la reforma de la Constitución, es decir, no se puede reformar como cualquier otra ley del ordenamiento jurídico; por otra parte el control constitucional

sobre la Ley, que en el caso del Ecuador lo ejerce la Corte Constitucional, órgano encargado de que las leyes y demás actos del aparato estatal tengan concordancia con los preceptos constitucionales.

“Al considerarse una norma vinculante requiere de una autoridad competente para sancionar su incumplimiento. Esta autoridad es la Corte Constitucional, que tiene facultades para sancionar la inconstitucionalidad de los actos que emanan del poder público en cualquier forma: leyes y otras formas de carácter general, actos administrativos, políticas públicas y autos o sentencias” (Ávila, 2011, pp. 112)

Otro rasgo fundamental dentro del neoconstitucionalismo, es el entendimiento de la importancia de los derechos fundamentales, no son ya simples declaraciones establecidos en una carta política, ahora los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución son fin para los Estados, el Estado a través de cada uno de sus poderes deben dirigir sus actuaciones al pleno cumplimiento de los derechos fundamentales mismos que son de igual jerarquía.

“La Constitución ecuatoriana con absoluta claridad determina que todos los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, para definitivamente dejar atrás la inútil discusión sobre la naturaleza de los derechos” (Ávila, 2011, pp. 61).

Esta importancia de los derechos fundamentales dentro de la Constitución adquiere un carácter especial en un Estado como el ecuatoriano, que además de verse claramente dirigido por las ideas neoconstitucionalistas, cambió la concepción de modelo estatal que vivía el país, ya no el clásico “Estado de Derecho”, pasó a ser un “Estado Constitucional de derechos y justicia”.

Las implicaciones que trae sobre el Estado esta innovadora concepción es que el Estado ya no está subordinado al Derecho, a la Ley, al ordenamiento jurídico en

sus actuaciones; en el modelo constitucional ecuatoriano el Estado está subordinado a los derechos y a la justicia, es decir la actuación estatal a través de los funcionarios públicos debe ser encaminado al cumplimiento de los derechos; además de ser realizado en respeto de los mismos y de la justicia.

“Este cambio, aparentemente semántico, tiene, sin embargo, una significación enorme. Implica la superación definitiva en el Ecuador del tradicional Estado legislativo o de legalidad, que ha prevalecido en el país desde la formación de la República, para adoptar el llamado modelo constitucional garantista o garantizado.” (Ministro de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2008, pp.191)

Este sometimiento a los derechos consagrados en la norma jurídica suprema, le permite a la Constitución de la República del Ecuador poseer una característica que le permite estar reflejada en los lineamientos del neoconstitucionalismo, donde los derechos son fines para el Estado, así como es el limitante del accionar estatal.

“De manera sencilla, este principio prescribe que en un Estado constitucional de los derechos, como el ecuatoriano, todas las personas que administren justicia están sujetas y deberán atenerse preferentemente, en su actividad jurisdiccional, al texto de la Constitución, en tanto ésta es la norma jurídica más importante y la fuente de todas las demás.” (Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2008, 196)

Para conseguir una Constitución dotada de estas características, que respete el nuevo modelo de Estado y las influencias neoconstitucionalistas, es necesario que se realice la constitucionalización del ordenamiento jurídico, es decir la impregnación de los preceptos constitucionales en todas las demás áreas del derecho.

“Los valores, los fines públicos, y los comportamientos contemplados en los principios y reglas de la Constitución empiezan a condicionar la validez y el sentido de todas las normas del derecho infraconstitucional” (Barroso, 2008, pp.20)

Esto crea algunas consecuencias dentro del ordenamiento jurídico, que al tener una Constitución de estas características tiene que aplicar un filtraje constitucional como explica Barroso con el fin establecer la forma en que se debe mirar e interpretar el derecho de determinado territorio.

“Dicho fenómeno denominado por algunos autores como filtraje constitucional, consiste en que todo orden jurídico deber ser leído y analizado bajo el lente de la Constitución, a manera de implementar los valores en ella consagrados” (Barroso, 2008, pp.34)

Esto a su vez implica que bajo los parámetros de una Constitución con esa fuerza normativa se puede declarar a través de los procedimientos adecuados la inconstitucionalidad de las leyes, se puede aplicar la Constitución de manera directa sin necesidad de ley previa, y se puede interpretar la ley en el tenor que represente los valores y principios contenidos en la Constitución.

Pero no es suficiente el desarrollo del neoconstitucionalismo para entender y conceptualizar adecuadamente el ámbito del presente trabajo, es necesario adentrarse en las ideas del garantismo penal, como corriente defensora del debido proceso.

1.2. Garantismo Penal

El garantismo penal es el conjunto de garantías sustanciales y formales, que componen a un proceso penal, con el objetivo de garantizar los derechos de todos los involucrados a un proceso justo, donde se administre justicia respetando la

dignidad humana y evitando cualquier acción arbitraria del Estado a través del derecho punitivo.

“Designan un modelo teórico y normativo del Derecho Penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva –tanto en la prevención legal de los delitos como en su comprobación judicial- sometiéndole a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona”. (Ferrajoli, 2010, pp. 193)

Como se puede desprender de la definición aportada por el Maestro Ferrajoli, el garantismo penal es un conjunto de garantías que permiten que dentro del procedimiento penal se pueda respetar el derecho de todos los involucrados.

La razón es que dentro del derecho penal siempre hay una persona en situación de desventaja frente a otra, así lo explica Ferrajoli al hablar de la ley del más débil: “Todo derecho es la ley del más débil, que en penal el momento de cometer el delito es la víctima, durante el proceso es el imputado y en la ejecución de la pena es el detenido” (Ferrajoli, 2010, pp.36)

Así lo expone también Ramiro Ávila al establecer que el garantismo penal no es un modelo normativo para proteger a los delincuentes, sino a todos, y sobre todo a las personas que en determinadas situaciones se encuentran en posición de debilidad frente a la otra parte.

“Las personas peor ubicadas que estén en situación de vulnerabilidad o debilidad, están ahí porque hay alguien que los oprime, subordina, discrimina y les pone en ese lugar” (Ávila, 2013, pp.50)

Para conseguir que dentro de un ordenamiento jurídico se respete los derechos de todos los ciudadanos, es necesario de acuerdo a los preceptos del garantismo penal se realice no sólo un control formal de las leyes penal, también debe darse un control sustancial, no solamente cómo decidir, también qué decidir.

Para clarificar el tema Ferrajoli (2010, pp.81) expone:

“De esta manera, el conjunto de estas normas sustanciales circunscribe aquella que tantas veces he denominado *esfera de lo indecible*: la esfera de lo *indecible que*, determinada por el conjunto de los derechos de libertad y de autonomía que impiden, en cuanto expectativas negativas, decisiones que pueden lesionarlos o reducirlos; la esfera de lo *indecible que no*, determinada por el conjunto de los derechos sociales que imponen, en cuanto expectativas positivas, decisiones dirigidas a satisfacerlas.”

Con esto se quiere decir que este modelo normativo llamado garantismo penal implica dentro de un Estado, que las normas deben ir de acorde a los preceptos constitucionales, no en contra de ellos, ya que existe esta ficción jurídica que Ferrajoli denomina “esfera de lo indecible”, que el legislador y toda persona u autoridad debe respetar.

Esta ficción jurídica está compuesta por los Derechos Fundamentales, mismos que dentro de los ordenamientos jurídicos se convierten en el fin de los Estados, y el límite que se impone al aparato judicial penal para su accionar.

“[...] y el Estado ahora se legitima solo si cumple con los objetivos que constan en los principios determinados en la parte dogmática que no son otras –insistimos reiteradamente- que los Derechos Humanos” (Ávila, 2013, pp. 40 y 41)

Estas garantías sustanciales y procesales que el garantismo penal busca se establezcan dentro del ordenamiento jurídico, específicamente dentro del proceso penal, tienen por objeto el respeto de los derechos fundamentales minimizando la intervención del poder punitivo. El maestro Ramiro Ávila lo expone de la manera más sencilla, consciente de que los límites de los Estados son los Derechos Humanos.

“El máximo desarrollo de los Derechos Humanos obliga al Estado a minimizar los ataques a los Derechos Humanos” (Ávila, 2013, pp. 41)

El garantismo penal o derecho penal mínimo es desarrollado ampliamente a partir de los años 60, con el objetivo claro –como se ha dicho- de proteger a los ciudadanos en dos aspectos diferentes, primero protegerlos de los actos punibles bajo la positivización de los delitos, y segundo protegerlos de la reacción del Estado frente a los delitos.

“En esto último reside seguramente uno de los rasgos más singulares del garantismo, en haber dirigido su mirada a la prevención de toda violencia, de la que nace de los delitos, pero también de la que incorpora la pena; y con ello tomar en consideración no sólo los derechos de la mayoría no desviada, sino también los derechos de la minoría desviada.” (Prieto, 2011, pp. 56, 57)

Bajo este parámetro es importante decir que el Derecho Penal -en general-nace para controlar la violencia privada, la reacción que nacía en la sociedad por el cometimiento del delito. Por lo tanto, el Derecho penal –en general- sólo se justifica cuando las herramientas y los mecanismos usados sean menos violentos que los que se manejaban en el ámbito de la violencia privada. “Es el impedir este mal, del que sería víctima el reo o incluso personas ligadas a él, lo que representa, me parece, el segundo y fundamental fin justificador del derecho penal” (Ferrajoli, 2011, pp. 332).

Si el Derecho Penal busca el control de la violencia privada, el garantismo penal se convierte en la herramienta necesaria e ideal dentro de un Estado garantista para conseguir este respeto de los derechos y control de la violencia privada a través de un debido proceso con las suficientes garantías.

“La única forma de saber quiénes han cometido delitos graves y merecen sanción penal es a través de un juicio justo, que se le conoce también como “debido proceso”” (Ávila, 2013, pp. 45)

El garantismo como herramienta idónea para proteger a todos los procesados, así como minimizar al poder punitivo, a través de las garantías que le impone a las decisiones penales, así como a sus procedimientos; permite que los procesados estén protegidos por la norma jurídica.

La presunción de inocencia es una garantía fundamental dentro del derecho penal mínimo, por lo que es importante recalcar que dentro de un modelo garantista del derecho penal, el simple hecho de que se encuentre reconocida la presunción de inocencia hace que los preceptos normativos penales deban tener concordancia con la misma.

“La presunción de inocencia es una garantía de libertad. Si la inocencia no se protege la libertad está en serio peligro... la presunción de inocencia es la apuesta por un sistema democrático y por la inmunidad de los ciudadanos ante el poder punitivo, sin la presunción de inocencia la privación de libertad, como sostiene Voltaire, es un simple asalto por parte de un bandido” (Ávila, 2013, pp. 86)

Finalmente, es importante comprender que la presunción de inocencia como una garantía formal, es decir, una garantía de procedimiento, permite que el juicio que se lleve contra los procesados se respete el debido proceso en cada una de sus instancias.

Ya establecidas las corrientes normativas presentes dentro del modelo constitucional ecuatoriano, se puede dedicar algunas ideas a la Constitución de la República del Ecuador bajo los elementos aportados en líneas anteriores.

1.3. Constitución de la República de Ecuador.

La Constitución siempre en su articulado plasma objetivos inalcanzables –como erradicar la pobreza-, sin embargo, el hecho que sean inalcanzables no quiere decir que no puedan ser establecidos dentro de las normas jurídicas supremas, que no deban ser cumplidos los preceptos constitucionales en la mayor medida posible, y, que no deban ser estos preceptos la dirección a donde debe dirigirse el Estado sin importar el gobierno de turno.

“Aquello que llamamos Constitución consiste precisamente en este sistema de reglas, sustanciales y formales, que tiene como destinatarios propios a los titulares del poder. [...] Constituyen, por así decirlo, utopías de derecho positivo que, a pesar de no ser realizables perfectamente, establecen de todos modos, en cuanto derecho sobre el derecho, las perspectivas de transformación del derecho mismo en dirección de la igualdad en los derechos fundamentales” (Ferrajoli, 2010, pp. 32-33)

Conscientes de la existencia de objetivos inalcanzables, las diferentes corrientes de derecho, así como los diferentes gobiernos, Estados, legisladores, etc.; buscan -en teoría- que estos objetivos sean lo más alcanzables posible.

Bajo una concepción similar a la planteada en el párrafo anterior, nace en el año 2008, una nueva Constitución, un nuevo pacto de convivencia de los ecuatorianos. Norma jurídica que se vio claramente influenciada por las ideas del neoconstitucionalismo, que fue impregnado en varias partes de su articulado.

El Estado de derechos y justicia resultado de la Asamblea Constituyente en Montecristi, establece desde su primer artículo que el Ecuador está sometido a los derechos consagrados en la Constitución y en los Tratados Internacionales que contengan derechos más favorables.

Pero no es la única característica presente del neoconstitucionalismo en la norma jurídica suprema, la aplicación directa e inmediata de los preceptos constitucionales, la rigidez constitucional, la vinculación y jerarquía normativa, le dieron a la Constitución una tendencia neoconstitucionalista. Prueba de esto es el Art. 11 numeral 3 de la Constitución que establece:

“Art. 11 El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

3. 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 numeral 3)

Más adelante en su articulado, se puede entender como a través de la pirámide del ordenamiento jurídico ecuatoriano, se busca empezar el proceso de irradiación constitucional, al establecer que las normas constitucionales son preceptos jurídicos supremos que no pueden ser violentados por normas inferiores.

“Art. 424. 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 derecho 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 de la República del Ecuador, 2008, Art. 424)

Con esto se aclara el ámbito bajo el cual se analizará la convivencia del principio de inocencia y de las medidas alternativas a la prisión preventiva dentro del mismo

ordenamiento jurídico; así como se puede concebir las ideas neoconstitucionalistas presentes en la Constitución de Montecristi.

De igual manera dentro del articulado constitucional, específicamente en el Art. 76 y 77, aparecen una serie de derechos y garantías con el objeto de garantizar un debido proceso a cada uno de los ciudadanos involucrados, así como limitar el accionar estatal en el ámbito jurisdiccional; es decir en estos dos artículos están plasmados pensamientos del garantismo penal, que se desarrollarán a continuación.

CAPÍTULO II

DEBIDO PROCESO

2.1 Definición y fundamento

Cuando el ser humano decide crear un pacto social de convivencia, reconoce por una parte los derechos de sus similares y por otra busca limitar a través del Estado la violencia que se puede vivir dentro de la sociedad.

Según el maestro Luigi Ferrajoli (2010, pp.123), existen dos tipos de dolor, el natural y el infligido; el natural viene a ser el originado por causas naturales, mientras que el dolor infligido es el causado por el ser humano.

Más allá de la respuesta que pueda dar el Estado frente a fenómenos naturales, lo que interesa en el campo del derecho y sobre todo del debido proceso, es el dolor infligido, el mismo que debe ser considerado en dos momentos, el dolor que provoca un ser humano a otro y, el dolor que puede llegar a causar el Estado en respuesta al dolor provocado previamente por un ser humano.

“La minimización del dolor infligido a los individuos en las relaciones entre ellos, a través de la prohibición y sanción como delitos de los ofensas producidas a los derechos de los demás; y la minimización del dolor infligido por el Estado bajo la forma de penas, a través de los límites a las mismas impuestas por los derechos de libertad sobre su potestad de prohibir, es decir, de configurar como delitos el ejercicio de libertades fundamentales o comportamientos inofensivos, y segundo lugar a su potestad de castigar a través de límites impuestos por las garantías procesales” (Ferrajoli, 2010, pp. 124)

Para solucionar el problema del dolor inflingido por otros miembros de la sociedad, el Estado tipifica conductas, para en uso del derecho punitivo minimizar esta violencia.

Estas conductas típicas generan una obligación al Estado de actuar ante su cometimiento, dando a la vida a una nueva forma de violencia, la ejercida por el Estado, la cual puede llegar a ser arbitraria y cruel ante la falta de límites, lo que hace necesario el establecimiento de garantías como un límite importante a la violencia estatal.

La intervención del Estado no tendría sentido si al momento de realizarla se provoca mayor violencia de la que se está evitando, es justamente la reducción de la violencia dentro de la sociedad, del dolor que se provoca, lo que justifica al derecho y sobre todo al derecho penal.

“El derecho penal se justifica si y solo si previene y minimiza a través de sus normas primarias o sustanciales, las ofensas y los sufrimientos inflingidos por los delitos, y, a través de sus normas secundarias o procesales, las ofensas y sufrimientos inflingidos por las reacciones punitivas a los delitos” (Ferrajoli, 2010, pp. 125)

Ante lo complicado que puede resultar la limitación y el control de la intervención estatal, ante las malas experiencias que se han visto en la historia en la búsqueda de la justicia (inquisición, nacionalsocialismo, etc.), se ha vuelto indispensable garantizar a todo ciudadano sin excepción, determinadas garantías y derechos básicos, que aseguren que la intervención estatal será controlada con respeto a la dignidad humana.

Bajo esta concepción, estos derechos y garantías que se reconocen en las constituciones no sólo deben ser respetados por el Estado, sino que el mismo está obligado a garantizar además de promover su cumplimiento.

Una garantía para limitar el poder estatal, es el debido proceso, el mismo que compuesto por varias garantías para asegurar los derechos de las personas dentro de un proceso, adquiere vital importancia en un Estado de Derechos y Justicia por ser un mecanismo de protección de derechos.

El debido proceso viene a ser el conjunto de derechos y garantías de los que goza todo ser humano dentro de un proceso de cualquier materia, con el objetivo de que el mismo se desarrolle respetando la dignidad humana y garantizando que la persona involucrada reciba una adecuada administración de justicia.

“el debido proceso legal se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier... acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal” (Carbonell, 2012)

Dentro del neoconstitucionalismo, los derechos y garantías de las personas están en lo alto ordenamiento jurídico, dejando a un lado el debido proceso legal, para aplicar el debido proceso constitucional mediante su reconocimiento en los Arts. 76 y 77 de la Constitución e la República del Ecuador.

Además, en el Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador se establece como deber más alto del Estado el cumplir y hacer cumplir los derechos reconocidos en la carta magna.

“9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 11, numeral 9)

Con esto se demuestra que el reconocimiento normativo de los derechos, en este caso en particular los derechos del debido proceso, están sobre las decisiones del

Estado, el mismo que debe actuar en respeto a estos derechos por encontrarse los mismos en la “esfera de lo indecible”, es decir en la esfera de derechos que bajo ningún concepto puede vulnerar.

Sólo el reconocimiento y garantía del derecho al debido proceso permite a los ciudadanos defenderse dentro del procedimiento de manera adecuada, además de sentir la seguridad de que la administración de justicia va a velar por un procedimiento justo.

El reconocimiento constitucional del debido proceso garantiza o exige del Estado actuar con límites, sin poder abusar del poder, sin poder vulnerar los derechos de los ciudadanos.

Edgar Saavedra Rojas expone “El debido proceso son las autolimitaciones constitucionales y legales que el Estado se impone a sí mismo, para racionalizar dentro de los marcos infranqueables de la dignidad humana, el ejercicio del ius puniendi, que se logra con el establecimiento de una serie de garantías mínimas, que son el escudo protector del ciudadano frente a la arbitrariedad del funcionario a la omnipotencia del Estado” (Saavedra, 1995, pp.61)

El debido proceso dentro del ordenamiento jurídico del Ecuador se conforma de varios derechos, mismos que veremos a continuación y están estipulados en el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador

- 1. “Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 77, numeral 1)**

El Art. 11 numeral 9 de la Constitución de la República del Ecuador establece que el más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos reconocidos en la norma jurídica suprema, sin embargo, al Estado ser un ente ficticio necesita de personas naturales para poder cumplir con esta obligación, es

así, que los llamados a hacer respetar y respetar los derechos reconocidos en la carta magna son las autoridades sean estas administrativas o judiciales.

2. **“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 76, numeral 2)**

“Con el convencionalismo penal se logra por una parte garantía para los ciudadanos de una esfera intangible de libertad, asegurada por el hecho de que al ser punible solo lo que está prohibido por la ley, nada de lo que la ley no prohíbe es punible.” (Ferrajoli, 2011, pp.36)

Este viene a ser un derecho fundamental dentro del debido proceso, que implica en derecho el principio de legalidad.

El principio de legalidad implica que para que una persona sea juzgada en cualquier materia, es necesario que la infracción o el delito, estén tipificados o establecidos con anterioridad al acto.

Este principio es más amplio aún, implica también que para sancionar a un ciudadano, no sólo debe estar establecida previamente la sanción antes del acto, debe estar establecido también el procedimiento y la autoridad llamada a juzgar el acto, es decir el juez competente, esto con el objeto de asegurar el principio de imparcialidad del que goza la función judicial.

“Se trata, en realidad, de que los ciudadanos, sujetos pasivos de la administración de justicia, tengan la garantía de que la persona que va a administrar algo de tan graves consecuencias como el poder penal del

Estado, actué con total libertad y sin estar sometidos a presiones” (Binder, 2009, pp. 153)

Una verdadera imparcialidad puede ser asegurada o puede tener mayores probabilidades de suceder siempre que tanto el proceso, la infracción, y el juez sean determinados antes del cometimiento de cualquier infracción.

Por tanto este principio, está directamente vinculado con la irretroactividad de la Ley, es decir que la Ley solo rige para lo venidero, evitando así que algún ciudadano sea castigado o se le vulneren sus derechos por infracciones que al momento de cometerlas no constituían infracción, y por ende, era imposible que conozca las consecuencias.

Cada una de estas implicaciones, son un límite para el aparato estatal, que protegen a los individuos frente a cualquier arbitrariedad.

“Para que una pena tenga su efecto, basta que el mal de ella exceda el bien que nace del delito... Todo lo demás es superfluo y, por tanto, tiránico” (Ferrajoli, 2011, pp. 400)

**3. “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.”
(Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 76, numeral 3)**

Dentro del proceso acusatorio que rige el ordenamiento jurídico del Ecuador, la carga de la prueba la tiene el Estado o la parte acusadora. Sólo las pruebas suficientes son capaces de aportar al proceso la verdad más aproximada posible a cómo sucedieron los hechos en realidad.

Lo antes expuesto y considerando al derecho como una herramienta para solucionar los conflictos a través de la búsqueda de la verdad, se entiende la necesidad de la Justicia de obtener pruebas que justifiquen los hechos.

Sin embargo la búsqueda de pruebas puede estar cegada por diferentes motivos, causando graves daños a los derechos de los procesados, por esta razón se impone este límite a la búsqueda de la verdad, es decir, es necesario pruebas que aclaren los hechos, sin embargos estas solo pueden ser obtenidas de acuerdo a los mecanismos y formalidades necesarias.

Si se vulneran los mecanismos y formalidades establecidas para obtener la prueba, aplica la “teoría de los frutos del árbol envenenado”, misma que implica que si se obtuvo una prueba a través de la vulneración de derechos –es decir prueba nula-, todas las demás pruebas que de esta deriven son igualmente nulas.

“La teoría del “fruto del árbol envenenado”, según la cual es nulo también todo lo que derive de una prueba obtenida ilícitamente, siempre que entre la violación inicial y las pruebas adicionales haya una conexión lógica.” (Carbonell, 2008)

Con este derecho se evita todo tipo de prácticas ilegales, como sucedió en los procedimientos inquisitoriales donde la tortura era una herramienta para obtener pruebas, sobre todo, la prueba madre que era la confesión judicial.

Pero sin llegar al extremo de la tortura, este derecho garantiza en todo ámbito a la dignidad de las personas, siendo un ejemplo, la necesidad de una orden judicial para poder realizar un allanamiento, lo que desprende la absoluta nulidad de toda prueba conseguida sin la debida orden o sin las formalidades necesarias.

“...la constancia de que el proceso penal adolece de una incapacidad absoluta para reconstruir los hechos, incapacidad que proviene no sólo de la distancia temporal, sino también – y acaso principalmente- de la utilización de canales limitados y sumamente formalizados para obtener la información.” (Binder, 2009, pp.177)

4. “En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la

infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 76, numeral 4)

“Excepción que se aplica a la irretroactividad de la ley, en los casos en que la nueva ley es favorable a los intereses específicos del procesado, por tanto se debe aplicar la menos rigurosa” (Rodríguez, 2001, pp.475)

Principio conocido como favor rei, que implica que ante el conflicto entre dos leyes de la misma materia debe aplicarse siempre la más favorable al reo, esto complementado de que en caso de duda deba aplicarse en el sentido más favorable al procesado que en algunos casos puede ser inclusive la absolución.

5. “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 76, numeral 5)

En aplicación del principio de proporcionalidad, se puede establecer que si bien es cierto existe una necesidad imperante de establecer sanciones que permitan:

“La prevención de los delitos, la enmienda o corrección del reo, la neutralización o puesta en condiciones de no causar perjuicios a la sociedad por parte del implicado, la disuasión de todos los demás de la tentación de imitar las conductas infractoras mediante el castigo, y el reforzamiento del orden mediante la reafirmación penal de los valores jurídicos lesionados” (Ferrajoli, 2011, pp.262).

Esto no quiere decir que las sanciones aplicadas sean totalmente desproporcionadas, para esto es menester, tomar en cuenta el objetivo al momento de imponer una pena así como el debido análisis del daño causado con la infracción y el daño causado con la pena.

“La pena es el precio necesario para evitar males mayores, no es un homenaje gratuito a la ética” (Ferrajoli, 2011, pp. 206)

No se debe buscar por ejemplo en materia penal, establecer penas que están más cerca de la cadena perpetua de que ser una acción de reforma del reo, sino más bien establecer penas retributivas al delito cometido, no guiarse simplemente por principios morales o afectaciones emocionales.

“Al referirnos a la pena debe haber un adecuado análisis sobre el daño o probable daño concreto, se deben justificar sus costos, sobretodo, demostrar que sin la aplicación de la pena la situación sería peor” (Ferrajoli, 2011, pp. 474)

7. “El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 76, numeral 7)

Dentro de un proceso en el cual se decidan sobre los derechos de las personas, es indispensable que el procesado por su situación en desventaja, considerando la capacidad del aparato estatal, cuente con las herramientas necesarias para defenderse, además, esta defensa debe ser técnica en la materia para ser adecuada

a) “Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 76, numeral 7, literal a)

El privar a una persona de su derecho a defenderse en cualquier etapa del proceso, implica dejar a esa persona en indefensión, por tanto toda actuación bajo estas circunstancias sería nula.

Esto tiene sentido, si se analiza que al haber una diligencia en la cual no esté presente el procesado al mismo se le está negando su derecho a contradecir lo

que en la diligencia se diga, así como a aportar las pruebas de las que se crea asistido y crea necesarias.

Esto implica que dentro de etapas pre procesales como la indagación previa, también debe asegurársele al sospechoso su derecho a defenderse.

b) “Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 76, numeral 7, literal b)

Sería inconcebible que durante un juicio se establezca un día de término probatorio, ya que se estaría coartando el derecho a la defensa de los implicados, que requieren el tiempo necesario para poder realizar las diligencias suficientes para probar los hechos.

c) “Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 76, numeral 7, literal c)

De acuerdo a los principios de inmediación, y de contradicción es derecho de las partes, el ser escuchado en el momento oportuno, esto implica, en la audiencia de juicio, en la audiencia preparatoria, etc.

La igualdad de condiciones es importante dentro de un proceso, sobre todo en un proceso penal, ya que al ser el Estado la institución acusadora, es necesario reconocer al ciudadano las garantías para poder defenderse de una manera adecuada, permitiéndole contradecir los argumentos o las pruebas que se le imputen, siendo uno de los momentos adecuados para hacerlo el momento mismo de la imputación.

d) “Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y

actuaciones del procedimiento.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 76, numeral 7, literal d)

El principio de publicidad en el derecho es necesario debido a las irregularidades que pueden darse dentro de procesos confidenciales, brindándole al proceso certeza sobre la administración de justicia.

“El juicio público implica un modo particular de insertar a la justicia en el medio social: implica que ella cumple en su tarea de transmitir mensajes sociales sobre la efectiva vigencia de los valores que fundan la convivencia” (Binder, 2009, pp.107)

Como se decía anteriormente, por un lado brinda certeza de lo que en realidad sucede dentro de un juicio, así como de la difusión de las sanciones que se apliquen en el caso de determinar culpables.

Por otro lado, también permite al público participar en los procesos, controlar que los mismos se lleven bajo los parámetros legales correspondientes y así evitar prácticas del pasado, como las de la inquisición, donde el juicio era confidencial, por tanto, lo que pasaba en el mismo nunca dejaba la esfera de la incertidumbre para todo aquel que no era parte del juicio.

Por esta razón, la publicidad de los juicios es de suma importancia para dotar a los mismos de validez.

Las excepciones legales previstas, como son casos de delitos de menores, tienen su razón de ser en proteger a las víctimas del delito, no sólo de revivir los terribles sucesos, también de protegerlos de la sociedad por la situación delicada del caso, evitando así que el mal sea mayor.

e) “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, numeral 7, literal e)

Mediante este precepto constitucional, se busca proteger a los ciudadanos de interrogatorios violatorios de derechos –como en el caso Restrepo- en los cuales se puede llegar a detener a las personas, proceder a interrogarles sin la presencia de un abogado, esto no sólo que deja en situación de indefensión al interrogado, también deja la puerta abierta para todo tipo de prácticas ilegales, como pueden ser la violencia física o psicológica para obtener determinadas respuestas.

Asegurar y exigir la presencia del abogado es una herramienta para que el interrogado cuente con una defensa adecuada, donde sus derechos y garantías no sean vulnerados.

f) “Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 76, numeral 7, literal f)

Sin mayor necesidad de adentrarse en este derecho, es menester expresar, que si en el caso de una persona que habla castellano es necesario conocer exactamente el delito o infracción bajo la cual se le está investigando, para que pueda ejercer una defensa técnica y completa; con más razón para una persona que habla un idioma diferente.

Siendo un traductor presupuesto fundamental para poder ejercer una defensa técnica y completa.

g) “En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 76, numeral 7, literal g)

“Desde el presupuesto de que la tutela de inocentes y la refutación de las pruebas de culpabilidad constituyen funciones del Estado no menos públicas que el castigo de los culpables y la recolección de las pruebas de cargo” (Ferrajoli, 2011, pp.583)

El Estado tiene la obligación de proveer de un abogado a las personas que se ven inmiscuidas en un proceso judicial, sin embargo, estas personas pueden tener un abogado particular que prefieran, o pueden decidir en búsqueda de proteger sus derechos buscar un abogado que les ofrezca mejores condiciones para defenderse.

“El Estado en ejercicio de sus funciones penales, debe defender indistintamente los derechos de todos, debe defender a los buenos contra los culpables, castigando a estos; debe defender a los buenos contra las acusaciones injustas hechas en su perjuicio, y tiene que defender a los culpables mismo contra él [...] exagerado de los agentes de poder” (Rodríguez, 2001, pp. 546)

h) “Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 76, numeral 7, literal h)

El principio de contradicción, implica el poder rebatir los argumentos de la contra parte, además es importante decir que a pesar de que la carga de la prueba no recae sobre el acusado, este puede aportar pruebas que aclaren los hechos.

i) “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 76, numeral 7, literal i)

“El non bis in idem, le impone un límite funcional al Estado, en ejercicio del ius puniendi; por el mismo hecho, no se le puede juzgar ni sancionar imputado, dos veces, así se le dé una denominación y trámite diferentes.” (Rodríguez, 2001, pp.589)

Para configurar este principio, se deben cumplir tres aspectos importantes, misma identidad de sujetos, mismos hechos, mismo motivo de la investigación.

Este derecho le garantiza al ciudadano que no se le va a juzgar dos veces sobre lo mismo, bajo el razonamiento de que se puede intentar abusivamente llevar cuantos casos sean necesarios para conseguir una sentencia condenatoria.

Por esto es importante que dentro de este principio, se lo conciba de la manera más amplia para evitar abusos de poder.

“Siempre que, según el orden jurídico, se trate de una misma entidad fáctica con similar significado jurídico en términos generales –y aquí “similar” debe ser entendido del modo más amplio posible-, entonces debe operar el principio non bis in idem” (Binder, 2009, pp.172)

j) “Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 76, numeral 7, literal j)

Este derecho es reconocido con la finalidad de respetar el principio contradictorio que rige al poder judicial, si el perito o testigo no se presenta ante la autoridad competente no habría forma de recurrir sus aseveraciones.

k) “Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 76, numeral 7, literal k)

Como se desarrollo anteriormente la imparcialidad e independencia de la función judicial es indispensable para poder obtener una adecuada administración de justicia.

Los jueces no pueden ser influenciados por otros poderes o por ninguna persona, deben ser libres de decidir de acuerdo a su sana crítica.

“Además se ha establecido la exigencia de la imparcialidad e independencia de los jueces, como un mecanismo adecuado para que la administración de justicia no responda a ninguno de los dictados de los otros poderes del Estado, así como a ninguna influencia de organismos o personas de la misma función judicial” (Binder, 2009, pp. 149)

Es importante reconocer dentro de este derecho, el hecho de que por más garantía de imparcialidad e independencia se establezca dentro de un ordenamiento jurídico, esta es irrealizable sin la participación de los jueces.

“Nada vale que se le otorgue independencia a los jueces si, luego ellos la entregan día a día para obtener una mejor posición, para hacer una carrea más brillante o para establecer relaciones políticas” (Binder, 2009, pp. 153)

En cuanto a los tribunales de excepción se logra mediante el reconocimiento de este derecho, que no se creen juzgados o tribunales con el fin de juzgar casos particulares, sobre personas en particular.

“Existe una necesidad de que el juez sea pre constituido por la ley y no constituido post factum; la inderogabilidad y la indisponibilidad de las competencias; la prohibición de los jueces extraordinarios y especiales” (Ferrajoli, 2011, pp. 590)

l) “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, numeral 7, literal l)

Es de vital importancia para el debido proceso, para la seguridad jurídica y para la dignidad de las personas, la motivación de las decisiones que traten sobre los derechos de los ciudadanos.

Sólo una adecuada motivación puede explicar y fundamentar las razones bajo las cuales se tomó una decisión, que elementos amparan la decisión, la necesidad de aplicar la misma, y en sí los argumentos que otorguen a esa decisión validez jurídica.

No es una simple enunciación de las pruebas o de las normas jurídicas, es un análisis sustentado, en el cual se debe defender y argumentar la decisión que se está tomando.

m) “Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 76, numeral 7, literal m)

Para permitir una adecuada defensa de los involucrados en un proceso, es necesario que los mismos puedan recurrir las decisiones que sobre sus derechos se tomen, con el fin de que se considere nuevamente la decisión a través de nuevos criterios aportados, o valorando de nuevo los ya entregados.

Este derecho, bajo el conocimiento de que cualquier decisión puede ser equivocada, le permite al ciudadano tener instancias para evitar errores judiciales, a través de recursos en los cuales fundamente la probable equivocación de jueces o tribunales.

Como toda actividad humana, la del Juez puede tener errores, las interpretaciones del derecho, los hechos valorados según la sana crítica, pueden ser algunas de las equivocaciones; mismas que se subsanan con el derecho a recurrir.

Sin embargo el debido proceso no solamente se encuentra reconocido en el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, en dicho artículo se encuentra consagrado de una manera general, considerando los derechos que tienen los ciudadanos en cualquier decisión donde se puedan vulnerar sus derechos.

La materia penal es la rama con consecuencias más severas dentro del campo del derecho, en la misma se decide sobre la libertad de las personas involucradas, es la ultima ratio, la última herramienta a usarse para solucionar los conflictos cuando ya no se pueda solucionar de ninguna otra forma, por tanto son necesarios mayores limitantes en sus procedimientos, el no establecer límites especiales en mira de la protección de los derechos puede llevar a caer en procedimientos inquisitivos.

Es por eso que en la Constitución de la República del Ecuador en el Art. 77 se encuentra reconocido un debido proceso especial, para todas aquellas personas que hayan sido privadas de su libertad.

“Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 77)

Las garantías planteadas dentro del ordenamiento jurídico del Ecuador para toda persona que haya sido privada de su libertad, son encaminadas a conseguir que tanto la privación de la libertad como el proceso penal estén dotados de legitimidad, además de intentar que las repercusiones por estar privado de la libertad sean lo menos perjudiciales para los procesados, además de cumplir formalidades esenciales para el respeto a la dignidad humana.

1. **“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.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 77, numeral 1)**

Dentro de los procesos penales, el tema que abarca la mayor polémica por su coacción a la libertad de los procesados, es la prisión preventiva, la misma que vulnera los derechos de los ciudadanos por la razón de que además de sin tener certeza sobre la culpabilidad de los mismos los hace ya estar privados de su libertad en un centro carcelario de malas condiciones.

Sin embargo, se regresará con mayor profundidad sobre este tema más adelante.

2. **“Ninguna persona podrá ser admitida en un centro de privación de libertad sin una orden escrita emitida por jueza o juez competente, salvo en caso de delito flagrante. Las personas procesadas o indiciadas en juicio penal que se hallen privadas de libertad permanecerán en centros de privación provisional de libertad legalmente establecidos.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 77, numeral 2)**

Las decisiones que vulneren los derechos de las personas deben emanar de autoridad competente para gozar de legitimidad, es así que, para detener a una persona es necesaria una orden de autoridad competente.

El juez puede emitir una orden de detención y es la persona competente para hacerlo no solo porque así lo establece el ordenamiento jurídico, también, porque por su preparación es la persona capaz de emitir esta orden de acuerdo al sistema de normas y bajo una adecuada motivación.

El hecho de que el juez sea la persona competente para emitir una orden de detención garantiza a los sospechosos de las probables arbitrariedades de cualquiera de los otros poderes del Estado, garantiza también que, una persona capacitada para analizar sobre la procedencia o improcedencia de su detención será la que toma la decisión.

Por razones más que obvias, en delitos flagrantes no se posee una orden de detención, ya que en este caso, no existen indicios sobre algún sospechoso en relación a la investigación de un delito específico, esta es una situación especial en la cual el delito se cometió en el momento, razón por la cual se procedió a su detención.

El hecho de que una persona sea objeto de la medida de la prisión preventiva no implica que dicha persona sea culpable del delito bajo el cual se la está investigando, solo la sentencia condenatoria declara la culpabilidad de un procesado.

Por esta razón, toda persona que sufra de la medida de la prisión preventiva, tiene el derecho a estar en centros de detención provisional, diferentes a los centros carcelarios donde están reclusos los delincuentes con sentencia condenatoria.

El fundamento de esta garantía no sólo es la de proteger al procesado de los problemas sociales que se viven dentro de los centros carcelarios, sino también la de intentar brindarle un trato diferenciado en pos de que al no haber sido probada la culpabilidad, se debe presumir su inocencia.

3. “Toda persona, en el momento de la detención, tendrá derecho a conocer en forma clara y en un lenguaje sencillo las razones de su

detención, la identidad de la jueza o juez, o autoridad que la ordenó, la de quienes la ejecutan y la de las personas responsables del respectivo interrogatorio.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 77, numeral 3)

Para que una orden goce de legitimidad es necesario que la misma reconozca los derechos de la persona detenida.

Esta garantía está consagrada en este numeral, la misma que exige por parte del aparato estatal a través de sus agentes aprehensores, que pongan en conocimiento del detenido, quien lo detiene, por orden de quien se lo detiene, las razones o motivos de la detención y quien será la persona que la interroga.

Con la información que se brinda al procesado al momento de su detención se le permite saber ante qué autoridad actuar y por qué motivos debe elaborar su defensa.

- 4. “En el momento de la detención, la agente o el agente informará a la persona detenida de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la asistencia de una abogada o abogado, o de una defensora o defensor público en caso de que no pudiera designarlo por sí mismo, y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 77, numeral 4)**

Es fundamental al momento de la detención de los ciudadanos informarles de los derechos que los amparan. Estos derechos son parte del debido proceso anteriormente descrito. El informar al sospechoso de los derechos que lo amparan le permite realizar una defensa adecuada, además de protegerlo todo el tiempo que está detenido.

- 5. “Si la persona detenida fuera extranjera, quien lleve a cabo la detención informará inmediatamente al representante consular de su**

país.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 77, numeral 5)

El derecho a la defensa de los detenidos incluye el poder comunicarse con sus familiares al momento de la detención, esto es posible a través del contacto con los representantes consulares de cada país.

Este contacto con los representantes consulares también tiene la finalidad de que el país conozca la situación de uno de sus ciudadanos, para que pueda brindarle apoyo en caso que se crea necesario e inclusive intentar un arreglo consular para determinados momentos como puede ser un proceso de repatriación.

6. “Nadie podrá ser incomunicado.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 77, numeral 6)

La incomunicación de un presunto infractor penal, es una clara violación a su derecho a la defensa, una vulneración a la presunción de inocencia que lo ampara, y una arbitrariedad de las personas que lo tengan incomunicado.

Si no se puede comunicar no puede ejercer su derecho a la defensa e inclusive puede ser objeto de tratos crueles e inhumanos, sin que nadie conozca de su paradero, es por eso que existieron tantos desaparecidos en las diferentes dictaduras que se vivieron en Latinoamérica.

7. “El derecho de toda persona a la defensa incluye:

- a) Ser informada, de forma previa y detallada, en su lengua propia y en lenguaje sencillo de las acciones y procedimientos formulados en su contra, y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 77, numeral 7, literal a)**

Para que pueda existir una adecuada defensa, es necesario que la persona involucrada conozca con total certeza el delito que se le está imputando, así como

el procedimiento que se le va a dar a la causa además de la autoridad competente.

Esto no solamente otorga al procesado el conocimiento de ante quien tiene que sustanciar la causa, el procedimiento que se va a seguir, permite también tener las herramientas necesarias para preparar una defensa técnica y efectiva

b) “Acogerse al silencio.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 77, numeral 7, literal b)

El derecho de toda persona a acogerse al silencio, no radica en el simple derecho de no declarar nada, radica también en el hecho de que la no declaración no puede presumirse en contra del procesado, es decir, no lo incrimina ni lo perjudica, simplemente es una no declaración bajo la cual sigue vigente la obligación por parte del aparato estatal de probar la veracidad de las imputaciones.

“Es el imputado quien tiene el señorío y el poder de decisión sobre su propia declaración... la consecuencia más importante y directa es la siguiente: el silencio del imputado, su negativa a declarar, o de su mentira no se pueden extraer argumentos a contrario sensu” (Binder, 2009, pp. 181)

c) “Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 77, numeral 7, literal c)

Es necesario entender bajo esta garantía, como dice el maestro Binder, a la declaración del procesado como una herramienta para defenderse.

Sólo si se considera la declaración como una de las manifestaciones del derecho del imputado a defenderse, se puede comprender que nadie puede ser obligado a declarar en su contra” (Binder, 2009, pp. 181)

Por esta razón es que el procesado es el que tiene el control sobre su declaración, por tanto es libre de decir lo que crea conveniente para defensa de sus intereses.

“Lo que se está protegiendo es la absoluta libertad del imputado para discernir acerca de la información que ingresa al proceso penal” (Binder, 2009, pp. 184)

- 8. “Nadie podrá ser llamado a declarar en juicio penal contra su cónyuge, pareja o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, excepto en el caso de violencia intrafamiliar, sexual y de género. Serán admisibles las declaraciones voluntarias de las víctimas de un delito o de los parientes de éstas, con independencia del grado de parentesco. Estas personas podrán plantear y proseguir la acción penal correspondiente.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 77, numeral 8)**

En conciencia de los vínculos familiares es que se reconoce esta garantía, considerando lo difícil y poco fiable que puede llegar a ser la declaración de una persona sobre su propio hijo, padre, hermano, etc.

Sin embargo, las declaraciones voluntarias sí son admisibles, y aquellos víctimas de un delito pueden plantear su acusación particular, esto considerando, que si bien es cierto la Fiscalía es el órgano competente de la investigación fiscal así como de la acusación, la víctima también puede ser parte procesal a través de una acusación particular, donde no reemplaza al trabajo del fiscal pero también es parte procesal.

- 9. “Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto.**

La orden de prisión preventiva se mantendrá vigente y se suspenderá ipso jure el decurso del plazo de la prisión preventiva si por cualquier medio, la persona procesada ha evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar su caducidad. Si la dilación ocurriera durante el proceso o produjera la caducidad, sea esta por acciones u omisiones de juezas, jueces, fiscales, defensor público, peritos o servidores de órganos auxiliares, se considerará que estos han incurrido en falta gravísima y deberán ser sancionados de conformidad con la ley.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 77, numeral 9)

Como se verá más adelante la figura de la prisión preventiva tiene consecuencias dañosas sobre los que la sufren, además, es claro que dentro de una medida de prisión preventiva no se tiene la certeza de la culpabilidad del procesado, es más, el procesado sigue amparado por la presunción de inocencia.

Por esta razón y para evitar agrandar las repercusiones que nacen de la aplicación de la prisión preventiva nace este límite a la misma, límite que exige también celeridad por parte del Estado en el proceso si no quiere perder la medida cautelar con el proceso en desarrollo, además de evitar probables sanciones.

La excepción que se plantea, responde a problemas reales en la aplicación de la caducidad, donde los procesados con el objeto de salir libres tratan de retardar el proceso a través de cualquier mecanismo.

10. “Sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, la persona detenida recobrará inmediatamente su libertad, aun cuando estuviera pendiente cualquier consulta o recurso.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 77, numeral 10)

Dentro de un proceso penal, el principio de inocencia que ampara a los procesados es desvirtuado solamente por una sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada, esto a pesar de las medidas cautelares que se puedan plantear en contra del procesado.

El hecho de que una persona sufra una medida cautelar como la prisión preventiva, no implica que se desvirtúe su estado de inocencia, pero sí implica claramente que el procesado no está siendo tratado como inocente; es la necesidad la que lleva a disponer de una medida cautelar tan gravosa como esta.

Con la incertidumbre sobre la inocencia del procesado, la existencia de una sentencia confirmatoria de la inocencia, expone la necesidad de liberar al ciudadano de esa medida cautelar que tanto daño le está causando a pesar de su inocencia, medida que se debe quitar de inmediato debido a que si ya se confirmó su inocencia ese ciudadano no tiene excusa para pasar ni un día más en un centro carcelario.

11. “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.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 77, numeral 11)

Bajo la conceptualización de usar la prisión preventiva como ultima ratio, nacen las medidas alternativas a la misma, esta garantía se desarrollará más adelante.

12. “Las personas declaradas culpables y sancionadas con penas de privación de libertad por sentencia condenatoria ejecutoriada, permanecerán en centros de rehabilitación social. Ninguna persona condenada por delitos comunes cumplirá la pena fuera de los centros de rehabilitación social del Estado, salvo los casos de penas

**alternativas y de libertad condicionada, de acuerdo con la ley.”
(Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 77, numeral 12)**

La pena para ser aplicada debe ser proporcional al delito, dentro del régimen jurídico ecuatoriano la pena se configura bajo una privación de la libertad en un centro destinado para personas que cometieron acciones delictivas.

**13. “Para las adolescentes y los adolescentes infractores regirá un sistema de medidas socioeducativas proporcionales a la infracción atribuida. El Estado determinará mediante ley sanciones privativas y no privativas de libertad. La privación de la libertad será establecida como último recurso, por el periodo mínimo necesario, y se llevará a cabo en establecimientos diferentes a los de personas adultas.”
(Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 77, numeral 13)**

Considerando la incapacidad jurídica de los adolescentes infractores, no se les puede aplicar las mismas sanciones que a las personas totalmente capaces, por esta razón se garantiza mediante la Constitución a través de esta garantía que aquellos adolescentes que cometieron un delito reciban un trato diferenciado a un delincuente plenamente capaz.

14. “Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 77, numeral 14)

Si una parte procesal no está de acuerdo con la decisión tomada por el Juez o el Tribunal, puede recurrir a esta decisión, sin embargo, no se usaría la herramienta de los recursos si al hacerlo es desconocido si la nueva sentencia dejará al recurrente en una situación peor de la decidida en la instancia anterior.

Por este motivo, se reconoce esta garantía para poder recurrir sin temores, además de poder exigir una adecuada administración de justicia.

“Es una garantía fundamental del debido proceso, que tiene la finalidad de evitar que el imputado sea sorprendido con una sanción que no ha tenido oportunidad de defenderse” (Rodríguez, 2001, pp.482)

“Quien haya detenido a una persona con violación de estas normas será sancionado. La ley establecerá sanciones penales y administrativas por la detención arbitraria que se produzca en uso excesivo de la fuerza policial, en aplicación o interpretación abusiva de contravenciones u otras normas, o por motivos discriminatorios.

Para los arrestos disciplinarios de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, se aplicará lo dispuesto en la ley.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 77, numeral 14)

En consideración del Art. 11 numeral 9 de la Constitución de la República del Ecuador donde el Estado tiene como más alto deber respetar y hacer respetar los derechos consagrados en la Constitución, y reconociendo que el mismo artículo reconoce la obligación del Estado de responder frente al mal uso de la justicia, actuaciones arbitrarias entre otros sin perjuicio del derecho de repetición, se consagra estas sanciones frente a los usos arbitrarios de la fuerza por los servidores públicos.

Finalmente, en la Constitución de la República del Ecuador, donde se da un importante espacio a los instrumentos internacionales que contengan derechos más favorables para los derechos humanos, también se puede encontrar el reconocimiento del debido proceso de diferentes formas.

2.2 Reconocimiento normativo

En líneas anteriores se pudo establecer las garantías del debido proceso establecidas en la Constitución de la República del Ecuador, sin embargo no es la única norma donde encontramos las mismas.

Declaración Universal de Derechos Humanos

Si bien es cierto dentro de la Declaración de Derechos Humanos no se reconoce expresamente el debido proceso, el mismo se reconoce a través de su articulado, cuando se establecen garantías básicas para todas las personas en caso de inmiscuirse en un proceso, prueba de esto son los Arts. 10 y 11.

“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.” (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, Art. 10)

“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.

Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.” (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, Art. 11)

Convención Americana de Derechos Humanos

Situación similar que la de la Declaración Universal de los Derechos Humanos sucede con la Convención Americana de Derechos Humanos que a pesar de no

reconocer expresamente el debido proceso, consagra en su articulado características del mismo.

“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.” (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, Art.9)

Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos

Finalmente, lo mismo sucede con el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, recalcando una vez más que el hecho de no estar expresamente reconocido el proceso no quiere decir que no lo reconozca.

“Artículo 9

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.
2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.
3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será 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. 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.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.” (Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, 1966, Art. 9, numerales del 1 al 5)

Código de Procedimiento Penal

“Art. ...- Debido proceso.- Se aplicarán las normas que garanticen el debido proceso en todas las etapas o fases hasta la culminación del trámite; y se respetarán los principios de presunción de inocencia, inmediación, contradicción, derecho a la defensa, igualdad de oportunidades de las partes procesales, imparcialidad del juzgador y fundamentación de los fallos.” (Código de Procedimiento Penal, 2000, Art. Innumerado después del Art. 5)

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano sí se encuentra consagrado de manera expresa, en un primer momento en la Constitución donde se enumeran los derechos y garantías que lo componen, también en la legislación a través del reconocimiento en el Código Adjetivo Penal.

El reconocimiento del debido proceso dentro de nuestro ordenamiento jurídico, no radica solamente en su establecimiento normativo, también trae consigo varias implicaciones para su adecuado desarrollo y aplicación.

2.3 Implicaciones

Es importante resaltar que el debido proceso sin ser conceptualizado de manera idéntica por los distintos pensadores, ni en las distintas legislaciones, el mismo implica un conjunto de derechos y garantías que deben ser cumplidas por el Estado y cualquier particular para el adecuado desarrollo de un procedimiento.

Establecido esto, dentro de nuestro ordenamiento jurídico sí están descritos adecuadamente los derechos que conforman el debido proceso.

Este reconocimiento constitucional implica que todos los funcionarios públicos en representación del Estado deben respetar y hacer respetar las normas del debido proceso, evitando cualquier forma arbitraria de abuso de poder.

Cada una de los derechos y garantías del debido proceso tiene un fundamento que lo vuelve necesario dentro de un ordenamiento jurídico, por esta razón la necesidad de su cumplimiento.

“Si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido, ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena”
(Ferrajoli, 2011, pp. 549)

Es decir, el reconocer dentro de un ordenamiento jurídico el debido proceso, quiere decir que el legislador es consciente que ante la ausencia de garantías básicas que aseguren el desarrollo adecuado y en respeto de la dignidad humana de los procedimientos judiciales, el poder tiende a ser absoluto además de abusivo.

Por lo que este reconocimiento, con esta finalidad de limitar y controlar el uso del poder punitivo, implica que todos los procedimientos donde se decidan sobre los derechos de los ciudadanos deben ser de acuerdo a cada una de las garantías

descritas, ya que ante la vulneración o violación de uno de ellos, se estaría vulnerando el debido proceso.

2.4 Necesidad

Montesquieu dijo “Para que no se pueda abusar del poder, es preciso que por disposición de las cosas, el poder frene al poder” (Ferrajoli, 2011, pp. 580)

La necesidad de reconocer al debido proceso dentro de un ordenamiento jurídico es la de controlar el poder estatal, limitar los probables abusos de poder, garantizar los derechos de las personas involucradas en procesos que decidan sobre sus derechos, no dejar abierta la posibilidad de procesos que vulneren los derechos y garantías.

Con el reconocimiento de esta serie de derechos y garantías se logra, por una parte limitar el accionar del Estado y por otra se consigue también dotar a los ciudadanos de mecanismos para la defensa de sus intereses.

“Si la historia de las penas es una historia de horrores, la historia de los juicios es una historia de errores; y no sólo de errores, sino también de sufrimientos y vejaciones cada vez que en el proceso se ha hecho uso de medidas e instrumentos directamente aflictivas, desde la tortura hasta el abuso moderno de la prisión preventiva” (Ferrajoli, 2011, pp. 603)

2.5 Importancia

“Todas las garantías tienen en común dato de haber sido previstas a sabiendas que su falta daría lugar a la violación del derecho que, en cada caso, constituye su objeto” (Ferrajoli, 2010, pp. 62)

La importancia de establecer al debido proceso dentro de la Constitución y dentro del ordenamiento jurídico, radica en poder, a través de este reconocimiento, vivir

dentro de un Estado de Derecho, o Estado de Derechos y Justicia, con bases fuertes para garantizar a los ciudadanos una adecuada administración de justicia.

La importancia radica también en reducir al establecer un debido proceso, actuaciones arbitrarias del Estado a través de sus representantes, limitar al Estado en el uso del poder, con conocimiento y consciencia de que su falta de establecimiento puede conllevar a la violación de estos derechos y garantías.

“En un Estado de Derecho no debería existir más violencia legal que la estrictamente necesaria para controlar otras formas de violencia” (Ferrajoli, 2010, pp. 175)

Son derechos y garantías como las consagradas en el debido proceso las que permiten limitar la violencia ejercida por el Estado, la violencia que puede llegar a ejercer el Estado en el uso del poder, y sobre todo el abuso del poder, por esta razón la importancia de su consagración.

2.6 Conflictos

El debido proceso está conformado por varios derechos y garantías que amparan a todos los ciudadanos; los problemas que nacen o pueden nacer tanto del reconocimiento como de la aplicación de cada uno de estos derechos son muchos.

Cada uno de estos problemas puede ser objeto de un extenso análisis, debido a las repercusiones que tienen dentro del ordenamiento jurídico del Ecuador como derechos fundamentales de todos los procesados, cada problema tiene un campo amplio de consecuencias, razones, implicaciones y posibles soluciones.

Prueba de lo antes expuesto es la cantidad de pensadores y trabajos que se han desarrollado en análisis de la prisión preventiva, siendo esta figura una de las más polémicas dentro del pensamiento jurídico contemporáneo

Otra figura que causa profundo análisis dentro del pensamiento del derecho y de la política es la imparcialidad del Juez, como requisito fundamental para que se pueda brindar una adecuada administración de justicia.

Ni la prisión preventiva, ni la imparcialidad de los jueces, ni cualquier otro problema que se genere del reconocimiento o de la correcta aplicación de un derecho del debido proceso tiene el mismo conflicto, consecuencias o implicaciones

Con esto se ratifica la amplia gama de conflictos que pueden nacer del reconocimiento o aplicación del debido proceso, algo que tiene mucha lógica si se considera la cantidad de derechos y garantías que componen el debido proceso.

De esta amplia gama de problemas, en el presente trabajo se desarrollarán tres. Por una parte los problemas que existen sobre el reconocimiento y respeto del principio de inocencia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la aplicación de las medidas alternativas a la prisión preventiva en el Ecuador y, la contraposición que existe entre la principio de inocencia versus las medidas alternativas a la prisión preventiva.

Son tres problemáticas conectadas entre sí, y que dentro del Ecuador no han sido desarrolladas a profundidad, convirtiendo a la investigación en un aporte a las problemáticas que nacen de la aplicación del debido proceso.

Para entender la problemática que se va a presentar en el presente trabajo, es necesario entender un elemento común de los tres problemas, mismo que es un elemento esencial dentro de cualquier estado de derecho, o cualquier estado democrático.

Este elemento es la libertad, un derecho fundamental para cualquier persona, un derecho humano, un límite para el estado, una potestad para el individuo, un factor fundamental si se respeta la inocencia de los ciudadanos y un derecho afectado cuando se impone medidas alternativas a la prisión preventiva.

2.6.1 Libertad

Para entender el contexto de la problemática anteriormente planteada, es necesario entender la razón central de su problema, y aunque podría pensarse es sencilla, se torna en un tema complejo con el sólo intento de definirla.

Al establecer la presunción de inocencia de los individuos inmersos en un proceso judicial, se está estableciendo una herramienta para que los individuos sean tratados como inocentes por una parte; por otra se establece un límite al Estado en su accionar.

Estos límites que se imponen al Estado es el de respetar la dignidad humana, concepto profundamente arraigado a los derechos fundamentales de todos los seres humanos, y a través de este respeto, o más bien conectado a este, el respeto del derecho a la libertad de los individuos.

“El contenido jurídico de la dignidad humana se relaciona con la realización de los derechos fundamentales o humanos, en sus tres dimensiones: individuales, políticos y sociales” (Barroso, 2008, pp.41)

La libertad es un derecho humano fundamental dentro de la sociedad, a través de este derecho se pueden conseguir y garantizar muchos otros derechos, el respeto y reconocimiento de este derecho marca la diferencia sobre el modelo estatal que rige un territorio.

El intervenir en la libertad de los ciudadanos, es intervenir en un derecho inherente a todos, por el solo hecho de ser seres humanos, por lo tanto esta intervención debe ser sustancial y formalmente adecuada.

Tan importante es la libertad que es el primer derecho que se reconoce dentro de la Declaración Universal de Derechos Humanos, “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.”

(Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, Art. 1); como también se encuentra reconocida dentro del ordenamiento jurídico interno ecuatoriano cuando la Constitución dentro de su Capítulo Sexto determina los “Derechos de Libertad”

Relacionada la libertad con el principio de inocencia, y ante las obvias repercusiones que nacen de las medidas alternativas de la prisión preventiva sobre la libertad de las personas; es necesario determinar de una manera más profunda lo que implica la libertad, para de ese modo entender el conflicto que se produce con los derechos fundamentales, con la dignidad humana y por ende con el ser tratado como inocente dentro de un proceso judicial.

La conceptualización de la palabra libertad ha sido objeto de numerosas discusiones, las múltiples consideraciones que se han realizado a su definición han provocado una subjetividad al momento de usarla; esto ha llevado al hecho de que no existe una definición universal sobre la libertad, existen varias definiciones, de diferentes pensadores y corrientes.

Por ejemplo Miguel Carbonell (2011, pp. 46), ilustra como Mill concebía a la libertad bajo el “principio del daño”, el que implica sencillamente que se podía realizar todo aquello que no dañe a otros, es decir, que las injerencias o coacciones a la libertad de los seres humanos, únicamente se podían derivar de acciones dañosas contra otros seres humanos.

Miguel Carbonell hace referencia a la conceptualización de la libertad expuesta por Philippe Van Parijs, el cual, establece la necesidad de una renta básica para la debida ejecución y reconocimiento de la libertad de las personas.

“Se es realmente libre, en oposición precisamente a formalmente libre, en la medida en que se poseen los medios, no solo el derecho, para hacer cualquier cosa que uno pudiera querer hacer” (Carbonell, 2011, pp. 93)

Sin embargo, para entender el problema que se planteó es la definición más prudente a aplicarse la aportada por Isaiah Berlin y desarrollada por varios

doctrinarios; esta conceptualización implica la diferenciación de una libertad negativa y una libertad positiva.

La libertad negativa implica que los seres humanos pueden realizar o no realizar cualquier acción u omisión que deseen, sin la interferencia de ninguna persona, ley o estado, es decir una libertad absoluta de acción u omisión.

Miguel Carbonell (2011, pp. 77), lo define como “a la posibilidad de actuar como mejor nos lo parezca sin que nadie interponga u obstaculice nuestros actos.” Por su parte, Norberto Bobbio (2009, pp. 525) aporta dentro de esta conceptualización al decir “facultad de hacer o dejar de hacer determinadas cosas no impedidas por normas vinculantes.” Es decir, aparece en la realidad un límite para cualquier persona o Estado de vulnerar la libertad de acción u omisión de las personas.

Por su parte, la libertad positiva es la facultad que tiene cada uno de los seres humanos para dictaminar sus propias leyes, es decir ya no existe una ausencia de normas como en la libertad negativa, hay normas pero las que se impone el ser humanos mismo, lo que puede hacerlo a través de representantes como sucede en los parlamentos, congresos o asambleas, o de manera directa.

“Cuando la libertad auténtica y digna de ser garantizada no sólo se extendió en término de facultad negativa, sino también en términos de poder positivo, es decir, de capacidad jurídica y material de concretar posibilidades abstractas garantizadas por constituciones liberales.” (Bobbio, 2009, pp. 526)

Bobbio (2009, pp.526) expone dentro de esta definición de libertad negativa el avance o desarrollo que la misma implica al decir: “cuando se comenzó a entender por libertad, no sólo la ausencia de impedimentos procedentes de normas exteriores, sino al dotarse de leyes, y, por eso mismo, no la ausencia de leyes, como entendía Hobbes, sino la obediencia a las establecidas por nosotros mismos.”

Es importante dentro de la libertad positiva, resaltar la importancia de la voluntad, voluntad de las personas de conseguir un objetivo, la voluntad de los miembros de la sociedad de imponerse sus propias leyes en miras de una convivencia colectiva.

“La obediencia a la ley que uno se ha prescrito es libertad” (Carbonell, 2011, pp.82)

Ahora, si se entiende a la libertad como aquella facultad que tienen los seres humanos para realizar cualquier acción sin obstáculo alguno y se dispone una medida de prohibición de salida del país, existe una vulneración a la libertad de la persona, ya que existe un obstáculo.

Con esto se quiere demostrar que la coacción a la libertad, no es producto solamente de una orden de detención, o de una prisión preventiva; es producto de cualquier medida que ejerza el Estado que límite la libertad de los ciudadanos de actuar.

Por lo tanto, las medidas alternativas a la prisión preventiva, ciertamente no afectan a la libertad física del procesado, pero si, coaccionan y vulneran la libertad de aquellos que las sufren.

Las medidas alternativas a la prisión preventiva de manera general, afectan a la integridad personal de las personas que la sufren, ya que el sólo hecho de imponerlas implica una afectación a la integridad psíquica y moral de los procesados, ya no sólo es el hecho de ser parte de un proceso penal, se suma el no ser tratado como inocente, y el tener que acatar una medida a pesar de probablemente no haber cometido ningún delito.

Las medidas alternativas a la prisión preventiva de manera general afectan el derecho de que todas las personas nacen libres, y de que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o dejar de hacer algo no prohibido por la ley, establecidos en el numeral 29, Art. 66, literales a) y b) respectivamente.

Pero sumado a esta afectación a la libertad, a través de la vulneración de la integridad personal, cada una de las medidas alternativas a la prisión preventiva vulnera determinadas libertades reconocidas en el Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador.

La obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares, así como la obligación de abstenerse de acercarse a determinados lugares; vulneran el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho de transitar libremente por el territorio nacional, el derecho a acceder a bienes públicos y privados, y el derecho al honor y buen nombre

La sujeción a la vigilancia de autoridad o institución determinada, llamada a informar periódicamente al juez de garantías penales, o a quien éste designare; además de las afectaciones generales vulnera el derecho a la intimidad personal

La prohibición de ausentarse del país, vulnera claramente el derecho de las personas de movilidad, al prohibirle entrar y salir libremente del país.

Suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña cuando ello significare algún influjo sobre víctimas o testigos, podría llegar a vulnerar la libertad al trabajo, a desarrollar actividades económicas, el derecho a transitar libremente por el territorio nacional, y el derecho de acceder a bienes públicos y privados.

Ordenar la salida del procesado de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física o psíquica de las víctimas o testigos; vulnera el derecho de los procesados a una vida digna afectándole su derecho a la vivienda, afecta también su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

El ordenar la prohibición de que el procesado, por sí mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o de intimidación a la víctima, testigo o algún miembro de su familia, no vulnera ningún tipo de libertad.

Reintegrar al domicilio a la víctima o testigo disponiendo la salida simultánea del procesado, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger la integridad personal y/o psíquica; vulnera el derecho de los procesados a una vida digna ya que se afecta su derecho a vivienda, también afecta su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Privar al procesado de la custodia de la víctima menor de edad, en caso de ser necesario nombrar a una persona idónea siguiendo lo dispuesto en el artículo 107, regla 6a. del Código Civil y las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia; afecta el derecho a la intimidad familiar.

La obligación de presentarse periódicamente ante el juez de garantías penales o ante la autoridad que éste designare, vulnera el derecho a transitar libremente por el territorio nacional, el derecho al buen nombre, el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

El arresto domiciliario que puede ser con supervisión o vigilancia policial, vulnera el derecho a transitar libremente por el territorio nacional, el derecho de entrar y salir del país, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la intimidad, el derecho al honor, el derecho a la libertad del trabajo, y el derecho a asociarse,

La detención al tener su limitante de 24 horas principalmente vulnera el derecho de movilidad de las personas así como la libertad personal.

La prisión preventiva vulnera el derecho a la libertad de movilidad, libertad al trabajo, libertad a vivir en un ambiente sano, a una vida digna, a la intimidad, al buen nombre, a la honra, el derecho a asociarse, el derecho a una vida libre de violencia, el derecho a realizar actividades económicas, el derecho a acceder a bienes públicos y privados.

Es importante también establecer que una medida como la prisión preventiva, afecta también el derecho de las personas a tomar decisiones libres sobre su sexualidad.

“A las personas se les priva o se las limita severamente en su posibilidad de mantener relaciones sociales, afectivas y sexuales con personas del sexo opuesto. Digamos que se les obliga a mantener relaciones homosexuales.” (Ávila, 2013, pp. 156)

Por tanto las vulneraciones a la libertad, y por tanto a la dignidad de las personas producidas por el establecimiento de medidas alternativas pueden ser múltiples, y es válido plantear la interrogante si a una persona inocente se le plantearía este tipo de vulneraciones a su libertad.

Este trabajo no se centra en las afectaciones individuales que causa cada una de las medidas alternativas a la prisión preventiva, sin embargo, resaltar las afectaciones a las libertades que provocan las mismas, permite, hacer conciencia además de tener conocimiento de las repercusiones en la sociedad y en las personas.

Este conocimiento sobre las afectaciones que causan las medidas alternativas a la prisión preventiva, permite ser conscientes de que para ser aplicadas deben ser debidamente fundamentadas, ya que aunque estén estipuladas dentro del ordenamiento jurídico, requieren un sustento formal y sustancial.

Finalmente es importante establecer, que dentro de la forma de gobierno ecuatoriana, considerando que el poder legislativo se ejerce a través de representantes o asambleístas, se debería pensar que se ejerce la libertad positiva a través de ellos, sobre todo por la razón de que el pueblo es el que los eligió y aceptó también la Constitución.

Pero, sin entrar en mucha polémica sobre la verdadera representación de los intereses del pueblo en las leyes, se podría decir que en ejercicio de la libertad

positiva se estableció estas excepciones para vulnerar las libertades y el principio de inocencia de las personas; sin embargo, también se estableció la necesidad de que estas vulneraciones cumplan determinadas exigencias.

Establecido el marco de aplicación, el debido proceso y sus implicaciones, la importancia de la libertad como respeto a la inocencia de las personas, determinada la afectación de las medidas cautelares a la libertad de las personas, es necesario adentrarse al conflicto que nace la aplicación de los preceptos constitucionales de la presunción de inocencia y de las medidas alternativas a la prisión preventiva.

Entendiéndose de este conflicto, la necesidad que nace de las medidas cautelares de proteger un bien mayor como puede ser la administración de justicia, sacrificando un bien menor que vendría a ser la libertad, cuya veracidad y procedencia se desarrollará en líneas posteriores.

Sin embargo, para el adecuado entendimiento de estos conflictos, es necesario entender que implica cada uno de ellos.

CAPÍTULO III

PRINCIPIO DE INOCENCIA

3.1. Definición

Para determinar lo que implica la presunción de inocencia es necesario e importante ir definiendo lo que significa las dos palabras que lo componen, para finalmente establecer el significado del concepto en conjunto.

3.1.1. Presunción

La Real Academia de la Lengua Española define el término de la siguiente manera:

“1. f. Acción y efecto de presumir.

2. f. Der. Hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad de que sea probado.”
(Real Academia de Lengua Española)

De la primera definición se puede establecer que la acción o efecto de presumir implica que por una parte haya un conocimiento previo, y por otra parte, basado en este conocimiento previo sobre determinado aspecto se saca una conclusión, característica que también es parte de la definición jurídica.

Así lo expuso el maestro Orlando Rodríguez cuando manifestó “Se busca un hecho desconocido, partiendo de uno conocido total o parcialmente, llevado por el principio de identidad. (Rodríguez, 2001, pp.28)

De la segunda definición, la cual nos compete, podemos agregar que la presunción en materia jurídica es más amplia.

Existen dos tipos de presunciones, la presunción absoluta y la presunción relativa, es decir dentro de lo que la Ley considera cierto sin que haya sido probado,

conocido como la presunción legal, encontramos por una parte la presunción *iuris et iure* (absoluta) y por otra parte la presunción *iuris tantum* (relativa).

La presunción *iuris tantum* o relativa es aquella que admite prueba en contrario, es decir, la ley presume su certeza a pesar de no haber sido probada, sin embargo, a través de los mecanismos legales pertinentes se puede desvirtuar esta presunción, demostrando que la realidad es contraria a la contenida en la presunción.

La presunción *iuris et iure* o presunción absoluta, es aquella que no admite prueba en contrario, es decir, no es solo el hecho de que la Ley considera como probada determinada afirmación dentro del campo del derecho, también su veracidad y certeza es absoluta, no se puede desvirtuar bajo ningún mecanismo legal o judicial la realidad contenida dentro de la presunción.

Pero aquí no termina la diferenciación que existe cuando se habla de presunciones, en el mundo jurídico, hay dos grandes campos en materia de presunción, el legal (mismo que está descrito en líneas anteriores) y el judicial.

La presunción judicial es la que realiza el Juez dentro de un proceso, presunción que la hace analizando un hecho en particular, a través de un conocimiento previo, considerando las reglas de la sana crítica para producir una conclusión específica.

3.1.2. Inocencia

Dentro de esta definición, es necesario empezar por hacer una aclaración. La inocencia no es algo que el Estado otorga a los ciudadanos, no es un derecho del que gozamos por su reconocimiento constitucional, la inocencia es un estado en el que nos encontramos por el hecho de pertenecer a una sociedad, por el hecho de ser parte de un pacto social de convivencia.

Afirmación que expone en reiteradas ocasiones el tratadista Orlando Rodríguez cuando dentro de su libro *La Presunción de Inocencia –Principios Universales-* , en su capítulo IV hace las siguientes afirmaciones:

“La condición de inocente de todo ciudadano es anterior al Estado y a cualquier garantía judicial consignadas en las codificaciones positivas. “ (Rodríguez, 2001, pp.117)

“La inocencia existe con el hombre, por el hecho de ser parte de la sociedad, busca prosperidad, bienestar, y torna la inocencia en un derecho político.” (Rodríguez, 2001, pp. 129)

Finalmente “Inocencia no se declara, es anterior al Estado”. (Rodríguez, 2001, pp. 130)

A través de estas afirmaciones se debe entender a la inocencia como una condición de todos los seres humanos, condición que necesita de mecanismos para ser protegida tanto de la venganza privada como de las actuaciones estatales.

Esta condición de inocencia reconocida a los ciudadanos de una sociedad implica que, todo ciudadano está libre de culpa.

“Inocencia (Der. en gen., Der. Pen.)- 1. Calidad o condición del que está libre de culpa o culpabilidad.” (Enciclopedia Jurídica Omeba)

3.1.3. Presunción de inocencia

Entendido lo que es una presunción, y lo que es inocencia es importante entender lo que es la presunción de inocencia. La presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum*, es decir admite prueba en contrario.

Radica en que dentro de un proceso judicial, o donde estén involucrados derechos y garantías, todo ciudadano debe ser considerado inocente ante la Ley, además, ante los operadores de Justicia. Con esto se consigue un proceso judicial que vele por las garantías del procesado, donde, solamente una vez probado los hechos por los cuales se acusa, se desvirtúe el principio de inocencia que lo ampara, y se lo condene, cambiando su estado de inocencia por un estado de culpabilidad.

Es decir, el principio de inocencia es un mecanismo, una garantía que ampara a todo ciudadano involucrado en un proceso donde se decida sobre sus derechos y sus garantías, que lo protege de ser tratado como culpable, que pone un límite al Estado para actuar en contra de ese ciudadano sin tener sentencia condenatoria, una herramienta para que el ciudadano goce de todos sus derechos y tenga los medios adecuados para defenderse hasta que se demuestre su culpabilidad en los hechos que se le imputan.

Así lo resalta también el maestro Luigi Ferrajoli (2011, pp.549) cuando expone: “Este principio fundamental de civilidad es el fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la inmunidad de algún culpable.”

Y aún mejor lo expone Rodríguez (2001, pp. 147) al decir: “La inocencia, en desarrollo de un proceso jurídico, está amparada por una presunción, que es un mecanismo, por lo que todo hombre procesado legalmente, debe ser tratado como inocente, durante la investigación de juzgamiento, hasta el fallo condenatorio con tránsito a cosa juzgada. “

Finalmente, se puede decir del modo más simple que la presunción de inocencia, es presumir que un ciudadano en particular está libre de cualquier tipo de culpa; presunción que no es reconocida sin razón, los fundamentos que justifican este derecho se desarrollarán a continuación.

3.2. Fundamento

Ahora es necesario establecer en que se fundamenta el principio de inocencia para tener esa tendencia de proteger al ciudadano hasta la sentencia ejecutoriada; ya que bien podría ser al revés, y presumirse la culpabilidad de todos los implicados en procesos penales, tal como sucedía en los procesos de la inquisición.

A lo largo de la historia y desarrollo del derecho penal, no sólo han existido procesos inquisitivos donde predominaba la presunción de culpabilidad, además, ha habido muchos tratadistas que lo han defendido y lo han fundamentado.

“Si se debe presumir la inocencia del imputado, pregunta el buen sentido, ¿por qué entonces se procede contra él? (Manzini, 1951, pp. 253-256)

Otro representante de la inconformidad con la presunción de inocencia es Novelli (Ferrajoli, 2011, pp. 627) que establece: “cuando existe un procedimiento en curso no hay una presunción de inocencia, porque en una sociedad civil la inculpación de un delito no se toma en consideración sino existen suficientes indicios.”

Es importante aclarar que no necesariamente son defensores de una presunción de culpabilidad, también son críticos de la presunción de inocencia. Las críticas a la presunción de inocencia se fundamentan esencialmente en lo incompatible que resulta su reconocimiento y los procedimientos que se aplican.

Resulta irónico el hecho que dentro de un ordenamiento jurídico que tiene incorporado el principio de inocencia, se permita la inversión de la carga de la prueba, la prisión preventiva, entre otras figuras jurídicas.

“Nada tan burdamente paradójico e irracional. Baste pensar en los casos de prisión preventiva, en el secreto de la instrucción y en el hecho mismo de la imputación. Dado que esta última tiene por presupuesto suficientes indicios de

culpabilidad, debería constituir, si acaso, una presunción de culpabilidad.” (Manzini, 1951, pp. 180)

Obviamente las figuras jurídicas y el ámbito actual de aplicación es diferente al tiempo en el que argumentaba Manzini, sin embargo, lo paradójico no ha cambiado, las medidas preventivas siguen vigentes y aunque unas con mayores repercusiones que otras, son contrarias al principio de inocencia.

Está claro que constitucionalmente no se reconoce una presunción de culpabilidad, lo que se estipula es una presunción de inocencia, la razón de la existencia de esta presunción es bastante simple.

La generalidad de los seres humanos no cometen delitos, por tanto el momento de que una persona está involucrada en un proceso penal, por el sólo hecho de ser un ser humano, por el hecho de pertenecer a la sociedad, se debe deducir que es inocente; ya que así lo dice la regla general.

Para un mejor entendimiento el maestro Rodríguez (2001, pp. 148) lo expone de la siguiente manera:

“Premisa mayor: Todos los hombres buscan el bien general

Premisa menor: Determinado hombre violó preceptos normativos

Conclusión: Se presume la inocencia del hombre hasta la sentencia.”

Este es el primer fundamento para sustentar la existencia de la presunción de inocencia.

Por otra parte existe otro fundamento sumamente importante. El derecho en general, y el derecho penal sin ser la excepción, busca la justicia. La rama del derecho penal dentro de sus lineamientos tiene el castigo de las personas que cometieron un delito. Está implícito y no es necesario aclararlo que el derecho

penal bajo ningún concepto busca sancionar o castigar a personas que son inocentes.

Bajo este razonamiento, la sociedad y los operadores de justicia, conscientes del riesgo que involucra las medidas preventivas, deben procurar en todo momento que las partes involucradas no sufran penas con anterioridad a la sentencia, deben no sólo procurar el proteger a un inocente, además, asegurarse que ningún inocente pague por delitos que no cometió.

“Al cuerpo social le basta que los culpables sean generalmente castigados, pero es su mayor interés que todos los inocentes estén protegidos”. (Ferrajoli, 2011, pp.39)

Es precisamente este razonamiento el que fundamenta la existencia de la presunción de inocencia, el derecho penal perdería su objetivo si al momento de su aplicación castiga a inocentes, además que esto causaría inseguridad jurídica para los miembros de la sociedad; y se estaría causando mayor violencia de la que se está evitando con su aplicación.

Si bien es cierto, se persigue sancionar a los autores de conductas delictivas, es un limitante, un requisito que en su proceso no se perjudique o dañe a personas inocentes, y aunque este limitante crea ciertos problemas, es un riesgo que se debe estar dispuesto a correr.

“Ningún valor o principio puede satisfacerse sin costos. Y este es un costo que el sistema penal debe estar dispuesto a pagar, si quiere salvaguardar su razón de ser” (Ferrajoli, 2011, pp. 55)

Los operadores de Justicia –tanto fiscales como jueces- deben tener presente que lo que se busca en un proceso penal es la “verdad”, deben guiar sus actuaciones hacia este fin, pero siempre respetando los derechos y garantías de los que goza el procesado. Deben tener claro que el procesado es inocente hasta que una

sentencia demuestre su culpabilidad, y por tanto sus actuaciones deben ser acordes a esta presunción.

Si fuera de otra manera, si el juez o fiscal, guiaran sus actuaciones bajo presunciones de culpabilidad, no estaríamos en un Estado de derechos y justicia, no estaríamos viviendo un garantismo.

“Verdadero escándalo sería ver a los tribunales condenar siempre, y ver a jueces a quienes les pareciere cometer un pecado si absuelven, y que tiemblan afiebrados y suspiran como infelices al firmar una absolución, aunque ni tiemblan ni suspiran al firmar una condena. Esto sí sería un verdadero escándalo, pues haría arraigar en el pueblo, más hondamente, la justa idea de que los jueces criminales ocupan un sitio tan sólo para condenar, y no para administrar justicia imparcialmente. Con esto se daría muerte a la confianza que pueda tenerse en la justicia humana, al tomarse como motivo la condena, no el haber sido declarado culpable sino el haber sido acusado.” (Carrara, 1991, pp.278-279)

Este razonamiento y fundamento que justifica la existencia de la presunción de inocencia, ha sido concebido en varias normas jurídicas con el objeto de garantizar su cumplimiento; mismas que se trabajarán a continuación.

3.3. Reconocimiento Normativo

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Art. 11 establece: "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 hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa". (Declaración de Derechos Humanos, 1948, Art. 11)

Así también en el Pacto de San José o Convención Americana de Derechos Humanos dentro del Art. 8 numeral 2 , en su parte pertinente se establece lo

siguiente: “2. 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, 1969, Art. 8, numeral 2)

En el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 en el Art. 14 numeral 2 en su parte pertinente se establece: “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 norma jurídica suprema ecuatoriana también reconoce este importante derecho al establecer en el Art. 76 numeral 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.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 76, numeral 2)

Finalmente dentro del ordenamiento jurídico interno, en el Código de Procedimiento Penal podemos encontrar en el Art. 4 lo siguiente: “Presunción de inocencia.- Todo procesado es inocente, hasta que en la sentencia ejecutoriada se lo declare culpable.” (Código de Procedimiento Penal, 2000, Art. 4)

Como queda demostrado la presunción de inocencia está reconocido en distintas normas dentro del ordenamiento jurídico, así como también en diversos Tratados Internacionales, siendo los tres antes nombrados los principales.

Tampoco hay como dejar de reconocer el hecho de que la presunción de inocencia no fue reconocida por primera vez por la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, es reconocida muchos años atrás, en diferentes documentos normativos, o declaraciones, mismos que se desarrollarán a continuación cuando hablemos de la evolución del principio de inocencia.

3.4. Evolución de la Presunción de Inocencia

Al momento de referirse a la evolución histórica de la presunción de inocencia es importante aclarar que, no es una figura jurídica que nació con el garantismo penal, o el neoconstitucionalismo, o el constitucionalismo democrático, ni si quiera es una figura que nació con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; la presunción de inocencia es una figura sumamente antigua existía en el imperio Romano; sin embargo, fue en las diversas conquistas de derechos que se plasmó este principio, positivándolo a través de varias declaraciones.

Pues si bien es cierto, es necesario e imprescindible remitirse a las distintas declaraciones de derechos de la evolución, para encontrar como ha sido concebida la presunción de inocencia, no es menos necesario e imprescindible entender el contexto histórico bajo el cual se dieron. Razón por la cual para el desarrollo de la evolución histórica es necesario referirse brevemente a seis pilares fundamentales: Imperio Romano, Edad Media, Edad Moderna, Fascismo y nazismo, Declaración de Derechos Humanos, Patriot Act; agregando en el desarrollo aquellas declaraciones que concibieron en sus preceptos a la presunción de inocencia.

3.4.1. Imperio Romano

En el reconocimiento de la presunción de inocencia en la Roma Antigua se debe hacer referencia principalmente a una cita contenida en el digesto o pandectas escrita por Ulpiano: “Es mejor dejar impune un delito, que condenar a un inocente.” (Ferrajoli, 2011, pp.625)

“Ante esto es importante realizar dos aclaraciones, primero, el digesto o pandectas es una recolección de textos jurídicos llevada a cabo por Ulpiano, es decir, que si bien es cierto Ulpiano escribe esta frase que muchas veces incluso se le atribuye,

no es el autor de la misma, el autor es Trajano emperador romano.” (Uribe, 2007, pp.11)

Como segundo punto, se puede ver con suma y sorprendente claridad como la figura de la presunción de inocencia era plenamente reconocida en Roma, no es necesario profundizar más en el análisis cuando es sumamente claro lo establecido por Trajano en esa época.

Seguido de este reconocimiento de la prisión preventiva, existen dos reconocimientos más que los complementan.

El primero “Le incumbe probar a quien afirma y no a quien niega.” Y el segundo “Le incumbe probar a quien afirma y no a quien niega. Si el actor no prueba, el reo debe ser absuelto.” (Ferrajoli, 2011, pp. 625)

Con estos tres argumentos, se debe recalcar sin temor a equivocarse que en la época del imperio romano fue muy importante el racional uso de la justicia, lo demuestran afirmaciones como las antes citadas, demuestran como un proceso judicial es un mecanismo de hacer justicia de acuerdo a la verdad; justamente por esta razón se procura evitar sancionar a un inocente, y se establece también la carga probatoria.

3.4.2. Edad Media

Sin embargo del buen precedente que sentó el Imperio Romano sobre la presunción de inocencia, durante la Edad Media esta recibió un gran golpe; bajo los procedimientos inquisitivos toda idea de presumir la inocencia de los procesados quedo descartada.

Durante los procesos de la inquisición, no sólo era el presumir la culpabilidad de los procesados, además se puede decir que era una presunción iuris et iure, era una presunción que no había como negar o refutar, el procedimiento simplemente

se dirigía a conseguir las pruebas que confirmen o reafirmen el delito por el cual se había decidido proceder a los ciudadanos. Lo terrible de los medios probatorios empleados, o más bien de los medios usados para obtener las pruebas (sobre todo, la prueba madre que era la confesión judicial) dejaron a toda idea de presunción de inocencia fuera de la discusión.

“Y aún los gemidos de los infelices sacrificados a la cruel ignorancia y a la insensible indolencia; los bárbaros tormentos con pródiga e inútil severidad multiplicados por delitos, o no probados o quiméricos, la suciedad de los horrores de una prisión, aumentados por el más cruel verdugo de los miserables, que es la incertidumbre de su suerte, debieron mover aquella clase de magistrados que guían las opiniones de los entendimientos humanos.” (Beccaria, 1993, pp. 56)

Esta cita tomada del libro de Beccaria, representa una clara representación de lo que se vivió durante la inquisición. No existía ninguna seguridad jurídica sobre lo que podía constituir delito, sobre quien podía ser delincuente, ni sobre los procedimientos seguidos para determinar la culpabilidad.

Por esta razón es que Beccaria habla de delitos no probados o quiméricos, porque durante la inquisición se determinaban penas por delitos fantasiosos, que muchas veces eran causas de la naturaleza y no de una acción dolosa o culpable; se determinaban penas por delitos sin pruebas con respecto a la acción delictiva en sí, más bien las pruebas se fundamentaban en creencias o supersticiones.

Como respuesta a todo este tipo de procesos inquisitoriales, que violaban derechos de los seres humanos, nacen muchos pensamientos y movimientos con el fin de garantizar los derechos de las personas, uno de los grandes pensadores fue Beccaria.

“No es nuevo este dilema, o el delito es cierto o incierto, si cierto no le conviene otra pena que la establecida por las leyes, y son inútiles los tormentos porque es inútil la confesión del reo: si es incierto; no se debe atormentar un inocente, porque tal es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados.” (Beccaria, 1993, pp. 88)

3.4.3. Edad Moderna

Después de las terribles daños causados por los procedimientos inquisitivos, después de monarquías absolutas donde el Rey ejercía todos los poderes del Estado, aparecen distintos movimientos sociales o revoluciones que lucharon por el reconocimiento de mejores condiciones dentro de la sociedad, consiguieron se declaren los derechos a los cuales todos somos titulares, lograron realizar cambios en las concepciones políticas y jurídicas que regían la civilización en esos momentos.

Ejemplo de esto es, por una parte la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, resultado de la Revolución Francesa, y por otra parte la Declaración de Derechos del Buen Pueblo Virginia de 1776.

Estas dos declaraciones tienen un elemento común, que es el despojarse del gobierno bajo el cual habían estado sometidos durante muchos años. Por el lado de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, esta es el resultado de la lucha contra la corona británica.

En esta declaración ya existen determinados rasgos de presunción de inocencia cuando dentro de su octavo punto establece:

“VIII. Que en todo proceso criminal, inclusive aquellos en que se pide la pena capital, el acusado tiene derecho a saber la causa y naturaleza de la acusación, a ser careado con sus acusadores y testigos, a pedir pruebas a su favor, y a ser juzgado rápidamente por un jurado imparcial de doce

hombres de su vecindad, sin cuyo consentimiento unánime no podrá considerársele culpable; tampoco puede obligársele a testificar contra sí mismo; que nadie sea privado de su libertad, salvo por mandato de la ley del país o por juicio de sus iguales.” (Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, 1776, VIII)

Por su parte, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano es el resultado de la Revolución Francesa, donde lograron terminar con la forma de gobierno de la monarquía absoluta para poder implementar un nuevo sistema de organización del Estado bajo determinados derechos que amparen a todos los ciudadanos. Así en este documento se encuentra reconocida la presunción de inocencia de la siguiente manera:

“Artículo 7o. Ninguna persona puede ser acusada, detenida ni encarcelada sino en los casos determinados por la ley según las formas prescritas en ella. Los que solicitan, facilitan, ejecutan o hacen ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o requerido en virtud de lo establecido en la ley debe obedecer inmediatamente: se hace culpable por la resistencia.” (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789, Art. 7º)

Sin embargo no es la única referencia que se tiene sobre la presunción de inocencia en este documento, en el Art. 9 se considera de una manera más clara este importante principio.

"Artículo 9o.- Toda persona, siendo presumida inocente hasta que sea declarada culpable, si se juzga indispensable su detención, la ley debe de reprimir severamente todo rigor que no sea necesario para el aseguramiento de su persona.” (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789, Art. 9º)

Con esto se demuestra las distintas maneras en las que ya se fue positivizando la presunción de inocencia.

Sin embargo, no fue a través de Declaraciones las únicas maneras de reconocimiento de la presunción de inocencia. Durante este periodo denominado edad moderna varios pensadores se expresaron al respecto, muchas veces a favor, otras, en contra, e inclusive muchas veces con excepciones a la presunción de inocencia.

Hobbes (1992, pp.124) escribió: “como puede haber un delito para el que no hay sentencia, ni cómo puede infligirse una pena sin una sentencia previa”

Por su parte Beccaria (1993, pp. 112) escribió: “Cuando es un ciudadano acusado de un atroz delito no concurre la certidumbre, pero sí gran probabilidad de haberlo cometido, parece debería decretarse contra él pena de destierro”. Afirmación compartida por Pagano (Ferrajoli, 2011, pp. 626) cuando expone: “para que la sociedad pudiera descansar más segura, el reo contra el que existan indicios pero no confirmaciones podría ser desterrado para siempre del reino”.

3.4.4.Nazismo y Fascismo

Lamentablemente estos avances antes apuntados del reconocimiento de derechos entre los que se encuentra la presunción de inocencia, tuvieron un retroceso durante el siglo XX, en el cual diversos dictadores encontraron la manera de legalizar procedimientos penales sin garantías.

Los procedimientos vívidos durante la Segunda Guerra Mundial, encabezados por Hitler y Mussolini principalmente; permitieron la vigencia de un derecho penal conocido como el de “autor”, derecho penal en el cual no se juzgaban acciones delictivas, conductas, o acciones finalistas, lo que era materia de juzgamiento en este sistema penal eran aspectos o características de la persona, circunstancias personales, categorización de los individuos por su personalidad peligrosa, o situaciones análogas.

“Un Derecho Penal con todas sus garantías, basado y limitado por el principio de culpabilidad, para el delincuente ocasional, integrado en el sistema, aunque alguna vez se aparte de él, y un Derecho Penal, basado en la peligrosidad y sin ningún tipo de limitaciones, para el delincuente habitual que con su comportamiento y su forma de conducción de vida (Lebensführungsschuld) cuestiona las bases del sistema mismo”. (Muñoz Conde, 2003, pp. 65)

En la época del nazismo se concibió el derecho penal bajo un dualismo, en el cual se trataba de una manera a delincuentes ocasionales, y bajo procedimientos distintos a aquellos sujetos peligrosos para la sociedad. Estos criterios subjetivos de juzgamiento a los ciudadanos desvirtúan absolutamente la presunción de inocencia, y legaliza la condena de inocentes por sus formas de vida o por parecer peligrosos para la sociedad.

Son innegables las consecuencias que produjo la Segunda Guerra Mundial, las muertes, los campos de concentración, etc. Sin embargo es muy importante para entender la evolución de la presunción de inocencia, entender el dualismo que se hizo hincapié anteriormente.

Es necesario entender este dualismo por la razón de que dentro del Derecho Penal para tratar a los enemigos o los ciudadanos considerados peligrosos, no había límites, se podía aplicar en contra de ellos diversas medidas que los dejaban en absoluta indefensión y sin ninguna garantía.

3.4.5. Declaración de los Derechos Humanos

Por los estragos causados por la Segunda Guerra Mundial surge internacionalmente la iniciativa de varios países de reconocer derechos a los ciudadanos.

Es importante entender la concepción bajo la cual se firma la Declaración de los Derechos Humanos un honroso 10 de diciembre de 1948. No se otorga derechos

a los habitantes del planeta, se los reconoce, se declara el reconocimiento de derechos que pertenecen a las personas por el sólo hecho de ser parte de la raza humana, es decir, que le son inherentes; que bajo ningún concepto, ordenamiento jurídico o gobierno pueden ser vulnerados, ninguna norma puede irse en contra de los Derechos Humanos, que pertenecen a todos los ciudadanos.

A partir de la Declaración de los Derechos Humanos aparecen al igual que al hablar del neoconstitucionalismo, varios pensadores y corrientes dirigidas a un reconocimiento diferente de los derechos humanos. No es ya una simple declaración de derechos, es una positivización de Derechos Fundamentales de todos los ciudadanos para la plena realización de su vida, que tiene jerarquía constitucional, es decir, están consagradas en las normas jurídicas supremas de los ordenamientos jurídicos, debiendo ser respetadas tanto por el Estado como por los particulares.

Se plantea los Derechos Fundamentales en esta jerarquía constitucional, para evitar que ellos sean suprimidos o violados por gobiernos de turno, para evitar su violación por diferentes tendencias políticas, para hacerlos respetar guiados por la lógica que son inherentes de los seres humanos mucho antes de cualquier pacto de convivencia.

Así Ferrajoli (2010, pp.55) nos dice: “Siempre que se quiere asegurar un derechos se lo sustrae de la política del mercado”.

Idea fortalecida en páginas posteriores cuando escribe:

“Todas las garantías tienen en común el dato de haber sido previstas a sabiendas de que su falta daría lugar a la violación del derecho que, en cada caso, constituye su objeto. Es decir, una suerte de desconfianza en la satisfacción o al respeto espontáneo de los derechos; y, en particular, por lo que se refiere a los derechos fundamentales, en el ejercicio espontáneamente legítimo del poder.” (Ferrajoli, 2010, pp. 62).

Sin embargo, a pesar de los distintos reconocimientos de derechos, las distintas normativas, los pensamientos de los tratadistas; la violación de los derechos entre ellos el de la presunción de inocencia han sido varias, como las ocurridas en las dictaduras de Latinoamérica, donde los procedimientos no tenían ningún tipo de garantías.

“...a los delitos de los terroristas, las Fuerzas Armadas respondieron con un terrorismo infinitamente peor que el combatido, porque desde el 24 de marzo de 1976 contaron con el poderío y la impunidad del Estado absoluto, secuestrando, torturando y asesinando a miles de seres humanos” (CONADEP, 2006, pp. 11).

3.4.6. Patriot Act.

Como es de conocimiento público, el 11 de septiembre de 2001 Estados Unidos fue víctima de un ataque terrorista, dos aviones se estrellaron contra las Torres Gemelas causando el desplome de las mismas, miles de heridos, y la muerte de muchas personas.

Posterior a este ataque terrorista se aprobó por el congreso de Estados Unidos el Patriot Act, “el mismo que permite u otorga al Presidente de los Estados Unidos el poder ilimitado para usar la fuerza contra toda institución o persona que se crea o esté involucrada en actividades relacionadas con el terrorismo, poder que incluye procedimientos especiales sin garantías, tribunales especiales para juzgar entre otros.” (Ferrajoli, 2010, pp. 115).

A este terrible Patriot Act, se le suma el concepto de guerra infinita que representa la lucha contra el terrorismo, ya que se está justificando la guerra hasta acabar con el mismo lo que implica obviamente una guerra prácticamente infinita, y, la cárcel de Guantánamo donde se tiene en calidad de reos a ciudadanos sin otorgarles las garantías básicas, violando toda presunción de inocencia, guiados más bien por un pensamiento acorde al derecho penal del enemigo bajo el cual el enemigo no es un ciudadano por tanto no goza de derechos dentro de la sociedad.

Finalmente es importante decir que a pesar de las excepciones como las antes mencionadas el reconocimiento de la presunción de inocencia está presente en las mayorías de los ordenamientos jurídicos del mundo.

Después de todo este desarrollo, entendida la concepción y el fundamento de la presunción de inocencia, es importante desarrollar las repercusiones o consecuencias que tiene para la justicia su reconocimiento y jerarquía constitucional.

3.5. Implicaciones

Al hablar de implicaciones se habla de consecuencias y exigencias que nacen del reconocimiento constitucional del principio de inocencia, partiendo por supuesto del hecho de que este principio es de carácter constitucional por lo que se encuentra en lo alto del ordenamiento jurídico.

Se debe empezar por el hecho de que el reconocimiento de la presunción de inocencia como un derecho de todos los ciudadanos implica el hecho de que este reconocimiento constitucional debe ser aplicado de manera directa e inmediata.

Por tanto, ningún operador de justicia sea juez, sea fiscal, sea defensor público puede dejar de aplicar el principio de inocencia por falta de ley al respecto, simplemente debe aplicar la Constitución.

En un segundo término, se debe considerar que el hecho de que el principio de inocencia este reconocida en la Constitución implica que las únicas excepciones que se pueden presentar a la misma son y deben ser de carácter constitucional, además de las legales derivadas justamente de estas excepciones constitucionales.

Ahora es importante resaltar una vez más lo que determina la Constitución “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 de la República del Ecuador, 2008, Art. 76, numeral 2)

No todos los ordenamientos jurídicos conciben al principio de inocencia de la misma manera que está concebida en nuestra Constitución, ya que posee un elemento complementario de mucha importancia, y es el “ser tratada como tal”.

La importancia de este reconocimiento radica en no ser simplemente ideal, debe ser también real, es decir, ante el argumento de que el hecho de aplicar una medida preventiva ya sea esta prisión preventiva o una medida alternativa no viola el estado de inocencia de los procesados, sin embargo, la exigencia de que la persona procesada sea tratada como una inocente racionaliza y limita mucho más el uso de las medidas preventivas.

Esto quiere decir que todo operador de justicia debe tratar a los procesados como inocentes, ya que su estado de inocencia no se desvirtúa hasta que haya una sentencia ejecutoriada, motivo por el cual es difícil el entender una medida preventiva en una persona inocente. Aunque las medidas preventivas son la excepción -las cuales se desarrollarán posteriormente-, es necesario tener presente que los procesados deben ser tratados como inocentes.

Esta exigencia constitucional principalmente para los jueces, requiere de ellos que al momento de tomar cualquier decisión tengan presente este derecho constitucional.

Las implicaciones del principio de inocencia van mucho más allá del simple trato a una persona como inocente, tiene también una estrecha relación con el in dubio pro reo y con la carga de la prueba.

Con la carga de la prueba debido a que por el hecho de que de una persona sea inocente hasta prueba en contrario, requiere por parte de la acusación aportar esa prueba en contrario, aportar prueba que desvirtúe el estado de inocencia del

procesado, prueba que demuestre que el implicado en un proceso penal fue autor de la acción delictiva.

Francisco Puyol (1992, pp. 325) dice: “La presunción de inocencia exige para ser desvirtuada, en primer lugar que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba y, en segundo que dicha actividad probatoria sea efectivamente incriminatoria, para lo cual se hace necesaria que la evidencia que origine su resultado lo sea tanto con respecto a la existencia del hecho punible como en todo lo atinente a la participación que en él tuvo el encausado”

Por lo tanto, el juicio requiere las pruebas que la Fiscalía o la acusación particular aporten para demostrar la culpabilidad del imputado, no viene a ser obligatorio que el procesado pruebe su inocencia, pues tiene una presunción *iuris tantum* que lo ampara.

Por su parte si la fiscalía o la acusación particular no aportaron las pruebas suficientes para demostrar la culpabilidad del procesado, exige la ley, el principio *in dubio pro reo*, la Constitución, que se ratifique la inocencia del procesado.

“La motivación del juez resulta una justificación adecuada de la condena sólo si, además de apoyar la hipótesis acusatoria con una pluralidad de confirmaciones no contradichas por ninguna contraprueba, también está en condiciones de desmentir con adecuadas contrapruebas todas las contra hipótesis planteadas y planteables” (Ferrajoli, 2011, pp.152)

Por otra parte con respecto al *in dubio pro reo* podemos tomar una frase del *digesto* “*nocentem absolveré satius est quam innocentem damnari*” que en español quiere decir es preferible absolver a un culpable que condenar a un inocente.” (Rodríguez, 2001, pp.311)

El *in dubio pro reo* exige al operador de justicia en el ejercicio de sus funciones emitir una sentencia ratificando la inocencia del procesado si es que no tiene una

absoluta seguridad de su responsabilidad dentro del delito, es decir, se mantiene y fortalece la presunción iuris tantum del procesado.

“Art. 304-A.- Reglas Generales.- La sentencia debe ser motivada y concluirá declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado; en el primer caso, cuando el tribunal de garantías penales tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo; y en el segundo caso, si no se hubiere comprobado la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, o cuando existiere duda sobre tales hechos.” (Código de Procedimiento Penal, 2000, Art. 304-A)

Con esto se reafirma legalmente la obligatoriedad de los jueces de preferir el principio de inocencia de los procesados, en caso de no haberse demostrado plenamente en el juicio contradictorio la responsabilidad del mismo en la causa; resaltando la estrecha relación entre el principio de inocencia y el in dubio pro reo.

Finalmente, el principio de inocencia tiene una estrecha relación con la motivación jurídica exigida a los operadores de justicia en todas sus decisiones. La relación radica en el hecho de que para dictar una resolución judicial en la que se sentencie a un procesado deben existir los fundamentos suficientes tanto de hecho como de derecho para que se declare un estado de culpabilidad del mismo.

Pero la relación radica también en la necesidad de motivar la decisión judicial en la que se disponen las medidas preventivas, ya sean estas medidas alternativas a la prisión preventiva, o la prisión preventiva misma; es decir, no es simplemente disponer una medida preventiva, esta disposición del Juez debe estar debidamente motivada, demostrando la necesidad de aplicarla, la importancia, conveniencia de aplicarla, para de esta manera garantizar al detenido su principio de inocencia.

“Art. 76.- 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:

l) 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, numeral 7, literal l)

Una decisión en la que se determina una medida preventiva, sin explicar las razones, es una decisión que puede acarrear nulidad, las partes procesales requieren de la motivación jurídica en las decisiones para su entendimiento; y los jueces requieren motivar jurídicamente las decisiones para una correcta aplicación de la Constitución y del Derecho.

Si se consideran todas las implicaciones que trae consigo el reconocimiento constitucional del principio de inocencia, se puede entender que este derecho lleva una relación con el debido proceso en general, ya que el no respetar las normas del debido proceso de algún ciudadano, significa tratarlo como culpable, por tanto, no reconocer su presunción de inocencia.

Así lo expone Orlando Rodríguez (2001, pp. 220) cuando manifiesta “Para despojar al ciudadano procesado, de su condición natural y política de inocente, se debe hacer dentro de las formalidades y con los formalismos constitucionales y legales, integrantes del debido proceso”.

Todas estas implicaciones causan muchas divergencias entre lo que sucede en la realidad y lo que está reconocido constitucionalmente, problema que se desarrollará más adelante, sin embargo, es necesario resaltar que en la actualidad

los jueces no motivan su decisión de imponer una medida alternativa de manera adecuada, así como los fiscales al momento de solicitar el establecimiento de las medidas preventivas tampoco lo fundamentan.

3.6. Necesidad

¿Por qué razón?, ¿Cuál es el motivo de la existencia de la presunción de inocencia dentro de un ordenamiento jurídico?, ¿Sería lo mismo si no existiera?

Esto puede convertirse en una discusión bastante intensa, con partidarios a favor y en contra de este derecho, unos más vinculados al garantismo, otros más bien al derecho penal del enemigo.

Ahora se debe considerar que la necesidad de la presunción de inocencia se la puede responder con hechos históricos, con acontecimientos creados por el propio ser humanos, que ha demostrado no ser confiable en el manejo del poder.

A través de la historia se han ido desarrollando distintas formas de gobierno, lo que si no ha cambiado, es que siempre hay un ser humano de carne y hueso en el poder, dirigiendo junto a un grupo de gente el Estado, con suficiente poder para tomar decisiones que afecten a todos los miembros de la sociedad, con suficiente poder para tomar decisiones que deben ser acatadas por los miembros de la sociedad, y con suficiente poder para exigir de las fuerzas del Estado como son la policial o las fuerzas armadas asegurar el cumplimiento de las decisiones tomadas por el soberano a los ciudadanos.

Como en la actualidad, el pasado de la civilización se ha visto lleno de malos y buenos gobernantes. Son estos malos gobernantes (calificación del todo subjetiva) los que crean esta necesidad de reconocer, positivizar y volver exigible la presunción de inocencia.

Y se ha demostrado que muchas veces ni el reconocimiento del principio de inocencia detiene al poder de los gobernantes, pero al menos está más cercano a ser respetado que sin su existencia.

Las dictaduras en América Latina se dieron a través de gobiernos de facto que no respetaron un derecho que ya se había consagrado en la Declaración de los Derechos Humanos.

Los acontecimientos ocurridos en la Alemania nazi se dieron a pesar de los derechos consagrados en documentos como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, o en la Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia.

La cárcel de Guantánamo, el Patriot Act, y la guerra infinita son situaciones que se viven actualmente en el mundo sin importar la presunción de inocencia reconocida universalmente y en los mismos Estados Unidos.

Cada gobernante puede encontrar una excusa para vulnerar los derechos de los ciudadanos, cada grupo de poder puede ampararse en un estado de excepción o en decretos emergentes para violar las garantías consagradas en los ordenamientos jurídicos, y son estos grupos, estas excepciones las que crean la necesidad de reconocer la presunción de inocencia de los ciudadanos con una jerarquía mayor a cualquier norma del ordenamiento jurídico, además pertenecientes a los seres humanos antes de cualquier norma.

Entonces, este derecho nace como un límite al poder estatal, pero nace también como un mecanismo de seguridad para los ciudadanos, un mecanismo de protección de todos aquellos que forman parte de la sociedad, un mecanismo que busca proteger el principio de inocencia.

Todo miembro de la sociedad puede verse inmerso en un proceso penal, tanto inocentes como culpables, la protección de los inocentes sobre todo es el que crea también una necesidad de la positivización de este principio.

Como dice aquel adagio “que paguen justos por pecadores”, no es una afirmación que cabe dentro de un Estado de Derecho, menos en un Estado de Derechos y Justicia, no cabe en gobiernos donde los derechos fundamentales tienen un carácter constitucional y crean del Estado dos obligaciones: una de hacer y otra de no hacer.

Los abusos vividos por las diferentes formas de gobierno, por los diferentes gobernantes, han obligado el establecimiento de los derechos en normas vinculantes para los poderes, creando una esfera a lo que Ferrajoli llama de “lo indecible”, esfera fáctica que concibe el actuar mínimo del Estado.

“De esta manera, el conjunto de estas normas circunscribe aquella que tantas veces he denominado esfera de lo indecible que, determinada por el conjunto de los derechos de libertad y de la autonomía que impiden, en cuanto expectativas negativas, decisiones que pueden lesionarlos o reducirlos; la esfera de lo indecible que no, determinada por el conjunto de los derechos sociales que imponen, en cuanto a expectativas positivas, decisiones dirigidas a satisfacerlos.” (Ferrajoli, 2010, pp.81)

Muy importante es el párrafo anterior para entender la necesidad de reconocer y establecer el principio de inocencia como un derecho, un derecho que el Estado debe evitar lesionar.

Teniendo claro, que los límites que se establece no sólo al Estado, también a los particulares tienen una naturaleza preventiva, es decir, buscan la no lesión de bienes jurídicos fundamentales, a través del reconocimiento de garantías primarias y secundarias que permitan la protección efectiva de un derecho, podemos entender que el reconocimiento del principio de inocencia es prevenir, asegurar y garantizar el respeto al estado de inocencia de los miembros de la sociedad.

Considerando también que este reconocimiento es el producto de las violaciones vividas en el pasado, donde no se protegía la inocencia de los procesados

además de que no se les brindaba los procedimientos adecuados para ser sentenciados, garantía fundamental que debe tener cualquier miembro de la sociedad en cualquier parte del mundo.

Esta necesidad de evitar inclusive la opción de violar el derecho de los procesados, y el derecho al principio de inocencia específicamente, es la que ha permitido la consagración constitucional del principio de inocencia, con el objetivo de asegurar un debido proceso y con el fin de evitar violaciones arbitrarias a este derecho.

Finalmente, es importante decir que, los poderes que gobiernan un país y la sociedad en general, pueden encontrar excusas para violar el estado de inocencia, para establecer nuevas excepciones, razón por la cual, es necesario el reconocimiento y la garantía de este principio en un ordenamiento jurídico.

“Cuanto más atroz es un delito tanto mayor fuerza adquiere dicha presunción de inocencia.” (Carmignani, 1979, pp.208)

3.7. Importancia

La importancia y la necesidad del principio inocencia, son dos aspectos con muchos elementos comunes que inclusive pueden causar hasta confusión entre los mismos.

Para lo cual es importante hacer una diferenciación fundamental para entender cada uno de estos elementos.

Al hablar de la necesidad, se habla de las razones que hacen indispensable la existencia del principio de inocencia dentro de la sociedad, del derecho, de un ordenamiento jurídico; cuando se refiere al elemento de la importancia, se refiere a establecer lo fundamental de este reconocimiento, lo trascendental de plasmar esta necesidad en un documento, que se consigue al momento de establecer el principio de inocencia dentro de un Estado.

Ahora con estos conceptos claros, se puede ver la importancia de reconocer el principio de inocencia, como el eje fundamental para el respeto de todo el debido proceso dentro de un Estado. Si no se respetara el principio de inocencia el Estado a través de sus representantes podría realizar cualquier acción contra los procesados consiguiendo cualquier resultado totalmente subjetivo y parcial.

Otra aspecto que marcará la importancia del principio de inocencia, es la protección de los ciudadanos contra el accionar del Estado, es importante la condición de inocente porque es fundamental en un Estado de Derechos y Justicia, es importante el principio de inocencia porque permite a los ciudadanos vivir con una seguridad de que se respetarán sus derechos a través de un proceso justo.

Finalmente, es importante el principio de inocencia porque marca una concepción dentro de la sociedad, la concepción de que la sociedad es buena por regla general siendo los criminales ya sentenciados su lamentable excepción.

Concepción que se ve complementada por la conciencia de la sociedad a través de su pacto social de que es preferible proteger a los inocentes a pesar de la impunidad de algunos culpables, que castigar a los inocentes por perseguir a los culpables; además marca la importancia de la existencia de la presunción de inocencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

3.8 Crítica

Si bien ha sido fundamental para el desarrollo del presente trabajo, la profundización de la figura de la presunción de inocencia, en lo posterior del mismo, se tratará sobre el “ESTADO o PRINCIPIO DE INOCENCIA”.

La razón de esta diferenciación es que tal como se trató dentro de este capítulo, las personas son inocentes hasta que una sentencia ejecutoriada disponga lo contrario, durante todo el proceso son inocentes, es el estado natural del ser

humano, por tanto, el derecho a respetar es el estado de inocencia de las personas.

Inclusive, la figura jurídica de la presunción de inocencia, nace para proteger el estado de inocente del ciudadano, cuando en realidad, carece de lógica ya que no se debe presumir la inocencia de alguien, cuando esa persona es inocente.

Las diversas violaciones autoritarias que se han dado en la historia de la humanidad, han creado la necesidad de buscar la forma de proteger los derechos de las personas, cuando se reconoce la presunción de inocencia, se reconoce una figura jurídica encaminada a proteger a los ciudadanos de las arbitrariedades, sin embargo, el hecho de reconocer la condición de inocencia de las personas es garantía suficiente para cumplir ese objetivo, y deja a la figura de la presunción de inocencia carente de necesidad, ya que hay una condición de inocente que ampara a los ciudadanos, figura que va más allá de una presunción.

Por lo tanto, se podría presumir la inocencia de una persona cuando tiene condición de culpable, o viceversa, se podría presumir la culpabilidad de los ciudadanos ante el estado de inocente que los ampara; razón por la cual, es la condición de inocente lo que se debe respetar y aplicar en la realidad jurídica del país.

La obligación de los operadores de justicia, y de cualquier persona, es tratar como inocentes a todos hasta que no haya sentencia ejecutoriada en contra, por lo que la figura de la presunción de inocencia no debería ni siquiera existir, simplemente, se debe respetar el estado de inocencia.

Finalmente, se debe aclarar que si bien sólo la sentencia ejecutoriada, cambia el estado de una persona de inocente a culpable, no quiere decir que otras decisiones no puedan afectar o vulnerar el estado de inocencia, como puede ser la imposición de una medida cautelar.

Entendido a cabalidad lo que es el estado de inocencia y sus implicaciones, es momento de adentrarse en la figura jurídica de las medidas alternativas a la prisión preventiva, para de esta manera, encontrar los conflictos entre estos dos preceptos constitucionales.

CAPÍTULO IV

MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA

El presente capítulo trata sobre las medidas alternativas a la prisión preventiva, no sobre la prisión preventiva per se, sin embargo, es inevitable al momento de hablar de este tipo de medidas alternativas, hablar sobre la prisión preventiva, porque es necesario establecer la razón de ser de las medidas alternativas, la misma que es reemplazar a la prisión preventiva.

Es decir, para entender el concepto de las medidas alternativas es necesario entender su fundamento, su concepto y procedencia, todos elementos vinculados obligatoriamente a la prisión preventiva, ya que como se verá más adelante, las medidas alternativas a la prisión preventiva, nacen justamente, para reemplazarla.

A continuación se desarrollará de manera puntual la figura jurídica de la prisión preventiva.

4.1 Prisión Preventiva

4.1.1 Concepto

La discusión es álgida cuando se habla sobre la prisión preventiva, siendo una de las figuras jurídicas más controvertidas en el mundo del Derecho Penal, los grandes pensadores del derecho han discutido mucho tiempo sobre el tema.

Ferrajoli (2011, pp.552) exponiendo un poco el trabajo de Hobbes expone “la prisión preventiva no es una pena sino un acto hostil, contra el ciudadano como cualquier daño que se le obligue a padecer a un hombre al encadenarlo o al encerrarlo antes de que su causa haya sido oída, y que vaya más de lo que es necesario para asegurar su custodia, va contra la ley de la naturaleza”

Por su parte el jurista Alfredo Vélez (1968, pp. 217-218) lo definió como:

“el estado de privación de libertad que el órgano jurisdiccional impone al procesado durante la sustanciación del proceso, cuando se le atribuye un delito reprimido con pena privativa de libertad a fin de asegurar la actuación de la ley penal”

De otro lado Faustin Hélie (1886, pp. 606) opina lo siguiente:

“una medida de seguridad, porque un crimen puede arrastrar a su autor a cometer otro; una garantía para la ejecución de la pena, pues aquel podría ocultarse para evitarla; y un medio de instrucción pues los interrogatorios y careos del imputado son necesarios para la investigación, que no puede permitir que desaparezcan además los rastros del crimen, que se sobornen testigos y que el acusado se ponga de acuerdo con sus cómplices.”

De las distintas definiciones aportadas, se puede ver la discusión sobre la prisión preventiva es continua, su fundamento, su necesidad y sobre todo sus consecuencias hacen de esta medida una discusión aún vigente.

“No entiendo cómo pueden hablar de un delito para el que no hay sentencia, ni cómo puede infligirse una pena sin una sentencia previa” (Hobbes, 1992, 124). Esta exposición de Hobbes resalta su pensamiento de inconformidad con la prisión preventiva, sin embargo como todos los pensamientos aportados en este segmento del trabajo, tiene un pensamiento contrapuesto.

Pagano (Ferrajoli, 2011, pp. 552) expresa: “Cuanto peligro entraña dejar libres a los delincuentes importantes contra los cuales no existe prueba plena”; criterio que se ve fortalecido por el pensamiento de William Blackstone al decir que sin la prisión preventiva “fuese imposible proteger el derecho y la sociedad.” (Ferrajoli, 2011, pp.552)

Por lo que, más allá de compartir o no, la existencia y aplicación de la prisión preventiva, es claro su controversia en el mundo del Derecho. En el presente trabajo se considerará a la prisión preventiva como una medida cautelar dentro de un proceso penal, en la cual a través del aseguramiento de la comparecencia del procesado al proceso, se consigue asegurar la adecuada administración de justicia.

Es respetable los criterios que determinan a la prisión preventiva como una pena anticipada dentro del proceso por los daños que provoca su aplicación, sin embargo es respetable y digno de considerar también la necesidad que tiene la justicia a través de sus representantes de asegurar el cumplimiento de un proceso, de una pena, que vuelven de esta figura jurídica un mal necesario.

Finalmente, la prisión preventiva como medida cautelar no debe ser la regla general, su uso debe ser racional, debe ser la última medida a ser aplicada dentro del proceso penal, justamente por sus consecuencias ser tan gravosas en quien las sufre.

4.1.2. Aplicación

Al momento de hablar de la aplicación de la prisión preventiva se hace referencia concretamente a los aspectos legales y constitucionales exigidos por el ordenamiento jurídico del Ecuador para la aplicación de esta medida preventiva.

La prisión preventiva es una figura jurídica reconocida en la Constitución de la República del Ecuador al establecer:

“Art. 77.- 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 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.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 77, numeral 1)

Más adelante dentro del mismo cuerpo normativo se puede encontrar los límites para esta figura preventiva.

“9. Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 77, numeral 9)

Como se puede desprender del primer artículo citado, la prisión preventiva, cabe constitucionalmente hablando, bajo tres elementos fundamentales:

1. Asegurar la comparecencia del procesado, la misma que nace del riesgo de fuga existente por el hecho de una persona formar parte de un proceso penal, es un riesgo inminente durante cualquier proceso penal.
2. El derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, elemento que radica en la necesidad por parte de cualquier víctima de un delito de tener la seguridad jurídica de que se hizo algo en contra del culpable del ilícito, que el mismo, tuvo consecuencias y no quedo en la impunidad.

3. Y finalmente asegurar el cumplimiento de la pena, implica que la pena que se va a dictar dentro del proceso sea efectivamente cumplida por el procesado.

Ante estos elementos es necesario realizar algunas consideraciones.

Es menester establecer un pensamiento muy importante dentro del mundo del derecho al respecto del primer elemento que justifica el uso de la prisión preventiva, y es el evitar el riesgo de fuga del procesado.

Los procesados dentro del proceso penal no deben tener miedo de los magistrados o jueces sino de la justicia en sí, es decir no se debe tener presente el riesgo de fuga por una incorrecta aplicación del derecho por parte de los jueces, sino por el miedo a que se haga justicia por las acciones realizadas.

“El peligro de fuga, de hecho, está provocado predominantemente, más que por el temor a la pena, por el miedo a la prisión preventiva. Si el imputado no estuviera ante esta perspectiva, tendría, por el contrario, al menos hasta la víspera de la condena, el máximo interés en no escapar y defenderse.” (Ferrajoli, 2011, pp. 558)

Con este pensamiento se aclara la idea que se está tratando de exponer, la prisión preventiva requiere ser usada racionalmente, ya que la misma provoca en el procesado el ánimo de fugarse para evitarle, lo que conlleva a que el mismo no pueda realizar una adecuada defensa sobre su caso.

Esto aplica indudablemente a culpables o a inocentes, sin tener la menor cabida el adagio “el que nada debe, nada teme” ya que muchas veces no existe la confianza o seguridad jurídica, sobre el actuar de los jueces principalmente causando hasta en el más inocente una iniciativa para considerar huir.

“Haced que las leyes sean claras y simples, y que toda la fuerza de la Nación esté empleada en defenderlas, ninguna parte en destruirlas. Haced que los hombres las teman y no teman más que a ellas. El temor de las leyes es saludable, pero el temor de hombre a hombre es fatal y fecundo de delitos.” (Beccaria, 1993, pp. 159)

Adicional a este análisis, doctrinariamente se reconocen dos elementos a los aportados por la Constitución de la República del Ecuador para justificar el uso de la prisión preventiva. Por una parte está el de aseguramiento de la prueba, es decir el hecho de que el imputado este libre puede implicar que el mismo destruya las evidencias en su contra del delito entorpeciendo el proceso, elemento fundamental.

Ahora, si se aplica este elemento, por lo avanzado de la ciencia jurídica, el mismo no podría caber por mucho tiempo, ya que implicaría la detención del procesado solamente para asegurar la prueba en el menor tiempo posible y así liberarlo nuevamente, al menos, es como debería funcionar.

Por otra parte, está el elemento de seguridad de la sociedad, el de la protección de los demás miembros de la sociedad, que se fundamenta en la posible reiteración de los hechos delictivos, elemento que dicho sea de paso, es totalmente contrario a la presunción de inocencia reconocida en nuestra Constitución.

Es necesario una vez aportado el reconocimiento constitucional de la prisión preventiva, referirse a su asidero legal.

Dentro del Código de Procedimiento Penal se puede encontrar el reconocimiento de la prisión preventiva, así como sus requisitos y limitaciones.

“Art. 159.- Finalidades.- A fin de garantizar la inmediación del procesado al proceso y la comparecencia de las partes al juicio, así como el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido, el juez podrá ordenar una

o varias medidas cautelares de carácter personal y/o de carácter real.

En todas las etapas del proceso las medidas privativas de libertad se adoptarán siempre de manera excepcional y restrictiva, y procederán en los casos que la utilización de otras medidas de carácter personal alternativas a la prisión preventiva no fueren suficientes para evitar que el procesado eluda la acción de la justicia.” (Código de Procedimiento Penal, 2000, Art. 159)

Más adelante dentro del mismo cuerpo legal se expone lo que es la prisión preventiva:

“Art. 167.- Prisión preventiva.- Cuando el juez de garantías penales lo crea necesario para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos:

1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública;
2. Indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito; y,
3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.
4. Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio.
5. Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio.” (Código de Procedimiento Penal, 2000, Art. 167)

Finalmente se establece:

“Art. ...- La solicitud de prisión preventiva será motivada y el fiscal deberá demostrar la necesidad de la aplicación de dicha medida cautelar. El juez de garantías penales rechazará la solicitud de prisión preventiva que no esté debidamente motivada.” (Código de Procedimiento Penal, 2000, Art. Innumerado primero después del Art. 167)

Como se puede ver dentro del Código de Procedimiento Penal no sólo se establece o reconoce la prisión preventiva, también se exponen límites y requisitos a su aplicación.

Para que proceda una prisión preventiva, la misma debe cumplir con los cuatro requisitos establecidos en el Art. 167, el fiscal de la causa debe emitir una solicitud debidamente fundamentada, en la que establecerá entre otros elementos porque no es factible el uso de las medidas alternativas de la prisión preventiva, de igual manera, el Juez en su resolución debe motivar y justificar la aplicación de dicha medida.

Sin entrar a mayor profundidad sobre el presente tema, ya que no es el objeto principal del trabajo, más bien lo complementa, es importante mencionar que en el quehacer jurídico de los fiscales y jueces; la concepción sobre la aplicación de la prisión preventiva, como también de las medidas alternativas a la misma son erróneamente aplicadas.

Los fiscales no fundamentan la necesidad ni explican los elementos establecidos en el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, simplemente se limitan a señalarlos, por otra parte, tampoco motivan ni exigen los jueces este elementos para dictar la prisión preventiva.

Pero, el hecho de que los operadores de justicia no fundamenten la solicitud de prisión preventiva, no implica dentro del proceso penal y dentro de la realidad jurídica del país que la misma no sea necesaria.

4.1.3. Necesidad

Como se desprende de los elementos establecidos del Art. 167 del Código de Procedimiento Penal y de la Constitución de la República, la prisión preventiva nace por la necesidad de asegurar dentro de un proceso penal algunos elementos fundamentales.

1. Por una parte la comparecencia del imputado al proceso, eliminar el riesgo de fuga bajo el aseguramiento en un centro carcelario del procesado. La necesidad de esta medida, radica en el hecho de que si no se aplica la prisión preventiva el procesado se escapa, el delito queda en la impunidad, y la justicia no es efectiva.
2. Los derechos de las víctimas a una justicia efectiva. La necesidad de la medida de la prisión preventiva radica en que las víctimas de los delitos merecen que se haga justicia por el daño que se los causó, si el procesado no está presente esto no sería posible. Este elemento va estrechamente vinculado con la seguridad que deben sentir los ciudadanos de que se van a cumplir con las normas del ordenamiento jurídico, por lo tanto de que se va a hacer justicia, incluyendo el resarcimiento económico por el delito.
3. Cumplimiento de la pena. Si llega a darse una sentencia condenatoria dentro de un proceso penal, está no tendría la mayor consecuencia si el sentenciado no está presente, por lo que se crea la necesidad de asegurar la presencia del mismo mediante la medida de la prisión preventiva.

4.1.4. Importancia

Sería totalmente inoperante una justicia donde los delitos no tienen responsables, donde los procesos están sin procesados, y donde las penas no tienen condenado que las cumpla.

La importancia de la prisión preventiva, radica en que otorga a la sociedad una herramienta que aunque muy riesgosa y de graves consecuencias, permite que los procesos tengan presente al procesado, las penas tengan a un condenado cumpliéndolas, y las víctimas tengan la tranquilidad de que de alguna manera se hizo justicia. Estos son los fundamentos que demuestran la importancia de concebir a tan conflictiva figura jurídica dentro de nuestro ordenamiento.

4.1.5. Conflictos

Se podría dedicar largas horas y páginas del presente trabajo para inmiscuirse en los conflictos que nacen de la prisión preventiva, sin embargo es menester ser puntuales enfocándolo de una manera concreta.

El mayor conflicto que nace del establecimiento de la prisión preventiva es que la misma trae a los procesados y a la sociedad diversas consecuencias.

Primero y más importante es el hecho de su incompatibilidad con el principio de inocencia, ya que a pesar de la prisión preventiva no desvirtúa el estado de inocencia de los procesados, su mera aplicación, le da al sospechoso un tratamiento en contra de su presunción de inocencia. Por eso muchos tratadistas lo han concebido como una pena anticipada.

Por otra parte, el procesado que sufre la medida de la prisión preventiva, al entrar a un centro carcelario, afrontará una vida muchos más dura y en condiciones que van contra de su dignidad, que muchas veces puede corromper más al sospechoso del delito.

Tercero, se viola un derecho fundamental, como es el derecho a la libertad en diferentes esferas, mismo que es requisito necesario para vivir en un Estado Constitucional.

Finalmente, al hablar que mediante esta medida incontables inocentes pueden estar en prisión, afectando no solo su moral, su físico y su psiquis, sino también causando tremendos daños al núcleo familiar, dejando probablemente a la familia sin su cabeza, o causándoles graves daños dentro de su estabilidad y contorno.

Concepción que se ve complementada por la conciencia de la sociedad a través de su pacto social de que es preferible proteger a los inocentes a pesar de la impunidad de algunos culpables, que castigar a los inocentes por perseguir a los culpables; pensamiento que marca la importancia de la existencia del principio de inocencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Ante esta concepción, encontrar mecanismos que permitan racionalizar el uso de la prisión preventiva, se vuelve necesario, y es por eso, que nacen a la vida del ordenamiento jurídico las medidas cautelares no privativas de la libertad.

4.2. Definición

Este, siendo el tema central (conjuntamente con el principio de inocencia) del presente trabajo ha sido uno de los más complejos de desarrollar debido a la poca información que existe al respecto.

La razón de que exista tan poca información al respecto de las medidas alternativas a la prisión preventiva, es que todos los pensamientos e ideas se centran en la prisión preventiva misma.

La prisión preventiva como se desarrolló anteriormente es una medida cautelar de último uso, sus repercusiones en aquellas personas que sufren la misma, muchas veces son irreparables; razón por lo cual, su uso ha sido objeto de constante debate por los tratadistas, por legisladores y por la sociedad en general.

El debate es tan amplio, que ha llegado a ser una opción la erradicación total de esta figura, así como también en otras sociedades es usada como regla general en vez de cómo excepción.

Ante estas circunstancias, es importante hacer una consideración; si la prisión preventiva tienen consecuencias tan marcadas en la sociedad, y a su vez, es una herramienta no solamente muy usada dentro del ordenamiento jurídico, también tiende a parecer necesaria; toda herramienta que permita limitar, además de controlar esta figura viene a hacer un avance dentro de la legislación, dentro de la protección a los derechos humanos y a la dignidad de las personas.

Las medidas alternativas a la prisión preventiva, limitan su uso, y la reemplazan, siendo estas medidas ciertamente menos gravosas para los implicados. Inclusive puede llegar a pensarse que las consecuencias o efectos de ser víctima de estas medidas son tolerables para cualquier ciudadano.

El hecho de estos efectos tolerables, el hecho de que estas medidas reemplacen a la prisión preventiva, hace de esta figura jurídica un tema de poco análisis y debate, más bien se ha convertido en una figura que parecería favorecer al procesado; lo cual dependerá del punto de vista

Con esto se quiere explicar la razón de la poca información que se puede conseguir sobre las medidas alternativas a la prisión preventiva, siendo la prisión preventiva el centro de la discusión, y las medidas alternativas pasan a ser un tema secundario.

Hecha esta aclaración se puede empezar por realizar una diferencia en el concepto de medidas alternativas a la prisión preventiva.

Al hablar de medidas cautelares, y medidas alternativas a la prisión preventiva, no se habla de sinónimos, las medidas alternativas a la prisión preventiva son medidas cautelares, es decir “todas las medidas alternativas a la prisión preventiva

son medidas cautelares, pero, no todas las medidas cautelares son medidas alternativas a la prisión preventiva.”

“LIBRO TERCERO

LAS MEDIDAS CAUTELARES

CAPITULO I

REGLAS GENERALES

Art. 159.- Finalidades.- A fin de garantizar la inmediación del procesado al proceso y la comparecencia de las partes al juicio, así como el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido, el juez podrá ordenar una o varias medidas cautelares de carácter personal y/o de carácter real.

En todas las etapas del proceso las medidas privativas de libertad se adoptarán siempre de manera excepcional y restrictiva, y procederán en los casos que la utilización de otras medidas de carácter personal alternativas a la prisión preventiva no fueren suficientes para evitar que el procesado eluda la acción de la justicia.

Se prohíbe disponer medidas cautelares no previstas en este Código.”
(Código de Procedimiento Penal, 2000, Art. 159)

De este artículo del Código de Procedimiento Penal, se desprende que dentro de las medidas cautelares que puede disponer el juez para garantizar la inmediación del procesado al proceso, se encuentran las medidas privativas de libertad (prisión preventiva), y medidas no privativas de libertad.

De esta aseveración a su vez se puede decir, que la medida de la prisión preventiva es una medida cautelar, pero no la única medida cautelar, existen otras medidas cautelares que no involucran la privación de libertad.

A estas medidas que no involucran la privación de libertad del procesado, que a su vez, son medidas cautelares, se les conoce también como medidas alternativas a la prisión preventiva.

“Art. 160.- Clases.- Las medidas cautelares de carácter personal, son:

- 1) La obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares;
- 2) La obligación de abstenerse de acercarse a determinadas personas;
- 3) La sujeción a la vigilancia de autoridad o institución determinada, llamada a informar periódicamente al juez de garantías penales, o a quien éste designare;
- 4) La prohibición de ausentarse del país;
- 5) Suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña cuando ello significare algún influjo sobre víctimas o testigos;
- 6) Ordenar la salida del procesado de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física o psíquica de las víctimas o testigos;
- 7) Ordenar la prohibición de que el procesado, por sí mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o de intimidación a la víctima, testigo o algún miembro de su familia;
- 8) Reintegrar al domicilio a la víctima o testigo disponiendo la salida simultánea del procesado, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger la integridad personal y/o psíquica;
- 9) Privar al procesado de la custodia de la víctima menor de edad, en caso de ser necesario nombrar a una persona idónea siguiendo lo dispuesto en el artículo 107, regla 6a. del Código Civil y las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia;

10) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez de garantías penales o ante la autoridad que éste designare;

11) El arresto domiciliario que puede ser con supervisión o vigilancia policial;

12) La detención; y,

13) La prisión preventiva.

Las medidas cautelares de orden real son:

1) El secuestro;

2) La retención; y,

3) El embargo.

4) La prohibición de enajenar.” (Código de Procedimiento Penal, 2000, Art. 160)

Con este Artículo del Código de Procedimiento Penal, se aclara y fortalece lo que se afirmó anteriormente, al encontrar a la prisión preventiva dentro de las medidas cautelares, además de encontrar otro tipo de medidas cautelares distintas a la de la privación de la libertad.

Con las precisiones realizadas, se puede definir a las medidas alternativas a la prisión preventiva, como los mecanismos o herramientas cautelares que pueden ser determinadas por los jueces, para efecto de asegurar la presencia del procesado al proceso, asegurar el pago de las indemnizaciones respectivas y reemplazar o evitar el uso de la medida de la prisión preventiva.

Es imprescindible también aclarar la diferencia entre medidas alternativas a la prisión preventiva y medidas sustitutivas de la prisión preventiva. Siendo las segundas las que se establecen para reemplazar una medida de prisión preventiva ya vigente, ya establecida, es decir se reemplaza la medida de la

prisión preventiva por una sustitutiva; mientras, las primeras –medidas alternativas a la prisión preventiva- son las que se imponen la primera vez que se establece una medida cautelar, es decir no existe una medida y se impone una medida no privativa a la libertad en vez de la prisión preventiva.

4.3. Fundamento

De la concepción antes expuesta, además de los elementos normativos aportados como parte de la definición, se puede establecer que al hablar de las medidas alternativas a la prisión preventiva, se refiere a una medida con una doble finalidad, una que se puede decir a favor del principio de inocencia, o del procesado (evitar el uso o reemplazar a la prisión preventiva); y, una que vulnera de alguna manera la presunción de inocencia por tanto contraria o en desfavor del implicado (asegurar comparecencia del procesado al proceso).

El fundamento de las medidas alternativas a la prisión preventiva, radica en el aseguramiento de la comparecencia del procesado al proceso, y a una eventual sentencia sin tener que privarlo de su libertad durante el proceso.

Las medidas alternativas a la prisión preventiva, implican un verdadero avance en el respeto de derechos y garantías de los ciudadanos, por sus efectos en la sociedad y en los procesados.

A través de las mismas, se permite que los procesos penales, se encuentren no sólo en cuanto a su concepción, también en su práctica más cercanos a los preceptos del neoconstitucionalismo, de un Estado garantista y de los Derechos Humanos.

El evitar y racionalizar el uso de la prisión preventiva es un avance en el respeto de la dignidad humana, y son medidas más concordantes con el principio de inocencia tan irrespetada en los ordenamientos jurídicos.

Sin embargo, es importante no olvidarse de que, a pesar de las medidas alternativas a la prisión preventiva ser menos gravosas que la prisión preventiva, éstas también afectan al principio de inocencia del imputado, afecta en sus libertades de diferentes esferas, vulnerando su derecho a ser libre y su presunción de inocencia.

4.4. Reconocimiento Normativo

La Asamblea General de la ONU, mediante resolución 45/110 de 14 de diciembre de 1990, creó las “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad” o más conocidas como “Reglas de Tokio”.

En dicho documento se trata ampliamente sobre las medidas no privativas a la libertad tanto en el proceso como cuando ya existe una sentencia condenatoria.

Hay muchas ideas dignas de resaltar en el instrumento antes mencionado, por ejemplo en el numeral 2.7 se establece:

“Las medidas no privativas de la libertad serán utilizadas de acuerdo con el principio de mínima intervención.” (Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, 1990, Art. 2.7)

Siendo este un instrumento dedicado en su totalidad al desarrollo sobre esta figura jurídica, es muy importante su establecimiento dentro de este parte del trabajo, así como es importante su aplicación dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

“Las presentes Reglas mínimas contienen una serie de principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión” (Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, 1990, Art. 1.1)

De acuerdo con el Art. 424 de la Constitución que establece la jerarquía de las normas dentro del ordenamiento jurídico, se debe empezar por establecer el reconocimiento normativo de las medidas alternativas a la prisión preventiva en la Constitución, al ser esta la norma jurídica suprema.

Si bien es cierto, en los preceptos constitucionales no se encuentra una concepción de las medidas cautelares no privativas a la libertad, si se puede advertir dentro del Art. 77 que la misma dispone su uso siempre en preferencia a las medidas privativas de la libertad.

“11. 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.”
(Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 77, numeral 11)

Bajo este precepto constitucional, es necesario remitirse a lo que establece la ley sobre los casos, condiciones, plazos y requisitos, elementos que encontraremos desarrollados en el Código de Procedimiento Penal, que aunque ya se lo trató anteriormente es importante desarrollarlo con ciertas ideas complementarias.

“LIBRO TERCERO

LAS MEDIDAS CAUTELARES

CAPITULO I

REGLAS GENERALES

Art. 159.- Finalidades.- A fin de garantizar la inmediación del procesado al proceso y la comparecencia de las partes al juicio, así como el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido, el juez podrá ordenar una o varias medidas cautelares de carácter personal y/o de carácter real.

En todas las etapas del proceso las medidas privativas de libertad se adoptarán siempre de manera excepcional y restrictiva, y procederán en los

casos que la utilización de otras medidas de carácter personal alternativas a la prisión preventiva no fueren suficientes para evitar que el procesado eluda la acción de la justicia.

Se prohíbe disponer medidas cautelares no previstas en este Código.”
(Código de Procedimiento Penal, 2000, Art. 159)

Más adelante en el mismo articulado se expone las medidas cautelares existentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

“Art. 160.- Clases.- Las medidas cautelares de carácter personal, son:

- 1) La obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares;
- 2) La obligación de abstenerse de acercarse a determinadas personas;
- 3) La sujeción a la vigilancia de autoridad o institución determinada, llamada a informar periódicamente al juez de garantías penales, o a quien éste designare;
- 4) La prohibición de ausentarse del país;
- 5) Suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña cuando ello significare algún influjo sobre víctimas o testigos;
- 6) Ordenar la salida del procesado de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física o psíquica de las víctimas o testigos;
- 7) Ordenar la prohibición de que el procesado, por sí mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o de intimidación a la víctima, testigo o algún miembro de su familia;
- 8) Reintegrar al domicilio a la víctima o testigo disponiendo la salida simultánea del procesado, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger la integridad personal y/o psíquica;

- 9) Privar al procesado de la custodia de la víctima menor de edad, en caso de ser necesario nombrar a una persona idónea siguiendo lo dispuesto en el artículo 107, regla 6a. del Código Civil y las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia;
- 10) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez de garantías penales o ante la autoridad que éste designare;
- 11) El arresto domiciliario que puede ser con supervisión o vigilancia policial;
- 12) La detención; y,
- 13) La prisión preventiva.

Las medidas cautelares de orden real son:

- 5) El secuestro;
- 6) La retención; y,
- 7) El embargo.
- 8) La prohibición de enajenar.” (Código de Procedimiento Penal, 2000, Art. 160)

Dentro de las medidas que establecidas en el Artículo 160, es necesario realizar algunas observaciones.

Entre las medidas cautelares de carácter personal, existen algunas medidas tendientes a proteger a las víctimas de los delitos, como son la 1, 2, 5, 6, 7, 8, 9; con estas medidas se tiene una finalidad de evitar el contacto entre el presunto delincuente y las personas que sufrieron las consecuencias de la acción delictiva; es decir se busca sacrificar la libertad de un presunto infractor, para proteger a la víctima de un delito.

Las medidas 3, 4, 10, 11 son medidas con finalidad de asegurar la comparecencia del procesado al proceso, es decir limitar o reducir el riesgo de fuga del imputado a través de mecanismos que permitan controlar su ubicación dentro de determinado territorio. La prisión preventiva establecida en el numeral 13, no es necesario ya desarrollarlo debido a que no es materia del presente capítulo.

Finalmente, es importante establecer que la medida de detención que dispone el numeral 12, es una medida con fines investigativos con límites legales desarrollados en el Art. 173-A del Código de Procedimiento Penal, mismo que establece como límite de la detención 24 horas, siendo esta también una medida privativa de libertad.

Por su parte las medidas de carácter real, tiene la finalidad de asegurar que el procesado en caso de ser culpable responda por las indemnizaciones y multas que resulten como consecuencia del delito que cometió.

Dentro de la práctica, es importante establecer que las medidas 4 y 10 son las más usadas tanto por los fiscales como por los jueces.

Para terminar con el reconocimiento normativo, es importante referirnos al Art. 5 del Código Orgánico de la Función Judicial, que expone:

“Art. 5.- PRINCIPIO DE APLICABILIDAD DIRECTA E INMEDIATA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y las servidoras y servidores de la Función Judicial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas

para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, o para negar el reconocimiento de tales derechos.” (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, Art.5)

Este progreso dentro del ordenamiento jurídico –como son las medidas cautelares no privativas de la libertad-, se dio en la última década, mediante la entrada en vigencia de un nuevo modelo de Estado, como es el Estado de Derechos y Justicia, a continuación se desarrollará su evolución en el ordenamiento jurídico del Ecuador

4.5. Evolución

Como anteriormente se explicó, carece de abundancia la información con respecto a las medidas alternativas a la prisión preventiva, sin embargo, en el presente capítulo se podrá resaltar como dentro de la legislación ecuatoriana se ha comprendido esta figura al pasar de los años.

Durante la larga historia republicana de nuestro país, dentro de las numerosas constituciones que ha vivido nuestro ordenamiento jurídico, y dentro de los códigos de procedimiento penal que han regido las instituciones penales dentro de nuestro territorio, es impresionante reconocer que la figura jurídica de las medidas cautelares no privativas de la libertad es realmente nueva.

Dentro de las Constituciones, la evolución del principio de inocencia ha sido reconocida en la mayoría de las mismas, sin embargo, su aplicación no ha sido igual de aventajada, ya que a pesar de reconocer la presunción de inocencia desde épocas coloniales, garantías palpables para protegerlos repasan de los últimos años.

Las medidas cautelares ya positivizadas (porque el hecho de que no estén positivizadas no quiere decir que no se usaba la medida de la prisión preventiva),

aparecen recién en el Código de Procedimiento Penal de 1983, donde se reconocen como medidas cautelares la detención y la prisión preventiva; es decir solo medidas privativas de la libertad.

“Art. 171.- Las medidas cautelares (preventivas) de carácter personal son la detención y la prisión preventiva.

Las medidas cautelares de carácter real son la prohibición de enajenar bienes, el secuestro, la retención y el embargo. Estas medidas procederán únicamente en los casos indicados en este Código y en las leyes especiales.” (Código de Procedimiento Penal, 1983, Art. 171)

En el año 2000, se dictó un nuevo Código de Procedimiento Penal para que regule las instituciones del derecho punitivo mismo que en su Art. 160 establecía lo siguiente:

“Art. 160.- Clases.- Las medidas cautelares de carácter personal son la detención, la prisión preventiva "y la detención en firme". Las medidas cautelares de carácter real son la prohibición de enajenar bienes, el secuestro, la retención y el embargo.

"La detención en firme se dispondrá en todos los casos en que se dicte auto de llamamiento a juicio, de conformidad con el artículo 232 de este código y sólo podrá ser revocada mediante sentencia absolutoria y suspendida en los delitos sancionados con prisión."” (Código de Procedimiento Penal, 2000, Art. 160)

Más adelante, en el Art. 171 del Código, se da un gran avance en reconocimiento de medidas alternativas a la prisión preventiva, al establecer:

“Art. 171.- Sustitución.- Siempre que se trate de un delito sancionado con pena que no exceda de cinco años y que el imputado no haya sido

condenado con anterioridad por delito, el juez o tribunal puede ordenar una o varias de las siguientes medidas alternativas a la prisión preventiva:

1. El arresto domiciliario, con la vigilancia policial que el juez o tribunal disponga;
2. La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o tribunal o ante la autoridad que él designe; y,
3. La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez o tribunal.

Cualquiera que fuere el delito, la prisión preventiva será sustituida por el arresto domiciliario en todos los casos en que el imputado o acusado sea una persona mayor de sesenta y cinco años de edad o que se trate de una mujer embarazada y hasta noventa días después del parto. En estos casos también procede la caducidad prevista en el artículo 169 de este Código.”
(Código de Procedimiento Penal, 2000, Art. 171)

Este gran avance del Código de Procedimiento Penal del 2000, significó el reconocimiento de una herramienta jurídica -como son las medidas alternativas a la prisión preventiva- para precautelar de una manera menos gravosa los derechos de los procesados, pero, fue con las reformas al Código de Procedimiento Penal del 2009, y con la Constitución de la República del 2008, que esta figura jurídica adquirió mayor fuerza normativa, ya que en estas dos normas se estableció que el uso de las medidas no privativas de la libertad debe ser preferencial, es decir, imponer una medida alternativa a la prisión preventiva, antes que la prisión preventiva misma .

Dentro de la evolución constitucional, la historia está presente de manera muy similar, si bien es cierto la Constitución Política de 1998 limitó la duración de la

prisión preventiva, no limitó su uso. Así como ninguna de las Constituciones anteriores limitó esta figura tan riesgosa.

Fue recién en Montecristi, a través de la Constitución de la República del 2008, que se positivizó el carácter preferencial de esta figura jurídica de gran importancia para proteger el derecho de los ciudadanos.

4.6. Implicaciones

Considerando los preceptos constitucionales y legales que rigen al momento de aplicar las medidas alternativas a la prisión preventiva, las implicaciones en su uso son varias.

Primero, la imposición de las medidas privativas cautelares, es una facultad del Juez de Garantías Penales, es decir, no tiene la obligación de hacerlo, es facultativo de acuerdo a las circunstancias que rodeen cada caso en particular; así como es facultativo la medida cautelar que disponga en el caso que crea necesario disponerla.

Esto se fortalece cuando en el Art. 159 del Código de Procedimiento Penal se establece “podrá”, lo que implica que radica en el Juez la potestad de establecer o no establecer medidas cautelares.

Concordante a esto es el Art. 27 del mismo cuerpo legal, que regula la competencia de los jueces de garantías penales, y en su numeral segundo se establece:

“2) Tramitar y resolver en audiencia, en la fase de indagación previa y etapa de instrucción fiscal, la adopción, exención, revisión, fijación de plazo y control de necesidad de mantención de medidas cautelares;” (Código de Procedimiento Penal, 2000, Art. 27)

Es decir, es una potestad exclusiva del juez de garantías penales el establecimiento de las medidas cautelares y, las condiciones bajo las cuales estas se van a cumplir, es decir, límites, duración, forma, medida, caso, etc.

Segundo, esta medida que dicte debe ser preferentemente no privativa de libertad, es decir debe ser excepcional el uso de la prisión preventiva.

Expresado de una mejor manera, cabe la medida alternativa de la prisión preventiva, en todo caso en que se necesite asegurar la comparecencia del procesado al proceso, como regla general, en cualquier etapa del proceso; y debe ser aplicada en preferencia de la prisión preventiva.

Tercero, el establecimiento de medidas cautelares tiene reserva de ley, es decir, solamente las medidas cautelares previstas en el Código de Procedimiento Penal pueden ser dispuestas en un proceso, sin excepción alguna.

Cuarto, la duración de la medida cautelar, es hasta la terminación del proceso, es decir se puede dictar en cualquier etapa del proceso, y su duración será hasta la sentencia ya sea condenatorio o ratificando la inocencia del procesado.

Dentro de este punto, es importante establecer que, si la sentencia confirma la inocencia del procesado deben cesar todas las medidas cautelares que pesen sobre la persona, sin importar que se pueda impugnar la sentencia.

“Art. 311.- Absolución.- La sentencia absolutoria no puede estar sujeta a condiciones. Debe ordenar la cesación de todas las medidas cautelares y resolver sobre las costas.” (Código de Procedimiento Penal, 2000, Art. 311)

Quinto, al afectar las medidas cautelares derechos de las personas, es necesario que la misma se dé bajo audiencia oral pública y contradictoria.

Así lo establece el Artículo in numerado tercero después del Artículo 5 del Código de Procedimiento Penal que nos expone lo siguiente:

“Art. ...- Oralidad.- En todas las etapas, las actuaciones y resoluciones judiciales que afecten los derechos de los intervinientes se adoptarán en audiencias donde la información se produzca por las partes de manera oral. No se excluye el uso de documentos, siempre que estos no reemplacen a los peritos y testigos, ni afecten a las reglas del debido proceso y del principio contradictorio.” (Código de Procedimiento Penal, 2000, Art. Inumerado tercero después del Art. 5)

Sexto, y de trascendental importancia para el establecimiento de una medida cautelar, es la motivación tanto del fiscal como del Juez de la decisión en la cual se dispone la misma, siendo una exigencia constitucional como se ha desarrollado en este trabajo.

El Fiscal en el momento de solicitar la medida cautelar ya sea de la prisión preventiva o de una medida alternativa a la misma, debe motivar su solicitud; y más importante aún, el Juez, al momento de tomar su decisión, debe motivar la misma, es decir debe motivar la necesidad de implementar una medida cautelar por una parte, además de motivar qué medida cautelar es la adecuada a ser aplicada y atendiendo a que razones.

Séptimo, el fiscal al tener que motivar su solicitud, tiene también la carga de la prueba, es decir, tiene la obligación de probar y fundamentar la necesidad de aplicar una medida cautelar, además de qué medida cautelar debe ser aplicada.

Es importante comentar al respecto de la carga de la prueba un poco más de fondo. Debido a que dentro de nuestra realidad jurídica, tanto en las audiencias de formulación de cargos, como en las audiencias en las que se disponen medidas cautelares, el procedimiento es un poco inusual.

Los fiscales de manera general solicitan la prisión preventiva como medida cautelar, sin importar las circunstancias que rodean al caso, sin justificar la necesidad de establecer dicha medida.

Por otra parte, los fiscales al momento de solicitar la medida cautelar de la prisión preventiva, se fundamentan en haber cumplido los requisitos del Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, exponiendo que las medidas alternativas a la prisión preventiva no son suficientes, y, que los procesados o procesado no han presentado los arraigos suficientes.

Esta idea hay que dividirla en dos, primero es el fiscal el que debe cumplir la justificación de solicitar la medida cautelar, sin que justificar signifique enunciar que se cumple tal o cual artículo.

Por otra parte, el mismo fiscal es el llamado a analizar qué medida cautelar solicita, de acuerdo a las circunstancias, motivando la misma.

El procesado por la presunción iuris tantum que lo ampara, por su estado de inocencia inamovible hasta sentencia ejecutoriada no tiene la necesidad de probar nada en el proceso, como los llamados arraigos que dicho sea de paso no tienen ninguna norma legal o constitucional que los ampare.

El procesado puede presentar pruebas que permitan desvirtuar las pruebas presentadas por la Fiscalía, siempre y cuando la fiscalía presente alguna prueba, ya que sin pruebas de la Fiscalía, el Juez no tendría más que fallar a favor del procesado.

Cualquier decisión que involucre los derechos de las personas debe ser motivada, ya que, una vez que dictan una medida cautelar en este caso no privativa de la libertad, no están tratando al implicado como inocente, este violando un derecho constitucional y causando ciertos daños y complicaciones en la vida de las personas.

Por esta razón, es que a pesar de que las medidas no privativas de la libertad, tengan consecuencias menos graves que las de la prisión preventiva, deben ser motivadas tanto en su solicitud cuanto en su disposición.

No es simplemente anunciar que se va a disponer tal medida no privativa de libertad, y entender bajo el pensamiento de que es menos gravosa que la prisión preventiva que no necesita motivación, la misma debe estar motivada, como cualquier otra decisión que involucre derechos de las personas.

Finalmente es importante destacar que a pesar de que la imposición de las medidas cautelares es una decisión potestativa del Juez, los Jueces de Garantías Penales siempre imponen medidas cautelares en el proceso, como si fuera una obligación para ellos la imposición, creyendo que siempre es indispensable establecer dentro del proceso determinar medidas cautelares.

Serán contados los casos en que no se hayan dispuesto medidas cautelares dentro de un proceso penal.

Algo incompatible con las exigencias constitucionales que se han desarrollado, y las obligaciones como funcionarios públicos de los operadores de justicia, debido a que, de acuerdo a la norma jurídica suprema, los derechos y garantías son de directa e inmediata aplicación, por tanto los funcionarios deben aplicar las medidas alternativas a la prisión preventiva. Esto se fortalece con lo que establece el Código Orgánico de la Función Judicial en su Art. 5.

“Art. 5.- PRINCIPIO DE APLICABILIDAD DIRECTA E INMEDIATA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y las servidoras y servidores de la Función Judicial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la

acción interpuesta en su defensa, o para negar el reconocimiento de tales derechos.” (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, Art.5)

4.7. Necesidad

La necesidad del reconocimiento normativo de las medidas alternativas a la prisión preventiva, se explica en dos momentos.

El primero momento, la necesidad de limitar y racionalizar el uso de la prisión preventiva, mediante el establecimiento de mecanismos que permitan cumplir los mismos fines que dicha medida; es decir medidas que son igual idóneas para conseguir o asegurar la comparecencia del procesado al proceso, sin tener que hacerle pasar por las terribles consecuencias que nacen de la prisión preventiva.

El segundo momento, es justamente asegurar la comparecencia del procesado al proceso, asegurar el cumplimiento de la pena, así como brindarle a la víctima una justicia efectiva

4.8. Importancia

La importancia del reconocimiento de las medidas alternativas a la prisión preventiva radica en establecer dentro de nuestro ordenamiento jurídico elementos que permitan estar más cerca de los derechos humanos, de una constitución garantista de derechos, de la dignidad de las personas, de proteger al más débil dentro del proceso y, de proteger al inocente ante cualquier arbitrariedad o medida que puede resultar irreparable.

El no establecimiento de las medidas cautelares no privativas de la libertad implicaría que cualquier persona inmersa en un proceso penal estaría por regla

general en un centro de detención provisional, sin importar su responsabilidad, o las circunstancias del delito.

El no reconocimiento de las medidas alternativas a la prisión preventiva, implicaría la no garantía del principio de inocencia a pesar de su estipulación en cualquier norma de su ordenamiento jurídico.

En lo antes expuesto radica la importancia de reconocer dentro del ordenamiento jurídico y dentro de la norma jurídica suprema las medidas alternativas a la prisión preventiva.

4.9. Crítica

Si bien en el análisis que se ha realizado referente a la figura de las medidas cautelares, se ha tratado de exponer las razones y pensamientos que legitiman su uso, entendiendo estos argumentos, bajo ningún concepto se ha llegado a compartirlos o defenderlos.

Si bien es cierto la administración de justicia necesita de medidas cautelares para asegurar su efectiva realización, además de los variados argumentos que justifican el uso de medidas cautelares; estas, siempre implican e implicarán la vulneración de la libertad y la presunción de inocencia de los procesados sin que se haya demostrado su culpabilidad dentro del proceso.

Si la jurisdicción se remitiría únicamente a la Constitución para resolver este conflicto que se presenta con el uso de las medidas cautelares –principalmente la prisión preventiva- su uso no tendría legitimidad.

Si se considera que en el Art. 424 en su parte pertinente establece “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 de la República del Ecuador, 2008, Art.424); artículo bajo el cual se puede remitir al Pacto de San José de Costa Rica que dispone en su parte pertinente:

“Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, Art. 7, numerales 1 y 2)

A esto agregar que el Art. 11 numeral 5 que dispone “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. 424).

Se puede determinar que la Constitución de la República del Ecuador, busca a través de un ordenamiento garantista limitar el uso de las medidas cautelares en pos de la protección de los derechos de los ciudadanos, y en especial bajo instrumentos internacionales como el antes citado, reducir el uso de la prisión preventiva a casos muy específicos cumpliendo exigencias que demuestren su necesidad.

CAPÍTULO V

LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE INOCENCIA ANTE LA DISPOSICIÓN DE MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA

Dentro del presente trabajo, se desarrollará el conflicto que nace en la aplicación y respeto del estado de inocencia, al momento hacer uso de una medida alternativa a la prisión preventiva.

El conflicto se trabajará en cuatro niveles, que permitirán contextualizar el conflicto de una manera adecuada, amplia y clara.

5.1 Primer Nivel: Afectación General

Todo derecho es susceptible de ser violado, justamente por esta razón, es necesario dentro de los ordenamientos jurídicos el establecimiento de las garantías para su protección, mecanismos que van a permitir prevenir la violación del derecho, y en el caso de que el mismo sea violado, tenga las consecuencias jurídicas necesarias.

Un ejemplo de ello es el caso del señor Rafael Iván Suárez Rosero, quien fue detenido el 23 de junio de 1992 por miembros de la Policía Nacional dentro de un operativo para combatir el narcotráfico; sin embargo, los agentes policiales, no tenían ninguna orden para detener al señor Suárez Rosero y tampoco se trataba de un delito flagrante.

Además de la ilegal detención, violando cualquier principio de inocencia del señor Suárez Rosero, se lo mantuvo incomunicado casi un mes. Estas actuaciones del Estado direccionadas por una presunción de culpabilidad, demuestran las violaciones que pueden darse sin el uso de las garantías adecuadas.

Siempre va a existir un margen dentro del ordenamiento jurídico en el que se violen los preceptos normativos, siempre se van a cometer delitos, siempre existirán actuaciones ilegales contrarias a la no culpabilidad de los implicados; pero son acciones que el legislador debe prever y establecer mecanismos para responder ante estas violaciones.

Sin embargo, el problema de la vulneración del principio de inocencia se agrava en el momento en el momento que los llamados a hacerlo respetar-los operadores de justicia- son los que lo vulneran.

Si un policía viola la condición de inocente de un procesado al detenerlo ilegalmente, el ciudadano en teoría, tiene la opción de recurrir a la justicia para tutelar sus derechos, y que sobre el policía se administre justicia.

Pero, si la persona autora de esta violación, es el Juez, el llamado a tutelar los derechos, la afectación es mayor, además de ser más complejo ejercer los derechos que de la vulneración nazcan.

El problema en el que se centra este trabajo, es justamente, la vulneración del principio de inocencia en las actuaciones de los operadores de justicia.

Como se ha visto a lo largo del presente trabajo, la presunción de inocencia está reconocida constitucionalmente, sin embargo, también están reconocidas excepciones que permiten si bien es cierto no desvirtuarla, no hacerla completamente efectiva.

Por un lado se reconoce el principio de inocencia, por otro lado las medidas alternativas a la prisión preventiva, o la prisión preventiva misma; más allá de esto que se tratará en la parte final de este capítulo, el problema radica en la aplicación o respeto de la condición de inocente de los implicados por parte de los operadores de justicia.

Es decir, como los operadores de justicia dirigen sus actuaciones respetando o cumpliendo este precepto constitucional. No hay como dejar de recordar que el precepto constitucional no solo impone presumir la inocencia de toda persona dentro de un proceso-por que es inocente hasta sentencia que disponga lo contrario-,exige también tratar a toda persona dentro de un proceso como inocente.

Es justamente en este punto, donde radica el primer nivel del conflicto, en como los operadores de justicia actúan para respetar y efectivizar dentro de todo el proceso el estado y derecho del ciudadano a ser tratado como no culpable dentro del procesado.

Los operadores de justicia en una cantidad significativa, no direccionan sus actuaciones de acuerdo a este precepto constitucional.

Elementos que permiten realizar esta afirmación es por un lado, el abuso por parte de los fiscales de la prisión preventiva. En las audiencias los fiscales al momento de solicitar una medida cautelar-como si se tratara de recitar su nombre- solicitan la prisión preventiva del procesado, lo que significa una actuación lejana del respeto del principio de inocencia; es decir, no tratan al presunto infractor como no culpable.

El conflicto se completa, con la falta de motivación por parte de los fiscales para pedir una medida cautelar, ya sea esta la prisión preventiva, o una medida no privativa de libertad; así como la falta de motivación por parte de los jueces al momento de dictar la medida cautelar, ya que casi nunca la motivan; con mayor conflictividad cuando prefieren disponer una medida no privativa de la libertad, decisión que nunca va acompañada de una motivación.

¿A qué persona inocente se le dispone seis meses en prisión provisional? ¿A qué ciudadano inocente se le exige comparezca a una judicatura todos los lunes a las 8 a.m.? Simplemente a ninguno, ninguna persona inocente debe ser llevada a

prisión, ni debe comparecer a ninguna judicatura para asegurar su presencia en un juicio.

Estas conflictivas actuaciones de los operadores de justicia tienen su raíz en la existencia y aplicación –en este caso específico- en las medidas alternativas a la prisión preventiva.

Por lo tanto, el reconocimiento normativo de las medidas cautelares implican un conflicto para el principio de inocencia, y el inadecuado uso de las mismas implican un conflicto aún mayor.

Como se pudo desarrollar en el capítulo referente a las medidas alternativas a la prisión preventiva, es potestativo del juez el establecer una medida cautelar, ergo, el juez debe considerar si existen razones suficientes para vulnerar el estado de inocencia de un procesado, imponiéndole medidas cautelares, y debe considerar la vulneración a la libertad en distintas esferas que se provoca con la imposición de una medida cautelar.

Lamentablemente, en el Ecuador “siempre” hay razón suficiente para disponer una medida cautelar, pareciendo más bien obligación la imposición de las mismas en vez de ser optativo.

A pesar de ser obvio que el simple reconocimiento de medidas cautelares dentro de un ordenamiento jurídico que dispone el respeto al principio de inocencia, es ya un conflicto, este conflicto es manejado dentro de la legislación como una excepción, excepción que se da por las necesidades de la sociedad y del derecho mismo.

El hecho de existir una excepción, como es el caso de las medidas cautelares, implica dentro de un ordenamiento jurídico, y dentro de la práctica judicial que se puede abusar de estas excepciones, invocándolas en cualquier momento, en cualquier proceso; justamente para ser una excepción, debe ser menos usada y de acuerdo a determinados requisitos.

Por lo que el problema se intensifica, es decir no sólo que las actuaciones de los operadores de justicia no van acorde al respeto al principio de inocencia de los implicados, tampoco motivan las decisiones que toman para vulnerar la condición de inocente de los procesados, es decir no justifican la necesidad de vulnerar un derecho constitucional por prevenir un bien mayor.

El hecho de que en un ordenamiento jurídico se permita limitar o afectar el estado de inocencia a través de mecanismos legalmente establecidos, no quiere decir que se debe justificar la medida cautelar impuesta, motivando el bien mayor que se busca en su aplicación, a pesar de su vulneración o no completa satisfacción.

Sin embargo, esta parte del problema se tratará en el cuarto nivel, es necesario, antes referirnos a cómo se afecta la condición de inocente—de manera más específica- al momento de aplicar las medidas cautelares no privativas de la libertad.

5.2 Segundo Nivel: Aplicación de las Medidas Alternativas a la Prisión Preventiva

De la aplicación de las medidas alternativas a la prisión preventiva, nacen afectaciones al estado de inocente de una persona en dos momentos diferentes. Por un lado se puede ver la falta de aplicación de las medidas alternativas, es decir la constante preferencia por jueces y fiscales de imponer la prisión preventiva, y por otra, la falta de motivación al momento de disponer una medida no privativa de libertad.

En términos más simples, por un lado la falta de uso de las medidas alternativas a la prisión preventiva, y por otra el erróneo uso de las mismas.

5.2.1 Falta de uso de las medidas alternativas a la prisión preventiva.

“11. 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.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 77 numeral 11)

El Art. 77 de la Constitución de la República del Ecuador en su numeral 11, determina la obligación de los jueces de aplicar medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva de manera preferencial, y más bien de manera excepcional la prisión preventiva.

La norma jurídica suprema es clara en su articulado, razón por lo cual, dentro de las obligaciones de los jueces está cumplir esta disposición constitucional, disposición que tiene asidero legal toda vez que se encuentra contemplada en el Código de Procedimiento Penal.

Dentro de la práctica jurídica, la historia cambia, el fiscal por una parte solicita de manera general la prisión preventiva del procesado; dentro de su petición la cual debe cumplir determinados requisitos que se revelaron en el desarrollo del presente trabajo, se manifiesta simplemente “por haber cumplido los requisitos establecidos en el Art. 167”, lo que bajo ningún concepto es cumplir los requisitos.

Esto tiene relación con las medidas alternativas a la prisión preventiva, por el motivo de que uno de los requisitos es el de establecer que las medidas no privativas de la libertad no son suficientes para asegurar la comparecencia del procesado al proceso.

“5. Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio.” (Código de Procedimiento Penal, 2000, Art. 167)

Estos indicios suficientes, se componen de hechos, de circunstancias, de razones que permitan deducir que la presencia del procesado al juicio está en riesgo.

Una simple aseveración de cumplir con los requisitos establecidos en el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, o la simple afirmación de que las medidas no privativas de libertad no son suficientes para garantizar la presencia del implicado en el proceso, no son un indicio.

Para desarrollar con más profundidad este tema es preciso inmiscuirse en lo que implica o un indicio.

“El indicio es una estructura silogística, bajo lo cual se llega a una conclusión a través de un conocimiento previo.

Tesis: Experiencia sobre un determinado tema

Antítesis: Hecho demostrado

Síntesis: Proceso de inferencia que concluye” (Rodríguez, 2001, pp.67)

Es decir que a partir de un conocimiento previo que se tiene sobre determinado tema, y un acontecimiento debidamente verificado se llega a una conclusión en particular.

Ejemplificarlo de manera sencilla facilitará el entendimiento.

Tesis: Los procesados sin trabajo se fugan del proceso

Antítesis: El procesado no tiene trabajo

Síntesis: El procesado se va a fugar del proceso.

Ahora, es importante aclarar que el indicio no es una verdad absoluta, es un supuesto derivado de un conocimiento previo, mismo que puede ser desvirtuado o puede ser erróneo, sin embargo sirve de guía para tomar determinadas decisiones, como pueden ser el pedir la medida alternativa a la prisión preventiva

ante la falta de garantías suficientes al aplicar una medida no privativa de la libertad.

Pero en este aspecto, la motivación para no aplicar una medida no privativa de la libertad debe ir mucho más allá y ser suficiente, no algo tan simple como el ejemplo antes propuesto, los indicios deben ser suficientes para llegar a determinada conclusión.

“Un solo indicio aisladamente considerado nada prueba; su correcta evaluación exige un análisis individual y otro de conjunto con los restantes medios de convicción para deducir su eficacia.” (Rodríguez, 2001, pp. 77)

Claramente, se desprende la necesidad constitucional y legal tanto para el juez como para el fiscal de motivar adecuadamente la necesidad a través de indicios suficientes de aplicar una medida privativa de libertad, y no una medida cautelar que no implique la privación de la libertad.

Esta exigencia constitucional y legal no se cumple en la práctica jurídica, ya que si por una parte el fiscal simplemente cree haber cumplido los requisitos establecidos en el Art. 167 del Código del Procedimiento Penal y solicita la medida de la prisión preventiva, el juez ante tan pobre argumentación da paso a tan drástica medida.

Y cuál es la argumentación del juez, ¿El haberse cumplido los requisitos del Art. 167 del Código de Procedimiento Penal? Una disposición tan importante como la prisión preventiva, requiere una motivación adecuada, por exigencia legal y constitucional, razón por la cual, la motivación que se desprenda de esta decisión debe ser suficiente.

Con mayor razón, cuando existe en el ordenamiento jurídico la posibilidad de aplicar medidas no privativas de la libertad que impliquen menos costes y menos consecuencias en el procesado, teniendo esta posibilidad constitucional, es inverosímil no aplicarla.

Esto prueba como no se da uso a las medidas alternativas a la prisión preventiva a cabalidad, prefiriendo los operadores de justicia aplicar la prisión preventiva.

Todo esto afecta al principio de inocencia, ya que, si ni siquiera se considera la posibilidad de aplicar una medida alternativa a la prisión preventiva, si de por sí una medida cautelar ya vulnera la presunción de inocencia, el no intentar aplicar la menos gravosa para los procesados es tratarlo como culpable.

Si bien es cierto, con lo anteriormente dicho se busca que las medidas alternativas sean aplicadas en preferencia de la prisión preventiva por regla general y cumpliendo las disposiciones legales pertinentes, es cierto también, que la aplicación de las medidas alternativas a la prisión preventiva trae también algunos problemas.

5.2.2 Falta de motivación de las medidas alternativas a la prisión preventiva.

Como se argumentó en el desarrollo del presente trabajo, el hecho de que las medidas alternativas a la prisión preventiva sean menos gravosas que la prisión preventiva, no implica que su disposición dentro del proceso no requiera motivación, donde se exponga su necesidad y pertinencia.

Si se habla de arresto domiciliario, está claro que es una medida que restringe la libertad, que trae complicaciones y consecuencias en la vida del procesado.

“Libertad personal es el nexo con el cuerpo: inmunidad del cuerpo frente a privaciones, restricciones o prácticas heterónomas” (Ferrajoli, 2010, pp. 113).

De la misma manera sucederá si se habla de la obligación de presentarse en determinada judicatura, o la prohibición de salida del país, que claramente viola la libertad negativa de poder movilizarse si así lo desea una persona.

Es decir que al tratar y disponer medidas cautelares no privativas a la libertad, se está tratando la restricción a la libertad de los procesados, se está disponiendo una vulneración a los derechos de los implicados.

Por esta razón, es necesario que la decisión que dispone el establecimiento de una medida cautelar no privativa de la libertad sea adecuadamente motivada, como lo exige la Constitución, para no caer en arbitrariedades judiciales.

Mayor es la exigencia al tener presente que el establecimiento de medidas cautelares es optativo para el juez y no obligatorio, entonces, si el juez quiere disponer una medida cautelar, deber motivar porque cree necesario su disposición.

Una vez más, la práctica demuestra algo opuesto, cuando el establecimiento de la medida cautelar no privativa de la libertad no es ni si quiera motivada, es más aplicada por concepto de no aplicar la medida de la prisión preventiva.

Como si fuera un “favor”, el aplicar una medida alternativa a la prisión preventiva “salvando” al procesado de estar privado físicamente de su libertad.

¿Es imposible dentro de un proceso penal, que al procesado no le pese ninguna medida cautelar?

5.3 Tercer Nivel: Arraigos

El concepto arraigos, aunque tan usado dentro de la práctica jurídica de las audiencias penales, es muy subjetivo, su definición es indeterminada y es usado de distintas maneras. A pesar de esto, se desarrollará este término de manera que permita entender el problema.

La Real Academia de la Lengua Española define el término arraigar de la siguiente manera:

“3. intr. Establecerse de manera permanente en un lugar, vinculándose a personas y cosas.” (Real Academia de la Lengua Española, 2013)

De esta definición, podemos desprender que los arraigos son usados dentro de nuestro ordenamiento como pruebas o fundamentos que permitan tener al juzgador de que el procesado no se fugará, evadiendo así a la administración de justicia.

Es decir fundamentos que demuestren que el procesado está establecido de manera permanente en un lugar determinado, que evitan su posible fuga.

Los arraigos pueden ser familia, es decir el tener un vínculo familiar que asegure que la persona no evitará la justicia, ejemplo de esto, pueden ser los hijos.

Laboral, que el procesado tenga un trabajo estable al cual debe responder; patrimonial, el mismo implica la tenencia de bienes por parte de la persona; finalmente, el financiero, que radica en el interés por parte del procesado de recuperar el dinero inmerso en el proceso, además de la existencia de cuentas bancarias del ciudadano que brindan certeza de su comparecencia.

Especificado el concepto de arraigos, se podría pensar que el mismo no traería ningún tipo de conflicto dentro del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, parece ser que, los arraigos son un requisito sine qua non para proceder a preferir y establecer una medida cautelar no privativa de la libertad, el conflicto nace de la incertidumbre de saber de dónde nace ese requisito.

La Constitución de la República del Ecuador como norma jurídica suprema, no establece ningún tipo de necesidad de presentar arraigos para poder ser “beneficiario” de una medida no privativa de la libertad; el Código de Procedimiento Penal norma rectora en los procesos penales no ampara ni dispone la presentación de ningún arraigo para proceder a establecer una medida cautelar alternativa a las privativas de libertad.

Por tanto la exigencia de presentar arraigos que se da en las audiencias, es una exigencia sin asidero legal o constitucional que no hace más que restringir los derechos los procesados e invertir la carga de la prueba.

“3. 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.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 11, numeral 3)

El Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador que regula los principios bajo los cuales se regirá el ejercicio de los derechos en el país, determina que para ejercer los derechos y garantías establecidos en la norma jurídica suprema, no se podrá, por un lado alegar la falta de ley, y por otro, que no se podrá exigir condiciones no establecidos en la Carta Magna o en la Ley.

Entonces, nace la incertidumbre de la razón para que los arraigos sean exigidos como condición para establecer una medida cautelar no privativa de la libertad, siendo este un hecho tácito, derivado de expresiones como la siguiente: “como no ha presentado ningún arraigo solicito se dicte la medida de prisión preventiva”; restringiendo de esta manera, la garantía de preferir medidas alternativas, limitar su uso y disposición.

Con esta exigencia de los arraigos, se vulnera el principio de inocencia al invertir la carga de la prueba. Es decir, el Fiscal es el encargado como agente acusador de presentar elementos tanto de cargo como de descargo sobre implicados en el injusto penal.

¿A qué persona inocente se le pide justifique o asegure su presencia en el juicio so pena de establecer una medida cautelar?

Al momento que se exigen arraigos para optar por establecer una medida alternativa a la prisión preventiva, están dudando de la inocencia del procesado, además de exigiéndole que demuestre que comparecerá al proceso, es decir, que tranquilice las dudas y miedos de fuga nacidos por el simple hecho de ser procesado, violando su presunción de inocencia.

En nuestro ordenamiento jurídico la carga de la prueba recae en la persona que acusa –sea este acusador particular o el Estado a través de un agente fiscal– misma que es responsable de aportar las pruebas necesarias para que se declare una sentencia condenatoria o en este caso, la disposición de una medida cautelar no privativa de la libertad.

Corresponde al fiscal el probar la necesidad de establecer una medida cautelar, así como también, presentar elementos de descargo como podrían ser en este caso los arraigos para que se opte por una medida cautelar no privativa de la libertad.

Es obligación del fiscal presentar tanto elementos de cargo como de descargo, justamente influenciada la ley por el principio de inocencia que ampara al procesado, exige que el fiscal realice las diligencias tanto para buscar la responsabilidad como ratificar la inocencia del procesado.

Es exactamente el mismo caso para la aplicación de las medidas cautelares no privativas de libertad, el fiscal no debería preferir la medida de la prisión preventiva, debería buscar los elementos de descargo que permitan al procesado

gozar de una medida no privativa de la libertad o inclusive de poder enfrentar al proceso sin medida alguna.

“Es obligación del Fiscal, actuar con absoluta objetividad, extendiendo la investigación no sólo a las circunstancias de cargo, sino también a las que sirvan para descargo del imputado.” (Código de Procedimiento Penal, 2000, Art. 65)

Dentro de la Ley Adjetiva Penal se disponen las atribuciones de los fiscales, donde se encuentra presentar elementos de cargo y de descargo, ya que al ser un agente investigador y no tener plena seguridad sobre la responsabilidad del procesado, debe actuar de manera objetiva.

Congruentemente con esto, el fiscal debería ser consciente de que en caso de no justificar la necesidad de una medida cautelar y aporte los indicios suficientes para aplicarla el juez debería estar llamado a no establecer ninguna medida por la presunción que ampara al procesado.

Por esta razón, por la presunción que ampara al procesado, es el fiscal el que debe aportar los elementos suficientes para en una primera instancia establecer una medida cautelar, y en segunda establecer una medida no privativa de la libertad.

Finalmente, está la obligación del Juez de si creer pertinente establecer medidas cautelares al procesado, motive su decisión, sin guiarse simplemente por la petición del fiscal, debe ser un verdadero ejercicio de motivación jurídica donde determine qué medida debe ser aplicada, su necesidad, las condiciones, duración, límites todos estos elementos que deben ser debidamente motivados de acuerdo a los hechos.

Hay que ser conscientes que el establecimiento de medidas alternativas a la prisión preventiva no son simples procedimientos o formalidades, son disposiciones que involucran garantías procesales fundamentales.

El fiscal tiene la carga de la prueba en el proceso, por tanto el fiscal debe justificar la necesidad de aplicar una medida no privativa de la libertad, no es el acusado, el llamado a probar que es merecedor de una medida alternativa a la prisión preventiva.

5.4 Quinto Nivel: Motivación Jurídica.

Dentro de este nivel del problema, es necesario, realizar una conceptualización de lo que involucra la motivación jurídica, argumentación que sirve también para el problema planteado en el numeral 5.2.2 del presente capítulo.

“Andrés Bello expuso: Hasta hoy han estado sometidos nuestros derechos a las decisiones arbitrarias de los jueces, que sujetos a las pasiones, errores y preocupaciones que forman el patrimonio de la especie humana, han gozado del ominoso y extravagante privilegio de fallar sobre las cuestiones más importantes sin dar cuenta a la nación de los fundamentos de sus juicios, ni explicaciones satisfactorias de sus operaciones administrativa [...] (Gozaíni, 2003, pp.274)

El desarrollo sobre la motivación jurídica, ha sido vinculado mayormente a la sentencia, sin embargo, considerando que toda decisión sobre los derechos de las personas debe ser motivada, según lo establece el Art. 76, numeral 7, literal “I” de la Constitución de la República del Ecuador, decisiones como la disposición de medidas cautelares deben ser motivadas, los pensamientos y fundamentos que se exponen para las sentencias con respecto a la motivación, aplican también, a la disposición de medidas alternativas a la prisión preventiva.

Con esto, se puede proceder a conceptualizar esta figura jurídica.

El Dr. José García Falconí oportunamente cita una definición aportada por Carnelutti con respecto al tema:

“La motivación de la sentencia consiste en la construcción de un razonamiento suficiente, para que de los hechos que el juez percibe, un hombre sensato pueda sacar la última conclusión contenida en la parte dispositiva(...)la motivación está impuesta para que muestre el juez que ha razonado”; y en nuestro ordenamiento jurídico una resolución no se motiva con la simple interpretación del derecho, pues la misma actualmente, es un proceso mental que exterioriza un proceso intelectual, que impone al juez pronunciarse de alguna determinada manera, conforme señalo en líneas posteriores.” (García, 2013)

Es decir, el juez en su decisión debe exponer los argumentos, las razones, que justifiquen y expliquen la decisión que está tomando, considerando los hechos además de las normas jurídicas aplicables, exteriorizando la relación entre los hechos y la decisión.

“Las sentencias se deben razonar, porque la racionalidad aplicada a los hechos constituye un requisito natural para que las partes conozcan los motivos que han provocado la persuasión y certeza representada en la decisión.” (Gozaíni, 2003, pp. 269)

Esto, con el fin de por un lado evitar decisiones arbitrarias por parte de los operadores de justicia y, por otro, permitir que los ciudadanos conozcan las razones de las decisiones, permitiéndoles tener una seguridad además de confianza en las actuaciones de la función judicial; así como también, el conocimiento sobre las razones de la decisión, permite, si los implicados no están conformes, impugnar la misma.

“Para otorgar un plus de racionalidad y eficacia al frío consenso de las normas en el debate de los problemas jurisdiccionales de los sujetos del Derecho, al tiempo que otorga la necesaria versatilidad a sus administradores a la hora de aplicar recursos que le son propios” (Pinto, pp. 108)

Además, una adecuada fundamentación asegura a las partes la imparcialidad del juez al momento de tomar su decisión, la no preferencia por ninguna de las partes.

“...se pone de relieve la acción imparcial y desinteresada del Juez que, al interpretar los hechos y aplicar el derecho, decide sin favorecer a una u otra parte sin más beneficios que los resultantes de la justicia proclamada.” (Gozaíni, 2003, pp.273)

Al respecto la Primera Sala de lo Penal de la en ese entonces Corte de Suprema de Justicia, ahora Corte Nacional de Justicia expone:

“Al respecto, la motivación consiste en la obligación jurídica y ética del juez de fundamentar de manera clara, coherente e idónea las razones de su resolución; o que los fundamentos de la parte motiva de la- sentencia tienen que ser claros, expresos, completos, legítimos y lógicos; es decir que a cada conclusión le corresponde un elemento de convicción” (Corte Suprema de Justicia, 2008)

Como se puede ver, la motivación involucra la exposición de las razones que llevan al juzgador a decidir, parámetro bajo el cual la enunciación de normas no cabe como una razón.

“...de manera que la simple motivación no se puede tener cumplida con la mera declaración de la voluntad del juzgador, en medida que la decisión judicial debe estar precedida de una argumentación sólida y referida” (Gozaíni, 2003, pp.273)

En el mismo sentido la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la en ese entonces Corte Suprema de Justicia, ahora Corte Nacional de Justicia nos dice:

“La motivación debe justificar y rendir cuentas de los razonamientos por los que ha llegado a la solución adoptada. En este sentido, se ha afirmado que se convierte en el banco donde el Juez para el precio de la propia independencia y libertad de decisión controlando así la fidelidad del Juez a

la ley en aquella obra de actuación de las prescripciones normativas en las que se expresa la jurisdicción.” (Corte Suprema de Justicia, 1999)

Finalmente, la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia establece:

“Al respecto, cabe anotar que la motivación de la sentencia para ser correcta, debe referírsele hecho y al derecho, valorando las pruebas y suministrando las condiciones a que arribe al tribunal sobre su examen, respecto de la función del hecho comprobado en un precepto penal, y de las consecuencias jurídicas que de su aplicación se derivan. El Juez debe consignar las razones que lo llevan a tener por acreditados o no, e históricamente ciertos o falsos los hechos que constituyen los elementos materiales del delito, enunciando las pruebas de que se sirven en cada caso y expresando la valoración que haga de ellas: es decir, la apreciación que lo conducen relativamente al supuesto investigado, a una conclusión afirmativa o negativa, [...] Para ser motivada en los hechos, la sentencia debe suministrar las pruebas en que se fundan las conclusiones fácticas, esto es demostrarlos. Para que sea fundada en derecho, la sentencia debe explicar los hechos objetos de la adecuación típica, esto es, describirlos.” (Corte Nacional de Justicia, 2013)

Por lo tanto, a través de la motivación, el juez debe exponer las razones, pruebas, evidencias, indicios, además de la valoración que hace de los mismos, permitiendo que las partes puedan entender –sin necesariamente compartir- la decisión tomada, por los argumentos expuestos.

“En efecto, no hay palabras que cubran la necesidad de justicia sino va implícito en los contenidos del pronunciamiento la cobertura de argumentos suficientes para convencer a las partes sobre la justicia del caso” (Gozaíni, 2003, pp. 278)

Es decir, una adecuada motivación en la decisión judicial, le brinda a la misma, legitimidad ante las partes, a través de la exposición del razonamiento lógico del Juez para tomar la decisión.

“Ruíz Lancina expone: La motivación garantiza que se ha actuado racionalmente porque da las razones capaces de sostener y justificar en cada caso las decisiones de quienes detentan algún poder sobre los ciudadanos.” (Gozaíni, 2003, pp. 279)

Conceptualizada esta figura y una vez que se ha desarrollado los conflictos que traen el uso de medidas alternativas a la prisión preventiva dentro del proceso, es necesario, referirnos al quinto nivel del conflicto.

Por un lado el derecho de todo procesado a que se respete su estado de inocencia y que sea tratado como tal, por otro, la aplicación de una medida cautelar no privativa de la libertad.

El problema se intensifica cuando resalta dentro del ordenamiento jurídico que ambas figuras jurídicas –el principio de inocencia y las medidas alternativas a la prisión preventiva- tienen rango constitucional, es decir, ambos se encuentran en lo más alto del ordenamiento jurídico.

El reconocer que cualquier medida cautelar no privativa de la libertad va a implicar para la vida del procesado que este no sea tratado como inocente, lleva a determinar que las medidas cautelares no privativas de la libertad siempre están en contraposición con este derecho, ya que su disposición lo vulnera y restringe.

Sin embargo, considerando que las medidas cautelares no privativas de la libertad si bien es cierto vulneran la condición de inocente del procesado, no la desvirtúan por completo; se hace necesario una clara y congruente aplicación de ambos preceptos.

La clara y congruente aplicación de ambos preceptos, se logra a través de una adecuada motivación de la decisión por parte de jueces y fiscales.

Es innegable la necesidad dentro del proceso penal de asegurar la comparecencia del procesado, la administración de justicia no puede ser completa si los procesos se detienen por ausencia de los implicados.

Pero el principio de inocencia, basado en que por regla general los hombres son buenos, busca a respetar su estado de inocente.

Por tanto, la Constitución da cabida al principio de inocencia y a las medidas alternativas a la prisión preventiva dentro de un mismo ordenamiento jurídico, lo que se requiere es, que la contraposición entre las mismas y la decisión que se tome afectando este derecho, explique cómo el sacrificio de un derecho satisface en mayores proporciones otro.

Es decir al hablar de motivación jurídica no solo involucra motivar la necesidad de aplicar una medida alternativa a la prisión preventiva, involucra también la necesidad de vulnerar el estado de inocencia y la libertad de los procesados a través del uso de medidas no privativas de la libertad.

La decisión de adoptar una medida alternativa a la prisión preventiva, involucra la coacción de la libertad en diferentes esferas, involucra no tratar a la persona como inocente dentro del proceso, por tanto, se debe motivar como esta decisión, provoca un bien mayor al que se está vulnerando.

Esto es un conflicto ya que la decisión de aplicar una medida alternativa a la prisión preventiva, nunca es motivada, no se motiva su necesidad dentro del proceso, y no se motiva su pertinencia dentro de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Finalmente, es importante entender que como ciudadanos de un Estado garantista, dentro de un ordenamiento jurídico donde los derechos son fines para el Estado; los ciudadanos deben darse cuenta que sus derechos deben ser debidamente tutelados, que el Estado tiene limitantes en sus actuaciones.

El hecho de que la prisión preventiva sea más gravosa para cualquiera que sea víctima de ella, no implica que las medidas alternativas no sean gravosas para la libertad y el estado de inocencia de los implicados, estas medidas, también imponen restricciones además de afectar en diversos niveles la libertad de los procesados.

Si el Estado ampara al ciudadano, si los derechos son fines para los Estados, como es concebible que el Estado afecte las libertades de los ciudadanos sin motivar su pertinencia, si las personas fueran más conscientes del derecho que tienen de afrontar un proceso como inocentes, el Estado fuera más acucioso al momento de determinar una medida privativa de la libertad.

Esto se refuerza con la teoría de que las personas no se fugarían del proceso, si tendrían la seguridad de que no se les va a imponer una medida cautelar, todo lo contrario, tendrían el mayor interés en defenderse hasta el último momento.

“El peligro de la fuga, de hecho, está provocado predominantemente más que por el temor a la pena, por el miedo a la prisión preventiva. Si el imputado no estuviera ante esta perspectiva, tendría, por el contrario, al menos hasta la víspera a la condena, el máximo interés de no escapar y defenderse” (Ferrajoli, 2011, pp. 558)

Pensamiento que fortalece Voltaire al decir: “Queréis que el inocente acusado no se escape, pues facilitadle los medios de defenderse” (Ferrajoli, 2011, pp.558)

CAPÍTULO VI

SOLUCIONES

6.1. Correcta Aplicación de la Ley

Del conflicto que se desarrolló en el capítulo anterior, el planteamiento de una solución se convierte en un tema complicado.

La complicación radica en el hecho de que el problema presentado en los diferentes niveles se da por la falta o errónea aplicación de la Ley. Es decir el ordenamiento jurídico, tiene previsto motivar la pertinencia de una medida alternativa, sin embargo, los jueces y fiscales son los que no lo hacen.

La Constitución de la República del Ecuador y la Ley han establecido los requisitos legales para respetar el principio de inocencia, así como las medidas alternativas a la prisión preventiva, por tanto, si es que la Ley establece que se deben cumplir algunas normas legales en respeto de las garantías de los ciudadanos, y no se aplican por parte de los operadores de justicia, el problema es la falta o incorrecta aplicación de la Ley.

El reconocimiento constitucional del principio de inocencia, donde todo ciudadano es inocente y debe ser tratado como tal hasta que se demuestre su culpabilidad mediante sentencia ejecutoriada, implica que si los operadores de justicia, principalmente jueces y fiscales, aplicarán o actuarán de acuerdo a este reconocimiento constitucional, el derecho de los ciudadanos no sería vulnerado, o no sería tan vulnerado.

Si el fiscal, en el rango de sus actuaciones tuviera presente la exigencia constitucional de tratar al procesado como inocente, sería responsable al momento de solicitar una medida cautelar para asegurar la comparecencia del procesado al proceso.

El fiscal es consciente de la necesidad de asegurar la comparecencia del procesado al proceso, es una necesidad que implica una excepción al tratar como inocente al procesado, sin embargo, el hecho de que exista una excepción para limitar o vulnerar de alguna manera la condición de inocente de una persona, no implica que este derecho y garantía constitucional a ser tratado como inocente de los procesados deje de estar en vigencia o carezca de validez jurídica.

Sigue siendo un principio de la Constitución que debe ser buscado constantemente por el fiscal, por tanto el mismo buscaría al momento de solicitar una medida cautelar, ser lo más consecuente y responsable en su actuación, buscando vulnerar en la menor medida posible el derecho del procesado.

De igual manera, si el Juez sería consciente de la obligación constitucional y legal de respetar el principio de inocencia de todos los procesados, en sus actuaciones no se limitaría a dictar medidas cautelares sin fundamentación.

Por tanto, el actuar de los operadores de justicia sin aplicar a cabalidad la ley y la Constitución es lo que ha dado vida a este conflicto dentro de la realidad procesal del Ecuador, por lo tanto, la correcta aplicación de la Ley y la Constitución por parte de los mismos, es la solución en gran medida al problema.

La Constitución y la Ley han establecido los suficientes filtros en esta materia para evitar su vulneración de los preceptos constitucionales.

La necesidad del respeto al principio de inocencia, la necesidad de aplicar las medidas alternativas a la prisión preventiva de manera preferencial a la prisión preventiva, y sobre todo, la necesidad de motivar toda decisión que conlleve a la afectación de un derecho, le otorgan al ordenamiento jurídico del Ecuador las herramientas necesarias para respetar en gran medida estos preceptos constitucionales.

Por lo tanto, es indispensable para solucionar este problema, o para reducir la vulneración de estos preceptos constitucionales, la adecuada aplicación de la de

de la Constitución, de la Ley por parte de los operadores de Justicia. Su apego a los preceptos que rigen nuestro ordenamiento jurídico, guiados por la ideología garantista que plantea nuestra Constitución, y alejándose de cualquier tipo de actuación que viole los derechos y garantías de los ciudadanos.

Sería poco fructífero para el derecho en el país, realizar una Ley para respetar de manera correcta el principio de inocencia de los procesados, más aún, cuando este principio tiene asidero constitucional.

El problema radica en su aplicación, en respetar y actuar de acuerdo a lo que está positivizado, si la Constitución exige motivar, ¡motivarse!

Apegarse a la Constitución implica, que no por la presión social, el miedo de fuga del implicado, y la alternativa de evitar estos miedos dictando una medida cautelar puedan hacerlo sin responsabilidad.

Si es que jueces y fiscales, actúan de acuerdo al ámbito de sus competencias, considerando e intentando respetar en la mayor medida posible el principio de inocencia, se soluciona o reduce el problema en su primer nivel.

Esto se consigue, respetando y protegiendo los derechos fundamentales de las personas a toda índole, guiarse por los preceptos que la Constitución promulga, cumplir con cada uno de los requisitos sustanciales y formales que la norma jurídica suprema exige para el ejercicio de los derechos.

Por ejemplo, si hay un caso de asesinato, el fiscal no debe guiarse por el tipo penal, o por las circunstancias del delito, debe analizar los indicios sobre la autoría del implicado, y si estos no son suficientes para solicitar una medida cautelar, respetar y proteger el estado de inocencia.

De igual manera, el Juez, si en el caso de asesinato encuentra elementos insuficientes para vulnerar la libertad de un procesado, vulnerar su estado de

inocencia; protegerla, es el fin de estos preceptos constitucionales, más aún en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Pero actualmente es tan arraigada a los operadores de justicia, el manejar el tema de las medidas cautelares de la manera desarrollada en el presente trabajo, que es necesario implantarles a todos ellos una nueva concepción de esta figura jurídica, una correcta concepción, que involucre los fines de un Estado neoconstitucionalista, la importancia de los derechos en el ordenamiento jurídico, las implicaciones y alcance del principio de inocencia, además de cómo afectan las medidas alternativas a la prisión preventiva no sólo a la condición de inocente, también a la libertad.

El problema tendría menos repercusiones, si los operadores de justicia que actúan vulnerando el principio de inocencia, afectando la libertad, por el mero hecho de no cumplir la ley y la Constitución, fueran llamados a la atención, sancionados por el Consejo de la Judicatura, por lo que al problema se le suma una falta de control por parte de esta entidad.

Es decir, una correcta aplicación de la Ley y la Constitución, por el órgano regulador, por la entidad llamada a controlar las actuaciones de los operadores de justicia también soluciona el conflicto, o al menos, lo reduce.

6.1.1. Capacitación a los Operadores de Justicia

Lo permisivo que ha resultado la práctica jurídica al tratarse de las medidas cautelares dentro de un proceso penal, han creado una costumbre en los operadores de justicia para que el procedimiento de imposición de las mismas se desarrolle de la manera descrita en este trabajo, y con las falencias aportadas.

La práctica jurídica ha permitido, que los fiscales no fundamenten ni motiven adecuadamente sus solicitudes de medidas cautelares, ha permitido que los jueces dispongan medidas sin mayor motivación ni comprobación de que se

cumplan los requisitos legales pertinentes, y se respeten los derechos y garantías constitucionales de los procesados.

Por tanto, es necesario para la adecuada administración de justicia, y la adecuada actuación de todos los operadores de justicia que se realice una capacitación a nivel nacional ya sea virtual o presencial.

En esta capacitación se debe establecer primero por el modelo de Derecho que vive el país, es decir una concientización de los alcances del neoconstitucionalismo en el ordenamiento jurídico.

La capacitación debe centrarse en la importancia del estado de inocencia de los procesados, resaltando el hecho de que deben ser tratados como tal durante todo el proceso, además de las implicaciones que su reconocimiento constitucional conlleva.

Se debe recordar la obligación de motivar todas las decisiones que impliquen la afectación de los derechos de los ciudadanos, ya que si bien es cierto puede existir la necesidad de aplicar una medida cautelar, pueden haber los indicios suficientes, el riesgo de fuga, etc., con mayor razón debería resultar sencillo motivar la decisión, y no simplemente declararla.

Además, se les debe resaltar el hecho de ser jueces o fiscales, implica que su preparación los hace capaces de ejercer las competencias impuestas, competencias que una persona no profesional en el derecho, o sin tantos conocimientos, no podría realizar.

Entre estas competencias, porque no decirlo, una de las más importantes, es la motivación jurídica, que une la teoría con la práctica, y que permite a la sociedad entender la razón de las decisiones, da vida al pacto social de convivencia.

Finalmente, esta motivación debe ser dirigida también a los defensores públicos, a los defensores privados, a la ciudadanía en general ya que si han existido tantas vulneraciones a la principio de inocencia, y se ha aplicado durante tanto tiempo de manera errónea las medidas cautelares; si la decisión de adoptar una medida cautelar ha sido sin la correcta motivación jurídica porque no se han plantado los recursos y acciones pertinentes.

Sin embargo, el nivel quinto del conflicto planteado, va más allá de la correcta aplicación de la Ley, nace de la contraposición de los preceptos constitucionales en mención, por una parte el principio de inocencia y por otra, las medidas alternativas a la prisión preventiva, ambas reconocidas en la Constitución de la República del Ecuador, norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, su solución no pasa solamente en aplicar la Ley, la adecuada motivación dentro del ordenamiento jurídico es fundamental, por lo tanto, es necesario para conseguirlo, adentrarse en los pensamiento de la proporcionalidad.

6.2. La Ponderación

“[...] con la afirmación de la libertad y el ejercicio sin restricciones de los derechos fundamentales, como punto de partida de cualquier relación entre el individuo y el Estado. Sólo en un segundo momento, podrá este último intervenir en aquella libertad para hacerla compatible con el ejercicio de la libertad ajena y con la búsqueda de objetivos sociales que se juzguen valiosos.” (Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2010, pp. 103)

Al momento de existir dos derechos contrapuestos, es necesario realizar una ponderación, para buscar la mejor solución. Sin embargo antes de profundizar en la figura jurídica de la ponderación es necesario realizar un análisis previo.

6.2.1. Análisis Previo

Para que sea necesario hacer uso de la ponderación, es necesario que haya dos derechos contrapuestos, y por otra parte que no a haya otra manera de solucionar el conflicto.

En el Art. 77 de la Constitución de la República del Ecuador, al hablar de garantías básicas dentro de un proceso penal, se encuentra el reconocimiento en el numeral 11 de las medidas alternativas a la prisión preventiva.

“La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la Ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y la exigencias de reinserción social de la persona sentenciada.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art.77, numeral 11)

¿Es un derecho este precepto constitucional es un derecho? Parece que es un derecho a que dicten una medida alternativa de la prisión preventiva antes que una medida privativa de la libertad. Pero nada nos dice esta garantía básica sobre el derecho de toda persona a ser tratada como inocente durante todo el proceso, lo que hace esta garantía es priorizar las medidas cautelares dentro del proceso.

Por tanto al ser la imposición de una medida cautelar, una privación y afectación a la libertad de las personas, hace de esta medida contraponerse al principio de inocencia que ampara a todos los procesados, específicamente a la parte del artículo que establece: “ser tratado como tal”

Pero como se puede observar, la contraposición de estos dos preceptos constitucionales es inclusive hasta confusa. No son dos derechos que se contraponen claramente como al hablar del conflicto entre libertad de información o de libre expresión y el derecho a la honra.

La razón de esta confusión es que las medidas alternativas a la prisión preventiva, nacen como una solución al excesivo uso de la prisión preventiva, además nacen como una obligación para el Juez, más que como un derecho para los procesados.

Por lo tanto, no estamos hablando del conflicto entre dos derechos fundamentales, lo que dejaría sin efecto una posible aplicación de la ponderación en la controversia entre estas dos figuras jurídicas, sin embargo, la ponderación en teoría tiene herramientas muy útiles para la solución o mejor manejo del problema.

Además, se debe analizar el conflicto de los dos preceptos constitucionales de una manera amplia, no es el derecho a una medida alternativa a la prisión preventiva, pero sí, hay un interés social de una adecuada administración de justicia, sí hay un bien común como es la Justicia, que se contrapone a través de sus procedimientos al principio de inocencia.

Por lo que, con más razón la ponderación se vuelve en una herramienta sumamente útil para motivar las decisiones que bien favorezcan al principio de inocencia, o favorezcan a la administración de justicia, restringiendo el principio contrapuesto respectivamente.

6.3. Concepto

“La ponderación consiste en establecer una jerarquía axiológica móvil entre dos principios en conflicto” (Guastini, 2007, pp. 636)

Es decir, a través del método de la ponderación a los principios en conflicto se les otorga un peso abstracto, para poder compararlos y decidir a favor del que más pese, afectando lo menos posible el que menos pese.

A esto se le conoce como Ley de ponderación, la misma que dispone “Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio,

tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.” (Alexy, 2012, pp. 138)

6.3.1 Implicaciones

El tema de la ponderación es muy amplio, sin embargo acá se realizarán varias abstracciones de varios de sus postulados con el fin de solucionar el conflicto anteriormente planteado.

6.3.2. Derechos como Mandatos de Optimización

Dentro del marco de la ponderación los derechos fundamentales que vienen a ser sinónimos de principios, implican un mandato de optimización.

El mandato de optimización exige por parte del Estado realizar las acciones pertinentes para el cumplimiento del derecho fundamental

“Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (Alexy, 2012, pp. 67)

Así como se desarrolló al momento de referirnos que dentro de la corriente del neoconstitucionalismo, los derechos son fines para los Estados, al hablar de ponderación se concibe a los derechos fundamentales como mandatos de optimización, es decir de intentar reconocerlos, practicarlos, respetarlos y garantizarlos de la mejor manera posible.

6.4. Principio de la Proporcionalidad

Es necesario realizar una diferenciación entre el principio de proporcionalidad en materia penal, y el principio de proporcionalidad en materia constitucional que es el que se desarrollará en este sub capítulo.

El principio en materia penal se aplica en dos momentos: en sentido estricto, la debida proporción entre el delito y la reacción frente al mismo, es decir entre delito y pena; en el segundo momento, en sentido amplio, debe haber una debida proporción entre la tipificación del delito, la sanción que se imponga, la necesidad y realidad social; es decir al momento de tipificar un delito se debe considerar cada elemento del tipo además, la sanción, y su necesidad dentro de la sociedad.

“Cabe precisar que el principio de proporcionalidad se erige en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento que se trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, y por el otro, el interés del individuo en la eficacia de una garantía consistente en que no sufrirá castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del ius puniendi.” (Etcheberry, 1997, pp.35)

Realizada esta diferencia, el principio de proporcionalidad, es considerado el último que debe ser aplicado dentro del ordenamiento jurídico, la última herramienta por ser usada en caso de controversia entre derechos.

Implica aplicar la Ley de ponderación anteriormente descrita con el objeto de tomar la decisión más favorable para los derechos fundamentales de acuerdo a su peso en abstracto y al nivel de afectación de los dos principios en mención.

Se compone de tres subprincipios: Idoneidad, Necesidad, proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. (Atienza, 2012, pp. 13 y 17)

El principio de la idoneidad refiere a que la aplicación del principio de la proporcionalidad es la herramienta más idónea para solucionar el conflicto, es decir, no hay otros mecanismos para solucionarlo, o los otros mecanismos no son los adecuados para solucionar el problema, convirtiendo a la proporcionalidad en el mecanismo más apto para resolver el conflicto existente.

“El subprincipio de idoneidad tiene más bien el status de un criterio negativo, mediante el cual se puede detectar que medios no son idóneos. Un criterio negativo de esta naturaleza no lo fija todo, sino únicamente excluye algo: los medios no idóneos” (Alexy, 2012, pp. 525)

Por su parte, el subprincipio de la necesidad, implica que del conflicto que existe, de los hechos que nacen del conflicto entre dos aplicaciones, hagan necesaria la aplicación del principio de la proporcionalidad.

“La necesidad implica que la solución del conflicto no puede alcanzarse de otra forma que no sea la aplicación del principio de la proporcionalidad” (Atienza, 2012, pp.14)

Finalmente el subprincipio de la proporcionalidad es un poco más complejo que los dos subprincipios anteriores.

El subprincipio de la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto implica la aplicación de la ley de la ponderación antes descrita, donde se debe determinar la decisión que se va a tomar sobre los conflictos en cuestión.

Esta decisión, deberá ser consecuentes con los hechos que se desprenden de cada caso en particular.

Para que esta decisión tenga validez es necesario que considere por una parte la afectación de un principio, es decir la decisión que se toma como afecta al principio que se ve vulnerado.

Por otra parte debe analizarse como beneficia al principio que está siendo priorizado, para finalmente conjugar las dos conceptos, para aplicar la decisión, concibiendo, analizando y defendiendo como la afectación de un principio es necesaria para la a satisfacción del otro que por su peso en el ordenamiento jurídico es prioritario respetarlo y garantizarlo.

“Debe definirse si la importancia de satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro” (Alexy, 2012, pp. 529)

Finalmente, esta intervención a través de la ponderación, debe ser debidamente fundamentada, ya que como se puede desprender del desarrollo del conflicto, existen dos preceptos o principios que en una situación determinada se contraponen, creando la necesidad de ponderar y otorgarle a uno de ellos mayor peso que al otro, por esta razón, al concluir en la afectación de un principio es absolutamente necesario la correcta argumentación que explique esta necesidad y esta decisión.

6.5. Aplicación al Conflicto

En la primera parte de este capítulo, se estableció que las medidas alternativas a la prisión preventiva, implican un derecho sobre la preferencia frente a la prisión preventiva, mientras que, frente al principio de inocencia no implica un derecho en sí.

Su uso representa un interés social del Estado, la posibilidad de administrar justicia, el conseguir, mediante su uso, administrar justicia. Por lo que en el presente trabajo se puede ver por una parte el derecho al principio de inocencia, por otra parte la posibilidad de administrar justicia mediante el uso de las medidas cautelares no privativas de la libertad.

Este interés por parte del Estado de administrar justicia, es también el interés de la sociedad, y de las víctimas, por lo que se puede evidenciar claramente, el conflicto entre dos principios constitucionales.

Entonces tenemos dos principios contrapuestos, la decisión judicial que se tome, necesariamente va a satisfacer el uno, a costa de la no completa satisfacción del otro.

Cuando los operadores de justicia –sean estos jueces o fiscales- se encuentran ante la posibilidad de aplicar una medida alternativa a la prisión preventiva deben contraponer estos dos principios.

Si no existen mecanismos judiciales para solucionar esta controversia, la ponderación se convierte en la herramienta idónea para resolver el problema, así como la existencia del conflicto hace necesaria aplicar la ley de la ponderación.

Demostrada la idoneidad y necesidad de la proporcionalidad, se debe proceder a ponderar. Para ponderar, es necesario tener claro que ningún caso es igual, cada caso tiene elementos únicos, cada elemento debe ser sujeto de análisis para el análisis.

Es decir, no en todos los casos donde se contrapongan la administración de justicia, y el principio de inocencia, se llegará a la misma conclusión, dependerá de los elementos del caso, de los hechos, de los indicios, de las circunstancias.

Finalmente, deben demostrar y argumentar como la decisión de implementar una medida cautelar vulnerando o no satisfaciendo la presunción de inocencia es la decisión adecuada. Es decir como la mayor satisfacción de la aplicación de la medida cautelar no privativa de la libertad pesa más en el ordenamiento jurídico o en el caso en concreto que tratar a una persona como inocente.

Este análisis resultado de la ponderación, es lo primero que deberían conocer los ciudadanos cuando se decide imponerles una medida alternativa a la prisión preventiva, es decir, que razones justifican la vulneración de su estado de inocencia, y la afectación de su libertad.

Desarrollado la necesidad de aplicar una medida alternativa a la prisión preventiva, se puede proseguir a analizar qué medida cautelar es la menos gravosa, o la necesaria para el caso en concreto.

6.6. Argumento Final

La Constitución de la República del Ecuador, es una constitución garantista, que ha buscado a través de todo su articulado, el respeto y garantía de los derechos fundamentales.

Al establecer dentro de un ordenamiento jurídico el principio de inocencia, y el derecho de toda persona a ser tratado como tal, implica que todo ciudadano dentro de un proceso debe ser tratado como tal por cualquier persona y por el Estado.

Si se establece un precepto constitucional que vulnera el principio de inocencia, a pesar de que no lo cambie, se podría en primera instancia aplicar la misma Constitución para solucionar este conflicto.

La Constitución establece dentro de su articulado como deben ser ejercidos los derechos que ella mismo reconoce, es así como en el Art. 11 establece nueve reglas fundamentales para el ejercicio de los derechos.

La regla número cinco establece: “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, Art. 11, numeral 5)

Con esto se puede desprender que en teoría lo que se debería aplicar es la decisión que más favorezca la efectiva vigencia de los derechos, al ser el principio de inocencia el único derecho en conflicto, la decisión a ser tomada debería ser aquella que respete absolutamente el mismo.

Sin embargo, en la práctica esto no pasa, la necesidad de asegurar la comparecencia del procesado al proceso, además de las otras razones antes planteadas han hecho que el servidor público prefiera vulnerar el principio de

inocencia con el objeto de proteger un bien que considera mayor, el de la administración de justicia.

Al encontrarse frente a esta situación de proteger la administración de justicia, el funcionario público debe justificar esta intervención a sabiendas que la misma va a vulnerar el estado de inocencia.

Para hacerlo de una manera adecuada, podría aplicar los tres subprincipios del principio de proporcionalidad antes descritos, con el objeto de que esta intervención sea debidamente fundamentada y tenga validez, cumpliendo con el requisito de la motivación jurídica de todo acto que decida sobre los derechos de los ciudadanos.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

1. El neoconstitucionalismo es una corriente del Derecho que dota a la Constitución de los Estados de características innovadoras para el Derecho Constitucional. Estas características fundamentalmente son: Rigidez constitucional, aplicación directa e inmediata, y la concepción de los Derechos Fundamentales como fin para los Estados.
2. Los pensamientos que han ido fortaleciendo el neoconstitucionalismo nacen a partir de la Segunda Guerra Mundial, donde las formas de vulneración de los derechos, y las consecuencias de la manipulación de la ley, hicieron sentir la necesidad de fortalecer las normas jurídicas supremas
3. El Ecuador a través de la Constitución, tiene influencias del neoconstitucionalismo al ser de aplicación directa e inmediata (Art. 11, numeral 3), al poseer rigidez constitucional, y al establecer a los derechos de las personas como la obligación de todos los funcionarios del Estado (Art. 11 numeral 9)
4. El garantismo penal al igual que el neoconstitucionalismo, nace a partir de la Segunda Guerra Mundial. Los terribles acontecimientos vividos a causa del fascismo y del nazismo demostraron que el Derecho Penal necesita de garantías sustanciales además de las formales para velar por los derechos fundamentales.
5. El garantismo penal establece dentro de un Estado límites al poder punitivo, a través del establecimiento de garantías a los derechos de los ciudadanos para que el procedimiento penal esté asegurado de mecanismos que permitan una adecuada administración de justicia en respeto de la dignidad humana.

6. El garantismo penal no busca solamente establecer garantías para los víctimas de los delitos a través de la tipificación y la sanción, busca la protección de la minoría desviada, es decir establece garantías para aquellas personas implicadas en un proceso penal, para que a ellos se les respete sus derechos durante todo el proceso e inclusive en la ejecución. Por esta razón al garantismo penal se lo identifica con la ley del más débil.
7. La Constitución de la República del Ecuador, a través de sus Art. 76 y 77 reconoce el derecho de todas las personas a un debido proceso, este debido proceso es una muestra del garantismo penal presente en nuestra Constitución.
8. En la Constitución ecuatoriana, se reconoce un debido proceso general dirigido a cada uno de los procedimientos donde se decida sobre los derechos de las personas; y, un derecho al debido proceso especial dirigido específicamente a aquellas personas inmersas en un proceso penal.
9. El debido proceso es el conjunto de derechos y garantías que se reconoce a los ciudadanos en todo proceso donde se decidan sobre sus derechos. La importancia del debido proceso dentro de cualquier Estado, Constitución u ordenamiento jurídico, es marcar un límite para las actuaciones del Estado, no dejar paso a actuaciones arbitrarias o totalitarias, garantizar un proceso donde en la administración de justicia o en la decisión sobre los derechos se respete la dignidad humana.
10. El debido proceso está compuesto por varios derechos para las personas; sin embargo los conflictos que se generan de su aplicación son varios. La detención, la prisión preventiva, y la motivación jurídica son conflictos que nacen del debido proceso que han causado varias discusiones en la realidad jurídica del país.
11. De la variedad de conflictos presentes en el Ecuador por concepto del debido proceso, entendiéndose que estos conflictos nacen no por el reconocimiento del debido proceso más bien por su errónea aplicación y constante vulneración, tenemos el conflicto que nace del respeto de la

presunción de inocencia, al momento que se aplica una medida alternativa a la prisión preventiva.

12. La libertad es un derecho fundamental para cualquier Estado de derecho, de derechos y justicia, democrático, sustancial democrático, garantista, y todo Estado que busque el respeto de los Derechos Fundamentales. La libertad es un derecho fundamental, para reconocer los demás derechos, y su irrespeto vulnera la presunción de inocencia.
13. A pesar de lo complicado que resulta definir el concepto libertad, el mismo se puede clasificar en libertad negativa y libertad positiva. Libertad negativa viene a ser la libertad de los ciudadanos de realizar cualquier acción sin que sean impedidos por ningún concepto. La libertad positiva es la voluntad de las personas de realizar determinadas acciones.
14. Es claro que el establecimiento de medidas alternativas a la prisión preventiva (tomando la definición aportada en el numeral anterior) implica la coacción de la libertad, porque ya sea en una densidad leve o grave, el obligar o prohibir determinadas cosas –como salir del país- vulnera tu libertad negativa.
15. La inocencia no es un derecho que el Estado otorga a los ciudadanos, la inocencia es un estado en el que nacen las personas, es decir las personas nacen inocentes, su estado de vida es la inocencia.
16. El principio de inocencia es una presunción “iuris tantum” (relativa), es decir admite prueba en contrario, por lo tanto para desvirtuar la presunción de inocencia que protege de todos los ciudadanos, es necesario aportar dentro del proceso las pruebas necesarias para demostrar su culpabilidad.
17. En el Ecuador, el principio de inocencia está reconocida en el Art. 76 numeral 2. Este artículo impone el derecho de toda persona no sólo a que se presuma su inocencia dentro del proceso, también a ser tratada como inocente en todo su desarrollo.
18. La condición de inocente de una persona, no necesita de una presunción para ser respetada correctamente, no se puede presumir que una persona

es inocente, porque todos son inocentes hasta que se demuestre lo contrario, por lo tanto, la figura de la presunción de inocencia es una herramienta jurídica carente de lógica, y más bien lo que se debe establecer es el respeto por todos los operadores de justicia de la condición de inocente de las personas; no que presuman, que respeten el hecho de que las personas son inocentes.

19. El que una persona sea tratada como inocente dentro de un proceso implica que, todas las actuaciones tanto de particulares como por el Estado sean realizadas en respeto de esta presunción. Implica que la carga de la prueba la tiene el Estado, implica que toda decisión que decida sobre derechos debe ser debidamente motivada e implica también que es una norma constitucional de aplicación directa e inmediata.
20. El estado de inocencia es un elemento esencial para que en un Estado no se castigue a personas inocentes, y para que dentro del proceso donde no se ha demostrado la culpabilidad del imputado, esté siga siendo tratado como inocente.
21. Las medidas alternativas a la prisión preventiva, nacen como un mecanismo para reducir el uso de la prisión preventiva, reduciendo por ende los daños que la misma causa y, para seguir teniendo la seguridad de la comparecencia del procesado al proceso.
22. El establecimiento de medidas alternativas a la prisión preventiva dentro de un proceso, es potestad del Juez, y para su establecimiento debe motivar adecuadamente, no sólo la medida que debe imponerse, también, la necesidad del establecimiento de la medida.
23. La necesidad del procesado de presentar arraigos para hacerse merecedor de una medida alternativa a la prisión preventiva es inconstitucional e ilegal, por no encontrar asidero en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, además de atentar al principio de inocencia y al principio de la carga de la prueba.

24. El establecimiento de una medida alternativa a la prisión preventiva vulnera el derecho a ser tratado como inocente de una persona, ya que el mismo involucra la afectación en determinadas libertades de las que gozan todos los ciudadanos, y que a ninguna persona inocente se le vulneraría.
25. El no hacer uso del carácter excepcional de la prisión preventiva dentro de un proceso, es una actuación que vulnera los preceptos constitucionales.
26. El hacer uso de las medidas alternativas a la prisión preventiva, sin motivar su necesidad adecuadamente, es una actuación que afecta los derechos constitucionales de los implicados.
27. La simple mención de que se cumple la norma jurídica no es una motivación jurídica, la misma debe explicar la pertinencia de la norma de acuerdo a los hechos, permitiendo conocer al imputado las razones que existen para afectar su libertad.
28. Es pensamiento común dentro de la sociedad que las medidas alternativas a la prisión preventiva son un beneficio dentro de un proceso, y sí lo son si los compara con la prisión preventiva, sin embargo, el derecho a ser tratado como inocente de un ciudadano exige que sobre este no pese ningún tipo de medida cautelar, y para que exista debe haber una motivación jurídica. Por lo tanto no es un beneficio si se las aplica arbitrariamente, es una afectación a los derechos.
29. Los operadores de justicia deben aplicar la Constitución y la ley de manera correcta, siempre en el sentido más favorable para las personas, cumpliendo cada uno de los postulados; al momento que los operadores de justicia no motivan la decisión de vulnerar la libertad de un imputado, por tanto vulnerar su presunción de inocencia, están actuando violando la Constitución y la Ley.
30. En el momento que se encuentran dos derechos fundamentales en conflicto, sin que se pueda determinar de una manera sencilla y a través de los métodos de interpretación constitucional y legal, para poder tomar una decisión, es necesario aplicar el principio de proporcionalidad.

31. El principio de proporcionalidad, permite, a través de sopesar los derechos en conflicto, determinar qué derecho es más importante precautelar en cada caso en particular. Es decir como los hechos en cada caso son diferentes el resultado de aplicar la ley de ponderación tendrá en cada caso soluciones diferentes.

RECOMENDACIONES

- La concienciación en todos los ciudadanos, principalmente en aquellos que están directamente relacionados con el Derecho, de la necesidad de conocer a cabalidad la Constitución de la República. Este conocimiento sobre los preceptos constitucionales va a permitir exigir y actuar de acuerdo a lo que la norma jurídica establece.

Permitirá también, que los operadores de justicia y la ciudadanía en general sean conscientes del principio de inocencia de las personas, que mientras no haya sentencia ejecutoriada toda persona es inocente y debe ser tratada como tal, sin necesidad de presunción alguna.

El correcto manejo de la Constitución, permite a los operadores de justicia actuar en respeto de los derechos y garantías que la norma jurídica suprema establece, permite que los jueces motiven sus decisiones de imponer una medida alternativa, que las decisiones que se tomen sean lo más favorables a los derechos, imponiendo requisitos formales además de sustanciales a toda decisión que afecte la libertad de los ciudadanos y por lo tanto el principio de inocencia.

La conciencia ciudadana de la importancia de la Constitución, va a dejar también el conocimiento dentro de las personas de que deben ser tratadas como inocentes dentro de un proceso –porque son inocentes-, lo que conlleva a que la regla general debería ser que no pese ninguna medida cautelar sobre ellos, y la excepción una medida cautelar, lo que provocaría que más ciudadanos exijan no se imponga medidas cautelares sobre ellos, o en el último de los casos se motiven estas decisiones.

- Probablemente la sola concienciación de los ciudadanos y los operadores de justicia no sea suficiente para la correcta aplicación de la Constitución, por lo que se recomienda una capacitación de todos los operadores de justicia sobre la importancia de la motivación jurídica en toda decisión que

afecte los derechos de las personas. En este caso en específico la libertad y el principio de inocencia de las personas se ven afectados por la imposición de medidas cautelares sin la correspondiente motivación, por tanto la realización de conferencias, talleres, foros en los que se exponga como las medidas alternativas a la prisión preventiva vulneran los derechos de los ciudadanos, va a permitir que los operadores de justicia sientan y reconozcan la necesidad de motivar la decisión de imponer medidas no privativas a la libertad.

- Finalmente, para evitar decisiones arbitrarias, se recomienda a los jueces y fiscales motivar sus decisiones siempre que las mismas versen sobre los derechos de las personas. Pero, es imprescindible para tomar la decisión que primero realicen un análisis a profundidad, en el mismo deberán poner a consideración los derechos involucrados, así como la necesidad de vulnerarlos. Es decir cada vez que los jueces y fiscales se encuentren ante la decisión de la imposición de una medida cautelar, deberán considerar el derecho a la libertad, el estado de inocencia y sopesarlo con el derecho a la administración de justicia. Sólo a través de este análisis, se puede justificar una decisión vulneradora de un derecho, ya que el mismo va a permitir exponer la necesidad de la vulneración además de la importancia de proteger el derecho de la administración de justicia, a costa de los derechos de libertad y el estado de inocencia de los procesados.

Aclarar siempre, que cada caso en particular tiene sus propios hechos y consideraciones, por lo que, la ponderación a realizarse se debe hacer en cada caso concreto, permitiendo así, realizar el análisis necesario para tomar la mejor decisión.

REFERENCIAS

Alexy, R. (2012). *Teoría de los Derechos Fundamentales (2a ed.)*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Atienza, M., García, A. (2012). *Un debate sobre la ponderación*. Lima-Bogotá: Palestra Temis.

Ávila, R. (2011). *El Neoconstitucionalismo Transformador*. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala

Ávila, R. (2013). *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales EDLE S.A.

Barroso, L. (2008). *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*. El triunfo del derecho constitucional en Brasil. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Beccaria, C. (1993). *De los delitos y las penas*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

Binder, M. (2009). *Introducción al derecho procesal penal (2a ed.)*. Buenos Aires: Ad-Hoc

Bobbio, N. (2009). *Teoría General de la Política (3a ed.)*. Madrid: Editorial Trotta.

- Carbonell, M. (2008). *No admitamos las pruebas ilícitas*, recuperado de http://www.miguelcarbonell.com/escritos_divulgacion/No_admitamos_las_pruebas_il_citas.shtml
- Carbonell, M. (2011). *Desafíos a la Libertad en el siglo XXI*. Quito: editora jurídica Cevallos
- Carbonell, M. (2012). *Formalidades esenciales del procedimiento*, recuperado de http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Formalidades_esenciales_del_procedimiento.shtml
- Carmignani, G. (1979). *Elementos de Derecho Criminal*. Madrid: Editorial Temis
- Carrara, F. (1991). *Programa de derecho criminal: Parte general*. Madrid: Editorial Temis.
- Código Orgánico de la Función Judicial*, Ley, ROs. 544 (2009), recuperado el 21 de enero de 2013 de <http://www.lexis.com.ec/WebTools/eSilecPro/Search/Vigente/VigenteSimple.aspx>
- Código de Procedimiento Penal*, Ley RO. 511 (1983), recuperado el 7 de enero de 2013 de <Http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=HISTORICO->

CODIGO_DE_PROCEDIMIENTO_PENAL_1983&query=codigo%20de%20procedimiento%20penal

Código de Procedimiento Penal, Ley. ROs 360 (2000), recuperado el 21 de enero de 2013 de <http://www.lexis.com.ec/WebTools/eSilecPro/Search/Vigente/VigenteSimple.aspx>

Constitución de la República del Ecuador, decreto legislativo, RO 449 (2008), recuperado el 21 de enero de 2013 de <http://www.lexis.com.ec/WebTools/eSilecPro/Search/Vigente/VigenteSimple.aspx>

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). Recuperado de <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP). (2009). *Nunca Más*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004. *Caso Tibi vs. Ecuador* Recuperado el 04 de noviembre de 2013 de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf

Corte Nacional de Justicia, *Registro Oficial Suplemento 400*, 21 de Febrero del 2013.

Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Penal, *Gaceta Judicial 7 de 17 octubre de 2008*. Recuperado el 17 de diciembre de 2013 de

http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerHTML.aspx?id=CASACION-ABSOLUCION_DE_DELITO_DE_VIOLACION_18720081017

Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, *Gaceta Judicial 2 del 9 de noviembre de 1999*. Recuperado el 17 de diciembre de 2013 de http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerHTML.aspx?id=CASACION-MOTIVACION_DE_LA_SENTENCIA_17219991109

Declaración Universal de los Derechos Humanos, (1948). Recuperado de <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, (1776). Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2698/21.pdf>

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, (1789). Recuperado De <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf>

Enciclopedia Jurídica Omeba. Recuperado de <http://www.omeba.com/>

Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, (2010). *Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en la Determinación Judicial de la Pena*. Colombia: Consejo Superior de la Judicatura.

Ferrajoli, L. (2011). *Derecho y razón Teoría del garantismo penal* (10a ed.). Madrid: Editorial Trotta

Ferrajoli, L. (2010). *Democracia y garantismo*. Madrid: Editorial Trotta

Pinto, J. *LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA* en Robert Alexy, recuperado el 09 de enero de 2014 de <http://biblioteca.ucm.es/tesis/19972000/S/0/S0041101.pdf>

García, J. (2013). *Análisis Jurídico sobre la Motivación*. Recuperado el 09 de enero de 2014 de <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/procedimientopenal/2013/11/08/analisis-juridico-sobre-la-motivacion>

Gascón, M. (2005). *La Teoría General del Garantismo: Rasgos Principales*. Madrid: Editorial Trotta – Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM)

Gozaíni, O. (2003). *El Debido Proceso*. Recuperado el 12 de enero de 2014 de <http://es.scribd.com/doc/46942844/El-Debido-Proceso-Alfredo-Gozaíni>

Guastini, R. *Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales*. Recuperado el 15 de diciembre de 2013 de http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/articulo_guastini.pdf

Hélie, F. (1886) *Tratado de Instrucción Criminal*. París.

Hobbes, T. (1992). *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*. España: Tecnos

Manzini, V. (1951). *Tratado de derecho procesal penal, volumen 1*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América

Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. (2008). *Desafíos Constitucionales La Constitución ecuatoriana 2008 en perspectiva*. Quito, Ecuador: Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez, Rubén Martínez Dalmau, Editores.

Muñoz, F. (2003). *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo: Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo (4a ed.)*. España: Tirant lo Blanch.

Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, 1966. Recuperado de <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>

Prieto, L. (2011). *Garantismo y Derecho Penal*. Madrid: Iustel.

Puyol, J. (1992). *MANUAL PRACTICO DE DOCTRINA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE PRUEBA Y DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRESUNCION DE INOCENCIA*. Madrid: Editorial Edigener.

Real Academia de la Lengua Española, recuperado de <http://rae.es/>

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad, (1990), recuperado el 14 de noviembre de 2013 de <http://cuculosio.edu.mx/wp-content/uploads/2008/09/reglas-de-tokio.pdf>

Rodríguez, O. (2001). *La presunción de inocencia – Principios Universales (2a ed)*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Saavedra, E. (1995). *Constitución, Derechos Humanos y Proceso Penal: Las normas rectoras del proceso penal, Volumen 1*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Uribe, O. (2007). *El principio de Presunción de Inocencia y la probable responsabilidad*. México: Serie Amarilla

Vélez, A. (1968). *Derecho Procesal Penal, Tomo II (2a ed.)*. Buenos Aires: Ediciones Lerner.