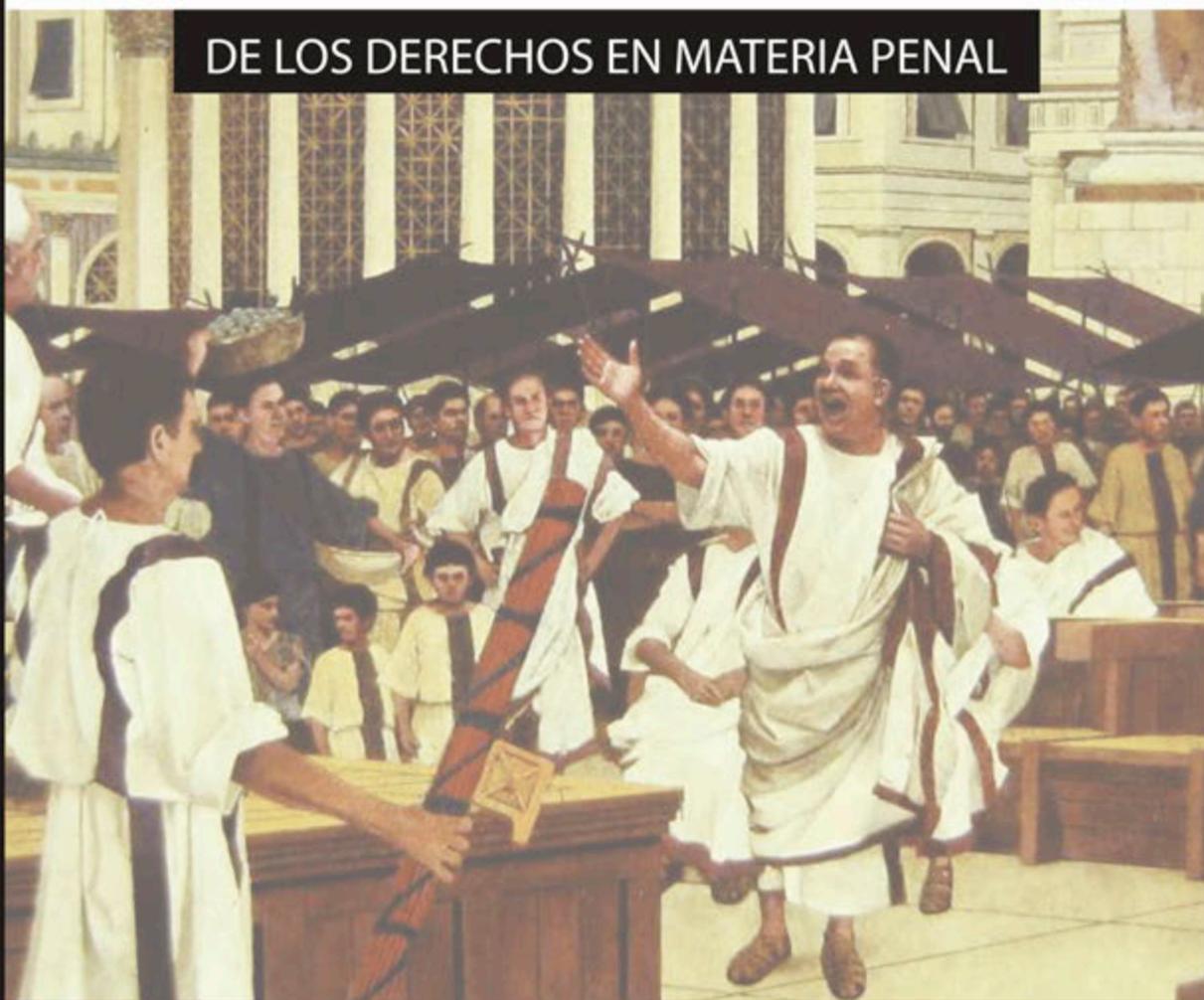


# GARANTÍA Y AMPAROS

DE LOS DERECHOS EN MATERIA PENAL



1<sup>RA</sup> EDICIÓN

**GARANTÍA Y AMPAROS**  
DE LOS DERECHOS EN MATERIA PENAL

Dr.C. Girard Vernaza Arroyo. PhD  
Esp. Marianela Cruel Preciado Abgda.

EDICIONES **MAWIL**

1<sup>RA</sup> EDICIÓN

# GARANTÍA Y AMPAROS DE LOS DERECHOS EN MATERIA PENAL

## *Autores Investigadores*

### **Dr.C. Girard Vernaza Arroyo, PhD**

Doctor en Ciencias Jurídicas;  
Doctor en Jurisprudencia;  
Doctor en Filosofía con Especialidad en Estudios Legales;  
Magister en Derecho Penal y Criminología;  
Especialista en Derecho Penal y Justicia Indígena;  
Especialista Superior en Derechos Colectivos;  
Master en Ciencias Especialidad Docencia Universitaria;  
Diplomado de Posgrado en Gerencia Estratégica de Proyectos;  
Diplomado de Posgrado en Formulación y  
Evaluación de Proyecto de Inversión;  
Abogado de Los Tribunales y Juzgados de la Republica del Ecuador;  
*Universidad Técnica Luis Vargas Torres;*  
Esmeraldas, Ecuador;  
girard.vernaza@utelvt.edu.ec

 <https://orcid.org/0000-0001-8591-6154>

### **Esp. Mariana Cruel Preciado Abgda.**

Especialista en Derecho Procesal Penal;  
Abogado de los Tribunales y Juzgados de la Republica del Ecuador;  
Licenciada en Ciencias Sociales Especialidad Técnica Judicial;  
Esmeraldas Ecuador;  
*Función Judicial*

 <https://orcid.org/0000-0002-3193-3511>

1<sup>RA</sup> EDICIÓN

# GARANTÍA Y AMPAROS DE LOS DERECHOS EN MATERIA PENAL

*Revisores Académicos*

**Andrés Felipe Ricaurte Pazmiño**

Master Universitario en Protección Internacional de los  
Derechos Humanos;  
Master Universitario Di li Livello In Global Rule Of Law And  
Constitutional Democracy;  
Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República;  
Miembro Jurídico de la Comisión Interventora y de Fortalecimiento  
Institucional para la Universidad Yachay;  
Docente de la Escuela de Derecho de la Universidad Internacional del  
Ecuador

 <https://orcid.org/0000-0003-0985-2755>

**David Alejandro Buenaño Pérez**

Magister en Derecho Administrativo;  
Diploma Superior en Derecho Constitucional;  
Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República

 <https://orcid.org/0000-0003-1477-4819>

# Catálogo Bibliográfico

**AUTORES:** Dr.C. Girard Vernaza Arroyo, PhD  
Esp. Marianela Cruel Preciado Abgda.

**Título:** Garantía y Amparos de los derechos en materia penal

**Descriptor:** Legislación; Derecho penal; Derecho a la justicia.

**Código UNESCO:** 56 Ciencias Jurídicas y Derecho

**Clasificación Decimal Dewey/Cutter:** 345/V594

**Área:** Ciencias Jurídicas

**Edición:** 1<sup>era</sup>

**ISBN:** 978-9942-602-52-7

**Editorial:** Mawil Publicaciones de Ecuador, 2022

**Ciudad, País:** Quito, Ecuador

**Formato:** 148 x 210 mm.

**Páginas:** 235

**DOI:** <https://doi.org/10.26820/978-9942-602-52-7>



Texto para docentes y estudiantes universitarios

El proyecto didáctico **Garantía y Amparos de los derechos en materia penal**, es una obra colectiva escrita por varios autores y publicada por MAWIL; publicación revisada por el equipo profesional y editorial siguiendo los lineamientos y estructuras establecidos por el departamento de publicaciones de MAWIL de New Jersey.

© Reservados todos los derechos. La reproducción parcial o total queda estrictamente prohibida, sin la autorización expresa de los autores, bajo sanciones establecidas en las leyes, por cualquier medio o procedimiento.

**Director Académico:** Mg. Vanessa Pamela Quishpe Morocho  
**Dirección Central MAWIL:** Office 18 Center Avenue Caldwell; New Jersey # 07006  
**CEO Editorial MAWIL-Ecuador:** Alejandro Plúa  
**Editor de Arte y Diseño:** Lic. Eduardo Flores, Arq. Alfredo Díaz  
**Corrector de estilo:** Lic. Marcelo Acuña Cifuentes

1<sup>RA</sup> EDICIÓN

GARANTÍA Y AMPAROS  
DE LOS DERECHOS EN MATERIA PENAL

**ÍNDICE**  
**CONTENIDOS**





**Prólogo**..... 11

Aspectos comunes a todas las unidades académicas ..... 15

1. Sobre el contenido de los temas..... 15

2. Sobre las fuentes ..... 15

3. Sobre las evaluaciones ..... 16

**Unidad 1.**

Derechos humanos en materia penal ..... 18

**Unidad 2.**

Garantías constitucionales del derecho penal..... 79

**Unidad 3.**

Garantías de igualdad en materia penal  
(garantías sustantivas y garantías procesales)..... 120

**Unidad 4.**

Garantías fundamentales del proceso ..... 158

**Materiales de estudio** ..... 197

1. Análisis de la sentencia del Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 21 de noviembre de 2007. **Pág. 198**

2. Análisis de la sentencia del Caso Tibi vs. Ecuador, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 07 de septiembre de 2004. **Pág. 209**

3. Estudio comparado de códigos de procedimiento penal de Chile, Colombia y Argentina sobre el derecho al recurso en materia penal. **Pág. 218**

**Referencias** ..... 221

1<sup>RA</sup> EDICIÓN

GARANTÍA Y AMPAROS  
DE LOS DERECHOS EN MATERIA PENAL

**ÍNDICE**  
**T A B L A S**



## **GARANTÍA Y AMPAROS** DE LOS DERECHOS EN MATERIA PENAL



<b>Tabla 1.</b> En todos los casos el estudiante debe argumentar su respuesta mediante ejemplos. ....	78
<b>Tabla 2.</b> En todos los casos el estudiante debe argumentar su respuesta mediante ejemplos.....	119
<b>Tabla 3.</b> En todos los casos el estudiante debe argumentar su respuesta mediante ejemplos.....	157
<b>Tabla 4.</b> Casos relevantes de la corte IDH sobre la prisión preventiva .....	179
<b>Tabla 5.</b> En todos los casos el estudiante debe argumentar su respuesta mediante ejemplos.....	196

1<sup>RA</sup> EDICIÓN

GARANTÍA Y AMPAROS  
DE LOS DERECHOS EN MATERIA PENAL

ÍNDICE  
FIGURAS





**Figura 1.** Condiciones para aplicar la prisión preventiva, Comisión IDH: Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas (2013)..... 178

**Figura 2.** Requisitos de procedibilidad de la prisión provisional en el COIP ..... 188

**Figura 3.** Caducidad de la prisión preventiva en el COIP ..... 190

1<sup>RA</sup> EDICIÓN

GARANTÍA Y AMPAROS  
DE LOS DERECHOS EN MATERIA PENAL

**PRÓLOGO**  
**PRELIMINARES**



El presente libro tiene una pertinencia y relevancia, tanto pedagógica en función de su uso en la formación de nuevos profesionales del derecho en la especialidad penal, como relevancia científica propiamente dicha, dada la calidad del material recogido, organizado y presentado a los lectores, que pueden conseguir en él un apoyo invaluable para la consulta y el estudio en la práctica profesional.

El objeto del presente texto es el estudio de los derechos humanos en el contexto del derecho penal y el proceso penal, entendidos en el doble sentido de límites al poder punitivo del Estado y objeto de protección de las normas penales. Los materiales reunidos se enfocan en esa doble condición de los derechos humanos, y aborda en primer lugar la noción de poder punitivo del Estado como fundamento de su actuación legítima en materia penal, para adentrarse luego en el estudio de los derechos humanos como centro de análisis.

El derecho, en sus diversas especialidades, es la síntesis de la razón como facultad humana, capaz de inferir los principios de la acción, así como del patrimonio normativo de los pueblos, que deriva de sus tradiciones culturales, así como de decisiones adecuadas a los problemas reales de la convivencia social. Así, el derecho sintetiza, en una unidad superior, las costumbres, los usos y los razonamientos acerca del comportamiento humano adecuado para que una sociedad exista, se integre y logre la convivencia pacífica, dando respuesta a las conductas que eventualmente pudieran ir en su contra como totalidad. Todo ello resulta, a través de los mecanismos institucionales establecidos en la Constitución y las leyes, en lo que se ha denominado el derecho positivo, esto es, el conjunto de normas jurídicas que efectivamente regulan la vida de las personas en el país, el funcionamiento de las instituciones y las potestades del Estado, así como los derechos de los individuos que limitan ese poder estatal, lo cual consta en los mismos instrumentos jurídicos mencionados.

Los derechos humanos en materia penal pueden ser analizados desde dos perspectivas distintas. Por un lado, tales derechos constituyen el límite del poder punitivo del Estado, en el sentido de que la intervención coactiva de los órganos del poder público debe respetar el contenido y alcance de los derechos humanos para ser legítima. Por otro lado, los derechos humanos son el objeto de protección de las normas penales, entendidos en ese contexto como bienes jurídicos valiosos a nivel individual o social, cuya importancia amerita que sean protegidos por las normas penales que son la máxima expresión de la intervención del Estado en los derechos de las personas.

Se han empleado distintos enfoques para realizar la presente recopilación de materiales para el estudio de los derechos humanos en el marco del derecho penal. Mencionaremos los cuatro que aquí se emplearon: el doctrinal, el constitucional/legal de los derechos y garantías objeto de análisis, el jurisprudencial y el interamericano. Al presentar estas diferentes perspectivas se aspira a que el lector que consulta, ya sea profesional o estudiante, pueda vincular, confrontar, establecer puntos de acuerdo y distinción entre las interpretaciones y diversas comprensiones de los diferentes cuerpos de conocimiento acerca de las normas jurídicas relativas al campo penal.

El contenido del texto conjuga la elaboración propia del autor con la referencia y cita de textos que se han considerado como fundamentales para la debida comprensión de los tópicos esenciales de las garantías y derechos en el marco del derecho penal. Al final de cada uno de los temas, con los cuales se ha estructurado el libro, aparecerá la lista de los materiales consultados con el fin de tener claridad acerca de las fuentes e incluso poder confrontarlos con las interpretaciones que aquí se sustentan, como es lo propio en el abordaje científico de cualquier tema del derecho en general.

El objetivo de los análisis y las referencias textuales, es propiciar el manejo y el razonamiento acerca de los conceptos, las teorías y la

## **GARANTÍA Y AMPAROS** DE LOS DERECHOS EN MATERIA PENAL



interpretación y análisis de sentencias, expresado en jurisprudencias, además de fines directamente didácticos, para poder responder a las actividades de evaluación que se realicen en su estudio sistemático.

Con estas orientaciones, presentamos entonces un libro que aborda, los siguientes temas, organizados en unidades: los derechos humanos en materia penal (Unidad I), garantías constitucionales del derecho penal (Unidad II), garantías de igualdad en materia penal: garantías sustanciales y garantías procesales (Unidad III), garantías fundamentales del proceso (Unidad IV). Seguidamente se presentará una recopilación de materiales para la consulta que, a manera de *dossier*, ofrecerán al lector la oportunidad para completar el conocimiento acerca de los temas tratados en la parte analítica previa, con textos de autores destacados en el campo del conocimiento de los derechos humanos y el derecho penal.

1<sup>RA</sup> EDICIÓN

GARANTÍA Y AMPAROS  
DE LOS DERECHOS EN MATERIA PENAL

**ASPECTOS COMUNES  
A TODAS LAS UNIDADES ACADÉMICAS**



## **1. Sobre el contenido de los temas**

El desarrollo de los temas responde a cuatro enfoques distintivos.

1. Enfoque doctrinal del tema.
2. Enfoque constitucional/legal de los derechos y garantías objeto de análisis.
3. Enfoque jurisprudencial.
4. Enfoque interamericano.

El maestrante debe ser capaz de interrelacionar esos enfoques con ideas y análisis propios, para establecer relaciones coherentes entre la definición y contenido de los derechos/garantías, su regulación constitucional y legal y su aplicación en sede judicial mediante el estudio de casos y sentencias.

## **2. Sobre las fuentes**

Al final del material elaborado para este módulo se inserta una lista completa de la bibliografía citada en el desarrollo de cada tema/unidad. La misma está compuesta por libros clásicos o de gran interés para cada tema, y de artículos científicos que permiten identificar la dinámica de los análisis doctrinales en materia de derechos y garantías constitucionales en el proceso penal.

El contenido del módulo ha sido elaborado en gran parte por el autor, aunque en algunos temas se insertan determinados análisis de otros autores debidamente identificados. En cada tema se presenta el contenido básico que debe dominar el maestrante, junto a análisis de mayor profundidad para fomentar el manejo teórico y práctico de las instituciones jurídicas, derechos y garantías objeto de análisis.

Los materiales de estudio que se insertan al final de este texto tienen como objetivo ejemplificar el análisis de sentencias realizado por el autor, y sentar las pautas de las actividades que deben realizar los maestrantes como parte de su evaluación sistemática.



### **3. Sobre las evaluaciones**

Las evaluaciones diseñadas tienen un enfoque teórico-práctico. Con ello se busca que el maestrante sea capaz de articular los conocimientos teóricos con el estudio/análisis de casos judiciales, donde se ponen de manifiesto las garantías y derechos de la persona procesada como presunta autora o cómplice de una infracción penal.

En todo caso, las evaluaciones se enfocan desde la perspectiva de quien realiza la defensa técnica del procesado, que es sobre quien recae la mayor carga argumentativa y probatoria con vistas a que se ratifique el estado de inocencia de su defendido.

En todas las actividades de evaluación el estudiante debe argumentar su respuesta mediante ejemplos.

1<sup>RA</sup> EDICIÓN

# GARANTÍA Y AMPAROS DE LOS DERECHOS EN MATERIA PENAL

## **Unidad 1**

DERECHOS HUMANOS  
EN MATERIA PENAL



### **Presentación de la unidad académica**

Los derechos humanos en materia penal pueden ser analizados desde dos perspectivas distintas. Por un lado, tales derechos constituyen el límite del poder punitivo del Estado, en el sentido de que la intervención coactiva de los órganos del poder público debe respetar el contenido y alcance de los derechos humanos para ser legítima. Por otro lado, los derechos humanos son el objeto de protección de las normas penales, entendidos en ese contexto como bienes jurídicos valiosos a nivel individual o social, cuya importancia amerita que sean protegidos por las normas penales que son la máxima expresión de la intervención del Estado en los derechos de las personas.

Vistos desde las dos perspectivas indicadas, los derechos humanos son a la vez límite y objeto de las normas penales, por lo que es imprescindible su comprensión en el contexto más general del proceso penal y las garantías que se prevén en el mismo para asegurar la protección de los derechos e intereses de la persona procesada, sin que ello implique la imposibilidad de reprimir las conductas penalmente relevantes que atenten contra los bienes jurídicos que merecen la tutela penal del Estado.

En esta unidad se aborda el estudio de los derechos humanos en el contexto del derecho penal y el proceso penal, entendidos en el doble sentido de límites al poder punitivo del Estado y objeto de protección de las normas penales. El contenido de la unidad se enfoca en esa doble condición de los derechos humanos, y aborda en primer lugar la noción de poder punitivo del Estado como fundamento de su actuación legítima en materia penal, para adentrarse luego en el estudio de los derechos humanos como centro de análisis.

A los efectos de la norma penal y el ejercicio del *ius puniendi*, es necesario distinguir las nociones básicas, desde el punto de vista conceptual y operativo, de las expresiones “derechos humanos”, “derechos fundamentales” y “derechos constitucionales”. El interés de esa distin-

ción radica en que, con base en el principio de legalidad que rige el derecho penal y el proceso penal, solo pueden ser entendidos como límites del *ius puniendi* y contenido de las normas jurídicas aquellos derechos reconocidos expresamente en las normas penales.

Seguidamente, se estudian los fundamentos de los derechos humanos en su sentido más amplio, para determinar cuáles son los bienes jurídicos que tutelan las normas penales y cuáles son los valores subyacentes a esa protección, que van desde la vida, la libertad, la propiedad y los derechos inherentes a la persona, siempre en el marco del principio de legalidad penal ya indicado. No obstante, la amplitud de la noción “derechos humanos”, conviene abordar el análisis de su justiciabilidad en materia penal; es decir, el grado de protección que se garantiza a determinados derechos en relación con otros cuya violación puede o no ser objeto de la norma penal.

Con los resultados del estudio anterior se puede enfocar el análisis directamente sobre los principios constitucionales del derecho penal, entendidos como los principios generales que deben tener en cuenta tanto el legislador como el juez, y que están en la base de todo el sistema de justicia penal. Se trata de los principios que moldean la actuación de los poderes públicos, y cuya violación puede tener naturaleza penal o constitucional según el caso.

La unidad termina con las actividades académicas que debe realizar el maestrante como parte de su proceso de formación.

### **1.1. El poder punitivo del Estado**

**Fuente:** Romero (2020).

Que el Estado, en la sociedad actual, posee poder suficiente para imponer sus decisiones a todas las personas que se encuentren en su territorio, es una afirmación de hecho que apenas necesita ser fundamentada. No se trata sencillamente de una apreciación subjetiva o de una opinión sin asideros, sino de la descripción de un hecho que se ex-

presa en toda su plenitud en cualquiera de las actividades que pueda realizar una persona en su vida cotidiana; ese poder se manifiesta en todas partes, ya sea a través del derecho formalmente dictado como de las actuaciones concretas de sus agentes, funcionarios y representantes.

La pregunta, por tanto, no se refiere a la existencia o no del poder inexorable del Estado, que es un hecho verificable, sino a otras cuestiones como su justificación, sus manifestaciones, las técnicas diseñadas para su ejercicio y las distinciones pertinentes en relación con las actitudes concretas de los sometidos a su poder de imperio, así como las reacciones que cabe esperar de los funcionarios públicos que ejercen las potestades inherentes el Estado, ante el cumplimiento o violación del contenido normativo de sus decisiones, bien sean de carácter general como las leyes, o particulares como los actos de la Administración pública o las sentencias de los tribunales de justicia.

He ahí, en principio, dos formas generales de manifestarse el poder del Estado: una a través de la legislación de carácter general, aplicable a todas las relaciones jurídicas que entran bajo su contenido y de obligatoria observación por todos los sujetos que posean o adquieran derechos u obligaciones al amparo de ellas, las que además disponen de diferentes formas de reacción ante su violación por parte de los destinatarios, como puede ser la aplicación de sanciones de diferentes tipos; la otra forma de manifestarse el poder del Estado es a través de la aplicación de las leyes generales a casos concretos, bien sea aplicando sanciones o regulando la forma de las relaciones jurídicas y los derechos y las obligaciones de las partes.

En este epígrafe interesa una de las formas concretas de manifestarse el poder del Estado, particularmente su función punitiva, que consiste en imponer sanciones a los sujetos que violen los mandatos, los permisos o las autorizaciones previstos en las leyes, lo cual es una consecuencia lógica de aquel poder que no solo impone obligaciones, pro-

hibiciones y concede permisos positivamente, sino que además puede sancionar a quienes infrinjan las normas vigentes.

Como regla general, a esa facultad estatal de imponer sanciones a los sujetos de derecho que no se ajusten a los mandatos legales se le denomina *poder punitivo*, el cual se hace efectivo a través de la aplicación de diferentes formas de sanción, en correspondencia con el tipo de violación concreta en que haya incurrido la persona, sus consecuencias y las determinaciones de la legislación vigente, puesto que su ejercicio está condicionado por la existencia de normas anteriores que tipifiquen las conductas y las sanciones aplicables.

El poder punitivo del Estado se manifiesta a través de la aplicación de dos tipos de sanciones: por un lado, las sanciones penales previstas para las violaciones más graves del ordenamiento jurídico, que prevé las sanciones más severas y, por otro, las sanciones administrativas aplicables a la violación de normas de orden jurídico-administrativo. Aunque las sanciones aplicables pueden ser de diversa índole, por lo general la expresión latina *ius puniendi* se refiere a la máxima expresión de ese poder, que se refiere a la sanción penal, aunque obviamente incluye las sanciones de tipo administrativo, que suelen expresarse bajo la expresión potestad sancionadora de la Administración pública. De cualquier manera, como afirma Parejo (2010), “no existe [...] diferencia de naturaleza entre el ilícito penal y la infracción administrativa” (pág. 676); en consecuencia, “desde el punto de vista del destinatario de cualquiera de los dos referidos poderes, lo esencial son las garantías, que aparecen definidas, como es lógico, por referencia al poder punitivo propiamente dicho, el penal-judicial, extendiéndose su aplicación –modulada y justificada en su aludida cualificación– a la potestad administrativa sancionadora” (pág. 681).

Por tanto, las dos formas básicas de sanción administrativa o penal pertenecen al *ius puniendi*, que puede ser definido como “la facultad que se le ha otorgado al Estado para imponer una pena o una medida

de seguridad y está integrado por un sistema de principios denominados limitativos al derecho de castigar, mediante los cuales se logra introducir una barrera, ante posibles arbitrariedades” (Medina, 2007, pág. 87).

Una forma de conceptualizar el *ius puniendi* es la que aportan Fanjul y Martos (2005), quienes incluyen dentro de esa expresión tanto al poder Legislativo como a los poderes Ejecutivo y Judicial en su función de aplicación de normas concretas de obligatorio cumplimiento; en ambas formas de expresión, el poder estatal se encuentra limitado por los principios establecidos en la Constitución.

Sobre la base de las ideas anteriores, expuestas en la doctrina penal, al *ius puniendi* se lo configura como parte de un Estado que ejerce sus funciones bajo el presupuesto de actuar como policía, ya que su accionar se realiza como consecuencia de la ocurrencia de hechos o conductas contrarias al orden jurídico establecido que causen daños a otras personas. De ello se deduce que la intervención estatal cuenta con una justificación legal, reacciona en la medida en que esté conferida esa facultad en el ordenamiento jurídico y con apego a los requisitos sustantivos y procesales para su actuación, cuidando siempre los límites impuestos por el respeto a los derechos de las personas, que también están por la ley.

Desde esa perspectiva, se puede apreciar al Estado como un ente regulador de las relaciones sociales a través del orden jurídico, el cual contiene los parámetros que estructuran la actuación de sus órganos, en función de asegurar la efectiva aplicación de lo dispuesto en las leyes o en las resoluciones particulares de los poderes públicos; asimismo, en el ordenamiento jurídico se establecen las relaciones concernientes a los poderes del Estado y sus esferas concretas de ejercicio, las autoridades facultadas para ejercer el *ius puniendi* y los principales límites que deben respetar.

El aspecto relacionado con la doctrina de la división de poderes del Estado debe ser adecuadamente analizado en este punto, por cuanto constituye uno de los elementos esenciales del Estado de derecho, sobre cuya base se han constituido tanto el derecho penal como el derecho administrativo modernos, y en virtud de ella es que tiene sentido analítico y práctico la existencia del poder ejecutivo como rector de la Administración pública y su potestad sancionadora. La importancia crucial de esa doctrina es evidente en los principales tratados de derecho administrativo del último siglo, donde por lo general se comienza por deslindar la diferente naturaleza entre los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial como productores y aplicadores de disposiciones jurídicas dentro del Estado.

En tal sentido, aunque los tres poderes en la doctrina clásica sobre la materia tienen naturaleza y funciones distintas, en el fondo comparten como nota común el hecho de ser un vehículo a través del cual el Estado ejerce su poder punitivo, bien sea al establecer leyes generales y sanciones para quienes actúen en contra de sus mandatos, o bien aplicándolas a casos concretos, incluso de manera coactiva, cuando suceden las referidas violaciones y se impone una reacción de los poderes públicos con la finalidad precautelar los derechos de los afectados y asegurar la vigencia del orden jurídico establecido.

Una cuestión importante son los límites de esa intervención estatal en las relaciones sociales, y hasta qué punto el ejercicio coactivo del poder público es legítimo en relación con los derechos individuales o colectivos de las personas; puesto que si bien tal poder es en principio inexorable e irresistible para los sujetos sometidos a sus mandatos, en el moderno Estado de derecho se ve limitado por la existencia del orden jurídico que se construye en torno a la Constitución, piedra angular de la organización política y referente obligatorio para la actuación de los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones, y para los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos.

Se trata, en síntesis, de un poder limitado y delimitado jurídicamente, donde el principio de referencia inmediata es el de legalidad, el mismo que obliga a todos los actores sociales y políticos, los poderes públicos y los ciudadanos, a actuar en el marco legal previamente definido, sujetándose a las leyes en sentido formal, pero también al derecho en sentido general, que incluye además de las disposiciones jurídicas, los principios generales del derecho, la jurisprudencia y el resto de las fuentes reconocidas en el ordenamiento jurídico.

La legalidad, por tanto, rebasa el marco tradicional de respeto a la ley para extenderse a todo el derecho y pasa a ser entendida en algunas obras de derecho administrativo como el principio de legalidad-juridicidad, con el que se hace referencia al sometimiento de la administración a la ley en sentido formal y al derecho en general, que incluye, además de la ley formal, cualquier otra disposición normativa, la jurisprudencia vinculante y los principios generales del derecho (Muñoz Machado, 2006).

En ese contexto se materializa adecuadamente el principio de imperio de la ley, delineado en la teoría política y jurídica moderna (Gascón Abellán, 1998), y se justifica la intervención del Estado en las relaciones sociales hasta el punto en que sea preciso para precautelar los derechos de las personas, asegurar el orden jurídico y la gobernabilidad, siempre en el marco del respeto a la legalidad-juridicidad y con estricto apego los derechos humanos y los principios que rigen la aplicación del derecho y las garantías diseñadas para su defensa en sede judicial o administrativa.

A partir de los presupuestos anteriores, se puede pasar al análisis de las formas concretas de ejercicio del *ius puniendi* en sede de aplicación del derecho, que puede ser a través de la determinación de sanciones por los tribunales de justicia o por la Administración pública, en uso de sus potestades legalmente conferidas, las que incluyen aspectos diversos de la vida social y son formas concretas de ejercer el poder punitivo del Estado.

## **1.2. Derechos humanos, derechos fundamentales, derechos constitucionales**

La expresión “derechos humanos” hay que tomarla con suma cautela, puesto que su significado puede variar notablemente dependiendo del hablante, del contexto, del discurso o del acto al que se refiere la expresión (Palombella, 1999). Es comúnmente aceptado que los derechos humanos han evolucionado significativamente en los últimos 300 años, desde los *derechos naturales* proclamados por el iusnaturalismo racionalista en el siglo XVII hasta su posición privilegiada en los textos constitucionales contemporáneos (Solís, 2012) y (Papacchini, 1998).

Las expresiones “derechos naturales” (Serrano, 2012), “derechos fundamentales” (Bernal, 2015) y “derechos constitucionales” (Bix, 2009) pueden entenderse, en principio, como manifestaciones concretas de la expresión genérica “derechos humanos”, sin embargo, cada una de ellas corresponde a un período histórico particular que no debe perderse de vista. Por esa razón, dichas expresiones permiten además entender su evolución e introducir matizaciones que ayudan a entender su relación potencialmente conflictiva con la justicia indígena.

Una sistematización sobre el uso de las expresiones “derechos humanos” y “derechos fundamentales” en la doctrina española, francesa, italiana y latinoamericana fue realizado por Gonzalo Aguilar Cavallo, quien niega la utilidad de la distinción porque “produce una serie de consecuencias en el orden interno de los Estados [...] que no se compatibilizan con la existencia de un orden jurídico plural al interior del Estado” y concluye que “la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos tiende a mermar el goce efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales” (Aguilar G., 2010).

La distinción es importante, y no solo en términos semánticos o históricos, puesto que de ella pueden colegirse también las diferencias en cuanto al punto de vista desde el que se analicen y su fundamentación. Así, derechos naturales hace referencia al origen o a la fuente de

donde se derivan los derechos, que sería la naturaleza humana, tienen un sustento *antropológico* ya que se basan en las cualidades de sus titulares, del hombre producto de la naturaleza, su carácter racional o de sujeto histórico.

*Derechos fundamentales* denota su importancia para la protección de la dignidad humana, y permite distinguirlos de otros derechos de menor jerarquía, se asientan en lo *político* y una relación de medio-fin, son fundamentales porque no dependen necesariamente de su reconocimiento por el Estado, en la medida en que pueden ser interpretados como un medio para garantizar la dignidad humana u otros valores.

*Derechos constitucionales* señala al lugar donde pueden ubicarse los mismos, con independencia de su origen, pero estrechamente relacionados con los derechos fundamentales, tienen un fundamento *positivista* en tanto son los reconocidos en la Constitución.

Menos clara parece la cuestión cuando de esas explicaciones teóricas se pretende extraer respuestas prácticas, en tanto no es lo mismo una definición gramatical de los derechos humanos, que responde a la pregunta ontológica acerca de su naturaleza, que una definición ostensiva que implica y presupone la respuesta anterior, ya que se dirige a identificar cuáles son los derechos de que se habla.

En todo caso, a los efectos del derecho penal y las garantías de la persona imputada, es importante delimitar los valores o principios en que se fundamentan los derechos humanos, pues de ellos depende la naturaleza de los bienes jurídicos que se protegen mediante las normas penales. A continuación, se inserta un texto de nuestra autoría sobre este punto.



### **1.3. Libertad, igualdad y solidaridad como fundamentos de los derechos humanos**

#### *Introducción*

La historia de los derechos humanos es, en gran medida, la historia de su fundamentación teórica. Efectivamente, no existe una cuestión tan discutida en la ciencia política, la filosofía del derecho o la ética, como la determinación del conjunto de ideas, valores o argumentos en virtud de los cuales los derechos humanos deban considerarse una exigencia frente al poder público o a terceras personas, y en consecuencia de ello deban ser dotados de reconocimiento jurídico y garantías legales, materiales o jurisdiccionales para hacerlos efectivos y asegurar su defensa ante eventuales violaciones.

En la historia de cualquiera de las ramas del conocimiento social mencionada se pueden encontrar diferentes argumentos para legitimar los derechos humanos frente al poder político, pues es éste precisamente el que con mayor gravedad puede afectar la esfera de atribuciones, facultades y competencias que se cubren bajo el manto de los derechos humanos. En general, se puede hablar de tres tipos de fundamentaciones distintas: una iusnaturalista (los derechos humanos tienen como fundamento las cualidades naturales de sus titulares, los seres humanos), una historicista (los derechos humanos son el resultado –se fundamentan– en las conquistas históricas de sus titulares frente al poder público y la sociedad excluyente) y una positivista (los derechos humanos solo existen –se fundamentan– cuando son reconocidos en el derecho positivo).

Existe abundancia de publicaciones sobre el tema: Bastida, Francisco, J. *et. al.* (2004), Marlasca López, Antonio (1998) y Saldaña, Javier (1999).

Sin embargo, cada uno de esos enfoques contienen dentro de sí un conjunto de elementos heterogéneos que difícilmente pueden ser reducidos a unidad, razón por la cual no son pocos los autores que de

entre esa diversidad de elementos seleccionan algunos pocos, e incluso solo uno, para construir a partir de ellos una teoría cuyo propósito es construir una fundamentación de los derechos humanos. Entre las ideas, criterios o valores más recurrentes para fundamentar los derechos humanos se encuentran la dignidad humana, la libertad de cada persona considerada individualmente en el contexto social, igualdad entre todos los seres humanos y últimamente la solidaridad.

Algunos autores asumen esos criterios o valores como excluyentes de los demás, o los integran en una construcción más compleja donde se complementan en un proceso de ampliación continua que iría desde la libertad, el valor o criterio inicial, hasta la dignidad como resultado del reconocimiento, respeto y protección de los derechos humanos; asimismo, en esas concepciones integristas suele incluirse la solidaridad como un valor que fundamenta un cierto tipo de derechos, en este caso los llamados de cuarta generación (Vidal, 1993).

La amplitud de los problemas que plantea la extensión y profundidad del tema de la fundamentación de los derechos humanos exige delimitar las pretensiones de un ensayo como el presente, donde el propósito principal es abordar tres aspectos puntuales: la insuficiencia de asumir un único valor o criterio como la dignidad, la igualdad, la libertad o la solidaridad, como fundamento exclusivo de los derechos humanos, lo que conduce consecuentemente a asumir una posición constructiva donde los referidos valores se integren en una fundamentación de dichos derechos, pues cada uno aporta diferentes ingredientes que, de excluirse, darían lugar a una fundamentación unilateral o incompleta.

Para alcanzar ese objetivo se ha hecho un estudio breve de autores que se consideran relevantes en cada caso, con el propósito de determinar sus ideas principales en cuanto a la fundamentación de los derechos humanos, el criterio o valor que asumen como principal en cada caso, y algunas de las objeciones más comunes que se les han dirigido.

### *Desarrollo*

Antes de entrar a considerar los autores que utilizan diferentes valores para fundamentar los derechos humanos, es conveniente referirse brevemente a aquellos que consideran que, o bien una fundamentación científica y objetiva es imposible, a otros que, si bien no discuten su posibilidad y necesidad teórica, la consideran innecesaria para los fines que se pretende alcanzar con los derechos humanos o los valores que se quieren realizar en la sociedad.

Entre los autores que consideran imposible una fundamentación científica, objetiva o lógica de los derechos humanos, que pueda tener valor para cualquier contexto o circunstancia se pueden mencionar a Hans Kelsen y Alf Ross, dos autores de singular importancia en la teoría del derecho y la ciencia política. La concepción de H. Kelsen al respecto debe extraerse a partir del análisis de su ensayo *¿Qué es la justicia?* (Kelsen, 1992), donde plantea su conocida tesis de la imposibilidad de un conocimiento racional y objetivo de lo que deba entenderse por justicia o por sociedad justa; su relativismo se manifiesta en cuanto considera que solo puede definir lo que es la justicia para sí, en un contexto particular, pero no la justicia como un valor universal ajeno a consideraciones subjetivas. Como no puede ser determinado qué es la justicia en abstracto, tampoco pueden serlo los fundamentos de los derechos humanos, más allá de la posibilidad de referirlos a un ordenamiento jurídico concreto.

La posición de A. Ross parte del mismo presupuesto de la imposibilidad lógica del conocimiento objetivo de los valores, pues en su concepción del derecho y la política se remite constantemente a la realidad y no a los valores subjetivos e inaccesibles al conocimiento científico. En su obra más conocida, *Sobre el derecho y la justicia* (Ross, 1998), plantea sus ideas fundamentales, donde considera que nada de lo que existe es justo en sí y por sí, y tampoco le es posible al intelecto llegar a su conocimiento; pero en el orden práctico lo que sea justo o injusto es materia contingente que remite al derecho vigente, entendido por tal

no el refrendado en las leyes sino el aplicado y vivido como tal por sus destinatarios.

En cualquier caso, tanto en H. Kelsen como en A. Ross el fundamento de los derechos humanos excede los límites de una ciencia racional, por lo que en todo caso su fundamento último remite al derecho positivo, a través del cual se reconocen los derechos y se le dotan de garantías y finalidades prácticas. Esa concepción, al decir de Gregorio Peces Barba, “vacía a los derechos de cualquier referente moral y los convierte en meros instrumentos del poder, lo que supone en realidad la desaparición de la fundamentación de los derechos fundamentales” (Peces-Barba, 2014).

Por nuestra parte consideramos que no se trata de que desaparece la fundamentación de los derechos humanos, sino de que ésta reside en el derecho positivo, que en gran medida puede considerarse como un instrumento político y, por tanto, los derechos humanos como parte o contenido de esa instrumentalización de los valores en que se sustentan aquellos.

Sobre la irrelevancia teórica o la falta de necesidad práctica de la fundamentación de los derechos humanos es particularmente señalada la posición de Norberto Bobbio, quien en una de sus obras expresó que “el problema de fondo relativo a los derechos del hombre no es, hoy, tanto el de justificarlos como el de protegerlos” (Bobbio, 1982, pág. 117). A diferencia de las interpretaciones que se han atribuido a esa expresión, según las cuales N. Bobbio considera innecesaria la fundamentación de los derechos humanos; nos interesa señalar que el autor se refería a un contexto particular (la Europa del momento en que escribió su obra citada), y desde una perspectiva de relevancia inmediata del tema.

En síntesis, consideramos que él no desdeña la necesidad de fundamentación de los derechos humanos, sino que le otorga una posición

secundaria respecto a la necesidad de reconocerlos, garantizarlos, dotarlos de mecanismos materiales y legales para su pleno ejercicio y hacerlos efectivos, pues para esa época (1982) en su mayoría ya se encontraban refrendados a nivel constitucional en Europa y gran parte de América Latina, así como universalmente instrumentos internacionales y regionales relativos a los derechos humanos.

### **1. *La dignidad como fundamento de los derechos humanos***

El primero de los criterios a considerar como posible fundamento exclusivo de los derechos humanos es la dignidad humana; una primera dificultad se presenta al momento de conceptualizarla, pues la historia del concepto demuestra que bajo la misma expresión se pueden incluir concepciones a veces contradictorias, pues ello depende del enfoque o la perspectiva que se asuma, así como de la finalidad intrínseca de la definición o la propia ideología de quien la realiza (Marín, 2007).

Ruiz Giménez realizó una sistematización de diferentes dimensiones desde la que puede ser analizada la dignidad humana como fundamento de los derechos humanos, misma que reseñamos de manera muy laxa respecto a las palabras del autor (Ruiz, 1996):

- Una dimensión religiosa, cuya tesis básica consiste en concebir al hombre como creado a la imagen y semejanza de Dios, de donde dimana su intrínseca dignidad que le viene como por reflejo de la voluntad o la razón divina según los casos.
- Una dimensión ontológica, misma que no remite a instancias suprasensibles o situadas por encima del hombre, sino que parten de su propio ser con independencia de influencias o determinantes externas, pues se lo considera como un ser dotado de conciencia, racionalidad, inteligencia y voluntad que lo distingue del resto de los entes no humanos que lo rodean, en orden de superioridad respecto a éstos.
- Una dimensión ética, pues a partir de ella se concibe al hombre como un ser con autonomía moral, capaz de distinguir el bien del mal desde un punto de vista valorativo y construirse o suje-

tarse a una escala de valores aplicable ante cualquier acción, conducta o pensamiento susceptible de valoración ética.

- Una dimensión social que sitúa al hombre en el centro de la sociedad y le asigna unos atributos individuales que lo hacen digno frente a sus congéneres, de donde se derivan entonces juicios de valor sobre su decoro, estima y adecuación a las pautas o reglas de conducta sociales que rigen su comportamiento y le adjudican un halo de dignidad a nivel individual y social.

Pues bien, la anterior sistematización, que no agota ni por mucho las diferentes perspectivas desde la que se puede analizar el concepto de dignidad humana, tanto en sí mismo como en relación con las personas en diferentes contextos, y particularmente en relación con sus derechos humanos, crea una fuerte reticencia en favor de la tesis de que la dignidad humana pueda constituir, por sí misma, un fundamento sólido para los derechos humanos.

Como afirma acertadamente Campoy (2004), el principal obstáculo para que la dignidad humana ocupe esa posición se debe al inconveniente de que la pregunta acerca de lo que sea la dignidad humana admite demasiadas respuestas, de ahí que el autor rechace la “idea de dignidad humana como fundamento último de los derechos fundamentales y se acepta como valor esencial el de la libertad” (pág. 143), pero de una concepción de la libertad bastante diferente a la del liberalismo político del siglo XIX.

Desde ese punto de partida, el autor considera que el mejor fundamento de los derechos humanos puede encontrarse en el objetivo último de cualquier colectividad humana, que no es otro que “conseguir que el mayor número de personas posible desarrolle al máximo posible el plan de vida que cada uno de ellos individualmente se haya dado” (Campoy, 2004, pág. 143), lo que no excluye la necesidad de agregar otros elementos de los que se hablará enseguida.

## *2. La libertad como fundamento de los derechos humanos*

Una vez rechazada la idea de dignidad humana como fundamento exclusivo y excluyente de los derechos humanos, es preciso analizar algunos de los valores que en las publicaciones especializadas sobre el tema se le atribuye esa posición, comenzando por la libertad individual. Qué deba entenderse por libertad y en qué sentido ésta pueda constituir un fundamento autosuficiente para los derechos humanos es objeto de profundo debate por parte de los especialistas en el tema, tanto los antiguos como los modernos, aunque por razones de espacio solo haremos referencia a estos últimos.

Al respecto, la distinción más famosa en torno a la libertad es la formulada en el siglo XIX por Benjamín Constant expuesta en su discurso *La libertad de los antiguos comparada con la libertad de los modernos* (Constant, 1995), pronunciado en el Ateneo de París en 1819. Según el autor, existen profundas diferencias entre ambas formas de libertad; bajo la idea de libertad de los modernos describe una sociedad donde se materializan los siguientes derechos:

- Derecho a no estar sometido sino a las leyes, de no poder ser detenido, ni condenado a muerte, ni maltratado de ningún modo, por el efecto de la voluntad arbitraria de uno o varios individuos; derecho de dar su opinión, de escoger su industria y de ejercerla; de disponer de su propiedad, de abusar de ella incluso; de ir y venir, sin requerir permiso y sin dar cuenta de sus motivos o de sus gestiones.
- Derecho de reunirse con otros individuos, sea para dialogar sobre sus intereses, sea para profesar el culto que él y sus asociados prefieren, sea simplemente para colmar sus días y sus horas de un modo más conforme a sus inclinaciones, a sus fantasías.
- Derecho, de cada uno, de influir sobre la administración del gobierno, sea por el nombramiento de todos o de algunos funcionarios, sea a través de representaciones, peticiones, demandas que la autoridad está más o menos obligada a tomar en consideración.

- Esa libertad de los modernos contrasta con la que llama la libertad de los antiguos, misma que consistía en:
- Ejercer colectiva, pero directamente, varios aspectos incluidos en la soberanía: deliberar en la plaza pública sobre la guerra y la paz, celebrar alianzas con los extranjeros, votar las leyes, pronunciar sentencias, controlar la gestión de los magistrados, hacerles comparecer delante de todo el pueblo, acusarles, condenarles o absolverles; al mismo tiempo que los antiguos llamaban libertad a todo esto, admitían además como compatible con esta libertad colectiva, la sujeción completa del individuo a la autoridad del conjunto.
- Todas las acciones privadas estaban sometidas a una severa vigilancia. Nada se abandonaba a la independencia individual, ni en relación con las opiniones, ni con la industria ni, sobre todo, en relación con la religión.
- La facultad de escoger el culto, facultad que observamos como uno de nuestros más preciosos derechos, habría parecido a los antiguos un crimen y un sacrilegio. En las cosas que nos parecen más fútiles, la autoridad del cuerpo social se interponía y se entorpecía la voluntad de los individuos.

Las diferencias son tan grandes que pudiera decirse que la libertad de los antiguos es una completa negación de los actuales derechos humanos, mientras la libertad de los modernos puede ser entendida como su auténtico fundamento, aunque con importantes correcciones provenientes de diferentes sistemas de pensamiento desarrollados con posterioridad al discurso de B. Constant, y que G. Peces Barba resume adecuadamente: “el modelo integral de derechos humanos, que rechaza los reduccionismos, supone aceptar una moralidad de la libertad y de la igualdad que se va formando en la historia del mundo moderno, con aportaciones liberales, democráticas y socialistas, que se pueden ordenar en un modelo racional, aunque partiendo de su ineludible dimensión histórica” (Peces-Barba, 2014, pág. 57).

Sin embargo, frente a esa consideración inicial de la libertad como fundamento de los derechos humanos que rechaza cualquier tipo de reduccionismos deben considerarse otras que reducen los derechos humanos a los derechos individuales, de donde resulta que el único fundamento que reconocen para éstos es precisamente la libertad individual. Ya nos referimos con anterioridad a autores que rechazan la idea de cualquier fundamento moral justificatorio de los derechos humanos, y los reducen a su reconocimiento por el derecho vigente, único criterio para identificar qué derechos tiene una persona, pues más allá de ello está el reino de lo subjetivo inaccesible para la ciencia racional.

Otros autores, en cambio, consideran que el único fundamento posible para los derechos humanos es la libertad, único derecho considerado innato por los autores iusnaturalistas; para R. Nozick, ese sería el fundamento único de los derechos humanos, aunque desprovisto del halo iusnaturalista de los autores del siglo XVII; como señala R. Gargarella, R. Nozick defiende una teoría de la justicia deontológica, ya que “afirma la existencia de ciertos derechos básicos inviolables y que, como tal, rechaza la posibilidad de que los derechos de algún particular resulten violentados en favor del mayor bienestar de otros” (Gargarella, 1999, pág. 46).

Esos derechos básicos tienen como fundamento la libertad individual, con relación a los cuales está prohibida toda intervención del Estado, sobre todo cuando la intención es aplicar reglas de distribución que supongan interferencias ilegítimas en la libertad de unos en favor de los otros; cualquier intervención de esa naturaleza es contraria a la libertad, pues como afirma el autor, en palabras de R. Gargarella, “la libertad quiebra cualquier pauta igualitaria. Si se permite que afloren las diferencias que distinguen a las personas, ninguna pauta va a ser capaz de mantenerse” (Gargarella, 1999, pág. 54). Dicho de otra manera, cualquier intervención con pretensiones igualitarias sería contraria a la libertad y, por ende, a los derechos humanos.

En resumen, para R. Nozick, defensor a ultranza de la libertad como único fundamento de los derechos humanos, tales derechos tendrían tres características básicas: son negativos (derecho a que otros no me dañen o no interfieran en el ejercicio de mis derechos), actúan como restricciones laterales (la esfera de mis derechos debe resultar inviolable frente a las pretensiones de los demás) y son exhaustivos (vencen frente a cualquier otra consideración moral). Como puede apreciarse, la libertad se define de manera negativa, pues excluye cualquier tipo de pretensión igualitaria que pueda afectar los derechos individuales. De lo dicho hasta aquí se puede extraer como idea central que la libertad constituye un fundamento esencial de los derechos humanos, pero que no debe entenderse como el único, pues esa intelección sería contraria al desarrollo histórico de los derechos humanos y sus sucesivas ampliaciones tanto en alcance y contenido como en cuanto a sus titulares. Efectivamente, mientras los derechos humanos que se fundan en la libertad tenían como titulares a las personas individualmente consideradas, los que se fundan en la igualdad los consideran en relación con los demás, o más bien en interacción, necesitándose unos de otros.

Esa diferente fundamentación ha dado lugar a una distinción de los derechos humanos en generaciones, aporte de indudable valor académico que se debe a Karel Vasak (1977). Según el autor, a quien citamos libremente en esta exposición, la trayectoria de los derechos humanos desde sus inicios hasta la época en que escribió su ensayo puede dividirse en tres generaciones:

- Primera generación: derechos civiles y políticos (propiedad, libertad individual, libertad de movimiento, de empresa) que exigían una actitud abstencionista por parte del Estado, que debía limitarse a garantizar las condiciones en que debe desarrollarse la libertad de cada uno. En consecuencia, su fundamento último es la libertad individual.
- Segunda generación: derechos económicos, sociales y culturales (salud, trabajo, educación, cultura, vivienda, seguridad

social); a diferencia de los anteriores, estos derechos exigen una intervención activa del Estado, pues las condiciones que se requieren para su pleno ejercicio demandan de recursos materiales y acciones de redistribución que serían imposibles sin la intervención de los poderes públicos. Su fundamento sería la igualdad.

- Tercera generación: derechos de solidaridad (derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, a la libertad sexual y reproductiva, a la identidad de género). Como su nombre lo indica son derechos cuyo contenido es considerablemente difuso, sus titulares son las personas sin considerar nacionalidad o lugar donde se encuentren, pues de no cumplirse las exigencias que plantean las afectaciones de tales derechos pueden tener consecuencias sobre la humanidad en general o gran parte de ella. En consecuencia, exigen la activa intervención de los Estados coordinadamente y la comunidad internacional para hacerlos efectivos, o por lo menos garantizar su plena vigencia.

De lo expuesto se puede colegir que considerados aisladamente los valores como la libertad, la igualdad o la solidaridad solo sirven para fundamentar categorías particulares de derechos, y para excluir a los que no cumplan los requisitos preestablecidos para identificarlos como tales derechos; por tal motivo, una adecuada fundamentación de los derechos humanos debe adoptar una perspectiva integradora, bajo la cual deben incluirse los valores cuya realización debe conseguirse a través del reconocimiento, respeto y protección de los derechos humanos, valores que no son otros que la libertad, la igualdad y la solidaridad vistos en un contexto social donde el objetivo esencial sea alcanzar una vida humana digna, entendida como tal “la vida conforme a lo que cada persona considere que constituye su propia dignidad como ser humano [...] reconocer, respetar y proteger que la persona pueda desarrollar sus propios planes de vida” (Campoy, 2004, pág. 147).

Esa concepción de los derechos humanos como asociada a diferentes generaciones ha sido criticada desde diferentes puntos de vista. Al margen del valor pedagógico y hasta propagandístico de la clasificación de los derechos humanos en generaciones, y aun considerando que puede constituir una forma valiosa de agrupar a los derechos de acuerdo con ciertas variables relacionadas con su aparición, desarrollo o contenidos, diversos son los autores que, en diferentes épocas, han planteado serias objeciones a la idea inicialmente delineada por Karel Vasak.

Una de las críticas más incisivas a la clasificación de los derechos humanos según su generación fue la realizada por Alessandro Pizzorusso (2002). Según su opinión:

Si la distinción entre los primeros y los segundos aparece potencialmente utilizable gracias a unas diferencias de carácter, en esencia ciertas, que deben necesariamente ser las de carácter jurídico, resulta mucho más arduo el empleo como categoría jurídica de los derechos de tercera generación, habida cuenta de que no se contraponen de modo claro y unívoco a los de las otras dos categorías (p. 305).

Añade el autor, a manera de crítica a la referida clasificación, “que la distinción de las generaciones de derechos (o de los documentos en que se proclama la defensa de éstos) no presenta un carácter lo suficientemente preciso para poder ser utilizada como una noción jurídica, ni en el plano legislativo, ni en el de la interpretación sistemática; sea en el ámbito doctrinal, jurisprudencial o cualquier otro” (p. 306).

En resumen, según Alessandro Pizzorusso, la clasificación solo es permisible si se aplica a los derechos de la primera y segunda generaciones, los cuales, de acuerdo con los criterios de clasificación, resultan conmensurables entre sí, es decir, pueden ser distinguidos unos de otros, con la utilización de los mismos parámetros, sin que un mismo

derecho pueda ser encasillado, a la vez, en dos generaciones, o que algún derecho no sea posible incluirlo en ninguna de las dos.

Pero, en cambio, no resulta pertinente si se incluyen en la comparación los derechos de la tercera generación, porque tal es su divergencia con las dos primeras, que resultan inconmensurables entre sí, de ahí que sea posible concluir que la división de los derechos humanos en generaciones tiene una capacidad analítica limitada, a los que se incluyen en las dos primeras generaciones, mientras que su aplicación es problemática para los de tercera o sucesivas generaciones.

Las objeciones no solo se aplican a las generaciones de derechos en tanto categoría pretendidamente analítica, sino que se extienden a su posible uso en el plano legislativo o jurisprudencial, lo que, en definitiva, condujo al autor a proponer su eliminación en favor de métodos más exhaustivos, como sería retomar el principio de la “indivisibilidad de los derechos fundamentales (y, en particular, de los derechos «civiles» y de los derechos «sociales») y el principio de la necesaria justiciabilidad de los derechos fundamentales, cualquiera que sea su contenido” (Pizzorusso, 2002, pág. 307).

También, por el camino de las críticas a la división de los derechos humanos en generaciones, avanzó el jurista argentino Eduardo Rabossi, quien considera que esa distinción se ha convertido en un cliché sin ninguna utilidad para el estudio analítico de los derechos humanos; la primera objeción apunta a que, si se tomara literalmente la idea de generaciones de derechos, habría que asumir que la aparición de una implica necesariamente la desaparición de la anterior. De acuerdo con esa objeción, “la tesis de Vasak es falsa” (Rabossi, 1998, pág. 45).

La segunda crítica de Eduardo Rabossi señala que “la tesis de Vasak solo toma en cuenta el reconocimiento de los derechos en las constituciones nacionales, a las que atribuye un enigmático valor universal, extranacional [...] La omisión es seria porque pasa por alto la falta de

simetría que existe entre lo acaecido en uno y otro nivel” (Rabossi, 1998, pág. 49).

Además de las impugnaciones anteriores, asegura que “la consecuencia más dañina de la tesis de las generaciones de derechos humanos es que implica y/o brinda un argumento a quienes sostienen que, entre los derechos humanos civiles y políticos, y los derechos humanos económicos, sociales y culturales, existe una diferencia categorial de fondo, una distinción esencial” (Rabossi, 1998, pág. 49). El daño que puede provocar la asunción de la tesis radica en que “las obligaciones de los Estados de respetar los derechos humanos son distintas [...] en el caso de los derechos civiles y políticos, los Estados tienen que respetar y garantizar la vigencia; en los derechos económicos, sociales y culturales solo se comprometen a adoptar medidas progresivas y hasta el máximo de los recursos disponibles”. (Rabossi, 1998, pág. 49) Las críticas de Eduardo Rabossi apuntan en dos sentidos distintos, aunque muy relacionados entre sí: por un lado, niegan que el criterio de evolución de los derechos en generaciones sucesivas se corresponda efectivamente con el proceso de desarrollo de los derechos humanos pues, entre otras cosas, solo tiene en cuenta algunas constituciones convenientemente seleccionadas para hacer sustentable la tesis, mientras desecha otras que no se acomodan a la teoría.

Asimismo, señala que los efectos de la división resultan perversos con respecto a la responsabilidad del Estado en cuanto a la satisfacción de las exigencias que plantean sus titulares, ya que los de la primera generación solo exigirían una cómoda posición abstencionista de aquel, mientras que los derechos de la segunda generación dependen, para su satisfacción, de acciones que debe realizar el Estado, sin tener en cuenta necesariamente los resultados concretos.

Por su lado, González (2018) resume las principales críticas a la tradicional clasificación en cuatro aspectos esenciales, al señalar que:

[...] el propio derecho fundamental a la vida pertenece a todas las generaciones y es civil, político, económico, social, cultural, prácticamente universal, como lo es la libertad y sus diferentes expresiones; que no tiene precisión histórica del surgimiento de los derechos de cada una de sus generaciones; que la visión generacional implica el surgimiento de una generación y la extinción de otra, porque está referida a la vida de un período y esta llega en un momento a extinguirse [...] [y, por último, que la clasificación es] propensa a la atomización de derechos y padece vacíos (p. 2).

De esta forma, los primeros derechos serían conocidos como derechos civiles y políticos o derechos de abstención, o de defensa de las libertades del individuo, los cuales exigen la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera de la vida privada. En tal sentido, “los derechos de la «primera generación» (o de los textos que los enuncian) están orientados sobre todo a la tutela de las libertades clásicas; éstas se dirigen, por un lado, a impedir intromisiones injustificadas en la persona como ser moral y en su esfera privada y, por otro, a permitir la formación autónoma de las propias decisiones y la manifestación del pensamiento individual” (Pizzorusso, 2002, pág. 295).

A ellos les sucedió una nueva generación, los derechos económicos, sociales y culturales, también denominados derechos prestacionales, pues requieren de una política activa de los poderes públicos, encaminados a garantizar su ejercicio, por lo que su goce real y efectivo se materializa mediante las técnicas de las prestaciones y los servicios públicos.

*3. Fundamento último de los derechos humanos*

Ésta es la última parte de la exposición, donde la convergencia de los valores de libertad, igualdad y solidaridad se presentan como un fundamento adecuado para los derechos humanos; ello exige, sin embargo, hacer algunas consideraciones puntuales respecto de cada uno de ellos, pues existen diferentes formas de entenderlos, y no todas son compatibles con una construcción articulada y propositiva de los derechos humanos.

Esquemáticamente podría decirse que no es posible la libertad si todas las personas no pueden gozar de ella, en el entendido de que un despliegue adecuado de la libertad individual requiere ciertos presupuestos que la hagan viable, pues de lo contrario sería una libertad meramente formal o declarada, pero no real. De ahí que sea preciso distinguir entre la igualdad formal (igualdad ante la ley) y la igualdad material (igualdad en la ley o en la aplicación de la ley).

La diferencia es importante desde el momento en que la primera considera a todas las personas en abstracto y situadas en un mismo punto de partida, mientras la segunda considera a las personas individualmente en sus circunstancias, características y limitaciones, lo que en ocasiones hace legítimo dar un trato desigual desde el punto de vista formal para realizar la igualdad material.

Como principio, debe señalarse que la libertad es el fundamento de aquellos derechos cuya realización no requiere la intervención de los poderes públicos en materia de redistribución de las riquezas o beneficios, al tiempo que sí lo es de aquellos derechos humanos donde una abstención del Estado puede ser un obstáculo para su cumplimiento; de esa manera se crea una convergencia entre libertad individual y posibilidades de hacerla efectiva; pues una cosa es postular la libertad de escoger profesión, por ejemplo, y otra es la existencia real de opciones entre las que se pueda escoger con libertad. En consecuencia, la libertad sin igualdad no es suficiente para fundamentar los derechos humanos, como tampoco lo es la igualdad sin libertad.

En ese contexto son pertinentes las palabras de C. Rosselli cuando, refiriéndose a la libertad, afirma que: “la mayor parte de los hombres no está en condición de apreciar su significado y de servirse de ella de una manera concreta. La libertad es una fantasía y no existe para el individuo cuando no se acompaña y no es sostenida por un mínimo de autonomía económica” (Roselli, 1991, págs. 80-81); esa autonomía económica la entendemos como la existencia de condiciones materiales y legales que permitan el despliegue de la libertad, mismas que deben tener como fundamento la igualdad material.

En la misma línea de esa argumentación se sitúa I. Campoy (2004) en diversos pasajes de su estudio citado; por ejemplo, cuando plantea que “existe una igualdad entre todas las personas para que se les reconozca, respete y proteja el diseño de sus planes de vida y las actividades que quieran realizar para su efectiva consecución” (Campoy, 2004, pág. 151); esa igualdad, continúa el autor, “ha de implicar que, en principio, todos los planes de vida son igualmente valiosos y que, por consiguiente, un plan de vida no puede realizarse a costa de impedir o dañar la consecución de otro plan de vida” (Campoy, 2004, pág. 152).

Como corolario, es preciso señalar que en esa concepción se postula, como fundamento de los derechos humanos, un equilibrio entre la libertad y la igualdad: libertad para realizar cada quien su propio plan de vida; igualdad para acceder a las condiciones materiales, legales e institucionales que lo hagan posible. En palabras de I. Campoy Cervera, la igualdad de oportunidades supone que “el mayor número de personas tengan garantizadas la satisfacción de sus necesidades básicas de manera que estén en condiciones de poder desarrollar sus propios planes de vida” (Campoy, 2004, pág. 154).

Un lugar importante ocupa en esa ecuación la solidaridad, entendida desde el trabajo citado de K. Vasak como fundamento de los derechos de tercera generación; existen por supuesto diferentes formas de en-

tender la solidaridad en relación con los derechos humanos, algunas de las cuales pueden incluso excluir valores como la libertad y la igualdad; para nuestro propósito es conveniente adoptar algunas de las ideas principales desarrolladas por M. E. Rodríguez Palop, quien señala que la solidaridad es el fundamento de los derechos de cuarta generación [de tercera generación, en el caso de K. Vasak] porque éstos “revelan la existencia de riesgos y problemas de carácter planetario, se orientan a la protección de intereses colectivos y a la satisfacción de necesidades generalizables” (Rodríguez M. , 2011, pág. 157).

Esa solidaridad tiene al menos dos características principales, de acuerdo al análisis realizado en el trabajo de referencia: a) Es un tipo de solidaridad que “excluye la idea de un `yo´ unitario y aislado de su comunidad, incapaz de asumir la perspectiva de la universalidad [...] [es un tipo de solidaridad] que estimula la formación de una comunidad nueva” (Rodríguez M., 2011, pág. 158). b) La solidaridad es “interpretada como un valor y un principio que no renuncia al individualismo, pero que facilita el consenso y la convivencia, la solidaridad viene a destacar nuestra universal capacidad de diálogo, así como la comprensión y aceptación de la diferencia, facilitando la participación en las decisiones a todos los afectados por ella” (Rodríguez M., 2011, pág. 159).

Como resumen de lo expuesto se puede señalar que el fundamento ideal de los derechos humanos sería el punto de convergencia entre la libertad, la igualdad y la solidaridad como valores esenciales de la vida individual y social cuya realización puede contribuir de una manera decisiva a la realización del plan de vida personal de cada uno en un contexto social con amplios márgenes de libertad, con una situación material, legal e institucional que asegure la igualdad y la no discriminación en un contexto general de solidaridad, valor éste que, a diferencia de los anteriores, “mira más a la colectividad” (Campoy, 2004, pág. 151).

### *Conclusiones*

Luego de desarrollado el tema escogido para presentar el “Trabajo final del ciclo de profundización”, corresponde sintetizar los principales resultados obtenidos, los que se expresan en las siguientes conclusiones.

1. La fundamentación de los derechos humanos constituye un problema capital de la ciencia política, la filosofía del derecho y la ética, en cada uno de esos saberes se ha ido construyendo un acervo de conocimientos que apuntan a valores o principios básicos como la dignidad humana, la libertad individual, la igualdad o una combinación de todos ellos, lo que hace más complejo un estudio sobre la naturaleza y alcance de cada uno de esos principios.
2. En cada uno de los principios que se desarrollan como fundamentación de los derechos humanos existen dificultades a las que se debe dar una respuesta adecuada desde el punto de vista filosófico y práctico. Así, para considerar la dignidad humana como fundamento de los derechos humanos sería preciso fijar el contenido de ésta, pero a lo largo de la historia se han considerado diferentes significados de esa dignidad, por lo que no puede ser admitida como fundamento último de los derechos humanos, una categoría históricamente condicionada.
3. Por lo que se refiere a la libertad como fundamento de los derechos humanos, debe tenerse en cuenta que sus límites se han ido ampliando considerablemente a lo largo de la historia, y si bien constituye una idea cardinal para el ejercicio efectivo de los derechos humanos, no es posible entenderla como fundamento exclusivo de aquellos, porque otros valores como la igualdad, la equidad la justicia se ven afectados cuando la libertad no es sujeta a límites, y su ejercicio se relaciona con las condiciones materiales necesarias para su despliegue a nivel social.
4. En consecuencia, la mejor fundamentación de los derechos humanos es el punto de convergencia entre la libertad, la igualdad y la solidaridad como valores esenciales de la vida individual y

social cuya realización puede contribuir de una manera decisiva a la realización del plan de vida personal de cada uno en un contexto social con amplios márgenes de libertad, con una situación material, legal e institucional que asegure la igualdad y la no discriminación en un contexto general de solidaridad. Por tanto, no es posible fundamentar los derechos humanos en un único valor y principio, sino que es necesaria una ponderación entre varios de ellos para satisfacer las exigencias que se derivan de tales derechos en el orden social e individual.

### **1.4. Justiciabilidad de los derechos en el ámbito penal**

Conviene advertir que la categorización de ciertos derechos como sociales puede suscitar malentendidos, ya que los derechos normalmente englobados bajo la denominación de derechos sociales son heterogéneos (Casal, 2015). Algunos de esos derechos se perfilan como derechos de libertad (la libertad sindical o el derecho a la huelga), mientras que otros son predominantemente prestacionales (derecho al salario o a la salud e higiene del trabajo).

Dentro de los segundos se encuentran algunos que obligan al Estado a adoptar medidas positivas para el acceso de las personas a servicios o bienes que puede estar en el deber de prestar o proveer (el derecho a la salud); mientras que otros se refieren a garantías jurídicas que deben establecerse para que otros particulares satisfagan la pretensión del titular del derecho (como sucede frecuentemente con los derechos de naturaleza laboral). También hay derechos típicamente multidimensionales, como el derecho a la educación.

Con esta salvedad, puede entrarse en la consideración de la contraposición que a veces se ha planteado, desde el punto de vista estructural, entre los derechos sociales y los de libertad, o entre los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos. Los estudios adelantados sobre esta cuestión han puesto de manifiesto la relatividad de esta distinción y lo erróneo de tal contraposición, la cual

ha quedado reducida a la identificación de ciertos acentos o énfasis en la virtualidad o eficacia jurídica de los derechos (Curtis, 2006).

De ahí la utilidad del reconocimiento de las distintas dimensiones, funciones o facetas de los derechos fundamentales, que rebasan los compartimientos en los que se ha pretendido distribuirlos, lo que no excluye una clasificación general de los derechos que tenga en cuenta los aspectos estructurales o funcionales preponderantes.

El análisis de la estructura normativa de los derechos sociales ha ayudado a comprender mejor la configuración de los derechos en general, y ha permitido visualizar con mayor agudeza los elementos y problemas comunes a todos ellos. No puede afirmarse que las dificultades relacionadas con la operatividad jurídica de derechos que se traducen en obligaciones de carácter prestacional sean exclusivas de los derechos sociales.

Está claro que de derechos clásicos de libertad emanan cargas prestacionales para el Estado, como ha quedado evidenciado en los sistemas que han eludido la consagración expresa de derechos sociales o han querido dar a éstos un tratamiento marginal o secundario desde la óptica de su garantía jurídico-institucional, pero que han terminado admitiendo la plena eficacia, incluso subjetiva, de importantes contenidos prestacionales del derecho a la vida o de la dignidad humana. De igual forma, de los derechos principalmente prestacionales nacen obligaciones de respeto o abstención semejantes a las de los derechos de libertad típicos.

El marcado contraste tradicional entre los derechos de libertad y los derechos sociales parecía confundir la diferencia entre la idea original principalmente inspiradora de cada grupo de derechos y la estructura y operatividad jurídica de cada uno. Ello porque, ciertamente, los clásicos derechos de libertad, emparentados con el individualismo y el racionalismo filosófico de los siglos XVII y XVIII, respondían a un modelo

de persona, de sociedad y de Estado muy distinto del que vio nacer a los derechos sociales.

Sin embargo, la diferencia no radicaba tanto en la estructura de los derechos, aunque tuviera en ella una manifestación apreciable, cuanto en la concepción dominante sobre lo estatal y lo individual; lo público y lo privado. Uno de los derechos liberales más importantes en esa etapa gestacional de los derechos del ser humano era el derecho a la seguridad en el disfrute de la vida y de los propios bienes, el cual tenía obviamente una dimensión fundamentalmente prestacional en sentido amplio, la cual quedaba un tanto oscurecida por los principios sustantivos en los que ese derecho se sustentaba, referidos a la libertad y seguridad en el disfrute de los bienes que cada cual pudiera cobijar bajo el derecho de propiedad.

En cambio, los derechos sociales surgieron de la mano de las preocupaciones por la cuestión social y la explotación de los trabajadores en el contexto de la industrialización, lo cual explica que dentro de esta oleada de los derechos se encuentre la libertad sindical o el derecho de huelga, estructuralmente afines a los derechos de libertad.

Lo cierto es que el enriquecimiento o acumulación conceptual ocasionado por esta segunda oleada de los derechos inherentes al ser humano abrazó a los propios derechos liberales, cuyas dimensiones prestacionales afloraron o adquirieron una significación distinta en la nueva realidad y en la nueva concepción, vinculada a la noción del Estado social de derecho o del constitucionalismo social, en donde sigue presente la exigencia primordial de autonomía individual y de libertades fundamentales, pero esta se encuentra imbricada con la consideración de las condiciones materiales de vida. Las tensiones ínsitas a este entrecruzamiento son diversas y hallan también un reflejo en el campo de los derechos.

Admitida la relatividad de la distinción estructural, la discusión sobre la fuerza jurídica de ciertos derechos sociales se centra en precisar la operatividad y, en particular, los términos de la justiciabilidad de los derechos prestacionales o de las facetas prestacionales de los derechos. Interesa señalar que en este punto convergen muchas de las dificultades o reservas antes formuladas en un plano más abstracto y definitorio, que aquí se plantean de esta forma: si se reconoce un derecho social de manera genérica o indeterminada, será muy difícil articular, con base en el mismo, demandas o pretensiones ante los tribunales, a menos que se haya producido un desarrollo legislativo que dote a ese derecho de contenido concreto.

Los estudios doctrinales han dejado atrás la dicotomía de todo o nada en relación con la justiciabilidad. En particular, es indudable que puede acudir a mecanismos judiciales de defensa de la Constitución para controlar leyes que impidan el disfrute de derechos sociales genéricamente formulados, que desmonten injustificadamente niveles de protección alcanzados, o que puedan considerarse claramente insuficientes desde la perspectiva constitucional (Curtis, 2006).

También cabe activar instrumentos procesales dirigidos a tutelar judicialmente derechos sociales que han sido objeto de regulación legal, con el propósito de asegurar la observancia de la normativa dictada, o de evitar vulneraciones del derecho a la igualdad. El problema comienza cuando el legislador no ha actuado en modo alguno, pero existen o surgen situaciones en las cuales se desconoce un derecho de tipo prestacional. O, cuando existiendo la ley, se demanda ante el juez algo más o algo distinto de lo que la ley otorga.

La tendencia de varios ordenamientos latinoamericanos consiste en permitir la intervención judicial aun a falta de ley o más allá de lo dispuesto en ésta o en las normas infralegales de desarrollo, dadas ciertas condiciones de necesidad o urgencia, o de severidad de la afecta-

ción, no siempre explicitadas ni precisadas en las normas jurídicas que configuran esos derechos.

En otros sistemas jurídicos se ha impuesto la tendencia de ejercer control de constitucionalidad sobre las leyes, tomando como parámetro facetas prestacionales de los derechos fundamentales ligadas a la protección de la dignidad humana y a otros derechos fundamentales, cuyo reconocimiento manifiestamente insuficiente puede sustentar la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley, junto con los correspondientes mandatos al legislador relativos a la revisión de las prestaciones inicialmente acordadas.

También se admite la extensión, incluso mediante sentencia, de beneficios o prestaciones a sectores indebidamente excluidos, a veces de manera tácita, del ámbito de aplicación de una ley, con base en la vulneración del derecho a la igualdad, en conexión con el postulado del Estado social o con la dimensión prestacional de derechos de libertad. En estos sistemas, en cambio, existe resistencia a la aceptación de pretensiones subjetivas invocables directamente ante los jueces, en ausencia de ley o al margen de ella, con apoyo en derechos originarios a prestaciones que se deducen del texto constitucional; en todo caso se admiten vías de judicialización que aseguran una tutela jurisdiccional de derechos prestacionales, como se verá (Figueroa R., 2009).

Éste es un terreno donde el derecho internacional de los derechos humanos tiene igualmente algo que decir, pues los tratados vigentes sobre la materia imponen obligaciones que pueden comprender la necesaria justiciabilidad de tales derechos o de algunos de sus contenidos.

Ello apunta nuevamente en la dirección de relativizar, ahora desde la óptica de la operatividad jurídica y la justiciabilidad, la distinción entre los derechos sociales de carácter prestacional y los derechos civiles y políticos de carácter abstencionista. Esto resulta confirmado por el

citado Comité cuando asevera con claridad meridiana, en la misma Observación General No. 3 de 1990 que “en lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo que se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario” (ONU, 1990, pág. 2).

En ocasiones se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles.

La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes.

También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad. Por tanto, una dicotomía entre derechos de libertad y derechos sociales que relegue globalmente a los segundos al campo de la apreciación y decisión discrecional de los órganos político-legislativos no sería compatible con las obligaciones internacionales de los Estados parte.

Lo explicado en este epígrafe demuestra que no todos los derechos humanos o fundamentales son susceptibles de protección en la vía penal, pues en virtud del principio de mínima intervención penal el Estado solo interviene con mecanismos represivos cuando las demás normas de carácter civil o administrativo no son suficientes para una adecuada

protección de los bienes jurídicos valiosos. En el estudio del principio de mínima intervención penal (epígrafe 1.6) se volverá sobre este punto.

### **1.5. Principios constitucionales del derecho penal**

Se entiende por “principios constitucionales del derecho penal” al conjunto de garantías, derechos e ideas fundamentales que rigen las actuaciones de quienes participan o toman parte en un proceso penal. Estos principios constituyen un límite al poder punitivo o sancionador del Estado (Bacigalupo, 1999).

Una característica fundamental y básica para conocer el tipo de Estado, es el del alcance de su poder punitivo. Entonces, podemos afirmar que un Estado con un poder punitivo ilimitado será un Estado autoritario; mientras que un Estado con un poder punitivo limitado será un Estado en donde primen principios en pro de las personas y, por lo tanto, estaremos frente a un Estado de derecho. Los principios del derecho penal son de origen político y jurídico; son de origen político aquellos que se plasman en la Constitución de la República y, de origen jurídico, aquellos principios derivados de la ley.

#### *Principio de la acción u omisión*

La exigencia de la acción u omisión humana como antecedente para la aplicación de una pena constituye el pilar fundamental del denominado derecho penal de acto que pretende regular conductas y prevé sanciones para el incumplimiento de los cuerpos normativos. En el “derecho penal de acto”, no son objeto de sanción la personalidad de determinado individuo, sus ideas ni sus características, puesto que se respeta la libertad y la diferencia de todos. Solo la acción y nada más que ella puede ser desvalorizada por el derecho y, consecuentemente, merecedora de una reacción punitiva.

Se contraponen al derecho penal de autor el llamado “derecho penal de autor”, en el cual se sanciona a modo de prevención, la peligrosidad que puede presentar para la sociedad un individuo; así, el sujeto peligroso debe ser alcanzado por la ley para evitar que cometa un delito. El sentido político del principio de la acción es negar el derecho penal de autor, priorizando a la acción como condición indispensable para la imposición de una pena. Este principio se hace presente en los artículos 76 numeral 3 y 66 numeral 29 literal d) de la Constitución de la República del Ecuador (Asamblea Constituyente, 2008), cuya referencia a la acción es evidente y nos permite descartar de plano el derecho penal de autor y todas sus derivaciones.

**Artículo 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: **3.** 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.

El sentido penal de este principio de la acción es la expresión del principio de igualdad y de los derechos a la existencia, personalidad e identidad individual. Para cumplir con esta función, la ley debe establecer con anterioridad al acto el tipo penal, al que se define “como la descripción concreta y material de la conducta penalmente relevante”. Por lo tanto, del principio constitucional de la acción se deriva el principio de tipificación o tipicidad, según el cual, no puede haber delito sin una descripción legal de la conducta penalmente relevante. Esta garantía es independiente de la de legalidad, pero a la vez la complementa.

### *Principio de legalidad*

Es de aplicación universal y se fundamenta en la triádica *Nullum crimen, nulla poena, sine lege*. ¿Qué significa? Que no hay delito, no hay pena, sin ley previa que establezca tanto la infracción como la pena aplicable. Conforme a lo expuesto, se deduce que la ley penal debe ser previa, general, formal y escrita.

- Es previa cuando fue establecida con anterioridad a la infracción; la ley penal nunca puede regir hacia el pasado salvo cuando es más benigna; tampoco puede regir hacia atrás una ley penal derogatoria de una ley más benigna, en otras palabras, la ley penal más benigna es inderogable hacia el pasado.
- Es escrita, cuando se encuentra plasmada en un documento, mediante un uso lingüístico inamovible, y publicada en el Registro Oficial; no es válida la ley penal consuetudinaria, salvo como eximente no escrita.
- Es formal cuando fue establecida por el órgano con competencia legislativa, por el procedimiento legal previsto y puesta en vigor por la autoridad competente.
- Es estricta cuando se ajusta con precisión a la conducta del infractor, sin interpretaciones que extiendan su alcance a hechos diversos al abarcado por la norma.

El principio de legalidad se encuentra plasmado en el artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República:

**Artículo 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: **3.** 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.

El principio está desarrollado en el artículo 5 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal.

**Artículo 5.- Principios procesales.** El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios: **1. Legalidad:** no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla.

Del principio de legalidad se derivan diversas prohibiciones: la prohibición de retroactividad de la ley penal más gravosa; la prohibición de aplicación de pena sin ley formal; la prohibición de analogía; y la prohibición de indeterminación.

El principio de legalidad es una garantía contra la arbitrariedad, por cuanto impide al Estado sancionar a personas mediante el simple recurso de tipificar hacia el pasado las conductas que éstas cometieron, sea mediante la promulgación de leyes retroactivas, o mediante el dictado de sentencias constitutivas de la ilegitimidad de la conducta.

*Principio de lesividad*

Postula que solo se puede tipificar una acción u omisión como delito cuando las acciones ejecutadas por un individuo afectan al derecho de otro; en consecuencia, el poder punitivo del Estado se manifiesta solo cuando la conducta de un sujeto afecta a los demás. Es la consagración de la libertad como valor supremo; la libertad para hacer lo que se quiera sin más límite que la libertad de los otros. Encontramos referencia expresa a este principio en el artículo 66, numerales 5 y 29 literal d) de la Constitución de la República.

**Artículo 66.-** Se reconoce y garantizará a las personas: **5.** El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los de-

rechos de los demás.

**Artículo 66.-** Se reconoce y garantizará a las personas: **29.** Los derechos de libertad también incluyen: **d)** Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.

Como consecuencia del principio de lesividad y la idea de afectación a los derechos de terceros, nace lo que se constituye en la esencia del derecho penal, esto es, la violación a un bien jurídico. Los bienes jurídicos son el conjunto de garantías, derechos e intereses que se hallan protegidos a lo largo de la Constitución de la República y en otras leyes, tales como el derecho a la vida, a la libertad, a la honra, a la propiedad, en suma, todo aquello a lo que tenemos derecho de disponer. Con los bienes jurídicos colectivos ocurre lo mismo, solo que son muchos los titulares.

Cuando esa libertad, esos derechos, son afectados por la acción de otro, estamos en presencia de una conducta que menoscaba un bien jurídico, y que, por consiguiente, puede ser tipificada como delito si el legislador lo considera conveniente y si ningún otro límite constitucional se lo impide.

### *Principio de culpabilidad*

El principio de culpabilidad es aquel por el cual el hombre, como un ser libre y responsable, es susceptible de coerción punitiva originada por sus actos cuando se adecuan al tipo penal descrito por la ley; en otras palabras, consiste en la voluntad libre y consciente de un individuo resuelta a menoscabar un bien jurídico protegido.

La doctrina y jurisprudencia consideran que el principio de culpabilidad está consagrado en los textos constitucionales y que se deriva de la dignidad de la persona humana reconocida constitucionalmente. En nuestro caso, se plasman a lo largo de los 29 numerales que contempla el artículo 66 de la Constitución de la República.

*Principio de reducción racional*

El bien jurídico más apreciado por todo ser humano –después de la vida– es la libertad y por ella se han librado grandes guerras y sacrificado numerosas vidas. La naturaleza intrínseca del poder punitivo del Estado se dirige a privar al individuo de su libertad, es por esta razón, que el legislador plasma en las normas diversos principios limitativos que conducen a una restricción del alcance de las leyes penales y minimizan el ámbito de injerencia del sistema penal en las libertades individuales.

La reacción punitiva del Estado es el último recurso. Cuando existen alternativas válidas y que eviten la aplicación del derecho penal, nace el principio de reducción racional, que es un principio ético-político derivado de la propia concepción de la pena como venganza y que tiene una manifestación positiva concreta en los principios de *ultima ratio* (o necesidad) y razonabilidad.

- *Ultima ratio* o mínima intervención, si se concibe al derecho como una herramienta racional y civilizada de solución de controversias, antes que, como un instrumento habilitante de venganza, la reacción punitiva, que no sirve en general para solucionar conflictos, debe ser el último modo de reacción estatal, por lo tanto, la reacción penal es el último recurso del Estado. Por esta razón, por ejemplo, la injuria como delito de acción privada debe ser rechazado por el juzgador, por lo que este supuesto delito puede encontrar solución mediante la acción de “daño moral” en el ámbito civil. Este principio se halla plasmado en el primer inciso del artículo 195 de la Constitución de la República y en el artículo 3 del Código Orgánico Integral Penal.

**Constitución de la República. Artículo 195.-** La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar

mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

**Código Orgánico Integral Penal Artículo 3.- Principio de mínima intervención.** La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales.

- Razonabilidad, se considera que las leyes no son razonables cuando son arbitrarias, esto es, cuando los medios con los que se reglamentan los derechos constitucionales no guardan relación con los fines pretendidos. En materia penal, la exigencia de razonabilidad se traduce en la limitación del alcance de los tipos y las sanciones, y otorga una herramienta efectiva para ejercer un control de constitucionalidad. Dicho en otras palabras, la vigencia y aplicación de este principio, se evidencia en todas las garantías del debido proceso determinadas en los artículos 76 y 77 de la Constitución de la República.

#### *Principio de intrascendencia de la pena*

Es el principio por el cual nadie debe ser penado por los actos de otro y debe trascender lo menos posible de su autor. Este principio se encuentra desarrollado en varias Constituciones extranjeras. Sin embargo, al no encontrarse expresamente en la ecuatoriana, se debe aplicar por sucesión jerárquica a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969), la que en el numeral 3 del artículo 5 señala que “La pena no puede trascender de la persona del delincuente”. La intrascendencia de la pena debe ser en todo caso mínima, esto porque el castigo de un sujeto afecta necesariamente a su grupo familiar y a las personas que le tienen afecto o que de forma estrecha se relacionan con él.

El sentido del principio será, entonces, evitar que la trascendencia de la pena hacia terceros exceda del marco de lo razonable y que constituya una sanción también para éstos.

### **1.6. Principio de mínima intervención penal**

**Fuente:** Llamuca (2021).

Los fundamentos utilitaristas del principio que se examina se pueden hallar en el movimiento de la Ilustración del siglo XVIII, a través del cual comienzan a sentarse las bases de un derecho penal de corte garantista. Es así que, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, señala en su artículo 8: “La ley no debe establecer otras penas que las estrictas y evidentemente necesarias”. Es que la necesidad de la pena y la racionalidad de ésta se consideraban pilares esenciales para limitar la discrecionalidad con que el antiguo régimen administraba la justicia penal. Asimismo, disposiciones como la recién citada constituyen la materialización del espíritu de la época, pues las ideas expuestas por, entre otros, Beccaria, el revolucionario Jean Paul Marat o Jeremy Bentham, transitaban en esa dirección.

El principio de intervención mínima, que forma parte del principio de prohibición de exceso o principio de proporcionalidad, en virtud del cual se debe establecer una relación de equilibrio entre el daño o peligro ocasionado por el infractor y la sanción que deba imponerse. De ello se deriva otra consecuencia importante, y es que el derecho penal solo protege determinados bienes jurídicos considerados valiosos de primer nivel, mientras que otros bienes son protegidos por normas jurídicas menos invasivas de los derechos individuales como las de carácter administrativo o civil.

En ese contexto, el derecho penal opera como última ratio; es decir, como última opción a la que debe recurrir el Estado para reprimir las conductas socialmente peligrosas o dañosas, cuando no puedan ser reprimidas eficazmente por normas de tipo civil o administrativo menos gravosas, las cuales actúan hasta el punto en que sea precisa una intervención más coactiva para restablecer el orden jurídico quebrantado o garantizar la seguridad jurídica o bienes de especial consideración. Según Muñoz (2007) el principio de mínima intervención es uno de los límites que debe respetar el Estado en el ejercicio del poder punitivo de

que es titular, que le impide sancionar cualquier infracción del orden jurídico que no sea considerablemente grave en cuanto al daño o peligro que ocasione, o el tipo de bienes jurídicos afectados. En consecuencia del carácter fragmentario del derecho penal, una de las manifestaciones del principio de mínima intervención, “significa que no sanciona todas las conductas lesivas de bienes jurídicos a los que protege sino, solamente, los ataques más graves” (p. 56).

Para el autor Santiago Mir Puig (2003) el derecho penal mínimo es un derecho reducido a su mínima expresión, que solo está legitimado para intervenir donde no existan otros medios eficaces para prevenir las infracciones del orden jurídico o imponer sanciones a sus responsables, cuando la ausencia de alternativas sancionatorias exija una intervención enérgica para proteger bienes jurídicos valiosos o la seguridad pública afectada por el infractor.

En este sentido, Pazmiño (2020) señala que dentro de un Estado considerado democrático, el derecho penal tiene básicamente dos funciones de protección. Por un lado, sirve para controlar las afectaciones a la seguridad ciudadana como consecuencia de hechos de violencia que tienen lugar en la sociedad, y por otro funciona como límite a la actuación del Estado frente a las infracciones de orden jurídico, donde solo está legitimado para actuar ante afectaciones graves de los bienes jurídicos protegidos, dejando las de menor gravedad para normas sancionatorias de naturaleza civil o administrativa.

Por su parte Ozafrain (2016) indica que el principio de mínima intervención de última ratio que caracteriza al derecho penal moderno en su contenido básico, supone que el poder punitivo del Estado, representado por el aparato coactivo que se sustenta en la normativa penal sustantiva y procesal, y que le autoriza para actuar contra los infractores del orden jurídico, debe ser utilizado solo en caso de extrema necesidad y cuando los otros medios disponibles sean ineficaces o insuficientes.

Respecto a este principio de intervención mínima que se viene explicando, Botero, Guzmán, Jaramillo y Gómez (2017) manifiestan que el derecho penal no interviene ante cualquier violación del orden normativo vigente o la ruptura de cualquier tipo de relación social por medio de la acción humana, sino solo en aquellos casos donde es preciso una actuación enérgica para prevenir o sancionar atentados contra bienes jurídicos básicos para los cuales el resto de las normas sancionatorias no disponen de mecanismos eficaces para alcanzar aquel objetivo.

Por tanto, el principio de mínima intervención en materia penal no solo constituye un límite para el ejercicio del poder punitivo del Estado, en virtud del cual debe ajustar el ejercicio del *ius puniendi* a las infracciones más graves de los bienes jurídicos que protege, sino que además representa una garantía para las personas, en el sentido de que el Estado puede actuar contra ellas ejerciendo su poder coactivo solo en los casos de mayor gravedad, dejando el resto de las infracciones para normas jurídicas menos invasivas de la libertad individual o los derechos fundamentales.

El principio objeto de análisis también tiene sustento en los instrumentos internacionales de derecho humanos, que por el orden jerárquico establecido en el artículo 425 de la Constitución ecuatoriana de 2008 integran el llamado bloque de constitucionalidad, el cual se refiere a que las normas sobre derechos fundamentales que constan en instrumentos internacionales a las que remite el texto constitucional, deben ser incorporados y considerados por los poderes públicos tanto a nivel legislativo como jurisdiccional (Góngora, 2014).

Es por ello que los principios establecidos en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) tiene plena vigencia en el Ecuador, y su violación puede ser demandada ante los tribunales nacionales y también ante la Corte Interamericana de Derechos Huma-

nos, para reclamar por presuntas violaciones de derechos reconocidos en aquellos instrumentos, cuya aplicación es además obligatoria para los tribunales y las autoridades públicas ecuatorianas, en virtud del control de convencionalidad que les compete.

La Constitución de 2008 establece en su artículo 195 el principio de mínima intervención penal, en virtud del cual el ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública debe limitarse a los hechos más graves, los que ponen en peligro o causan daño a los bienes jurídicos básicos, o los que afectan gravemente el orden público o la seguridad ciudadana, momento en el cual debe activarse todo el aparato coactivo integrado por los órganos de seguridad y orden público, la fiscalía, los jueces y tribunales hasta los órganos de ejecución de sanciones en el sistema penitenciario.

En el texto constitucional no aparece el principio de mínima intervención penal con el alcance con que se desarrolla en la doctrina, pues únicamente se lo menciona como una de las pautas del ejercicio de la acción penal por la Fiscalía General del Estado, pero no como garantía de los derechos fundamentales o límite del poder punitivo del Estado. No obstante, su escueta formulación cumple una función importante en cuanto exige al organismo mencionado el apego irrestricto a las leyes penales vigentes, y a su aplicación como último recurso, lo que le permite emplear otras fórmulas punitivas ante violaciones de la normativa penal, como son la suspensión del ejercicio de la acción penal o la mediación en las infracciones en que sea posible, así como la obligación de formular cargos solo cuando disponga de pruebas suficientes que acrediten la existencia del delito y la responsabilidad de la persona implicada.

El referido artículo también incorpora el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal por la Fiscalía general del Estado, el cual le exige ejercer sus funciones de persecución penal y de acción penal pública cuando sea menester para proteger el interés público o

los derechos de las víctimas de infracciones penales. Lo característico de ambos principios es que solo pueden ser aplicados por la Fiscalía y valorado por la o el juzgador, por lo que recae sobre aquella una considerable responsabilidad respecto a decidir cuándo procede o no formular cargos o utilizar otras fórmulas de represión de las conductas punibles.

Precisamente una de las alternativas al ejercicio de la acción penal, donde se materializan los principios de oportunidad y mínima intervención penal, es la mediación, reconocida en el artículo 190 junto a otras fórmulas como el arbitraje, aplicables a materias en las que por su naturaleza sea posible el acuerdo voluntario entre las partes de un conflicto. La mediación ha sido incorporada al Código Orgánico Integral Penal como expresión del principio de mínima intervención penal, para determinados tipos de delitos que son objeto de análisis en el presente trabajo de investigación.

A fin de justificar el problema de investigación y su importancia es pertinente señalar que este principio de mínima intervención, si bien se halla reconocido dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, no es menos cierto que este mecanismo de garantismo a favor de los ciudadanos es en ocasiones letra muerta, pues no se aplica en todos los casos pese a que es obligación de los operadores de justicia aplicarlos y promover su aplicación.

En este contexto, la ausencia de aplicación del principio de mínima intervención en los procesos penales afecta el derecho de los intervinientes del proceso, pues se los obliga a pasar por la totalidad del proceso, y los somete a la jurisdicción penal gastando no solo recursos públicos sino que se dilata el proceso y se fuerza a los intervinientes procesales a soportar grandes cargas, cuando esto puede ser subsanado a través de la conciliación garantizando de esta manera la economía procesal y la tutela judicial efectiva.

Por ello, con la aplicación obligatoria y genérica del principio de mínima intervención se puede garantizar a las ciudadanas y ciudadanos involucrados en los procedimientos, la posibilidad de recurrir a este medio alternativo para resolver el conflicto en que se hallan inmersos, lo que además de garantizar sus derechos asegura la pronta justicia y la existencia de un sistema procesal eficaz que hace efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva cuando las partes voluntariamente se someten al procedimiento de mediación.

### ***Poder punitivo y derecho penal***

El derecho penal es expresión del poder punitivo del Estado, que consiste en la legitimidad para determinar qué acciones u omisiones realizadas por las personas son constitutivas de delito y como tal deben recibir un reproche en forma de sanción penal, todo lo cual es refrendado en la legislación penal que prevé tanto las figuras delictivas como el marco sancionador que debe aplicarse cuando se materializan, así como las autoridades encargadas de cada una de las fases del proceso penal, las garantías para la persona procesada y la protección de la víctima.

El *ius puniendi*, como también se lo identifica en la doctrina penal, está sujeto a diferentes límites que tiene como finalidad asegurar que, si bien el Estado puede tipificar como infracción cualquier conducta y atribuirle sanciones deliberadamente, se ajuste a determinados requisitos que funcionan como principios-límites del ejercicio de poder punitivo, que constituyen a su vez garantías de las personas que deban ser sometidas a un proceso penal por una presunta infracción de esa naturaleza.

Los principios más importantes que configuran el poder punitivo del Estado son el de legalidad, de proporcionalidad y de mínima intervención penal. El primero postula que solo pueden ser consideradas infracciones penales y sancionadas como tal, aquellas que están expresamente prevista en la ley y con una vigencia anterior a los hechos. Por su parte

el principio de proporcionalidad exige que entre la conducta punible y la sanción aplicable exista una relación de equilibrio, de manera que a mayor gravedad más alta será la sanción, y viceversa (Lascurraín, 2019).

Finalmente, el principio de mínima intervención penal, objeto principal del presente artículo científico, se refiere a los requisitos que debe cumplir una acción u omisión para que pueda ser considerada punible por la vía penal, pues no todo comportamiento humano, aun cuando pueda ser contrario a alguna norma jurídica, debe ser reprimido como una sanción penal, si existen otras normas que puedan cumplir la misma finalidad en el orden administrativo o civil, por ejemplo.

Este principio es uno de los elementos que conforman el llamado derecho penal mínimo (Ferrajoli, 2018), donde la intervención del poder punitivo del Estado debe limitarse a los hechos más graves, de mayor connotación o peligrosidad social, o a aquellos que interfieran o causen daños a los bienes jurídicos más valiosos, partiendo del hecho de que el derecho penal debe ser el último recurso del Estado para reprimir las conductas socialmente reprochables, debiendo en todo caso disponer de otras formas de represión que no impliquen una afectación directa a la libertad de la persona como sucede con la sanción penal en la mayoría de los casos.

Por otro lado, se debe señalar que el principio de mínima intervención penal se encuentra estrechamente relacionado con otros principios además de los ya mencionados de legalidad y proporcionalidad. Según Villacreses (2018), el principio de mínima intervención penal se divide en otros dos principios más concretos que son el de subsidiariedad y el de fragmentariedad.

Según Villacreses (2018), el principio de subsidiariedad expresa la idea de que el derecho penal solo debe intervenir cuando el resto de las normas preventivas o sancionatorias han fracasado en su función

de prevenir las infracciones o imponer responsabilidad a los culpables; de ahí que cuando no es posible proteger adecuadamente un bien jurídico determinado o garantizar el orden público, se recurre al derecho penal con su fuerza coactiva como última opción disponible.

Desde esa perspectiva, el derecho penal se constituye como la última ratio, por ser la más gravosa para las personas que infringen el orden jurídico vigente, que debe utilizarse para sancionar a las personas infractoras, y el presupuesto para utilizar ese medio es que los demás han fracasado, o no disponen de una respuesta que se adecúe de manera proporcional al peligro o daño ocasionado al bien jurídico protegido por el derecho. Solo en ese caso se justifica la intervención de la norma penal, expresión máxima del poder punitivo del Estado para restablecer el orden quebrantado y sancionar a los responsables.

El segundo subprincipio es el de fragmentariedad, y postula que solo deben ser objeto de regulación y sanción por el derecho penal los bienes jurídicos más importantes, y solo en el evento de que sufran afectaciones graves que no puedan ser entendidas por otras normas de carácter sancionatorio. Cuando se trata de conductas infractoras de menor gravedad, el legislador, mediante el principio de fragmentación, dispone que sea otro sector del ordenamiento jurídico, como el derecho administrativo o civil, el que prevea las consecuencias jurídicas de infracción, así como los procedimientos para determinar la responsabilidad de las personas involucradas.

También Goicochea y Córdova (2019), consideran que el principio de mínima intervención penal tiene un carácter complejo, para cuya determinación deben tenerse en cuenta otros principios, como el de fragmentariedad (que se basa en que el derecho penal no protege todos los bienes jurídicos, sino solo los más importantes), el de subsidiariedad (por el mismo hecho de ser de última ratio, deberá demostrarse que la acción realizada que causó algún daño no es reemplazable por otros métodos de control social) y el de proporcionalidad (que encuen-

tra su sustento en la imposición de pena como idónea o proporcional a la magnitud del daño causado y al desprecio al orden jurídico).

Por otra parte, según Cuadrado (2020), como exigencia del principio de mínima intervención penal se deriva aquella según la cual la norma penal tutela solo los derechos, libertades y demás bienes jurídicos que son la base de la paz social y la convivencia ciudadana, y únicamente cuando las agresiones contra los mismos representan un grave peligro o causan daño de consideración. En consecuencia, siempre que existan otros medios diferentes al derecho penal para la defensa de los derechos individuales que pudieran verse afectados con una infracción, deben preferirse los medios alternativos por ser menos lesivos para los derechos de la persona responsable, acogiéndose desde luego a las exigencias que plantea el principio de proporcionalidad.

Este último es un principio constitucional que limita la intervención punitiva del Estado que tenga como consecuencia una limitación de derechos de las personas, y no solo en el ámbito penal, sino especialmente en el mismo, y exige que para determinar la relación entre la infracción y la pena deben tenerse en cuenta tres elementos (Lascurraín, 2019):

- Que la pena prevista para la infracción sea idónea; es decir, si la amenaza de pena puede contribuir a la protección del bien jurídico en cuestión.
- Que sea necesaria; que sucede cuando la sanción penal resulta imprescindible para asegurar el efecto social perseguido.
- Que sea proporcional; en la medida en que de una comparación entre el desvalor del hecho delictivo y la pena se colija que la sanción elegida resulta adecuada.

En resumen, el principio de intervención mínima se materializa cuando en el orden jurídico penal solo se tipifican como delitos las conductas que afectan de manera grave a los bienes jurídicos más valiosos, y siempre que esa respuesta sea proporcional al daño o peligro ocasionado, y que los otros medios disponibles no ofrezcan una protección

adecuada de los derechos o intereses afectados; en caso contrario, en virtud de ese principio, se puede recurrir a otras vías para la solución del conflicto, singularmente a los medios alternativos como la mediación o la conciliación.

Una de las vías por las que se puede hacer efectivo el principio de mínima intervención penal es la conciliación, que en la Ley de Arbitraje y Mediación (Congreso Nacional, 1997) vigente en el Ecuador se equipara a la mediación, y cuyos principios más significativos son los de voluntariedad de las partes, ya que el proceso de mediación exige la participación voluntaria e informada de la víctima y de la persona infractora; y el principio de bilateralidad, que es similar al principio de imparcialidad de la mediación civil con respecto a las partes, donde ambas partes tienen oportunidades para expresar sus pretensiones, sin más limitación que la establecida por el mediador para el buen desarrollo de las sesiones (Pérez Saucedo, 2015).

Otros principios importantes son el de neutralidad, puesto que el mediador tiene el deber y la obligación de estar en una posición neutral, posibilitando el acuerdo entre los intereses contrapuestos de ambas partes, sin perjudicar o beneficiar a ninguna; el principio de flexibilidad, en virtud del cual el proceso de mediación debe ser flexible para poder adaptarse a las circunstancias concretas del caso y de los sujetos; las pautas a seguir se convienen en cada caso por el mediador y las partes al inicio del proceso, incluida su duración; el principio de oficialidad: le corresponde al órgano jurisdiccional previo acuerdo o a iniciativa del órgano que ejerce la acción penal pública, de otra acusación o del abogado defensor (Pérez Saucedo, 2015).

Finalmente, son principios de la conciliación el de gratuidad, donde por lo general el proceso es totalmente gratuito debido al carácter público que tiene el derecho penal; y los gastos derivados de la mediación serán asumidos por la administración de justicia; y el principio de confidencialidad: se debe garantizar la confidencialidad del contenido

de las sesiones de mediación y de la documentación utilizada, no pudiendo ser reclamada la información obtenida por el mediador a lo largo del proceso, al que asiste el secreto profesional. Mediador y partes se obligan a respetar la confidencialidad al firmar el acta de la sesión constitutiva de mediación. La confidencialidad para los letrados de las partes se ancla al principio de buena fe.

En el orden jurídico ecuatoriano los medios alternativos de solución de conflictos y en particular la mediación tiene rango constitucional. En la Constitución vigente, en el artículo 190 se reconocen medios alternativos de solución de conflictos como el arbitraje y la mediación, aplicables a las materias que por su naturaleza admitan transacciones entre las partes. Se trata de una materia de configuración legal, pues corresponde al legislador definir los requisitos para que proceda la mediación, las materias susceptibles de ello y el procedimiento a seguir, que tiene como marco general la Ley de Arbitraje y Mediación, con normas particulares en otros cuerpos legales que se analizan enseguida. En su artículo 43 la Ley de Arbitraje y Mediación (1997) define a la mediación como un procedimiento de solución de conflictos, cuya característica principal es que las partes procuran llegar a un acuerdo voluntario en el ámbito extrajudicial asistidas de un mediador, en un conflicto que verse sobre materia transigible, para ponerle fin mediante un acuerdo mutuamente aceptado. Por otra parte, define a la conciliación extrajudicial, en su artículo 55, como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, equiparando la mediación a la conciliación en el propio artículo. En resumen, los mismos principios que rigen la mediación aplican a la conciliación, excepto en aquellos casos en que la propia legislación establezca alguna diferencia en cuanto a denominación o materia en que proceda.

Por su parte el artículo 17 del Código Orgánico de la Función Judicial (2009), establece que la administración de justicia es un servicio público, básico y fundamental del Estado, por el cual coadyuva a que se cumpla el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantiza-

dos por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y las leyes. Respecto al arbitraje y la mediación los entiende como una forma en que se presta el servicio público de administración de justicia, excluyendo de cualquier tipo de transacción los casos de violencia intrafamiliar.

En el ámbito penal el Código Orgánico Integral Penal (2014) en su artículo 663 establece como límite para presentar la solicitud de conciliación la etapa de instrucción fiscal, en los casos expresamente previstos, que son los delitos con pena privativa de libertad de hasta cinco años; delitos de tránsito sin resultado de muerte o lesiones graves que causen incapacidad permanente y delitos contra la propiedad por un monto menor a treinta salarios básicos. Varios delitos quedan excluidos de la conciliación por corresponder a materias no transigibles, como aquellos que afectan la eficiente administración pública, delitos contra la inviolabilidad de la vida, integridad personal y la libertad, y los de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

De ese artículo interesa resaltar los requisitos de procedibilidad que deben existir para que se pueda recurrir a la conciliación penal: en primer lugar, la limitación temporal, pues exige que se presente la solicitud de conciliación antes de que termine la etapa de instrucción fiscal del delito, que es realizada por la Fiscalía General del Estado en la fase preprocesal, de conformidad con lo previsto en el propio Código. Evidentemente, una vez que haya concluido esa etapa corresponde al fiscal presentar la acusación si existen elementos para ello, o solicitar el archivo de la causa, pero no se podrá en todo caso solicitar la conciliación porque ya prescribió esa posibilidad.

El segundo requisito se refiere al tipo de delitos con respecto a los cuales procede la mediación, que son aquellos que tienen prevista una pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años, donde pueden incluirse, a manera de ejemplos, el delito de hurto (artículo 109, que tiene prevista una pena de hasta dos años de privación de libertad),

delito de abigeato (artículo 199, con una pena privativa de libertad de uno a tres años), la usurpación de un bien inmueble o derecho real (artículo 2009, con pena privativa de libertad de seis meses a dos años), la receptación (artículo 202, con pena privativa de libertad de seis meses a dos años) y el daño a un bien ajeno (artículo 204, sancionado con pena privativa de libertad de dos meses hasta tres años en su figura agravada).

Se trata en todos los casos tomados como ejemplo, de delitos contra los derechos patrimoniales de las personas, donde por lo general es factible la conciliación por el tipo de daños producidos y la posibilidad de que el responsable reconozca su participación en ello y llegue a un acuerdo extrajudicial con la víctima, que en muchos casos resulta más ventajoso que seguir el proceso penal hasta la sentencia, con el consecuente gasto de tiempo, dinero y otros recursos que se ahorran con la conciliación, además de que se llega a un arreglo voluntario efectivo cuya acta tiene naturaleza de título ejecutivo en la vía judicial.

También procede la conciliación en los delitos de tránsito cuando el resultado no afecte como bienes jurídicos la vida, la integridad física con lesiones graves que causen incapacidad permanente, y cuando se produce pérdida de algún órgano o su inutilización. En el caso de los delitos contra la propiedad, además de la sanción aplicable como criterio de procedibilidad de la conciliación, se excluyen aquellos cuyo monto sea superior a treinta salarios básicos unificados del trabajador en general. Superado ese límite, el conflicto deberá resolverse en proceso judicial obligatoriamente.

#### *Mínima intervención en el Código Orgánico Integral Penal*

De conformidad con los postulados básicos del principio de mínima intervención penal, según lo expresan Goicochea y Córdova (2019):

[...] el Derecho Penal solamente intervendrá en aquellos supuestos que son permitidos por el principio de lesividad, en-

tiéndase que podrá ser efectivo [...] cuando los demás sectores del ordenamiento jurídico fracasan, por ello es que se considera al derecho penal de última ratio, aunque en la actualidad sea visto como el único sistema capaz de solucionar todos los problemas que ocurran en nuestra sociedad. (p. 49)

Ahí se expresa claramente el principio de subsidiariedad, pues solo se deberá recurrir la vía penal cuando las demás formas posibles de resolver el conflicto derivado de una infracción al orden jurídico no sean suficientes para brindar una tutela adecuada a las personas titulares de los bienes o derechos afectados. En el Ecuador una de esas vías es la conciliación penal, que de conformidad con el artículo 664 del Código Orgánico Integral Penal debe regirse por los principios de flexibilidad, voluntariedad de las partes, neutralidad, confidencialidad, imparcialidad, honestidad, legalidad y equidad.

La voluntariedad significa, en primer lugar, que son las partes quienes deben ponerse de acuerdo en la fase de investigación fiscal, para presentar ante el fiscal la solicitud de conciliación, quedando obligado éste a revisar los requisitos de procedibilidad antes explicados, para determinar si procede la conciliación en los términos propuestos por las partes. El principio de mínima intervención penal se hace patente cuando el fiscal revisa la propuesta, y al constatar que se dan lo supuestos previstos en el Código, emite el acta en que se suscribe el acuerdo de conciliación.

Se puede hablar en el régimen jurídico de una fase previa y una fase posterior de la conciliación. En la primera fase las partes solicitan el trámite y el fiscal verifica si se cumplen los requisitos, a partir de lo cual puede suspender la investigación y realizar el acta de conciliación donde consten los acuerdos a que hayan llegado voluntariamente las partes. Los requisitos ya explicados: el límite máximo de la pena privativa de libertad aplicable, que no puede ser superior a cinco años, el tipo de delito y el valor del perjuicio ocasionado a la víctima.

La segunda fase comprende la ejecución de lo acordado en el acta de conciliación. Cuando ésta se ejecute completamente, de conformidad con lo prescrito en el artículo 665 del Código, se archivará la investigación. Por el contrario, si la persona presuntamente responsable de los hechos que consta como investigada deja de cumplir cualquiera de las condiciones pactadas en el acta de conciliación, la o el fiscal debe revocar el acta de conciliación y continuar con su actuación. En caso de que la solicitud de conciliación no se realice en la fase de investigación fiscal, sino en la de instrucción, corresponde al juzgador decidir sobre la solicitud de conciliación que presente el fiscal que, de ser aprobada, suspenderá el proceso hasta su completa ejecución.

Si la persona procesada incumple con cualquiera de los puntos del acta de conciliación, a pedido del fiscal o la víctima se realizará una audiencia ante el juzgador para discutir el incumplimiento, y si queda acreditado se revocará la conciliación y se continuará con el proceso judicial, de acuerdo con las reglas del procedimiento ordinario, pues la persona procesada habría perdido el derecho a ser juzgada por cualquiera de los procedimientos especiales previstos en el Código. Cumplido el acuerdo, él declarará la extinción de la acción penal; si fuere revocada el acta de conciliación no podrá volver a concederse esa salida alternativa al proceso penal (Correa, 2015).

Desde una perspectiva doctrinal, García (2015) expresa que la conciliación penal en el Ecuador es un procedimiento en el que la víctima y la persona procesada manifiestan voluntariamente su consentimiento para llegar a un acuerdo extrajudicial donde se establezcan obligaciones razonables de acuerdo con el daño causado, y donde se asegure la reparación integral a la víctima, dando al procesado la posibilidad de volver a la situación social anterior a la infracción.

Hasta aquí se ha descrito con la mayor cantidad de matices posible el procedimiento de conciliación, así como los principios que la rigen y la actuación que debe tener en el mismo cada uno de los sujetos

procesales; ahora corresponde discutir hasta qué punto tiene la conciliación penal una incidencia notable o no sobre el principio de mínima intervención penal. Al revisar las estadísticas que sobre la mediación lleva el Consejo de la Judicatura se puede apreciar que su aplicación a las materias previstas en el Código Orgánico General de Procesos es considerablemente inferior a las de otras materias no penales (Consejo de la Judicatura, 2020).

En la revisión efectuada de los años 2017 hasta septiembre de 2020, que son los datos disponibles en la página web del organismo (Consejo de la Judicatura, 2020), se pudo verificar que las conciliaciones en materia penal se refieren únicamente a cuestiones de tránsito, con un total de 3.402 acuerdos de enero a diciembre de 2017; 3.193 acuerdos de enero a diciembre de 2018; 2.726 acuerdos en 2019 y 922 acuerdos de conciliación entre enero y septiembre de 2020 (ver Anexos 1, 2, 3 y 4, respectivamente). Esos datos pueden interpretarse como una manifestación de que en las demás infracciones penales donde procede la conciliación, no se recurre a ella, bien sea por la falta de voluntad de las partes o porque no se cumplen los requisitos previstos en el artículo 663 del Código.

En cualquier caso, la nula aplicación de la conciliación, de acuerdo a las estadísticas consultadas, en los delitos que tiene una pena de hasta cinco años de privación de libertad, y en aquellos de contenido patrimonial que no superan los treinta salarios básicos unificados del trabajador en general, es contraria a los principios de mínima intervención penal, de proporcionalidad, subsidiariedad y fragmentariedad, todos de amplia aceptación en la doctrina y con sustento constitucional y legal en el Ecuador.

Con ello no solo se afecta la posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo voluntario, sino además los principios de celeridad procesal, economía procesal y tutela judicial efectivas, pues aun existiendo una vía menos gravosa que el proceso penal, las partes no recurren a la

conciliación penal, o los fiscales no la promueven o aprueban cuando se les presenta la solicitud, lo cual opera en contra de su deber de hacer efectivo el principio de mínima intervención penal y llevar al proceso a las personas que realmente incurrir en infracciones graves imposibles de resolver por una medio alternativo como la conciliación.

### ***Conclusiones***

1. En la doctrina penal y la legislación vigente en el Ecuador se reconoce al derecho penal como último recurso al que debe acudir el Estado para proteger los derechos e intereses de las personas cuando son afectador por infracciones de terceros al orden jurídico vigente. Resultado de esa doctrina es el principio de mínima intervención penal, que postula que solo en casos de infracciones realmente graves que afecten bienes jurídicos básicos se debe aplicar la vía penal, mientras que en el resto de los casos se puede acudir a formas alternativas de solución del conflicto entre el infractor y la víctima, como es la conciliación penal.
2. La conciliación como una vía alternativa al proceso judicial para poner fin a un conflicto derivado de la infracción del orden jurídico vigente, está reconocida en la Constitución ecuatoriana de 2008 y desarrollada en la legislación vigente, siendo sus características principales: la flexibilidad, voluntariedad de las partes, neutralidad, confidencialidad, imparcialidad, honestidad, legalidad y equidad, principios que deben seguirse en todo proceso de esa naturaleza para garantizar los derechos de las partes y que el acuerdo al que eventualmente se llegue esté libre de toda coacción externa y sea una vía para asegurar la reparación de los derechos de las víctimas y las garantías que asisten a la persona procesada.
3. A pesar de las ventajas que representa la conciliación penal en los delitos con penas privativas de libertad de hasta cinco años, o en los de carácter patrimonial, las estadísticas que lleva el Consejo de la Judicatura demuestran que solo en casos de

infracciones de tránsito se utiliza la conciliación, mientras en el resto de los delitos previstos en el artículo 663 del Código no se reflejan datos sobre procesos de conciliación, lo que puede ser interpretado como expresión de que dicha vía no se utiliza como un mecanismo para hacer efectivos los principios de mínima intervención penal, celeridad y economía procesal.

### **1.7. Actividades académicas**

1. Establezca las diferencias principales entre las categorías “derechos humanos”, “derechos fundamentales” y “derechos constitucionales” y sus garantías en el proceso penal
2. ¿Cuál es, a su juicio, el fundamento básico de los derechos humanos en el ámbito de las garantías procesales?
3. Identifique los derechos humanos cuya justiciabilidad procede en el ámbito de la justicia penal.
4. Establezca la relación entre los principios constitucionales del derecho penal a nivel doctrinal y su expresión normativa y constitucional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.
5. Explique algunos delitos donde pueden ser afectados derechos humanos como la libertad y la igualdad.

**Tabla 1. En todos los casos el estudiante debe argumentar su respuesta mediante ejemplos.**

Se evaluará mediante exposiciones orales en taller de debate en clases de acuerdo con la siguiente rúbrica.

<b>Criterios</b>	<b>Excelente</b>	<b>Aceptable</b>	<b>Insuficiente</b>
<p><b>1. Dominio del tema</b> Demuestra un sólido conocimiento del tema, producto de las lecturas de la bibliografía indicada y de sus propias investigaciones.</p>	3-4 puntos	2-2,9 puntos	0-1,9 puntos
<p><b>2. Concreción y claridad en la exposición de las ideas</b> Las ideas se exponen con una secuencia lógica, con claridad y precisión, sin divagar ni exponer aspectos incidentales sin relevancia</p>	3-4 puntos	2-2,9 puntos	0-1,9 puntos
<p><b>3. Uso del lenguaje</b> La estructura de las frases debe ser apropiada al tema expuesto. Uso correcto y preciso del lenguaje técnico</p>	Excelente 2-3 puntos	Aceptable 1-1,9 puntos	0-0,9 puntos

El tema será evaluado mediante el control de lectura y el sistema de preguntas de opción múltiple en la plataforma Moodle.

1<sup>RA</sup> EDICIÓN

# GARANTÍA Y AMPAROS DE LOS DERECHOS EN MATERIA PENAL

## **Unidad 2**

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES  
DEL DERECHO PENAL





### **Presentación de la unidad académica**

En esta unidad se continúa con el análisis de los derechos humanos en el contexto del derecho penal. La intervención del Estado sobre la vida, los derechos o intereses de las personas deben ser legítima; ello supone que, tanto en la determinación de infracciones y sanciones en la legislación como en la aplicación de la norma penal en sede judicial, se deben respetar las garantías previstas en la Constitución y en los instrumentos internacionales destinadas a precautelar los derechos de las personas imputadas o procesadas.

Las garantías constitucionales del derecho penal son aquellas que configuran el paraguas bajo el cual quedan protegidas las personas presuntamente autoras o cómplices de una infracción penal, a las que asisten varios derechos y garantías que deben hacerse efectivas, desde la formulación de cargos hasta la determinación de responsabilidad penal en un proceso penal con todas las garantías del caso. En ese contexto se puede hablar de garantías penales genéricas, entendidas como aquellas que se aplican en todo el proceso donde se determinen derechos y obligaciones de cualquier índole; y de garantías específicas que solo se activan dentro del proceso penal.

En esta unidad se analiza el contenido y alcance de las garantías constitucionales del proceso penal con respecto a la persona imputada o procesada. Esas garantías pueden ser entendidas desde dos puntos de vista. Por un lado, como derechos de la persona procesada que deben respetarse en todas las fases o etapas del proceso; y por otro como garantías de que su presunta responsabilidad penal y la existencia material de la infracción será determinada en un proceso con estricto apego a los principios y normas constitucionales y legales vigentes.

El contenido de la unidad tiene como punto de partida el análisis de las garantías constitucionales genéricas, para luego avanzar en el estudio en profundidad de derechos/garantías concretas como la presunción

de inocencia, el derecho a la defensa, el derecho al debido proceso y el derecho a la tutela judicial expedita e imparcial de los derechos. Las actividades académicas planteadas al final de la unidad tienen como finalidad consolidar los conocimientos explicados en el encuentro presencial, y fomentar las habilidades teóricas y prácticas de los maestrantes en el análisis de los derechos y garantías constitucionales del proceso penal.

### **2.1. Delimitación conceptual**

Como ha destacado Roxin (2003), “el derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución política del Estado” (pág. 10). Por ello es frecuente que en los textos se empleen conceptos como *derechos fundamentales*, *derechos fundamentales procesales*, *derechos humanos*, *principios procesales*, *libertades públicas*, *garantías institucionales*, entre otros conceptos, para referirse por lo general a lo mismo: las garantías procesales penales constitucionalizadas.

Si bien no interesa efectuar un deslinde terminológico de los conceptos aquí involucrados, se podría decir, en el plano general, conforme señala Oré Guardia, que los “derechos son las facultades que asisten al individuo para exigir el respeto o cumplimiento de todo cuanto se establece y reconoce en su favor en el ordenamiento jurídico vigente. Por su parte, las libertades abarcan un campo más amplio que el de los derechos, y su esencia es fundamentalmente política.

Finalmente, las garantías son el amparo que establece la Constitución y que debe prestar el Estado para el efectivo reconocimiento y respeto de las libertades y derechos de la persona individual, de los grupos sociales, e incluso del aparato estatal, para su mejor actuación y desenvolvimiento (Oré, 1999).

Por su parte, Gómez (1996) señala que “los derechos fundamentales pueden ser, y de hecho son al mismo tiempo, aunque considerados desde un punto de vista distinto, libertades públicas, garantías institu-

cionales o principios procesales”. Y, agrega que “los derechos fundamentales procesales, entendidos en sentido amplio, incluyen también a los principios procesales, garantías institucionales y libertades públicas reconocidos por la Constitución y que tienen aplicación en el proceso penal” (pág. 22).

De lo expuesto, se puede advertir que sea derecho fundamental procesal, derecho humano, libertades públicas o garantías institucionales, observarlos y respetarlos dentro del proceso penal es vital para la vigencia de un Estado democrático y de derecho. Por tanto, por **garantías constitucionales del proceso penal** debe entenderse el cúmulo de principios, derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución y, *lato sensu*, por los tratados internacionales, que tienen por finalidad otorgar al imputado un marco de seguridad jurídica y, en última instancia, mantener un equilibrio entre la llamada **búsqueda de la verdad material** y los **derechos fundamentales del imputado**.

Precisamente, esta necesidad de que el Estado vele por el respeto y la protección de los derechos fundamentales del imputado obliga a que se definan en la Constitución, en tanto ley fundamental que fija las condiciones mínimas de actuación pública y privada, los límites del ejercicio del poder estatal. Como quiera que en el proceso penal esta necesidad es más imperiosa, la tendencia es a fijar en la Constitución las reglas mínimas de un debido proceso penal, es decir, como afirma Binder (2002), “un diseño constitucional del proceso penal” (pág. 67). El proceso penal está revestido de diversas garantías de reconocimiento constitucional que, como se ha relevado, buscan no solo otorgar al procesado un marco de seguridad jurídica, sino en última instancia mantener un equilibrio entre la búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales del imputado, los cuales constituyen un límite al poder punitivo estatal, cuya protección y respeto no pueden ser ajenos a una justicia penal contemporánea.

Este conflicto de intereses se presenta, por ejemplo, cuando existe la necesidad de implementar procedimientos más eficaces de persecución penal ante la gravedad que revisten ciertas conductas delictivas, pero cuya legitimidad puede relativizarse. En el Perú, es el caso de la legislación procesal para la persecución del terrorismo y lo que antes se llamaba *traición a la patria*, a la que puede añadirse en general todo el régimen procesal propio –en palabras de Jakobs– del derecho penal del enemigo o del crimen organizado.

Esto es, a fin de enfrentar, por ejemplo, el narcotráfico o ahora los delitos de corrupción, para lo que se ha instaurado una serie de reglas procesales cuya eficacia no se discute, pero cuya legitimidad no es materia de consenso, y que se consagran incluso en textos supranacionales como la Convención Interamericana Contra la Corrupción o la reciente Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción, ambas ratificadas por el Estado ecuatoriano.

En este contexto, las garantías constitucionales del proceso penal se erigen como límite y marco de actuación de la justicia penal; de ahí que resulte de suma importancia relevarlas y ajustarlas a las exigencias de la sociedad moderna. Básicamente, todo sistema procesal penal reconoce dos bloques de garantías procesales: las genéricas y las específicas.

Entre las primeras se encuentran el derecho a la presunción de inocencia, la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho de defensa y el debido proceso.

Entre las segundas se incluyen aquellas garantías derivadas de las genéricas y que tienen un ámbito propio de protección: igualdad de armas, igualdad ante la ley, inmediatez, inviolabilidad de domicilio, derecho a un juez natural, prohibición de valoración de prueba prohibida, etcétera.

## **2.2. Las garantías constitucionales genéricas del proceso penal**

Se denomina garantías procesales genéricas a “aquellas normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal”. Se trata de reglas constitucionales que no restringen sus efectos a determinados momentos o actos del proceso penal, sino que proyectan su fuerza garantista a todos los momentos por los que pasa el desenvolvimiento del proceso, es decir, desde la fase preliminar o prejudicial, pasando, según el caso, por las fases de instrucción, intermedia y juicio oral, hasta concluir la fase impugnatoria, es decir, hasta la conclusión del proceso penal.

Las garantías constitucionales del proceso penal son las seguridades que se otorgan para impedir que el goce efectivo de los derechos fundamentales sea conculcado por el ejercicio del poder estatal, ya sea limitando ese poder o repeliendo el abuso.

Por tanto, por *garantías constitucionales del proceso penal* debe entenderse el cúmulo de principios, derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales, que tienen por finalidad otorgar al imputado un marco de seguridad jurídica y, en última instancia, mantener un equilibrio entre la llamada búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales del imputado. Precisamente, esta necesidad de que el Estado vele por el respeto y la protección de los derechos fundamentales del imputado obliga a que se definan en la Constitución.

## **2.3. Presunción de inocencia**

Mediante esta garantía se reconoce el derecho de la persona que viene siendo sujeto de una persecución criminal. La presunción de inocencia constituye la máxima garantía del imputado y uno de los pilares del proceso penal acusatorio, que permite a toda persona conservar un estado de “no autor” en tanto no se expida una resolución judicial firme. La afirmación de que toda persona es inocente mientras no se

declare judicialmente su responsabilidad es una de las más importantes conquistas de los últimos tiempos.

La presunción de inocencia significa: que nadie tiene que “construir” su inocencia; que solo una sentencia declarará esa culpabilidad “jurídicamente construida” que implica la adquisición de un grado de certeza; que nadie puede ser tratado como culpable, mientras no exista esa declaración judicial; y que no puede haber ficciones de culpabilidad: la sentencia absolverá o condenará, no existe otra posibilidad.

La presunción de inocencia exige que el procesado sea tratado como inocente, hasta que el juez, con todo lo acontecido en el proceso penal, adquiera certeza sobre su responsabilidad. La doctrina ha puesto en evidencia que la presunción de inocencia posee una naturaleza *iuris tantum* (que admite prueba en contrario), que puede quedar desvirtuada

como resultado de un proceso penal. Sin embargo, para que esto ocurra es necesario que se haya realizado una mínima actividad probatoria de cargo, es decir, de signo incriminatorio, de la que pueda deducirse la culpabilidad del procesado, realizada con estricta observancia de las garantías y normas procesales; en caso de que esto no ocurra, el sujeto conservará su condición de inocente.

Los efectos de la presunción de inocencia son diferentes en cuanto al momento en que se los observe. Si se trata de un nivel extraprocesal, es un derecho subjetivo por el cual al sindicado se le debe dar un trato de “*no autor*”. Es decir, que nadie, ni la policía, ni los medios de comunicación pueden señalar a alguien como culpable hasta que una sentencia lo declare como tal, a fin de respetar su derecho al honor e imagen. Por el contrario, a nivel procesal, el mismo trato de no autor hasta que un régimen de pruebas obtenidas debidamente produzca condena.

Este régimen de pruebas, a fin de condenar, exige para destruir la presunción de inocencia: la inversión de la carga de la prueba; el despliegue de una actividad probatoria mínima; las pruebas deben haber sido producidas con las debidas garantías procesales; las pruebas deben haber sido valoradas libremente; la excepcionalidad de las medidas coercitivas.

Este derecho a la libertad tiene dos excepciones, en tanto que se trate de un acto por mandato expreso y motivado de juez competente, o en caso de flagrancia de delito. Cuando la comisión del delito es actual y en esa circunstancia su autor es descubierto, o cuando el agente es perseguido y detenido inmediatamente de haber cometido el hecho delictuoso, o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelen que viene de ejecutarlo. (Cuando se produce una detención en cualquiera de estas 2 hipótesis, el detenido debe ser puesto dentro de las 24 horas a disposición de la autoridad competente. Cualquier restricción de la libertad fuera de estos supuestos, constituye un acto arbitrario que acarrea responsabilidad penal.)

La presunción de inocencia puede considerarse desde diferentes perspectivas: como una obligación del Estado que es titular del poder punitivo y lo ejerce a través de diferentes órganos, instituciones y servidores públicos; como un derecho de la persona a quien se le imputa la comisión de un delito, y como una garantía de que será considerada y tratada como inocente hasta que no se pruebe lo contrario en un proceso judicial con todas las garantías que exige el derecho al debido proceso.

Parte del presupuesto general de que toda persona es inocente hasta que no se demuestre lo contrario en juicio, y se le imponga una sanción mediante sentencia dictada por un juez competente contra la que se hayan agotado todos los recursos de impugnación previstos en el derecho vigente. De ese principio se derivan una serie de derechos que, por lo general, están previstos en los pactos, tratados y convenios

internacionales sobre derechos humanos, y en la Constitución del Estado, donde debe hacerse una ponderación entre la necesidad de castigar las infracciones en que incurren las personas con su derecho a la libertad y el derecho a la defensa de cualquier acusación en su contra. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la presunción de inocencia no es solo un derecho o una garantía, sino un estado inherente a la persona que solo puede ser destruido en un proceso judicial donde se dicte sentencia condenatoria ejecutoriada, pues de lo contrario lo único que puede hacer el juzgador es ratificar el estado de inocencia de la persona procesada, el cual nunca perdió, aunque estuviera bajo investigación o privado de libertad de manera preventiva.

Sin embargo, desde el punto de vista social y personal, la persona que haya estado involucrada en un proceso y sobre todo cuando haya sufrido prisión preventiva, queda bajo el estigma de ser culpable o por lo menos no inocente, lo que se agrava cuando finalmente se ratifica su estado de inocencia al cabo del proceso. Por esas razones es importante hacer una relación de equilibrio entre las medidas cautelares que necesariamente deben aplicarse para asegurar la presencia del procesado cuando sea requerida, y la protección de sus derechos individuales frente al poder punitivo del Estado.

Bajo esa premisa, en este apartado de la investigación se hace un análisis de la presunción de inocencia como derecho y garantía de las personas, oponible al poder punitivo del Estado, en relación con las medidas cautelares y su finalidad para garantizar la efectividad de la administración de justicia. Para el caso se abordan tres aspectos similares a los explicados respecto a la prisión preventiva: sus fundamentos doctrinales, los estándares internacionales vigentes y su configuración jurídica en el Ecuador.

### *Fundamentos*

Ya se había indicado en la presentación de este epígrafe que la presunción de inocencia tiene una naturaleza diversa, en cuanto que pue-

de ser analizado como un principio, un derecho fundamental o una garantía judicial de naturaleza procesal (Nieva, 2016). En cualquiera de los casos, se activa únicamente cuando una persona se ve involucrada en el proceso penal, mientras tanto se mantiene en abstracto como un derecho subjetivo inherente a toda persona.

Por otra parte, debe indicarse que, como derecho, principio o garantía se circunscribe el derecho procesal penal, donde constituye uno de los pilares fundamentales del ejercicio del poder punitivo del Estado, que debe estar sujeto a los límites que le imponen los derechos fundamentales de las personas reconocidos en los instrumentos internacionales sobre la materia y en la propia Constitución ecuatoriana. Se trata, como manifiesta Ovejero (2017) de un “principio configurador del proceso penal” (p. 431), pues establece desde el inicio del proceso contra una persona, la obligación de considerarla y tratarla como inocente aun en los casos que haya sido aprehendida en delito flagrante.

Su vinculación exclusiva con el proceso penal se la hace desde una perspectiva garantista de los derechos fundamentales de la persona procesada, tal como lo manifiesta Nieva (2016): la “presunción de inocencia es un principio informador de todo el proceso penal que intenta alejar principalmente a los jueces del atávico prejuicio social de culpabilidad” (p. 1). Si bien el principio no puede extirpar ese prejuicio del imaginario social, sí se impone como un deber de los servidores públicos policiales o judiciales que actúen el proceso, e incluso al juez que conoce y resuelve el caso.

Si la persona es responsable penalmente o no de los hechos que se le imputan, corresponde determinarlo al juez competente, y no a los servidores públicos que ejecuten la aprehensión o realicen las investigaciones preprocesales o procesales. Sobre éstos pesa la obligación de tratar a la persona bajo su custodia con respeto a sus derechos fundamentales, a su dignidad humana e integridad física y psicológica, y de presentarla ante el juez competente en el menor plazo posible pues,

de lo contrario, estarían incurso en una privación ilegítima de libertad. Así, el principio de presunción de inocencia limita las facultades de los servidores públicos y especialmente los miembros de los organismos policiales o de seguridad pública, a la realización de las acciones necesarias para que sea juzgado y condenado de hallarse culpable por el juez competente, y a actuar con la debida diligencia para recabar las pruebas tanto de cargo como de descargo que puedan incorporarse al proceso, cumpliendo todos los requisitos de licitud en la obtención y traslado bajo las reglas de la cadena de custodia.

El hecho de que la persona a quien se le imputan hechos delictivos deba considerarse y tratarse como inocente impone a los investigadores y al fiscal la obligación de actuar con imparcialidad y, en sus funciones de ejercer la acción penal pública, este último debe hacer y disponer todas las diligencias de investigación necesarias que puedan acreditar tanto la responsabilidad de la persona procesada como su inocencia, sin más interés que el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad que luego debe ser confirmada o rechazada por el juzgador en la sentencia que dicte al efecto.

El objetivo más importante de la presunción de inocencia es que “ninguna persona inocente debe ser sancionada, lo cual se funda en el principio de dignidad del ser humano” (Higa, 2013, pág. 115). Se basa en una presunción *iuris tantum* que se define como aquella que puede ser destruida por prueba en contrario (Lozano, 2012); en consecuencia, corresponde a la Fiscalía aportar las pruebas suficientes para destruir esa presunción, además de las que sirvan para reafirmar el estado de inocencia del procesado.

El mandato implícito en el principio de presunción de inocencia es que una persona imputada en un proceso penal tiene “derecho a no ser condenada si es que existe una duda razonable sobre su responsabilidad en el delito imputado” (Higa, 2013, pág. 117). Si tal duda existe una vez presentadas todas las pruebas en la audiencia del juicio oral,

con todas las garantías del debido proceso, el juzgador no tiene más que recurrir al principio *in dubio pro reo* que exige que se demuestre la culpabilidad más allá de toda duda razonable, y ratificar su inocencia. En su sentido práctico el principio indica que “que los reos deben ser considerados inocentes antes de ser condenados” (Nieva, 2016, pág. 4). El principio como tal “no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, sino, antes bien, que no puede ser considerado culpable hasta la decisión que pone fin al procedimiento, condenándolo” (Aguilar García, 2015, pág. 15). Dicho, en otros términos, si no se prueba la culpabilidad del condenado solo procede ratificar su inocencia, pues nunca perdió esa condición que solo se excluye con una sentencia condenatoria ejecutoriada.

### ***Estándares internacionales***

Las exigencias que plantea al Estado al principio de presunción de inocencia carecen de fuerza vinculante si no se incorporan a la legislación vigente o a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos suscritos por el Estado. Sobre el ordenamiento jurídico interno pesan las exigencias, en forma de recomendaciones, tratados, pactos o convenios internacionales, o expresadas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que en este apartado se analizan aquellas que debe cumplir el Estado ecuatoriano para garantizar el derecho a la presunción de inocencia.

Los tres instrumentos internacionales aplicables al derecho a la presunción de inocencia son los mismos ya comentados, cuando se analizó el derecho a la libertad personal y la prisión preventiva, es decir, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En todos ellos se hace referencia de manera más o menos amplia al principio de presunción de inocencia de la persona acusada de un delito.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce en su artículo 11.1 el derecho de toda persona acusada de un delito a que se presuma su inocencia mientras no exista sentencia ejecutoriada en su contra, dictada en un proceso con todas las garantías legales. Aquí se hace referencia a toda persona que esté sujeta a una investigación penal, siendo obligación de todos los servidores públicos involucrados, desde el que efectúa la detención hasta el juez, de presumir que la persona en cuestión es inocente y tratarla como tal, aun en los casos que haya sido aprehendida en flagrante delito.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contiene una fórmula legal más amplia en cuanto a su contenido y alcance, ya que en el artículo 14.1 toma como punto de partida el derecho a la igualdad de todas las personas ante los tribunales, así como el derecho a ser oída públicamente por un tribunal competente en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal; como acusado de un delito, durante todo el proceso la persona tiene derecho a ser considerada y tratada como inocente hasta que no se demuestre su culpabilidad.

De igual manera, la Convención Americana sobre Derechos Humanos recoge el principio de presunción de inocencia, como parte de las garantías judiciales del artículo 8, que se aplican a toda persona en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, debiéndose hacer efectivos otros derechos para que sea reafirmada la misma o, por el contrario, declarada su culpabilidad.

Todas esas garantías y derechos expresamente recogidos en la Convención, son los que debe incorporar el Estado a su ordenamiento jurídico interno, cuestión que puede ser revisada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como ha hecho en varios casos, al decidir si un Estado en particular es responsable o no de violar el derecho a la presunción de inocencia, como lo hizo respecto a la prisión preventiva.

Al respecto interesa mencionar dos casos y los argumentos presentados por el organismo sobre el derecho a la presunción de inocencia y las exigencias que se derivan del mismo. Por ejemplo, en el *caso Cantoral Benavides vs. Perú* (sentencia de 18 de agosto del 2000) señaló que:

El principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla (p. 43).

En el *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay* (sentencia de 31 de agosto de 2004) se refirió tanto a la naturaleza del derecho, a la presunción de inocencia como a las exigencias que plantea:

La Corte considera que el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa (p. 9).

En lo esencial, en las partes transcritas de cada una de las sentencias, se aprecia que la presunción de inocencia exige que ésta sea destruida en un proceso con todas las garantías, pues de lo contrario la persona deberá ser absuelta y ratificado su estado de inocencia. Asimismo, la persona protegida bajo esa presunción no tiene ninguna carga respecto a probar su inocencia, ya que la carga de la prueba corresponde al Estado por intermedio de la Fiscalía que ejerce la acción penal pública. Para contrastar los resultados obtenidos del estudio teórico y los estándares internacionales es necesario hacer un análisis de la prisión preventiva en el Ecuador y su relación con el principio de presunción

de inocencia, estudio que se realiza en el capítulo tercero de la investigación. Antes de llegar a ese punto debe presentarse el marco metodológico utilizado en la investigación.

*La presunción de inocencia en el Ecuador*

La presunción de inocencia es uno de los derechos que se pueden denominar históricos, pues su vigencia data de los inicios del derecho moderno en el siglo XVIII en la teoría de los derechos humanos y especialmente en el derecho penal, hasta que fue incorporándose paulatinamente a la legislación y las Constituciones de diferentes Estados. En consonancia con ello, en todas las Constituciones ecuatorianas de la segunda mitad del siglo XX se ha recogido el principio de presunción de inocencia en términos más o menos similares.

En la Constitución de 1967 la presunción de inocencia figuraba entre los derechos de la persona en su artículo 28, que disponía que “la inocencia se presume mientras no haya declaración judicial de culpabilidad con arreglo a la ley”; lo propio establecía la Constitución de 1978 en su artículo 19 numeral 17, que declaraba la presunción de inocencia mientras no existiera sentencia ejecutoriada.

El texto constitucional de 1998 reconocía ese derecho fundamental en su artículo 24 como parte del derecho a la libertad de las personas, de conformidad con el cual debía presumirse “inocente a toda persona mientras no se haya declarado su culpabilidad mediante sentencia ejecutoriada”. En todos los casos se repite el mismo patrón de reconocer a la presunción de inocencia como un derecho fundamental, y admitir como única excepción la existencia de una sentencia ejecutoriada que declarase la culpabilidad de la persona procesada.

La Constitución vigente de 2008 contiene a la presunción de inocencia dentro de los derechos de protección de la persona frente al Estado en su capítulo octavo; concretamente en su artículo 76 se establece el derecho a la presunción de inocencia en todo proceso donde se pue-

dan afectar los derechos o intereses de una persona, y será tratada como tal mientras no exista sentencia condenatoria ejecutoriada en su contra.

El desarrollo de esa garantía constitucional se encuentra en el artículo 5 del COIP, donde se establecen los principios procesales, entre los que se encuentra la “inocencia” como uno de los componentes del derecho al debido proceso penal, que reconoce el estado de inocencia de la persona procesada mientras no exista sentencia en su contra.

A diferencia de la doctrina y los textos constitucionales analizados, en el COIP la presunción de inocencia no es un derecho o una garantía del procesado, aunque puede funcionar como tal; por el contrario, es un estado o situación jurídica de la persona procesada, y que por tanto no se limita a su determinación en el proceso penal, sino que incluye todo el marco jurídico de protección construido alrededor de la persona, y que solo puede afectarse con una sentencia ejecutoriada que declare su culpabilidad; a partir de ese momento se rompe el estado de inocencia y con él se afectan todos los derechos de una u otra manera. Sobre el contenido y alcance del derecho a la presunción de inocencia la Corte Constitucional del Ecuador en la Causa No. 0563-12-EP, Sentencia No. 020-13-SEP-CC señaló que “la presunción de inocencia se puede traducir en el aforismo bien conocido en el derecho anglosajón: para declarar la culpabilidad de una persona, ésta debe ser probada sin que quede espacio para duda razonable” (pág. 21).

Mediante esta garantía se reconoce el derecho de la persona que viene siendo sujeto de una persecución criminal de ser considerado y tratado como inocente por el ordenamiento jurídico en su conjunto hasta que no exista un pronunciamiento judicial firme en el sentido de que el sujeto ha realizado un comportamiento delictivo.

Ya de inicio debe advertirse que el derecho a la presunción de inocencia no solo es una garantía que impone la consideración del imputado

como inocente, sino que su efecto más importante radica en que exige que la persona que viene afrontando un procedimiento criminal sea tratada, en los diversos sectores del ordenamiento jurídico y la vida social, como una persona de la que aún no se ha comprobado responsabilidad penal alguna.

En cuanto a la consideración como inocente, uno de los sectores más importantes en los que debe actuar esta garantía se encuentra en la información que se debe proporcionar sobre el estado del imputado en el proceso, tanto por los sujetos procesales, los poderes públicos en general, como, especialmente, por los agentes de los medios de comunicación. Rige, en consecuencia, una regla general de no resonancia de los actos investigatorios.

Se sabe que el proceso penal por sí mismo –independientemente de su finalización con una sentencia condenatoria o absolutoria– comporta un grave perjuicio para el honor del imputado, por sus efectos estigmatizadores. Pues bien, uno de los factores determinantes para acrecentar este fenómeno lo constituyen los medios de comunicación, en su costumbre de difundir fotografías, filmaciones, audios y no pocas veces adelantarse a las sentencias con calificaciones de “hampones”, “criminales”, “ladrones”, “violadores”, etcétera, informaciones que se difunden, muchas veces, sin que en el caso se haya expedido sentencia. Es necesaria, entonces, la actuación de esta garantía en el contexto del ejercicio del derecho constitucional a la información, para impedir que en los medios de comunicación se diga de la culpabilidad de los procesados más de aquello que se puede justificar según lo actuado en cada momento procesal de que se trate.

En lo que al tratamiento como inocente se refiere, cobran singular importancia sus implicaciones para la configuración de las medidas coercitivas, fundamentalmente en lo que respecta al mandato de detención. El principio de inocencia exige que la detención tenga una aplicación excepcional, de *ultima ratio*, toda vez que se trata de un medio de coer-

ción procesal de contenido idéntico a la más clásica de las sanciones criminales, la pena privativa de libertad.

Por tanto, las medidas de coerción no persiguen que al imputado se le pueda anticipar una pena durante el procedimiento, sino que la limitación procesal de los derechos fundamentales tiene como fundamento legítimo asegurar la realización del proceso de conocimiento –averiguación de la verdad– para actuar la ley sustantiva o para asegurar la ejecución efectiva de la sentencia.

Ahora bien, en cuanto al tratamiento de inocente, sus alcances no se limitan a las medidas coercitivas, sino que se manifiestan en cualquier sector del ordenamiento jurídico, en tanto el sujeto no puede ser considerado como culpable, razón por la cual no resulta lícito que se le prive de algún derecho u oportunidad en virtud de su condición de procesado; por ejemplo, para concursar por algún puesto en la administración pública no se puede discriminar o negar el acceso a las personas que están siendo procesadas, aunque sea por delitos en contra de la propia administración.

La doctrina ha puesto en evidencia que la presunción de inocencia posee una naturaleza *iuris tantum* (que admite prueba en contrario), que puede quedar desvirtuada como resultado de un proceso penal. Sin embargo, para que esto ocurra es necesario que se haya realizado una mínima actividad probatoria de cargo, es decir, de signo incriminatorio, de la que pueda deducirse la culpabilidad del procesado, realizada con estricta observancia de las garantías y normas procesales; en caso que esto no ocurra, el sujeto conservará su condición de inocente.

#### **2.4. Derecho de defensa**

Se entiende por derecho de defensa a la garantía constitucional que le asiste a toda persona que posea un interés directo en la resolución jurídica del proceso penal para poder comparecer ante los órganos de persecución pertinentes, a lo largo de todo el proceso, a fin de poder

resguardar con eficacia sus intereses en juego. En esta perspectiva amplia, todos los sujetos participantes del proceso penal, sean imputados o no, poseen una garantía constitucional de defensa. Es necesario advertir, sin embargo, que el Ministerio Público no posee un derecho a la defensa, sino un conjunto de facultades o armas para cumplir con su función persecutoria.

Es la facultad que toda persona tiene para contar con el tiempo y los medios necesarios para ejercer su defensa en todo proceso donde se vea involucrado. Todo justiciable tiene derecho a ejercer una defensa adecuada de sus intereses en cualquier tipo de proceso, sin embargo, este derecho adquiere significativa relevancia cuando se trata de un procedimiento penal, en el que está en juego la libertad y el patrimonio del imputado.

El derecho de defensa es la facultad de las partes de sostener sus posiciones y de contradecir los fundamentos del contrario. Es un derecho público constitucional que asiste a toda persona física a quien se le pueda atribuir la comisión de un hecho punible, mediante cuyo ejercicio se garantiza al imputado la asistencia técnica de un abogado defensor y se les concede a ambos la capacidad de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva y poder hacer valer dentro del proceso el derecho constitucional a la libertad del ciudadano.

Algunos de los efectos que presenta el derecho de defensa, como garantía constitucional son:

- Disponer de medios para exigir el respeto y efectividad de la defensa.
- La obligación de su respeto por parte de los poderes estatales y de los demás sujetos del ordenamiento.
- El derecho de defensa hace posible que el denunciado, inculgado o acusado puedan acceder a los demás derechos y garantías procesales. El básico contenido del derecho de defensa

consiste en la asistencia de un traductor o intérprete, a fin de posibilitar el conocimiento y comprensión del hecho que se imputa en casos en que el imputado hablare un idioma diferente al del tribunal. Este servicio debe ser proporcionado de forma gratuita por el Estado.

- También se trata de que exista información del hecho. De esta manera se garantiza el conocimiento efectivo que debe tener el imputado del hecho que se le atribuye, el cual debe comprender la calificación jurídica y la relación histórica del hecho, con indicación de las circunstancias de tiempo, lugar y modo. Posibilitándose así el ejercicio del derecho de defensa. Esta información debe ser previa o sin demora, es decir, realizarse antes de cualquier acto procesal. Se suma inmunidad de la declaración.

El imputado es libre para decidir si declara o no durante el proceso penal. Esta garantía se encuentra consagrada por los tratados internacionales que establecen el derecho de toda persona a no ser obligada a declarar contra sí mismo, ni a declararse culpable. En virtud de esta garantía mínima, el silencio del imputado, es decir, su abstención a declarar e incluso su mendacidad en caso de que declarare, no crea una presunción de culpabilidad en su contra.

Es preciso dejar aclarado que el derecho de defensa constituye una actividad esencial del proceso penal y admite dos modalidades, las cuales son: la Defensa Material, que realiza el propio imputado ante el interrogatorio de la autoridad policial o judicial. Consiste en la actividad que el imputado puede desenvolver personalmente haciéndose oír, declarando en descargo o aclarando los hechos que se le atribuyen, proponiendo y examinando pruebas y participando en los actos probatorios y conclusivos, o bien absteniéndose de realizar cualquiera de estas actividades.

También se tiene la Defensa Técnica, que está confiada a un letrado que elabora la estrategia defensiva y propone pruebas, que asiste y asesora jurídicamente al imputado y lo representa en todos los actos procesales no personales. Los pactos internacionales también regulan la defensa oficial, como el “derecho irrenunciable” del imputado a ser asistido gratuitamente por un defensor proporcionado por el Estado, cuando no designare defensor.

Con relación a esta garantía se suman un grupo más de derechos de los cuales goza el imputado como: la Autodefensa, tiene derecho a defenderse personalmente. La Comunicación entre imputado y defensor, que tiene por finalidad que el defensor asesore jurídicamente y se extiende aun a los períodos de incomunicación. La preparación de la defensa. El imputado tiene el derecho de preparar adecuadamente su defensa mediante la producción de pruebas para los fines de la defensa del imputado.

Los casos en los que el derecho a la defensa se vulnera se muestran cuando: se niega la asistencia de un abogado al imputado. Se impide al abogado comunicarse con su defendido. Se hacen las notificaciones con retraso. Se niega el acceso al expediente o a las diligencias vinculadas al proceso. Se obstaculizan los esfuerzos de la defensa para identificar, ubicar y obtener la comparecencia de testigos.

En síntesis, el derecho de defensa ampara al imputado desde el momento de la primera presunción (material) policial de su participación en el evento criminal hasta la definitiva resolución jurídica del conflicto criminal. En este sentido, lo acompaña tanto en sede de investigación preliminar policial, como en los momentos que le corresponden al Ministerio Público, el juez especializado en lo penal y las salas penales que intervengan en el caso.

Se entiende por derecho de defensa a la garantía constitucional que le asiste a toda persona que posea un interés directo en la resolución

jurídica del proceso penal para poder comparecer ante los órganos de persecución pertinentes, a lo largo de todo el proceso, a fin de poder resguardar con eficacia sus intereses en juego.

En esta perspectiva amplia, todos los sujetos participantes del proceso penal sean imputados o no, poseen una garantía constitucional de defensa. Es necesario advertir, sin embargo, que el Ministerio Público no posee un derecho a la defensa, sino un conjunto de facultades o armas para cumplir con su función persecutoria.

No obstante, lo señalado, es respecto de la persona perseguida que el derecho constitucional a la defensa presenta su mayor capacidad de rendimiento e importancia, pues si bien los distintos sujetos procesales se enfrentan entre sí, con sus propios medios, el imputado se enfrenta al Estado y a toda su maquinaria de persecución. Es por esta razón que en la doctrina se ha privilegiado la explicación del derecho a la defensa en sede penal, desde la perspectiva del imputado.

Se debe precisar que para el funcionamiento de esta garantía no es necesario, siquiera, que se haya instaurado un proceso penal formal, es decir, que se haya dictado un auto de apertura de instrucción; funciona ya con la mera imputación de la comisión de un ilícito criminal por alguna de las autoridades encargadas de la persecución penal. Como refiere San Martín (2003), “el derecho de defensa de toda persona nace, según el texto constitucional, desde que es citada o detenida por la autoridad. Ello significa que surge con la mera determinación del imputado: no hace falta que exista una decisión nominal o formal al respecto, basta que, de uno u otro modo, se le vincule con la comisión de un delito” (pág. 113).

En síntesis, el derecho de defensa ampara al imputado desde el momento de la primera presunción (material) policial de su participación en el evento criminal hasta la definitiva resolución jurídica del conflicto criminal.



## **2.5. Derecho al debido proceso**

En un primer acercamiento, su naturaleza resultaría de lo más amplia, pues su finalidad se refleja en la función de síntesis de las garantías destinadas a concretar la legitimidad procesal. En efecto, según un sector de la doctrina, a través del debido proceso se precipitan todas las garantías, derechos fundamentales y libertades públicas de las que es titular la persona.

El debido proceso legal es la institución del derecho constitucional procesal que identifica los principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza, justicia y legitimidad de su resultado.

El concepto de debido proceso que se usa en la mayor parte de los países latinoamericanos es una importación limitada del concepto del debido proceso legal anglosajón.

En nuestro sistema procesal el concepto de debido proceso se limita al ámbito del *fair trail* o juicio limpio y con este fin comprende a todas las garantías que estén en concordancia con el fin de dotar a una causa penal de los mecanismos que protejan a la persona sometida a ella. Comprende incluso a derechos que no se encuentran expresamente con carácter positivo, pero que en virtud de esta garantía se pueden invocar por responder a sus fines.

En suma, se entiende por debido proceso aquel que se realiza en observancia estricta de los principios y garantías constitucionales reflejadas en las previsiones normativas de la ley procesal: inicio del proceso, actos de investigación, actividad probatoria, las distintas diligencias judiciales, los mecanismos de impugnación, el respeto de los términos procesales, etc.

Se determinan como requisitos del proceso legal, debido y justo, los siguientes puntos que se detallan a continuación:

- Juez natural. El principio de juez natural, funciona como un instrumento necesario de la imparcialidad y como una garantía frente a la posible arbitrariedad de la actuación del poder penal del Estado en perjuicio del acusado que podría facilitarse mediante la asignación posterior al momento del acaecimiento del hecho que se le imputa, de un juez especialmente designado, no para juzgarlo imparcialmente (es decir, libre de mandatos políticos, de prejuicios o de presiones sobre el caso), sino para perjudicarlo. El órgano judicial debe presentar cuatro caracteres indispensables. Competencia o aptitud que la ley le confiere para ejercer su jurisdicción en un caso concreto. Independencia, implica que no se encuentre subordinado a ninguna de las partes del proceso. Imparcialidad, el juez es un tercero neutral para decidir el proceso con objetividad; y estar establecido con anterioridad por la ley, debe haber sido designado previamente al hecho que motiva el proceso, de acuerdo al mecanismo constitucional para su nombramiento.
- Derecho a ser oído. Facultad que tiene el justiciable de ser escuchado por el órgano competente (autoridad judicial, fiscal, policía). El derecho a ser oído se canaliza principalmente a través de la llamada “declaración del imputado” (indagatoria) acto predispuesto por las leyes procesales para que aquél decida libremente si prefiere ejercer su defensa material guardando silencio o a través de manifestaciones verbales en descargo o aclaración del hecho que se le atribuye y que se le ha hecho conocer previamente junto con las pruebas existentes en su contra, en forma detallada, y con el encuadramiento legal recaído, porque solo así podrá defenderse íntegramente. Si el imputado ejerce su defensa guardando silencio esta actitud no podrá ser utilizada como presunción en su contra (manifestación del derecho al comportamiento procesal pasivo), aspecto del que deberá ser informado debidamente por la autoridad judicial res-

ponsable del acto.

- Duración razonable del proceso. El proceso penal debe realizarse dentro de un plazo razonable a fin de que se resuelva la situación procesal del imputado, quien tiene derecho a obtener un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre y de innegable restricción a la libertad que comporta el enjuiciamiento penal.
- Publicidad del proceso. Con ello se asegura la transparencia de las decisiones judiciales, pues así estarán sometidas a un control popular. Además, con ella se concreta uno de los principios del sistema republicano: la publicidad de los actos del gobierno. La publicidad tiende a asegurar la defensa en su sentido más amplio. Los juicios deben ser públicos porque no puede existir credibilidad en la justicia si el trámite de los expedientes es realizado a puertas cerradas.
- Prohibición de doble juzgamiento. Consiste en que nadie puede ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. El inculgado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el pronunciamiento penal de cada país.

Como puede apreciarse, la naturaleza del derecho al debido proceso resulta muy amplia, pues su finalidad se refleja en la función de síntesis de las garantías destinadas a concretar la legitimidad procesal. En efecto, según un sector de la doctrina, a través del debido proceso se precipitan todas las garantías, derechos fundamentales y libertades públicas de las que es titular la persona. Esta garantía constitucional abarca los siguientes aspectos:

### ***Interdicción de la persecución múltiple (principio de ne bis in idem)***

Esta garantía comporta la imposibilidad de que una persona sea perseguida dos veces o más en razón de una misma imputación criminal.

En contra del entendimiento que tradicionalmente se ha dado al *ne bis in idem*, equiparándolo con el principio de la cosa juzgada (*ne bis in idem* material), el contenido de esta garantía ha demostrado poseer mayor amplitud, pues no solo comporta la prohibición de una persecución subsiguiente, es decir, cuando la imputación ya ha sido materia de un pronunciamiento final del órgano jurisdiccional correspondiente, sino que también se encuentra referido a la prohibición de una persecución paralela, es decir, que la persona sea perseguida al mismo tiempo en dos procesos diferentes (*ne bis in idem* procesal).

La garantía del *ne bis in idem*, como inadmisibilidad de persecución penal múltiple se asienta sobre tres requisitos concurrentes. En primer lugar, opera cuando la persecución penal se dirige contra la misma persona en la que ya ha recaído un pronunciamiento final o que viene siendo perseguida. Para este supuesto no importa la calificación jurídica que se haya realizado de la participación en el hecho del sujeto perseguido, si concurrió como autor, cómplice o instigador, sino solamente que se trate de la misma persona (*eadem personae*).

En segundo lugar, se necesita que se trate del mismo hecho punible (*eadem res*). Este requisito no hace referencia alguna a la calificación jurídica que haya tenido la conducta, sino al hecho fáctico por el cual se ha procesado o se viene procesando. Así, por ejemplo, no importará que el hecho haya sido calificado en un primer proceso, en el que se absolvió al imputado, como delito de homicidio y posteriormente se pretenda procesar, nuevamente, por el mismo supuesto fáctico, pero calificándolo jurídicamente como asesinato. En este extremo, es necesario dejar debidamente sentado que, conforme señala generalmente la doctrina, para que opere la garantía del *ne bis in idem* no es necesaria una identidad absoluta en los supuestos de hecho, sino que solo se debe mantener la estructura básica de la hipótesis fáctica. Es decir, que en términos generales el hecho sea el mismo. Caso contrario, sería muy fácil burlar esta garantía mediante la inclusión de cualquier detalle o circunstancia que ofreciera una pequeña variación en la hipótesis delictiva.

Finalmente, se debe exigir que se trate del mismo motivo de persecución (*eadem causa petendi*). Esto significa que el *ne bis in idem* solo funciona en sede penal en los casos en que ambos procesos tengan por norte la aplicación de una sanción. Así, no funcionaría la garantía en comento en los casos en que el otro proceso careciera de connotaciones sancionadoras; por ejemplo, si se tratara de un proceso civil en el que se pide la reparación del daño causado por el delito.

Esta garantía ha merecido pronunciamientos expresos del Tribunal Constitucional (TC) peruano, en los que se la identifica como parte del derecho al debido proceso penal y se reconoce su doble perspectiva: *material* y *procesal*. En el expediente N.º 0729-2003-HC/TC, el TC ha expresado lo siguiente:

Sobre el particular, este Tribunal ha señalado, en diversas ocasiones, que el derecho de no ser sancionado dos veces por un mismo hecho o el de no ser procesado dos veces (*non bis in idem*), constituye un contenido implícito del derecho al debido proceso reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución. Dicho principio, en su vertiente procesal, se encuentra contemplado en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que declara que “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual ya haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”; y en el artículo 8.4 de la Convención Americana, según el cual “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. En su vertiente procesal, el principio *non bis in idem* garantiza que no se vuelva a juzgar a una persona que ya lo haya sido, utilizando similar fundamento. Y ello con la finalidad de evitar lo que la V Enmienda de la Constitución norteamericana denomina *double jeopardy*, es decir, el doble peligro de condena sobre una persona.

Este principio contempla la prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras, la proscripción de ulterior juzgamiento cuando

por el mismo hecho ya se haya enjuiciado en un primer proceso en el que se haya dictado una resolución con efecto de cosa juzgada.

*Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*

Para que la actividad jurisdiccional alcance sus objetivos de justicia es necesario que el proceso se tramite con celeridad. Aunque es una garantía aplicable a cualquier tipo de proceso, esta exigencia se acentúa de gran manera en sede penal, en razón del reconocimiento que tiene la persona de liberarse cuanto antes del estado de sospecha que pesa sobre sus hombros y de las restricciones de derechos que el proceso criminal indefectiblemente comporta.

Como su denominación lo indica, este derecho garantiza que el proceso penal se lleve adelante y finalice sin que existan dilaciones indebidas en su tramitación. Sin embargo, más allá, como bien lo ha señalado el Tribunal Supremo Federal norteamericano, quizá la nota más importante que caracteriza a esta garantía (*speedy trial*) es que se trata de un concepto más vago que los que definen otros derechos procesales, de modo que es imposible determinar de manera general y con absoluta precisión cuándo ha sido violado. Así, no toda dilación o retraso en la tramitación del proceso puede identificarse como una infracción de la garantía en comento, sino que las dilaciones indebidas han sido entendidas como supuestos extremos de funcionamiento anormal de la administración de justicia, con una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o lo tolerable, y además imputable a la negligencia o inactividad de los órganos encargados de la administración de justicia.

En este marco, la evaluación sobre la existencia de un proceso con dilaciones indebidas debe realizarse caso por caso, mediante la aplicación de las circunstancias de cada supuesto de un grupo de factores objetivos y subjetivos que sean congruentes con su enunciado genérico; no se puede limitar a una simple constatación del incumplimiento de los plazos, pues incluso reclama su funcionalidad para los casos en

que no se ha previsto un plazo específico. La evaluación de la existencia de dilaciones indebidas ha de ser integrada en cada caso concreto mediante el examen de la naturaleza del objeto procesal, de la actividad del órgano judicial y del propio comportamiento del recurrente. Así, se deben analizar la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de otros litigios del mismo tipo, el interés en juego del presuntamente perjudicado, su conducta procesal y, finalmente, la conducta de las autoridades y la consideración de los medios disponibles.

En cuanto a la consecuencia de la violación de esta garantía, puede considerarse en el plano dogmático una atenuación de la pena debido a una disminución del merecimiento de pena, bien se explique ésta de la prevención general integradora o conforme a la prevención general negativa.

### ***Derecho a un juez imparcial***

Dado el carácter fundamental de esta garantía para los sistemas procesales, ha sido denominada el principio supremo del proceso. Nos encontramos ante la exigencia mediante la cual se persigue que el funcionario encargado de la resolución jurídica del conflicto criminal no posea algún interés particular, más allá de la correcta aplicación de las normas del derecho penal. En verdad, nos encontramos frente a una de las garantías más importantes de cualquier tipo de proceso, pues el primero de los requisitos estructurales que ha de cumplir necesariamente cualquier juez o tribunal, para poder ser considerado como tal, es el carácter o condición de tercero ajeno al conflicto que ante él planteen las partes procesales al demandar su solución.

La actividad judicial es, ante todo, una actuación ***desinteresada***, y puede afirmarse que la legitimación judicial se encuentra antitéticamente opuesta a la de las partes; en tanto que la legitimación de éstas se determina por la titularidad de un derecho o la existencia de un interés en el proceso, la del juez proviene precisamente de esa ausencia de interés con el objeto procesal.

La imparcialidad impone la rigurosa aplicación del principio de la identidad: el juez es juez, nada más que juez. Y entre el juez y las partes resulta aplicable el principio del tercero excluido: o bien es parte, o bien es juez; no hay posibilidad intermedia. Así, en tanto garantía, el derecho a un juez imparcial se debe configurar para operar antes de que se haya producido la parcialización efectiva del juzgador, para actuar frente a los casos en que existe el peligro de que dicha parcialización se verifique. Es en este sentido que se debe asegurar el apartamiento del conocimiento del proceso del juzgador sobre el que existe sospecha de parcialidad, para lo que el legislador debe proveer y regular las instituciones jurídicas de la abstención (inhibición) y la recusación.

Dentro de esta garantía, se encuentra el derecho al *juez natural* o *predeterminado por ley*, en virtud del cual el juez penal será competente para conocer de un proceso penal siempre y cuando su competencia haya sido previamente determinada por ley. Pero ¿en qué momento debe determinarse la competencia del juez?, ¿antes del proceso penal? o ¿en el momento de la comisión del delito? Para el TC peruano, la imparcialidad del juez penal queda absolutamente definida si es investido de competencia antes del inicio del proceso penal. Así, el máximo Tribunal ha ratificado la exigencia de que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminadas por la ley, lo que implica la predeterminación (y no solo la determinación) del órgano judicial y su competencia. Desde esta última perspectiva, la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, lo que garantiza que nadie pueda ser juzgado por un juez *ex post facto* o por un juez *ad hoc*.

#### *Prohibición de compeler a declarar o a reconocer la culpabilidad*

La garantía de no autoincriminación o *nemo tenetur* está prevista en el artículo 8.2. g de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (*Nemo tenetur armare adversarium contra se* ('nadie está obligado a darle armas a su adversario contra sí mismo') o *nemo tenetur se ipsum prodere* ('nadie está obligado a traicionarse'). Nos encontramos frente

al derecho que tiene la persona para decidir libremente si declarará o no cuando viene siendo objeto de una persecución penal, así como respecto de cuál habrá de ser el contenido de su declaración. Los funcionarios encargados de la persecución penal no están legitimados para compeler al individuo a declarar y, mucho menos, a declarar de una determinada manera.

Esta garantía tiene por finalidad desterrar aquellas concepciones inquisitivas que buscaban afanosamente lograr la confesión del imputado, incluso en desmedro de su dignidad como persona humana. Entre las consecuencias más importantes de este derecho se encuentra el que de ninguna manera se puede obligar, ni inducir siquiera, al imputado a reconocer su culpabilidad, pero también se contiene el derecho a que, de la negativa a declarar, del silencio del imputado frente a preguntas concretas o, incluso, frente a su mentira, no se puedan extraer conclusiones de culpabilidad.

La prohibición de compeler a declarar o reconocer la culpabilidad y sus consecuencias no solo surte efectos en sede judicial (en todas sus etapas), sino también en cualquiera de los estadios por los que pasa la persecución penal; así, puede ser reclamada tanto ante la Policía como frente al Ministerio Público, e incluso en los supuestos en los que sea necesario el antejuicio constitucional para que la acción penal se tenga por expedita, es decir, para la persecución de los altos funcionarios del Estado protegidos por este mecanismo.

La eficacia de esta garantía, correctamente entendida, no solo se debe limitar a las declaraciones de los imputados; se extiende a los testigos, quienes, pese a tener el deber procesal de declarar la verdad, se encuentran amparados por esta garantía en tanto se trate de declaraciones que no versen exclusivamente sobre la responsabilidad penal de terceros, sino que, de alguna manera, expresen la probabilidad de responsabilidad penal propia.

## **2.6. Derecho a la tutela judicial**

En el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador se establece el derecho de acceso gratuito a la justicia y a la tutela de sus derechos.

**Artículo 75.-** Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

A su vez el art. 8 de la Convención Americana de Derechos humanos, Pacto de San José de Costa Rica, con rango constitucional supremo de conformidad con el artículo 425 de la Constitución, reconoce a toda persona el derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente, imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Es un derecho de todas las personas tener acceso al sistema judicial y obtener del mismo una resolución fundada en derecho –y, por tanto, motivada– que pueda ser de inadmisión cuando concurre una causa legalmente prevista. A ello se añade el derecho a no sufrir indefensión, esto es, a poder ejercer en el proceso, en apoyo de la propia posición, todas las facultades legalmente reconocidas.

El contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva está dado por el derecho de acceso a los tribunales. Sumado al derecho de obtener una sentencia fundada en derecho. Junto con el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales. Y derecho a un recurso legalmente efectivo.

Si bien el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva ha sido equiparado por algunos autores con el *due process of law* del derecho anglosajón, lo cierto es que, para los países latinos, su configuración como derecho fundamental, que rige no solo el proceso, sino que incluso lo fundamenta como mecanismo legítimo para la solución de los conflictos, es ya indiscutible.

Las garantías de la jurisdicción se encuentran reguladas por principios políticos objetivos y subjetivos. Los principios subjetivos son entendidos como reglas que regulan la carrera judicial (independencia y responsabilidad de los jueces) y los principios objetivos como reglas de organización y funcionamiento de los órganos encargados de la administración de justicia (unidad, exclusividad y juez legal). Tanto los principios subjetivos, como los objetivos tienen por fin último el preservar la imparcialidad de los jueces.

Estas garantías son las siguientes:

- Unidad y exclusividad de la jurisdicción. Es evidente que si la jurisdicción es una potestad que emana de la soberanía popular, tiene que ser única. La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos. Esta es una función exclusiva, pues el Estado tiene el monopolio jurisdiccional, que surge de la división de poderes o funciones: Función Ejecutiva, Función Legislativa, Función Judicial, Función Electoral y Función de Transparencia y Control Social, cada una de las cuales ejerce una función estatal por intermedio de sus diferentes órganos.
- Juez legal o predeterminado por la ley. Este derecho al juez legal encierra una doble garantía, por un lado, para el justiciable a quien se le asegura que en momento alguno podrá ser juzgado por un órgano distinto de los que integran la jurisdicción y, por otro lado, constituye una garantía propia de la jurisdicción, pues impide que el Poder Ejecutivo disponga a su antojo la constitución y funcionamiento de los tribunales. Este derecho a un juez

legal o predeterminado por la ley comprende, que el órgano judicial haya sido creado previamente, respetando la reserva de ley de la materia. Que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador del proceso judicial. Al mismo tiempo que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle como un juez *ad hoc* o excepcional. (Prohibición de jueces extraordinarios o especiales).

- Y por último que la composición del órgano judicial venga determinada por ley, siguiéndose en cada caso concreto los procedimientos legalmente establecidos para la designación de sus miembros. Mientras la preconstitución legal del juez y la inalterabilidad de las competencias, son garantías de imparcialidad, la prohibición de jueces especiales y extraordinarios es, sobre todo, una garantía de igualdad, que satisface el derecho de todos a tener los mismos jueces y los mismos procesos. Así pues, ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.
- Imparcialidad e independencia judicial. El derecho del procesado a ser juzgado por jueces imparciales está consagrado en diversos tratados internacionales y es reconocido como constitutivo de la jurisdicción, ya que la misma esencia de la jurisdicción supone que el titular de la potestad jurisdiccional no puede ser, al mismo tiempo, parte en el conflicto que se somete a su decisión. En toda actuación del derecho por la jurisdicción han de existir dos partes enfrentadas entre sí, que acuden a un tercero imparcial que es el titular de las potestades, es decir, el juez o magistrado. Esta calidad de no parte ha sido denominada imparcialidad. Por consiguiente, este derecho a la imparcialidad del juzgador es una exigencia de la administración de justicia. La condición de tercero es uno de los requisitos básicos, estructurales que debe cumplir cualquier juez para ser considerado como tal.

La imparcialidad es la condición de tercero del juzgador, es decir, de no ser parte, ni estar involucrado con los intereses de ésta, ni comprometido con sus posiciones; y la actitud de mantener durante el proceso la misma distancia de la hipótesis defensiva, hasta el acto mismo de la sentencia. La independencia del juez significa además que su accionar solo está sometido a la Constitución, a la ley y a su criterio de conciencia.

Esto ocurre porque la Función Judicial en esencia, tiene una función de equilibrio entre los otros poderes y está facultada para controlar y limitar el ejercicio del poder del Estado, por ello se le otorga la facultad de control constitucional difuso, como consecuencia de reconocer la supremacía de la Constitución sobre las demás normas legales. Finalmente, la independencia jurisdiccional de los jueces implica que ninguna autoridad, ni siquiera los magistrados de instancias superiores pueden interferir en su actuación. Y el otro pilar en que se basa la independencia judicial lo constituye la elección de los magistrados mediante un procedimiento transparente y por un órgano no político y autónomo.

Como ya se dijo anteriormente el imputado ante este derecho de defensa tiene derechos, valga la redundancia, los cuales son, al mismo tiempo, obligaciones del Estado. A fin de posibilitar el conocimiento y comprensión del hecho que se incrimina en casos en que el imputado habla un idioma diferente al del tribunal. Este servicio debe ser proporcionado de forma gratuita por el Estado. También se trata de que exista información del hecho. De esta manera se garantiza el conocimiento efectivo que debe tener el imputado del hecho que se le atribuye, el cual debe comprender la calificación jurídica y la relación histórica del hecho, con indicación de las circunstancias de tiempo, lugar y modo. Posibilitándose así el ejercicio del derecho de defensa. Esta información debe ser previa o sin demora, es decir, realizarse antes de cualquier acto procesal. Se suma la inmunidad de la declaración. El imputado es libre para decidir si declara o no durante el proceso penal, entre otros.

Siguiendo nuestro análisis percibimos que en mayor medida el derecho de defensa presenta sobre la posición de imputado más beneficiosas herramientas de defensa. Lo cual no creemos erróneo, nuestro cuestionamiento no se basa en la idea de que el derecho a la defensa debiera limitarse para con el imputado.

Todo lo contrario. Creemos que éste debería ampliarse y llegar a ser, más aun, un derecho de defensa en juicio de la víctima, para que con independencia de la actuación fiscal (que ejerce acción pública en todos los casos de delitos) pueda presentarse en juicio y con asistencia letrada (gratuita) a ejercer el rol de acusador particular todo aquel que esté interesado en actuar como tal y no tenga los medios económicos necesarios. Estas asistencias letradas, debe proveerlas el Estado para cumplir acabadamente con el deber que éste tiene para con el derecho de defensa en juicio.

Los alcances del derecho a la tutela judicial efectiva, que es además una garantía de orden constitucional en la mayoría de los sistemas procesales penales de la región y del mundo –aunque en algunos dentro de la garantía del debido proceso– no es un tema zanjado ni pacífico. Así, en algunas oportunidades se ha señalado que definir en forma más o menos precisa la garantía de la tutela judicial efectiva en el derecho español es muy difícil, porque son tantos los aspectos que se han estimado amparados en ella, que bien se podría decir que la cobertura que presta es casi ilimitada; que su vitalidad es tan extraordinaria que prácticamente todo el esquema de garantías constitucionales podría construirse sobre ella. En esa perspectiva, la Corte Constitucional del Ecuador, aunque no de manera expresa, ha señalado que un mecanismo de protección de la tutela judicial efectiva está configurado por las acciones de garantías jurisdiccionales, que constituyen medios procesales constitucionales para la defensa y vigencia de las garantías constitucionales del proceso penal.

Por ello, bien puede decirse que, detrás de la constitucionalización de procesos como el hábeas corpus, el amparo o el hábeas data, la Constitución ha reconocido el derecho (subjetivo-constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales. El reconocimiento de este derecho no solo exige el respeto de los poderes públicos, sino, además, se configura como una garantía institucional del Estado constitucional de derecho, por cuanto la condición de norma suprema de la Constitución y la necesidad de su defensa opera tanto en el proceso de producción jurídica de las fuentes formales del derecho como ante todos los órganos estatales e, incluso, ante los privados, cualquiera sea el tipo, la calidad o naturaleza de los actos que puedan practicar. Y es que el reconocimiento de los derechos fundamentales y el establecimiento de mecanismos para su protección constituyen el supuesto básico del funcionamiento del sistema democrático.

Ahora bien, sin desconocer la amplitud y riqueza de esta garantía, su núcleo esencial está contenido, como señala Asencio (1997):

### ***Derecho de libre acceso a la jurisdicción***

Aun cuando no aparezca reconocido de modo explícito, el derecho a la tutela judicial comprende el derecho de acceso a la justicia, como condición *sine qua non* para obtener tutela judicial efectiva. Mediante este derecho se garantiza al individuo la posibilidad de acceder al proceso jurisdiccional, promoviendo o solicitando su inicio ante el órgano legalmente competente, o concurriendo válidamente al proceso ya iniciado, en los casos en que tuviere algún interés en la resolución jurídica de éste (en los casos del imputado o el tercero civil).

En el proceso penal este derecho se tiene que apreciar necesariamente desde las posibilidades de acceso real a la jurisdicción del propio imputado, así como del actor civil y del tercero civilmente responsable. Para cada uno de estos sujetos procesales –sin importar que se trate de un sujeto contingente o no necesario– se deben prever las vías legales

para una efectiva garantía de su derecho de acceso a la jurisdicción. En cuanto al imputado, se debe garantizar que acceda al proceso jurisdiccional (e incluso, en los momentos previos, en el policial y fiscal) como una efectiva parte de éste, con los derechos y deberes que fluyen de su condición de sujeto procesal. Esta garantía comporta necesariamente la superación definitiva de la concepción inquisitiva que entendía al procesado como un mero objeto de investigación, frente al cual, incluso, estaba permitido el secreto de la instrucción.

En lo que respecta a la víctima, aunque generalmente el derecho de acceso a la justicia presenta la particularidad de que es el Ministerio Público el que tiene la exclusividad para promover la acción penal, ello no obsta para que los ciudadanos tengan el derecho a formular denuncias y que si el fiscal las rechaza puedan instar el control jerárquico del superior. Una vez promovida la acción penal, los agraviados están autorizados a constituirse en parte civil, sin perjuicio de que decidan –sin condicionamiento alguno– acudir a la vía civil interponiendo una demanda de indemnización.

En suma, si bien la víctima no está legitimada para reclamar la imposición de una pena al presunto delincuente, sí lo está para acudir directamente al órgano judicial a fin de obtener una indemnización.

- ***Derecho de libre acceso al proceso en las instancias reconocidas.*** Conforme ha sido concebida en la doctrina jurisprudencial constitucional española, esta consecuencia del derecho a la tutela judicial efectiva constituye una mera continuación del derecho de acceso al proceso. Esta garantía se refiere a la posibilidad que deben tener las partes de acceder a los recursos e instancias correspondientes en tanto éstos se encuentren legalmente previstos.

No obstante, esta garantía no debe entenderse como un derecho a la pluralidad de instancias; solo constituye un derecho a acceder a las instancias –por ende, al recurso que la posibilita– ya legalmente previstas.

- *Derecho a obtener una resolución fundada en derecho que ponga fin al proceso.* Los derechos de libre acceso a la jurisdicción y al proceso en sus instancias reconocidas perderían razón de ser, como integrantes del superior derecho a la tutela judicial efectiva, si el sujeto no tuviera también el derecho a una resolución fundada en derecho que ponga fin al proceso. De nada serviría que se le haya permitido al sujeto comparecer al proceso, en sus instancias legalmente previstas, si no se prevé también un derecho para que el órgano jurisdiccional no pueda eludir dar la respuesta jurídica cuya búsqueda dio origen al proceso o dé una que resulte ambigua.

Sin embargo, no es cualquier respuesta la que satisface el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que es necesario que ésta, además de ser clara, se encuentre debidamente motivada, tanto desde una perspectiva fáctica como jurídica. Este derecho a la motivación de la resolución que ponga fin al proceso se encuentra incluido también en la garantía procesal específica de motivación de resoluciones jurisdiccionales.

Un problema especial y común en nuestros sistemas jurídicos es el relativo a la fundamentación de las penas y demás consecuencias jurídicas. Y es que la fundamentación de una sentencia condenatoria no se agota en la atribución del hecho culpable a una persona, sino que se extiende a la motivación de la decisión sobre la pena que se impone y su modo de ejecución.

- *El derecho a la efectividad de la tutela judicial (derecho a la ejecución).* Finalmente, el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva se complementa con el derecho que se tiene a que la resolución que pone fin al proceso pueda ser operativizada en la realidad. De nada serviría permitir el acceso al proceso y lograr la obtención de una resolución que le ponga fin de forma favorable, si es que el pronunciamiento judicial queda solo en eso, un pronunciamiento, y no puede conseguir virtualidad en la vida social.



**Tabla 2.** En todos los casos el estudiante debe argumentar su respuesta mediante ejemplos.

Se evaluará mediante exposiciones orales en taller de debate en clases de acuerdo con la siguiente rúbrica.

<b>Criterios</b>	<b>Excelente</b>	<b>Aceptable</b>	<b>Insuficiente</b>
<p><b>1. Dominio del tema</b> Demuestra un sólido conocimiento del tema, producto de las lecturas de la bibliografía indicada y de sus propias investigaciones.</p>	3-4 puntos	2-2,9 puntos	0-1,9 puntos
<p><b>2. Concreción y claridad en la exposición de las ideas</b> Las ideas se exponen una secuencia lógica, con claridad y precisión, sin divagar ni exponer aspectos incidentales sin relevancia.</p>	3-4 puntos	2- 2,9 puntos	0-1,9 puntos
<p><b>3. Uso del lenguaje</b> La estructura de las frases debe ser apropiada al tema expuesto. Uso correcto y preciso del lenguaje técnico.</p>	2-3 puntos	1-1,9 puntos	0-0,9 puntos

El tema será evaluado mediante el control de lectura y el sistema de preguntas de opción múltiple en la plataforma Moodle.

1<sup>RA</sup> EDICIÓN

# GARANTÍA Y AMPAROS DE LOS DERECHOS EN MATERIA PENAL

## **Unidad 3**

GARANTÍAS DE IGUALDAD  
EN MATERIA PENAL (GARANTÍAS SUSTANTIVAS  
Y GARANTÍAS PROCESALES)



### **Presentación de la unidad académica**

El derecho penal moderno se divide en tres sectores específicos. En primer lugar, el derecho penal sustantivo, que es donde se establecen las infracciones y sus penas, antecedidas por los aspectos genéricos aplicables a todos los delitos como las cuestiones relativas a autoría y participación, concurso de delitos, circunstancias atenuantes y agravantes, eximentes de responsabilidad penal, sujetos responsables de las infracciones, entre otras que constan en el Libro Preliminar y en el Libro Primero del Código Orgánico Integral Penal. A este sector del derecho penal pertenecen las llamadas garantías sustantivas.

En segundo lugar, aparece el derecho procesal penal, donde se establecen los principios y normas procesales según las cuales debe juzgarse a las personas presuntamente responsables de infracciones penales, para determinar la existencia material del delito y su intervención en calidad de autor o cómplice. Esas normas y principios están desarrollados en el Libro Segundo del Código Orgánico Integral Penal, y a ellas pertenecen las llamadas garantías procesales.

Para completar la estructura del derecho penal moderno existen las normas de ejecución de las penas, donde también se aplican principios sustantivos y procesales previstos tanto en las normas constitucionales como en los instrumentos internacionales de derechos humanos. En el ordenamiento jurídico vigente en el Ecuador esas normas y principios están desarrolladas en el Libro Tercero del Código Orgánico Integral Penal.

El punto que vincula a esos tres sectores normativos, para su estudio en esta unidad, es la igualdad de los sujetos procesales, la cual se manifiesta tanto en las garantías genéricas, ya explicadas, como en las garantías específicas que se analizan en esta parte del módulo. Aquí se habla de garantías que se activan y aplican al interior del proceso penal, la cuales tienen como finalidad regular la actuación de los sujetos procesales y el juzgador desde la fase de investigación preproce-

sal y procesal hasta que recaiga en el caso la sentencia condenatoria o absolutoria. Se incluyen las garantías de las víctimas de la infracción y de la persona procesada, con breve referencia a su estado actual en el plano internacional e interamericano.

Las actividades académicas planteadas tienen como finalidad ampliar los aspectos explicados por el docente y fomentar en los maestrantes la capacidad analítica en temas de protección jurisdiccional de los derechos humanos en el proceso penal.

### **3.1. Garantías procesales específicas**

Como garantías procesales específicas se hace referencia a aquellas que funcionan dentro del proceso penal en sentido estricto; es decir, desde la formulación de cargos hasta la sentencia condenatoria o absolutoria, cuando ésta queda ejecutoriada. Para que tales garantías se materialicen es preciso que se formulen cargos y se desarrolle el proceso, por lo que no son aplicables a fases previas a esa etapa, como sería la investigación preprocesal, la aplicación del principio de oportunidad u otras fórmulas que por su propia naturaleza impiden que el proceso llegue a las audiencias respectivas.

### **3.2. Principios de inmediación y mediación**

*Son principios referidos a la relación entre el juez y las pruebas.* Como lógica consecuencia de la vigencia del principio de oralidad, surge en la fase probatoria el principio de inmediación. Según este principio, la actividad probatoria ha de transcurrir ante la presencia o intervención del órgano jurisdiccional encargado de pronunciar la sentencia. Un procedimiento está presidido por el principio de inmediación cuando el juez o el tribunal está obligado a formar su íntima convicción y a fundamentar su sentencia exclusivamente con el resultado probatorio que ha podido formarse bajo su directa intervención en el juicio oral.

La vigencia del principio de inmediación obliga a que la sentencia sea dictada también con *inmediatez temporal*, porque, de otro modo, los

resultados favorables de aquella, tales como las impresiones y recuerdos, se borran o desaparecen de la memoria de los miembros del tribunal, y ello haría necesaria la declaración de nulidad y consiguiente repetición del juicio oral.

### **3.3. Publicidad del proceso**

*Es un principio referente al conocimiento de los actos procesales.* El *principio de publicidad* del proceso penal fue una conquista del pensamiento liberal. Frente al procedimiento escrito o *justicia de gabinete* del antiguo régimen, el movimiento liberal opuso la publicidad del proceso como seguridad de los ciudadanos contra la arbitrariedad judicial y política (injerencia del Ejecutivo en la administración de justicia). También este principio de publicidad aporta como medio para el fortalecimiento de la confianza ciudadana en sus jueces, y a la seguridad jurídica.

Por *proceso público* cabe entender aquel procedimiento en que la ejecución o práctica de la prueba se realiza mediante la posibilidad de asistencia física, no solo de las partes, sino de la sociedad en general. El procedimiento es público cuando con anterioridad al inicio de las actuaciones del juicio oral el tribunal dispone la *audiencia pública*; es secreto cuando transcurre *a puerta cerrada*.

Este principio se encuentra fuertemente afectado en el proceso penal sumario, pues, al resolverse en una sola etapa, en el Perú llamada *de instrucción*, la publicidad de la actuación probatoria queda excluida totalmente, lo que genera alta probabilidad de justicia de gabinete.

### **3.4. Principio de celeridad**

*Principio referido a la marcha de los actos procesales.* El denominado *principio de aceleración* o de celeridad del procedimiento es otro de los principios que conforman la sucesión temporal de los actos procesales. Presenta, en la actualidad tres importantes manifestaciones:

- a. desde el punto de vista de la legalidad ordinaria, la celeridad ha de obtenerse mediante la adecuada combinación de los princi-

- pios de preclusión, eventualidad y concentración del procedimiento;
- b. desde la legislación constitucional, es un auténtico derecho fundamental el que todo ciudadano tiene “a un proceso sin dilaciones indebidas”;
  - c. desde la política legislativa, al haberse convertido el principio de celeridad, junto con el de eficacia, en uno de los postulados de la justicia social contemporánea, ha de informar las sucesivas reformas legislativas.

Desde una perspectiva constitucional, el principio de celeridad se manifiesta también como un auténtico derecho fundamental, que a todo ciudadano asiste, a un proceso “sin dilaciones indebidas o a que su causa [sea] vista dentro de un plazo razonable” (como se establece, por ejemplo, en el artículo 6.1. del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

Se trata de un derecho subjetivo constitucional, que asiste a todos los sujetos que hayan sido parte en un procedimiento penal, de carácter autónomo, aunque instrumental del derecho a la tutela, y que se dirige a los órganos del Poder Judicial (aun cuando en su ejercicio han de estar comprometidos todos los demás poderes del Estado), creando en ellos la obligación de actuar en un plazo razonable el *ius puniendi* o de reconocer y, en su caso, restablecer inmediatamente el derecho a la libertad.

### **3.5. Garantías procesales de la víctima**

Como señala Cafferata (2000), la víctima comparte con el imputado tres garantías judiciales comunes: 1) la igualdad ante los tribunales, 2) la defensa en juicio y el acceso a la justicia, y 3) la imparcialidad de los jueces. Pero a la víctima compete además un sólido lugar en el proceso penal. El artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece la obligación del Estado de dispensar una debida protección judicial a sus ciudadanos cuando alguno de sus derechos, constitucional o convencionalmente reconocidos, ha sido vulnerado.

Más concretamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la vulneración de derechos por particulares o funcionarios públicos, derivados de delitos, obliga a los Estados a perseguir y sancionar a los responsables. Y ello comprende por un lado la necesidad de identificar a los responsables, imponerles las sanciones pertinentes y asegurar a la víctima una adecuada reparación (CIDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1988); pero además implica que la investigación emprendida sea efectiva, que persiga verdaderamente la sanción de los culpables y, además, que “toda esa actividad del gobierno culmine con la reparación a la parte lesionada” (CIDH, Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia, 1995).

El artículo 8.1 de la Convención obliga, además, en ese contexto, a proveer mecanismos procesales para invocar tutela jurisdiccional; así, las víctimas conservan un derecho fundamental de acceder al proceso y de lograr una respuesta adecuada y eficaz a su pretensión. Se entiende de ese modo que la víctima tiene cuando menos dos derechos: el derecho a la verdad (procesal) y a intervenir en el proceso penal a fin de que se esclarezca el delito en su agravio (incluso ejerciendo actividad probatoria e impugnatoria), al igual que el derecho a una reparación adecuada (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). A efectos de garantizar el derecho a la verdad en su dimensión individual, y empleando como referencia el caso sobre desaparición forzada objeto del hábeas corpus, el supremo intérprete de la Constitución deja en claro que todas las personas afectadas por un crimen contra sus derechos humanos tienen derecho a saber:

- a. Quién fue el autor de ese acto.
- b. En qué fecha y lugar se perpetró, cómo se produjo.
- c. Por qué se lo ejecutó.
- d. Dónde se hallan sus restos, entre otros aspectos.

Este derecho a la verdad es de carácter permanente, aunque haya transcurrido mucho tiempo desde la fecha en la cual se cometieron los

actos ilícitos. Por lo tanto, remarca que las investigaciones sobre las violaciones a los derechos humanos son imprescriptibles.

### **3.6. Las garantías mínimas del proceso penal en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos**

Sin duda, el proceso penal tiene un alto contenido constitucional, pues regula en esencia el conflicto entre el poder estatal sancionador o *ius puniendi* y los derechos fundamentales de las personas –la libertad personal, principalmente–, lo que a su vez puede generar un conflicto que trasciende a veces la naturalidad de los jueces competentes en su competencia ordinaria (doble instancia) e incluso la competencia de sus territorios nacionales, con lo que se genera la competencia de la Corte Constitucional, en el primer caso, o la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cada Estado democrático se encuentra sometido a la observancia de un conjunto de reglas mínimas en el ejercicio del *ius puniendi*, y ello constituye, en realidad, una verdadera exigencia normativa de un debido proceso penal, en el que tanto el legislador nacional como, fundamentalmente, el juez penal tiene un papel fundamental. El significado material y constitucional del proceso penal, frente a los vacíos legales o errados criterios de interpretación, encuentra por lo general acogida en la jurisdicción internacional.

De ahí que resulta importante tener en cuenta las reglas mínimas del proceso penal conforme a los instrumentos internacionales de derechos humanos, las que, en defecto de la legislación y justicia interna, son los verdaderos referentes de la justicia penal actual.

En nuestro ámbito americano rigen dos importantes instrumentos internacionales que vinculan al Estado en su deber de resguardar los derechos humanos. Se trata del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José.

*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.* Este instrumento fue adaptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. En su artículo 9 prevé que “todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la Ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”. A consecuencia de ello, el Pacto regula aquí tal vez lo más importante y acuciante del proceso penal: la libertad del imputado en el proceso.

Así tenemos, por ejemplo, que toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de ésta y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. Respecto a la detención judicial, introduce el principio de la excepcionalidad de la detención, también el derecho al recurso y a un juicio breve. Al decir del Pacto, 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 de acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

En el artículo 10 se establecen las garantías que tiene toda persona que ha sido detenida, como a ser tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, a la separación entre procesados y condenados, o entre menores y adultos.

En el artículo 14 se condensa la mayoría de los principios que rigen el proceso penal, los cuales deben ser respetados mínimamente para legitimar la imposición de una pena por cualquier Estado que sea parte y firmante de este tratado: el principio de igualdad, el derecho de defensa, el derecho al juez natural, independiente e imparcial, el principio de publicidad, el principio de presunción de inocencia, entre otros.

*Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José.*

Este instrumento fue suscrito en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, aprobado por el Perú mediante el decreto ley N.º 22 231 de 11 de julio de 1978, y posteriormente ratificado por la XVI disposición final y transitoria de la Constitución de 1979.

Al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo primero que se regula es la libertad de la persona humana frente a la atribución de un delito, o, más bien, la libertad del imputado durante el proceso penal. Así, en el artículo 5 se regula el derecho a la integridad personal, al establecer que “toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”, y que “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Por su parte, en el artículo 7 se regula el derecho a la libertad personal, así:

- Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
- 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.
- Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
- Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
- Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

- Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
- Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios.

Asimismo, a partir del artículo 8 se regulan las llamadas *garantías judiciales*, entre las que se reconoce el derecho de defensa, el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas, el derecho a un juez natural, independiente e imparcial, el principio de presunción de inocencia, etcétera.

### **3.7. Derecho al recurso**

#### *Los recursos procesales: orígenes y fundamentos doctrinales*

Uno de los deberes fundamentales del Estado en el contexto del moderno Estado social de derecho y justicia es garantizar el goce o ejercicio efectivo de los derechos fundamentales, a través de diferentes mecanismos legales e institucionales que aseguren a la persona la protección frente a posibles violaciones de sus derechos, así como una administración de justicia que tutele sus derechos de manera expedita y con todas las garantías del debido proceso.

Esa defensa es tanto más importante cuando se ponen en riesgo la libertad, la seguridad o la propiedad de las personas en un proceso penal, donde se activan un conjunto de principios como el juez natural, el *non bis in idem*, la imparcialidad e independencia judicial y la

igualdad de las partes, con relación a los cuales la impugnación de las resoluciones judiciales tiene una enorme importancia como derecho y garantía procesal (Chiara & Obligado, 2005, p. 12).

En la doctrina, por lo general se habla de un derecho a impugnar las resoluciones judiciales, de un principio de doble instancia procesal o de una facultad o poder otorgado a la persona que puede o no utilizar. Como un derecho subjetivo lo considera J. Ojeda (2015), cuando afirma que el recurso es “un derecho subjetivo de quienes intervienen en el procedimiento respectivo y tiene como fin que se corrijan los errores causados por las autoridades del primer conocimiento” (p. 358).

Por su lado Del Río (2012) lo identifica con una facultad o poder de las partes que intervienen en un proceso, entendido como la “facultad o poder para impugnar las sentencias de fondo (y resoluciones equivalentes) que lo agravian, a través de un recurso que permita la revisión del enjuiciamiento de primer grado y asegure un conocimiento adecuado o correspondiente a su objeto” (p. 257).

Lejos de la perspectiva de un derecho o una facultad está la consideración de S. Escalante y D. Quintero (2016), autores que se refieren a los medios de impugnación como “instrumentos jurídicos procesales ordenados en las leyes con el fin de provocar una revisión total o parcial de las resoluciones del juzgador dando lugar a efectos jurídicos para los intervinientes en el proceso penal” (p. 140).

Con relación a los autores citados, debe señalarse que no expresan posiciones contradictorias o irreconciliables, sino que adoptan un punto de partida distinto que se justificada tanto en los orígenes de los recursos procesales como en sus fundamentos doctrinales como se verá en el análisis que sigue respecto a esas dos cuestiones de sumo interés para el estudio del recurso de apelación como una especie del género de los recursos procesales.

### *Orígenes*

Los orígenes de los recursos de impugnación en el derecho procesal pueden examinarse desde dos perspectivas distintas; una perspectiva sociológica que ponga de manifiesto las ideas o presupuestos que explican su origen, y una perspectiva jurídica que se refiera a su inclusión en el ordenamiento jurídico como derecho o facultad de las personas.

La diferente perspectiva es importante porque se relaciona, en ambos casos, con la existencia de una jerarquía donde las decisiones de la inferior pueden ser reconsideradas, y en su caso modificadas, por una superior en el ámbito de sus competencias, ya sean políticas, religiosas o jurídicas.

A esa organización jerárquica remiten invariablemente los autores que asumen una perspectiva de carácter sociológico, los cuales sitúan el origen de los recursos de impugnación en el origen de la civilización humana. Es el caso de L. Arrazola (1850), quien señaló que “la posibilidad de someter una resolución a un órgano superior no debió ser ajena a cualesquiera civilizaciones y pueblos” y aporta ejemplos de Egipto y del pueblo hebreo en apoyo de su tesis (p. 104).

Otros autores difieren de esa relación sustancial entre civilización humana e igualmente sitúan sus orígenes en Grecia y particularmente en Roma, pues como plantea A. Lara (2015) “la pluralidad de instancias no se conoció en sus orígenes más remotos, mientras la justicia fue administrada directamente por el rey o por el pueblo” (p. 257); ello se debe seguramente al presupuesto de que ni el rey ni el pueblo se equivocan, y por tanto su decisión sería correcta una vez pronunciada.

Un origen igualmente sociológico le atribuye el conocido tratadista E. Couture (1950), para quien “el recurso procesal es un sucedáneo de la reacción instintiva de la persona cuando una decisión le es adversa, y que consiste en alzarse o sublevarse por parte de «quien se siente poseído de razón y privado de asistencia», *vinculado entonces al grito de*

*clamor o rebeldía frente a lo injusto que reclama una solución distinta de libertad” (p. 4).*

Frente a la justicia por mano propia o la rebeldía ante la inconformidad, el recurso de impugnación permite “dar al justiciable, mientras la justicia sea hecha por otros hombres, la seguridad de que al proclamarse su sinrazón, ha sido luego de habersele escuchado en su protesta” (Couture, Prólogo, 1950, pp. 3-4), lo que supone canalizar el conflicto por medio de las normas procesales en lugar de acudir al uso de la fuerza.

No falta, por otra parte, quienes le atribuyen un origen natural a partir de la relación de parentesco entre padre e hijo, donde por lo general el hijo de menor edad recurre a la autoridad paterna contra las órdenes que eventualmente disponga el hijo mayor o los hijos en general, así como se recurre a los abuelos contra lo que pueda considerarse una injusticia del padre (Vescovi, 1988, p. 31), y de ahí fue extrapolado al orden social donde las decisiones de un inferior puedan ser analizadas por un superior y eventualmente modificadas o derogadas.

Un origen religioso le atribuyen los autores Falcón y J. Rojas (1998), quienes afirman que “la idea de recurrir a una instancia superior, proviene de conceptos místicos y religiosos, políticos y sociales. La cantidad de procesos impide que una sola persona –el soberano– conozca todos los casos y de allí la delegación” (p. 7), en una especie de jerarquía pre establecida donde el soberano, en tanto representante de Dios, recibe a través de la apelación una autoridad jurisdiccional que había delegado en un juez.

Desde la perspectiva jurídica que habíamos anunciado al inicio, a los recursos procesales se les otorga más bien un fin práctico, y en consecuencia se sitúa su origen técnico-jurídico en el derecho romano anclado en la falibilidad de los jueces: “desde que fue despojado de su sacralidad y aceptado en el mundo laico la infalibilidad del juzgador,

se establecieron los grados e instancias en que una decisión jurídica debería ser analizada” (Ojeda, 2015, p. 357).

El fin práctico del recurso ante una autoridad superior estaría justificado desde entonces por la necesidad de “remediar los agravios que pudieran surgir con ocasión de una resolución injusta; remedio contra actos de poder, históricamente se ha utilizado para el afianzamiento del mismo por parte de quien lo ostentaba o detentaba” (Lara, 2015, p. 257).

Ubicado ya en el ámbito del derecho, los recursos procesales y en especial la apelación ante una segunda instancia tiene su origen en el derecho privado romano, de donde se expandió luego al derecho público, manifestándose en la conocida institución de la *provocatio ad populum* traducida en la actualidad como un “llamado al pueblo” o “convocatoria o apelación al público” (Nicolliello, 2004, p. 241) y que consistía en una forma de “participación popular en el ejercicio de la jurisdicción penal”, donde la sentencia se remitía a “una valoración de un grupo elegido entre el pueblo” (Adinolfi, 2009, p. 39).

Otros autores sitúan el origen de los recursos procesales en la acción *cognitio extra-ordinem*, a través de la cual se permitía que una decisión judicial fuera conocida de manera extraordinaria por un magistrado superior (Lara, 2015, p. 257), que podría ratificarla, modificarla o revocarla.

Dichos magistrados, si bien disponían de un considerable poder tenían ciertos límites en la aplicación de la ley, una las cuales era “la *provocatio ad populum*, recurso del que todo ciudadano disponía frente a la pena de muerte” (Morineau & Iglesias, 2000, p. 11) y que como tal constituía un medio de impugnación de sus decisiones en casos puntuales, especialmente cuando de imponía la pena de muerte.

De cualquier manera, aunque la *provocatio ad populum* era un recurso a través del cual se podía impugnar la decisión del magistrado en la plaza pública, no era accesible a cualquier persona, pues el derecho de provocación era un privilegio concedido a ciertas clases; de ahí que una persona únicamente pudiera deducirla si previamente se le reconocía tal privilegio en la ley; otra limitación es que solo procedía con las sentencias dictadas dentro de la ciudad, excepto en relación con los fallos emitidos por el propio (Peña & Rodríguez, 2009, p. 4).

De cualquier manera, fue a través del derecho romano que llegó a la modernidad el recurso de apelación como una vía para solicitar la revisión de la decisión de un juez de primera instancia ante un juez superior, siendo acogida concretamente, en el ámbito del derecho penal que nos interesa, en el Código de Instrucción Criminal Francés (1808), uno de los productos del proceso de codificación emprendido por Napoleón Bonaparte (Agudelo, 1989).

A partir del modelo adoptado en el Código francés se derivaron dos sistemas distintos: uno que consiste en la revisión total de la primera instancia y el otro que solo permite la revisión de la sentencia; el último es el más extendido a través del Código francés y el derecho español, mismo que ha llegado al derecho procesal penal americano a través de la legislación española (Alzamora, 1968, p. 273).

### ***Fundamentos doctrinales***

Lo explicado respecto al origen histórico de los recursos de impugnación no es suficiente para acreditar su utilidad en el actual derecho procesal, sobre todo cuando algunas corrientes doctrinales minoritarias y legislaciones como la mencionada de Colombia se han decantado por la crítica a la doble instancia, o el establecimiento de instancias únicas, respectivamente.

En la doctrina se puede hablar básicamente de dos fundamentos con relación a la impugnación de las resoluciones judiciales. Por un lado,

aquellas que apelan al argumento tradicional del posible error judicial en que puede incurrir el juzgador de la primera instancia en la apreciación de los hechos, la identificación de las normas aplicables o la valoración de las pruebas, y por otro la que se refiere más bien al derecho de la persona a recibir una segunda oportunidad frente a una resolución adversa.

Ambas perspectivas las analizaremos por separado en las páginas que siguen. Antes conviene analizar brevemente una posición distinta a las dos anteriores, que considera sencillamente que existen principios procesales que desaconsejan la existencia de la segunda instancia y de los recursos en general, porque contribuye a alargar innecesariamente el proceso sin una garantía de que prospere el recurso interpuesto.

De esa posición es representante H. Manrique, quien señaló enfáticamente que “un proceso justo es aquel proceso sin dilaciones indebidas. La impugnación puede ser sinónimo de dilación. Si el tribunal de segunda instancia es el que predominará, por qué no entonces suprimir en determinados casos la primera instancia” (Manrique, 2005, p. 72); desde ese punto de vista, la impugnación sería más que una garantía un perjuicio para los derechos de las partes, y por tanto debería limitarse a casos extraordinarios.

Volviendo al tema de los fundamentos de la impugnación en autores que sí la consideran positivamente como una garantía ordinaria para las partes en el proceso, hablaremos en primer lugar de aquellos que sitúan su fundamento en la falibilidad del juzgador de primera instancia.

La posición más común respecto a los fundamentos de la impugnación es la posibilidad del error humano en que pueda incurrir el juzgador, el cual podría ser subsanado o corregido por un tribunal superior o distinto al que dictó la resolución impugnada.

Así lo sostiene, por ejemplo, Doig (2014), quien piensa en “la falibilidad del órgano judicial y en la necesidad de evitar que la certeza, implícita en toda resolución judicial, alcance su plenitud cuando la parte gravada por ella la estime desacertada”, es la razón por la cual el ordenamiento jurídico-procesal abre “la posibilidad de la impugnación que el recurso supone” (p. 190).

En síntesis, la finalidad de la impugnación estaría dirigida a corregir el posible error humano y natural en que pudo haber incurrido el juzgador de la primera instancia, ya sea en la valoración de las pruebas presentadas o en la aplicación de las normas pertinentes, error que puede corregirse por un tribunal distinto como garantía de los derechos de las partes.

El mismo fundamento del error humano lo señaló H. Manrique, aunque con cierta duda al respecto, pues en su opinión a la doble instancia procesal se le atribuye un fundamento “meramente psicológico, el cual consistiría en intentar evitar el posible error humano. Se dice por ello que la impugnación nos lleva a una mayor y mejor justicia”, con lo que se podría evitar “la posibilidad siempre latente de error judicial y la idea de agravio” (Manrique, 2005, p. 71).

Una perspectiva distinta es la de Monroy (1992), quien pone el énfasis no en el posible error humano de la primera instancia, sino en la presunta mejor aptitud de la segunda instancia “para apreciar la bondad de la decisión, sea para ratificarla (confirmarla) o desvirtuarla (revocarla)” (p. 21).

Sobre esa apreciación debemos mostrar nuestro desacuerdo con el autor, pues tanto el juez de primera instancia como el de la segunda conocen y aplican el mismo derecho en virtud del principio *iura novit curia*, por lo cual argumentar una mejor aptitud de los jueces de segunda instancia es cuando menos inapropiado respecto a los jueces de la primera, sobre todo cuando actúan bajo el principio de la libre valoración de la prueba o la sana crítica.

Ciertamente que podría haber un error en la primera instancia que pudiera ser subsanado mediante el recurso interpuesto por el tribunal de segunda instancia, pero ello no se debe necesariamente a un mayor o menor conocimiento del derecho, sino a una interpretación distinta ante los hechos y las pruebas presentadas.

Para reafirmar esa posición podemos recurrir a las palabras de Zavala (2007) cuando señaló que la doctrina ha resumido el motivo jurídico para impugnar en dos razones principales: “*vitiun in procedendo* y *vitiun in iudicando*”, que son traducidas en el lenguaje técnico-jurídico actual como error de procedimiento o vicio sustancial; este último puede referirse a un *error in facto* o a un *error in iure* (p. 256).

Visto de esa manera, el posible error subyacente a una decisión judicial debido a una inadecuada apreciación de los hechos con relación a las pruebas (error de hecho), o a un error de derecho en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas “revela la necesidad de permitir un re-examen y eventual corrección de sus decisiones [de primera instancia], con el objetivo de prevenir la consolidación de la injusticia, lo que se realiza efectivamente a través de los recursos procesales (Cafferata, 2000, pág. 157).

Como puede apreciarse hasta el momento, los autores reseñados ponen el énfasis en el posible error del juez de primera instancia que pueda ser subsanado a través de la impugnación, uno de cuyos resultados sería la reafirmación, revisión o anulación de la resolución impugnada. Otros autores identifican el mismo fundamento de la impugnación, pero ponen el énfasis en las ventajas que puedan resultar para las partes, como pueden ser una mejor tutela de sus derechos, la realización de la justicia o el cumplimiento de las normas del debido proceso.

El fundamento último sería, en esas circunstancias, los derechos de las partes; tal como afirma Solé (1998), “una resolución es recurrible fundamentalmente por resultar gravosa para la parte, independiente-

mente de consideraciones subjetivas, como el considerarla errónea o no ajustada a derecho” (p. 576); lo que importa entonces sería la posible afectación para el recurrente, y no el eventual error en que pueda haber incurrido el juzgador.

Siendo así, la impugnación puede considerarse un derecho o facultad de la persona involucrada como parte en un proceso judicial, el cual se relaciona con otros derechos como la tutela judicial efectiva y el derecho a la doble instancia (Manrique, 2005, p. 71), que sería entonces una garantía de “una resolución más justa” (Doig, 2014, p. 197), al ser sometida la decisión perjudicial para una de las partes a una revisión a cargo de un tribunal superior.

Evidentemente esas presuntas ventajas se pueden obtener también de un recurso interpuesto y resuelto por el propio juez de la causa, cuando alguna de las partes alegue algún error o vicio que pueda afectar sus derechos “a fin de que sea corregida la irregular situación producida por el vicio o error denunciados” (Hinostroza, 2002, p. 45); en cualquier caso, la impugnación no ha de tener como consecuencia necesaria la revisión o anulación del acto procesal impugnado, pues también procede su reafirmación por el propio juez.

Ya sea que el acto impugnado deba ser revisado por el propio juez o por un tribunal de segunda instancia, se constituye como un derecho o una garantía para la persona perjudicada o agravada por la resolución recurrida, pero afecta invariablemente el derecho a la seguridad jurídica de la parte beneficiada con la resolución, quien pudiera ser perjudicada con una resolución más favorable a la parte recurrente.

De tal manera que el derecho a recurrir a una segunda instancia representa un medio para alcanzar una eventual sentencia más favorable al recurrente, a la vez que una garantía de independencia e imparcialidad judicial, a través de la cual se realizan otros valores y principios como la tutela judicial efectiva, el debido proceso y el respeto a la dig-

nidad humana como requisitos esenciales de cualquier proceso penal (Chirino, 2011, p. 176).

Si se mira desde el punto de vista de la administración de justicia, la doble instancia puede ser considerada como una garantía de transparencia, autonomía e independencia de la función jurisdiccional frente a las partes (Manrique, 2005, p. 71), junto al valor de la utilidad práctica que representa una decisión lo más justa posible para las partes sin menoscabar el principio de independencia judicial (Chiovenda, 1977, p. 506).

En síntesis, se puede afirmar que la impugnación es una institución jurídico-procesal que se fundamenta en la posibilidad de que el juez de primera instancia haya incurrido en algún tipo de error al momento de apreciar la relación entre las pruebas y los hechos, por un lado, y por otro, en la incorrecta identificación o aplicación de las normas jurídicas vigentes.

Frente a esa posibilidad latente en cualquier proceso, la parte que se considere agraviada puede interponer el recurso que proceda si cumple con los requisitos previstos en la ley, siempre con la finalidad de revisar los fallos o resoluciones para evitar “errores judiciales, con el fin de anularlos por tales errores o modificarlos” (Chirino, 2011, p. 175). Frente a esa eventualidad la impugnación se fundamenta en la necesidad de fiscalizar la actividad judicial, frente a la cual se puede ejercer el derecho a impugnar para que se “subsanen aquellos [errores] o vigile que la administración de justicia sea óptima y garantice los fines tutelados por la ley” (Escalante & Quintero, 2016, p. 143) y haga efectivos los derechos procesales de las partes.

Por supuesto que no toda resolución judicial es impugnabile, ni en todas las ocasiones las partes pueden ejercer ese derecho, pues han de cumplirse ciertos requisitos como estar legitimados para ello, haber sido objeto o sufrido un perjuicio jurídico personal, concreto y actual en

sus derechos o sus bienes y cuya entidad sea suficiente para ameritar una revisión de la resolución en segunda instancia.

Esos requisitos se conectan con la naturaleza jurídica de la impugnación, que no es un deber de las partes ni una obligación, sino una facultad discrecional, un derecho subjetivo que la ley concede a las mismas para enmendar los errores en que los jueces hayan incurrido en sus resoluciones impugnables (Aguilar R., 2002, p. 148), siempre que cumplan los requisitos señalados en la ley.

Esos requisitos básicos que se deben observar para evaluar si procede o no la impugnación serían la existencia de un tribunal o juez que pronunció la resolución que se trata de impugnar, una resolución judicial que sea impugnable de acuerdo a la ley, un tribunal, un tribunal competente para conocer del recurso y el ejercicio efectivo de ese derecho por una de las partes que se considere agraviada con la resolución, pues solo procede su impugnación a instancia de parte.

Respecto a la naturaleza jurídica de la impugnación, tema íntimamente vinculado a sus fundamentos examinados hasta el presente, debe indicarse que en la doctrina se la identifica con un derecho subjetivo (el derecho a impugnar cualquier resolución que afecte los derechos de una de las partes), un principio jurídico (que exige que toda resolución o fallo judicial pueda ser impugnado por quien resulte afectado), y una garantía de la imparcialidad, autonomía e independencia judicial, imprescindibles para hacer efectivo el debido proceso.

Definir su naturaleza jurídica es importante porque influye en el alcance y contenido de la impugnación. Si se considera un principio jurídico habría que admitir que debe ser aplicable a cualquier resolución judicial que pueda afectar los derechos de una de las partes en el proceso; por el contrario, si se considera un derecho de configuración legal, la impugnación solo procede en los casos expresamente previstos en la ley. Desde esta perspectiva tiene sentido la tesis de H. Briseño (1989),

según el cual un acto judicial puede ser impugnado por tres razones distintas: porque sea nulo (falta de cumplimiento de sus condiciones), porque sea ilegal (contrario a los preceptos vigentes que rigen las relaciones y situaciones sustantivas) o porque sea discutible (proviene de la siempre posible variedad de criterios sobre cualquiera cuestión jurídica p. 395).

Desde una perspectiva más general, la impugnación o derecho a una segunda instancia se relaciona con los fundamentos del Estado de derecho y de justicia, garantista de los derechos humanos, y comprometido jurídicamente a protegerlos frente a cualquier posible vulneración y en el caso del proceso para evitar y enmendar cualquier posible error judicial sin afectar la igualdad procesal de las partes (Escalante & Quintero, 2016, p. 143) y el resto de los principios y derechos comunes.

En el moderno derecho penal garantista, se considera que la impugnación es una garantía mínima que se ha de respetar siempre; por consiguiente, en todo proceso penal de carácter garantista se debe establecer el derecho de las partes a recurrir el fallo, precisamente a través de los medios de impugnación previstos en la ley (Escalante & Quintero, 2016, p. 140), porque de otra manera los procesados perjudicados por la resolución no tendrían una segunda oportunidad, o la garantía de que se revise la decisión por un eventual error del juez de primera instancia.

### ***Definición***

En este epígrafe nos referimos de manera breve a la definición de la apelación, el recurso más común en cualquiera de las ramas del derecho procesal. Nos limitaremos a este recurso por dos razones: primero porque es el recurso ordinario a partir del cual se pueden analizar todos los demás, y segundo porque es el objeto de estudio principal de esta investigación.

Adicionalmente, como indica Florián (2019), la apelación es el recurso clásico y de uso más común, el más eficaz porque permite un segundo examen, por lo general completo, de la causa; es asimismo el más antiguo, y el que incluye la mayoría de las resoluciones que pueden dictarse en el proceso penal, y por supuesto la sentencia definitiva (p. 51), todo lo que lo convierte en el recurso procesal por excelencia, por ser además “el medio impugnativo ordinario más amplio y generalizado” (Clariá, 1967, p. 327).

Abordar el tema de su definición es importante porque permitirá diferenciarlo de otros medios de impugnación, y porque los aspectos más importantes delineados en la doctrina desde el punto de vista conceptual propician contrastarlo con su configuración jurídica en el derecho procesal comparado y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Cada uno de los autores consultados presenta una definición de los recursos en general y de la apelación en particular; en cuanto a su origen etimológico, la Corte Suprema de Justicia de México(2005), señaló que “la palabra *impugnación* se originó del latín *impugnativo*, *-onis*, y significa *acción o efecto de impugnar*. A su vez, impugnar proviene del latín *impugnare* e implica “combatir, contradecir, refutar” (p. 99).

Ese origen coincide con lo que ya se dijo respecto a sus fundamentos, que en última instancia consiste en contradecir una resolución o fallo judicial para que sea corregido un eventual error de hecho o de derecho cometido por el juez de primera instancia, lo cual se configura a la vez como una garantía para la administración de justicia y un derecho de las partes procesales (Gallinal, 1981, p. 229).

En esta relación del origen etimológico con sus fundamentos actuales coincide J. Palomar (1981), quien indica el mismo origen, el latín *appellatio* o *appellare* (llamamiento o reclamación, alzada o elevación), a partir de lo cual define la apelación como “el acto por el cual se pide al

tribunal de alzada (superior) que modifique o revoque una resolución del inferior, que irroga agravio” (p. 27).

Una definición sencilla y abarcadora del recurso de apelación plantea que es uno de los medios que permite a las partes en el proceso llevar ante el juez de segunda instancia una resolución que estima injusta o errónea, para que la modifique o revoque, según sea el caso (UCC, 2010, p. 314). En ésta se reflejan los principales sujetos que intervienen en el recurso: los litigantes, el juez de primera instancia, el tribunal de segunda instancia y una resolución pasible de apelación ante el segundo.

Ha de aclararse que evidentemente el derecho subjetivo al recurso corresponde de igual manera a ambos litigantes, pero en un proceso concreto y con relación a la resolución apelable ese derecho puede ejercerlo solo una de las partes, precisamente la que resulte afectada, pues a la beneficiaria le está impedido ejercer este tipo de recursos contra una resolución judicial que le concede su petitorio.

Esa es precisamente una de las características que se puede advertir en la definición de A. Martínez, cuando indica que cualquiera de las dos partes puede apelar en general, pero en concreto se trata de un recurso que, la parte agraviada por una resolución judicial emitida por el juez o tribunal dentro del proceso, eleva a una autoridad judicial de segunda instancia para que la revoque, modifique o anule (1992, p. 44), siendo los sujetos del recurso el apelante (quien interpone el recurso) y el apelado (litigante vencedor contra el cual se apela).

Más apegada a esa visión concreta del recurso es la definición de E. Couture (1976), cuando plantea que el recurso de apelación o alzada es aquel que “se concede al litigante que ha sufrido agravio por la sentencia del juez inferior para reclamar de ella y obtener su revocatoria por el juez de una instancia superior” (p. 12); en síntesis, solo la parte que se considere agraviada puede interponer un recursos de apelación contra el fallo o resolución judicial (Monroy, 1992, p. 21).

Algunos autores plantean que el recurso de apelación no se limita únicamente a las partes, sino que puede ser invocado por terceros siempre que se encuentren legitimados para ello; así lo hace notar J. Monroy (1992), para quien la apelación es un instituto procesal, un instrumento que la ley concede tanto a las partes como “a terceros legitimados para que soliciten al juez que, él mismo u otro de jerarquía superior, realice un nuevo examen de un acto procesal o de todo el proceso, a fin de que se anule o revoque éste, total o parcialmente” (p. 27).

En general, se puede hablar de dos tipos de definiciones del recurso de apelación, en dependencia, si ponen el énfasis en el proceso mismo o en las partes; para los primeros autores la apelación es un instrumento o instituto procesal, para los segundos en cambio se trataría de un derecho de las partes.

Con énfasis en el proceso, Escalante y Quintero (2016) definen la apelación como la impugnación de un fallo “emitido por un tribunal (*aquo*) a fin de que un tribunal superior (*ad quem*) examine la legalidad de esa resolución y determine si la resolución debe mantenerse, modificarse o emitirse otra” (p. 146).

En el mismo sentido se expresó en su momento Manzini (1951), al considerar que el recurso de apelación es un medio de impugnación que permite la suspensión condicional con efecto devolutivo o extensivo generalmente de acuerdo a lo previsto en la ley, que se interpone contra una resolución judicial a la que se le atribuyen errores de hecho o de derecho, para que sea resuelta por el mismo tribunal o por un tribunal superior, “exigiendo una nueva resolución del juez de segunda instancia” (p. 16).

El segundo tipo de definiciones de que hablamos hace énfasis en las partes, a quienes les reconoce el derecho a recurrir las resoluciones judiciales que le sean gravosas. Así, H. Manrique se refiere a la impugnación como un derecho abstracto el que es titular toda parte en un

proceso judicial y que consiste en impugnar, contradecir o refutar “una decisión judicial, con la cual no se encuentra de acuerdo, debido a que la misma le causa un agravio al encontrarse afectada de error o vicio, y que tendrá por objeto que se revoque o anule la decisión jurisdiccional” (Manrique, 2005, p. 71).

El contenido de tal derecho subjetivo, según el propio autor, se manifiesta como un “derecho a la pluralidad de instancias, como el análisis o examen de un mismo asunto por dos grados jurisdiccionales distintos” (Manrique, 2005, p. 71) para asegurarse de que no se haya cometido algún error de hecho o de derecho en la primera instancia, y de ser el caso que sea subsanado en la segunda como una garantía para los derechos de las partes.

Ahora bien, lo dicho hasta aquí se refiere al recurso de apelación en abstracto, es decir, en su construcción doctrinal o dogmática sin vínculo necesario con una construcción normativa en particular, razón por la cual no aparecían claramente los límites en cuanto a qué tipos de resoluciones judiciales se pueden apelar o los requisitos, objetivos o subjetivos, para que proceda el recurso.

Por lo general cabe impugnar ante un tribunal superior “las sentencias interlocutorias y las resoluciones interlocutorias simples que causen un gravamen que no pueda ser reparado por la sentencia definitiva” (Osorio, 2010, p. 816) que hayan sido emitidas por un tribunal inferior.

Sin embargo, la determinación concreta de qué resoluciones se pueden apelar y en qué momento procesal es posible corresponde definirlo, en primer lugar, al legislador, mismo que puede ajustarse en mayor o menor medida a las exigencias doctrinales planteadas en las definiciones anteriores, por lo cual es preciso el examen de la legislación vigente, complementada con la doctrina y la jurisprudencia relevante para verificar las coincidencias entre las exigencias teóricas y su construcción técnica de la institución.

Lo dicho hasta aquí es suficiente para delimitar los aspectos más importantes que definen el recurso de apelación, ya sea entendido como un derecho subjetivo o como una garantía procesal; en primer lugar, debe hacerse notar que solo puede interponerlo la parte procesal que se considere agraviada con una resolución judicial, con la finalidad de que se modifique o revoque ésta por un tribunal superior o por el mismo que conoce del caso.

Al respecto, Clariá (1967) habla de dos finalidades que se persiguen con el recurso de apelación: la primera sería una finalidad inmediata con la cual se busca que se haga una revisión de la resolución dictada por un juez inferior, que debe realizarla el juez de la instancia, mientras que la finalidad mediata sería la de obtener un nuevo fallo favorable a los intereses del recurrente por parte del tribunal de segunda instancia, para de esa manera obtener una reparación del gravamen sufrido, bien sea por la modificación o revocación de la resolución impugnada (p. 527).

La forma en que se pueda alcanzar cualquiera de esas dos finalidades remite nuevamente a la voluntad del legislador, a quien corresponde definir el objeto de la apelación, los sujetos que pueden interponerla y su alcance en cuanto a los efectos que pueden ir desde la revisión y devolución al tribunal inferior hasta la posibilidad de que el superior anule la resolución recurrida y dicte otra en su lugar, para lo cual debe buscar un equilibrio entre los derechos de las partes y los principios que rigen la administración de justicia en general y el proceso en particular.

En resumen, podemos decir con Cabanellas (2010) que apelar en sentido estricto supone la posibilidad de que el litigante agraviado con una resolución judicial, pueda recurrir a un tribunal superior para que éste anule, revoque, atenúe o modifique la sentencia del tribunal inferior (p. 36).

Evidentemente, de acuerdo al tipo de resolución impugnada el recurso se puede dirigir tanto a un tribunal superior como al propio juez que conoce de la causa, siempre con la misma finalidad de que la decisión sea revisada o revocada en beneficio de la parte que se considere agraviada, y siempre que se cumplan los requisitos legalmente exigibles.

Debemos manifestar además que consideramos en esta investigación el recurso de apelación desde la perspectiva de las partes, y por tanto como un derecho de cualquiera de ellas que puede ejercer cuando así lo permite la ley procesal vigente, la cual debe tener en cuenta tanto la doctrina y la jurisprudencia como los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que por lo general reconocen de manera expresa ese derecho.

### **3.8. El derecho a impugnar las resoluciones judiciales**

Impugnar las resoluciones o fallos judiciales que puedan afectar los derechos de las partes es un derecho reconocido en diferentes instrumentos internacionales sobre derechos humanos, así como en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y en la mayoría de los códigos procesales contemporáneos.

En este epígrafe se hace un análisis del contenido y alcance de ese derecho en las fuentes mencionadas, para luego contrastarlas con su construcción normativa en el derecho procesal penal ecuatoriano y particularmente en el COIP, todo ello con la finalidad de analizar los requisitos de procedibilidad del recurso de apelación en dicho cuerpo legal en relación con la garantía constitucional de recurrir cualquier fallo o resolución que afecte los derechos de las partes procesales.

#### *En los instrumentos internacionales de derechos humanos*

En su artículo 425 la Constitución vigente establece la jerarquía del ordenamiento jurídico ecuatoriano, donde se sitúa en primer lugar a la propia Constitución y en segundo a los tratados y convenios internacio-

nales. En relación con ello, en el artículo 10 dispone que las personas gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre la materia, en su condición de titulares de derechos.

Con relación a esos tratados e instrumentos internacionales, cuando se refieren a los derechos humanos, deben ser aplicados bajo los principios pro persona, de no restricción de derechos, de cláusula abierta y de aplicabilidad directa y establecidos en la Constitución, tal como lo exige el artículo 417 del texto constitucional.

Ese marco constitucional exige analizar en cualquier investigación sobre derechos fundamentales, los principales instrumentos que regulen la institución objeto de estudio para analizar su correspondencia con las disposiciones constitucionales y legales vigentes en el país. En este caso interesa destacar de manera particular tres instrumentos: la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969).

En todos esos instrumentos internacionales se reconoce el derecho a recurrir las resoluciones judiciales por parte de las personas que se sientan afectadas por ellas, pero especialmente cuando se trata de procesos penales donde se ponen en juego bienes muy valiosos como la libertad, la integridad física y moral y la propiedad; en dichos instrumentos “el contenido del derecho al recurso es complejo, en el sentido que se integran en él varios contenidos específicos o aspectos, que sumados permiten su completa configuración normativa” (Del Río, 2012, p. 256).

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su artículo 8 el derecho de todas las personas a un recurso efectivo que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, ante tribunales nacionales competentes constituidos con anterioridad al juzgamiento de los hechos.

Se trata en este caso de un derecho de carácter muy general que se refiere a cualquier tipo de actos que violen los derechos fundamentales de las personas, entre los que se pueden incluir aquellas resoluciones judiciales que tengan ese efecto, pero también actos que provengan de otras personas o de los poderes públicos.

En ese contexto, el derecho reconocido no se refiere propiamente al recurso de impugnación de las resoluciones judiciales, pues la expresión recursos en dicho artículo debe entenderse en sentido amplio como acceso a la justicia para demandar por violaciones a los derechos fundamentales, y no en el sentido más restringido de impugnar las resoluciones judiciales emanadas de un proceso judicial, aunque no lo excluye.

A diferencia de ello, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refiere tanto al derecho a recurrir en general como a la impugnación de las resoluciones que le sean adversas a una de las partes. El primer supuesto se encuentra previsto en el artículo 2.3, donde se establece el compromiso de los Estados parte a garantizar que toda persona cuyos derechos hayan sido violados tiene el derecho a interponer un recurso efectivo ante los tribunales competentes, aun cuando se trate de violaciones cometidas en el ejercicio de funciones oficiales. El segundo supuesto se encuentra en el propio artículo cuando establece que la autoridad judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado desarrollará las posibilidades de recurso judicial ante cualquier decisión que afecte o pueda afectar los derechos fundamentales reconocidos en el propio Pacto.

Más específico es el artículo 14.5 que establece que toda persona que sea declarada culpable de un delito por parte de un juez, tendrá derecho a que el fallo y la pena sean sometidos a un tribunal superior para su revisión, de acuerdo a lo prescrito en la ley. Al respecto debe señalarse que el Pacto se limita a reconocer el derecho, mientras su

configuración jurídica debe ser desarrollada por el legislador nacional con respecto a las penas impuestas y fallos condenatorios, y no con relación a cualquier resolución judicial.

Dicho de otra manera, no se trata de un derecho abstracto que quepa exigir ante cualquier resolución judicial por cualquier persona, sino resoluciones condenatorias en materia penal, a juzgar por el tenor literal del artículo citado; en relación con ello se puede afirmar que “los instrumentos internacionales consagran como derecho fundamental la doble instancia únicamente para la persona inculpada de un delito, es decir, para el imputado” (Campos, 2016, p. 148).

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene diferentes preceptos sobre el derecho a recurrir los fallos adversos para una de las partes en el proceso. Unos se refieren al derecho general a recurrir cualquier acto que viole sus derechos fundamentales, que se manifiesta en el derecho a un recurso rápido y sencillo o a cualquier otro recurso que garantice su efectividad ante los tribunales o jueces competentes, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Otros preceptos, más relevantes para la presente investigación, se refieren al derecho a recurrir las resoluciones judiciales. Así, en su artículo 8.2 dispone que toda persona que se le atribuya responsabilidad penal en un presunto delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se determine su responsabilidad previa en un proceso penal con todas las garantías del derecho al debido proceso, teniendo además derecho a recurrir el fallo ante un tribunal o juez superior.

Esas normas referidas permiten constatar que no existe en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos mencionados un derecho abstracto a recurrir cualquier resolución judicial, sino únicamente aquellas que en materia penal imponen una pena al procesado, y solo puede ejercerlo quien sea perjudicado por dicha

decisión, y siempre ante un tribunal superior con todas las garantías del caso.

La configuración legal de ese derecho corresponde realizarla al legislador en las leyes respectivas, tomando en cuenta además los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales, como lo exige la Constitución del Ecuador en los artículos señalados al inicio de este epígrafe, los cuales deben ser interpretados por la Corte Constitucional y los tribunales de la jurisdicción ordinaria de acuerdo a sus respectivas competencias.

*En la jurisprudencia de la CIDH*

Precisamente fue la Corte Constitucional del Ecuador, quien en una sentencia de 2009 estableció que los jueces de la jurisdicción ordinaria y en general todos los poderes públicos deben realizar, de oficio, control de convencionalidad de sus decisiones. Así lo estableció en la Sentencia No. 11-18-CN/19 (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, p. 55): el control de constitucionalidad se complementa con el de convencionalidad y hay que hacerlas de oficio [...] De estas interpretaciones, se deriva que todo operador judicial, y esto debe incluir no solo a jueces y juezas, sino también a fiscales y a personas que se dedican a la defensa pública, debe conocer y aplicar, en lo que corresponda, los estándares desarrollados por la Corte IDH del mismo modo que lo harían con los preceptos constitucionales.

Esa doctrina asentada por la alta Corte ecuatoriana exige analizar, aunque sea brevemente, algunas de las consideraciones jurisprudenciales expresadas por la CIDH en relación con el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, reconocido en el artículo 8.2 letra h) de la Convención Americana que fue comentado con anterioridad.

La CIDH se ha pronunciado en diversas ocasiones respecto a ese derecho (Del Río, 2012); en esta investigación interesa destacar solo dos decisiones donde establece los requisitos que deben cumplirse para

que se configure el derecho a recurrir las decisiones judiciales condenatorias en materia penal; nos referimos al caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú (1999), y al caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica (2004).

En el caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, la CIDH señaló que el derecho a recurrir el fallo no se cumple con la mera existencia formal de un órgano judicial de grado superior al que juzgó y condenó al recurrente, sino que se le permita a éste el acceso sin restricciones para hacer valer sus derechos, y el tribunal superior debe reunir los requisitos legales que lo legitimen para revisar el fallo de la instancia inferior (CIDH, 1999, p. 53).

Bajo el presupuesto de que el proceso penal es uno solo, pero que atraviesa por diferentes fases o etapas de acuerdo a la legislación procesal vigente, e incluye tanto la primera instancia como aquellas ante las que se pueden recurrir los fallos de ésta (CIDH, 1999, p. 53), la CIDH considera que durante todo el proceso rigen los principios procesales del juez natural y el del debido proceso legal que incluye varios derechos y garantías para el procesado; si el juzgador de segunda instancia no satisface las exigencias de ambos principios, no será válido el proceso que se desarrolle ante el mismo (CIDH, 1999, p. 53).

Una sentencia posterior es la del caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica (2004) donde la CIDH tuvo una nueva oportunidad de pronunciarse sobre el derecho a recurrir las resoluciones judiciales. En su fallo señaló que el derecho de la parte que se considere afectada a recurrir del fallo, es una garantía esencial que configura el derecho al debido proceso, pues permite que una sentencia adversa pueda ser revisada por una instancia superior para determinar y corregir posibles errores de la instancia inferior (CIDH, 2004, p. 81).

En cuanto a las obligaciones del Estado indica que “el derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada” (CIDH, 2004, p. 81),

ya que su finalidad es “proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona” (CIDH, 2004, p. 81).

*En el derecho comparado*

Al realizar un estudio comparado del recurso de apelación entre el Código Procesal Penal de Chile (Senado y Cámara de Diputados, 2000), el Código de Procedimiento Penal de Colombia (Congreso de Colombia, 2004) y el Código Procesal Penal de Argentina (Senado y Cámara de Diputados, 2014) se pudo apreciar que existen importantes diferencias y semejanzas en sus normas con relación a diferentes criterios relevantes (véase Anexo 2).

Para comparar se tomaron como criterios el reconocimiento expreso o tácito del principio de doble instancia en materia procesal, las resoluciones apelables, los sujetos legitimados, las causales para interponer el recurso, los requisitos de procedibilidad y los efectos de la interposición del recurso. Con relación al principio de doble instancia se pudo comprobar que solo está reconocido expresamente en el artículo 20 del Código de Procedimiento Penal de Colombia, mientras que en los otros dos se reconoce de modo tácito al establecer diferentes recursos como la apelación, la casación, el recurso de hecho y la revisión penal. Con respecto a las resoluciones apelables los códigos analizados presentan diferencias importantes en cuanto a la sistemática utilizada: mientras el Código de Colombia y el de Argentina establecen una lista de las resoluciones que se pueden apelar (sentencia y diferentes autos), el Código de Chile establece en su artículo 364 las resoluciones inapelables y a lo largo del texto va señalando aquellas que pueden ser apeladas, lo que dificulta considerablemente el estudio sistemático del tema (Chaigneau, 2002).

En cuanto a los legitimados, los tres códigos establecen claramente quiénes son: el imputado, la Fiscalía, el querellante si lo hubiere, y el civilmente afectado de ser el caso. Al comparar las causales por las que procede el recurso se pueden advertir importantes diferencias: el Código de Chile no establece causales expresas (Chaigneau, 2002), tampoco el Código de Colombia (Aguilar R., 2002).

A diferencia de ello, el Código de Argentina establece expresamente las causas por las que procede el recurso de casación, separadas por cada una de las resoluciones impugnables, lo que permite a los legitimados saber en cada momento qué causales puede alegar como fundamento del recurso de apelación.

Sobre los requisitos y los efectos ha de mencionarse que cada uno de los cuerpos legales establece requisitos en cuanto a los tiempos y las formalidades esenciales que han de cumplir los recursos. Con relación a los efectos, el Código de Chile concede la apelación con efecto devolutivo, a menos que la ley señale lo contrario de manera expresa; el Código de Colombia con efecto suspensivo hasta que se resuelva el recurso. Por su parte el Código de Argentina lo concede con efecto suspensivo.

El estudio comparado permitió demostrar que si bien la impugnación de las resoluciones judiciales adversas es un derecho reconocido en la doctrina, en la legislación está sujeto a limitaciones concretas en cuanto a las resoluciones impugnables, los requisitos, los sujetos legitimados y los efectos del ejercicio de ese derecho, por lo que puede afirmarse que se trata de un derecho de configuración legal cuyas determinaciones corresponden al legislador, quien puede ampliarlo o restringirlo con cierta discrecionalidad (López, 2019).

En la tabla que consta en los materiales de estudio pueden verse los resultados generales de esa comparación que dan fundamento a las conclusiones expuestas respecto a la comparación.

**3.9. Actividades académicas**

1. Caracterice las garantías procesales específicas de la persona procesada según los principios y normas constitucionales vigentes.
2. ¿Qué exigencias plantea el principio de inmediación en materia penal?
3. ¿La audiencia penal realizada por vía telemática afecta el principio de inmediación?
4. Identifique los casos en los que procede la audiencia telemática según las normas vigentes en el Código Orgánico Integral Penal.
5. ¿Cuáles son los límites del principio de publicidad en materia penal y cuál es su objetivo respecto al procesado y la víctima?
6. El Código Orgánico Integral Penal establece algunos procedimientos cuya característica principal es la reducción de los tiempos con respecto al procedimiento ordinario. ¿Considera que en ellos se materializa el principio de celeridad procesal?
7. El artículo 635.3 del Código Orgánico Integral Penal establece las reglas del procedimiento abreviado, y especialmente la necesidad de que la persona procesada deberá consentir expresamente tanto la aplicación de este procedimiento como la admisión del hecho que se le atribuye. En su opinión: ¿La admisión del hecho que se le imputa a la persona procesada vulnera el derecho a la presunción de inocencia reconocido tanto en la Constitución de la República del Ecuador como en los instrumentos internacionales de derechos humanos?
8. ¿Cuál es el contenido del principio de oportunidad en materia penal?
9. ¿La aplicación del principio de oportunidad puede ser contraria a los derechos de las víctimas de infracciones penales?
10. Identifique los sujetos procesales en el proceso penal ecuatoriano y su posición relativa con respecto a los demás.
11. ¿Por qué el juez no es sujeto procesal en la legislación penal vigente en el Ecuador? ¿Considera que debiera serlo?



12. Identifique y explique las exigencias que se derivan del derecho al recurso en el proceso penal ecuatoriano.
13. Aunque está reconocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en la Constitución de la República del Ecuador como un derecho fundamental, el derecho al recurso es de configuración legal. Con base en esa afirmación, identifique y explique los límites que el legislador ecuatoriano impone a los recursos en materia penal en el Código Orgánico Integral Penal.
14. ¿Qué límites se imponen al derecho al recurso en el derecho comparado? Ver el estudio comparado de códigos de Procedimiento Penal de Chile, Colombia y Argentina sobre el derecho al recurso en materia penal que consta en los materiales de estudio.

Se evaluará mediante exposiciones orales en taller de debate en clases de acuerdo con la siguiente rúbrica.

**Tabla 3.** En todos los casos el estudiante debe argumentar su respuesta mediante ejemplos.

<b>Criterios</b>	<b>Excelente</b>	<b>Aceptable</b>	<b>Insuficiente</b>
<p><b>1. Dominio del tema</b> Demuestra un sólido conocimiento del tema, producto de las lecturas de la bibliografía indicada y de sus propias investigaciones.</p>	3-4 puntos	2-2,9 puntos	0- 1,9 puntos
<p><b>2. Concreción y claridad en la exposición de las ideas</b> Las ideas se exponen en secuencia lógica, con claridad y precisión, sin divagar ni exponer aspectos incidentales sin relevancia</p>	3-4 puntos	2- 2,9 puntos	0- 1,9 puntos
<p><b>3. Uso del lenguaje</b> La estructura de las frases debe ser apropiada al tema expuesto. Uso correcto y preciso del lenguaje técnico</p>	2-3 puntos	1-1,9 puntos	0-0,9 puntos

El tema será evaluado mediante el control de lectura y el sistema de preguntas de opción múltiple en la plataforma Moodle.

1<sup>RA</sup> EDICIÓN

# GARANTÍA Y AMPAROS DE LOS DERECHOS EN MATERIA PENAL

## **Unidad 4**

GARANTÍAS FUNDAMENTALES  
DEL PROCESO



### **Presentación de la unidad académica**

El proceso penal relaciona de manera fortuita a dos sujetos procesales que son la persona procesada y la víctima. Para esta última surge el derecho a la reparación integral de los daños materiales o inmateriales ocasionados por la infracción. Para la persona procesada las normas penales establecen consecuencias de diferente naturaleza, siendo la más grave la privación de libertad de manera preventiva, cuando se aplica como medida cautelar, y la privación temporal de libertad, cuando se impone como sanción en la sentencia condenatoria ejecutoriada. Esta última corresponde a la materia de ejecución de las penas que no es objetivo de este módulo de la maestría.

En esta unidad se analiza el derecho a la libertad personal en contraste con la prisión preventiva como su manifestación más extrema del poder punitivo del Estado sobre un bien jurídico de primer orden. Los requisitos y condiciones bajo los cuales es legítimo que el Estado prive de libertad a una persona son objeto de regulación constitucional y normativa, así como desarrollo de ellos en instrumentos internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En esta unidad se analiza el contenido y alcance del derecho a la libertad personal que solo puede ser afectado en circunstancias previamente establecidas en la ley, y la prisión preventiva como una medida cautelar de transición entre la posible responsabilidad penal de la persona procesal y su posible condena o ratificación del estado de inocencia al terminar el proceso penal. El punto de partida para el análisis es que una de las garantías básicas de la persona procesada es la presunción de inocencia, y la aplicación de la prisión preventiva puede ser entendida como indicio fuerte de que tal inocencia no existe, o de que los medios de prueba de que se dispone tienen mayor peso en favor de la culpabilidad que de la inocencia.

#### **4.1. Prisión preventiva: aspectos generales**

La prisión preventiva es una medida cautelar de uso muy extendido en el derecho penal moderno, y como toda medida de esa naturaleza tiene la finalidad de asegurar que la persona contra la que se han formulado cargos por un presunto hecho delictivo, no evada la acción de la justicia o no se presente cuando sea llamado al proceso. Bajo esa finalidad común, existen diferentes medidas cautelares que van desde las menos gravosas, como el pago de una caución, hasta la prisión preventiva, que limita la libertad ambulatoria de la persona sujeta a ella.

Por ser esta última un atentado directo a la libertad individual de una persona que se considera y debe ser tratada como inocente del delito que se le imputa, el legislador debe delimitar claramente en la ley penal las circunstancias personales y fácticas que ha de considerar el juez al momento de decidir el tipo de medida cautelar que impone, y si es la prisión preventiva debe ponderar su necesidad con la posible evasión del imputado de acuerdo a la gravedad de los hechos y su actuación en la fase de investigación.

Como es sabido, el Estado tiene en cualquier sociedad el monopolio del poder punitivo, que lo ejerce a través de diferentes autoridades, como el legislador, al momento de configurar las infracciones, las penas y el proceso judicial para determinarlas, y el juez, cuando debe tomar decisiones en casos concretos; la prisión preventiva constituye un caso extremo del uso de ese poder y, en consecuencia, debe ser limitada tanto por las autoridades nacionales como por los organismos internacionales de derechos humanos.

Es por ello que existen diferentes instrumentos internacionales, pactos y tratados, así como decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que establecen estándares que se deben tener en cuenta por el legislador y los jueces nacionales, respecto a la configuración jurídica de la prisión preventiva como vía para asegurar la continuidad del proceso penal y la efectiva determinación de la responsabilidad del

procesado, y garantizar que cumpla la pena que le sea impuesta, de ser hallado culpable.

A partir de esos presupuestos en este epígrafe se analizan los aspectos esenciales de la prisión preventiva como medida cautelar, que incluye su fundamentación jurídica y sus límites, los estándares internacionales vigentes y su configuración jurídica en el COIP, lo que permitirá determinar en un análisis posterior su posible afectación al derecho a la presunción de inocencia de la persona procesada, que solo se desvirtúa cuando exista una sentencia condenatoria ejecutoriada en su contra.

### *Fundamentos*

Bajo la expresión fundamentos de la prisión preventiva se estudian los principales argumentos en que se justifica esa institución del derecho procesal penal; es decir, las razones teóricas y prácticas por las cuales se considera prudente o correcto privar de la libertad ambulatoria a una persona aun cuando no ha sido probada su responsabilidad en los hechos presuntamente delictivos que se le imputan.

El hecho de que se trate de una medida cautelar anuncia ya su finalidad de prevenir, evitar o disuadir a la persona procesada de que intente evadir el proceso penal en el que se encuentra inmersa, ya que lo que se busca es que efectivamente cuando se requiera su presencia en el proceso y ante el juez, ésta pueda ser garantizada en aras de que sea juzgada y se aplique la pena correspondiente si es hallada culpable del delito que se le imputa, que solo puede ser verificado después de un proceso judicial con todas las garantías que exige el derecho al debido proceso.

Por tanto, el primer argumento a favor de las medidas cautelares es su finalidad, que consiste en evitar que la persona a quien se imputa un delito evada la acción de la justicia; dicho en otros términos, asegurar que se presente cuando sea requerida ante la autoridad judicial competente que ha de juzgarla. La manera más efectiva de conseguir

esos fines es privando de libertad ambulatoria a la persona procesada, quien al estar bajo la custodia del Estado podrá ser conducido ante la autoridad judicial cada vez que sea requerida su presencia en el proceso.

Sobre su efectividad para alcanzar los fines comunes a las medidas cautelares, Figueroa (2017) expresa que la prisión preventiva es “sin lugar a dudas una de las de mayor eficacia en lo relacionado con asegurar la comparecencia de la persona imputada en el proceso penal” (p. 21); ello se debe precisamente a que coloca a la persona imputada a disposición del Estado para conducirlo ante el juez cuando sea solicitado dentro del proceso.

Siendo la prisión preventiva una especie dentro del género de las medidas cautelares, es importante, en primer lugar, definir las. Al respecto, Figueroa (2017) establece las medidas cautelares como “disposiciones de protección y de salvaguarda que dispone la administración de justicia para evitar perjuicios a los sujetos procesales y a la actividad procesal como tal, las que se dictan sobre la persona sobre la que se imputa los cargos” (p. 31).

El autor señala dos aspectos que conviene resaltar. En primer lugar, se trata de medidas de protección que se dictan en favor de la administración de justicia, para garantizar que la persona que deba presentarse ante ella lo haga o sufra las consecuencias de la medida impuesta. En segundo lugar, con ellas se busca evitar que los sujetos procesales se vean perjudicados por la ausencia de la persona procesada, lo que puede ser negativo para la víctima, por ejemplo, que se verá privada de la reparación integral a que tiene derecho si la persona procesada es hallada culpable.

Pero la esencia de las medidas cautelares va más allá de los posibles perjuicios a los sujetos procesales, y se extiende a la necesidad de asegurar la eficacia del sistema de administración de justicia, que solo

puede actuar de manera eficiente cuando todas las personas implicadas en el proceso se hacen presentes cuando sean convocadas, al margen de que puedan ser juzgadas en ausencia si no es posible asegurar su presencia, lo cual representa sin dudas una expresión de incapacidad del sistema para alcanzar sus fines de juzgar a los infractores, imponerles sanciones y asegurarse de que éstas se cumplan.

De entre todas las medidas cautelares, la prisión preventiva es la más eficiente en cuanto a su finalidad, pues en las demás las personas pueden evadirlas al encontrarse en goce de su libertad ambulatoria, pueden abandonar el país, por ejemplo, como han hecho en los últimos años varias personas procesadas en el Ecuador sujetas a medidas como el uso de dispositivos electrónicos o la presentación periódica ante la autoridad competente, algunos de los cuales incluso han solicitado asilo diplomático para no responder ante la justicia (La Hora, 2020).

No obstante, esa efectividad de la prisión preventiva, comparada con el resto de las medidas cautelares, debe ser ponderada con la restricción del derecho a la libertad individual que supone aquella, al colocar bajo la custodia del Estado a una persona que es inocente de los hechos que se le imputan, y sin embargo es retenida para fines de investigación, sin que se tenga certeza de que en el proceso se demostrará su responsabilidad penal y será condenada.

El riesgo de que se imponga la prisión preventiva se manifiesta precisamente en la posibilidad de que la persona retenida durante un tiempo bajo la custodia del Estado, principal garante de los derechos fundamentales, sea declarada inocente por un juez o tribunal, sin que posterior a ello se haga algún tipo de indemnización o reparación de los perjuicios sufridos por la persona privada de libertad respecto de la cual un juez ratificó su estado de inocencia. Ese riesgo debe ser ponderado con los derechos de la persona privada de la libertad y la finalidad que se pretende alcanzar con la medida impuesta.

En principio, el Estado debe disponer de mecanismos que garanticen la efectividad de su actuación sin afectar los derechos de las personas, cuando eso no es posible deben ponderarse los argumentos a favor o en contra de una restricción o suspensión de los derechos fundamentales, con los resultados que se espera obtener de ello. Si el único medio viable es la limitación de derechos, entonces deberá hacerse en la medida de lo posible, y solo en cuanto sea imprescindible para alcanzar el fin previsto, y lo que se sitúe más allá de ese límite será un ejercicio ilegítimo o arbitrario del poder punitivo del Estado.

Aplicado ese principio a las medidas cautelares, el juzgador deberá abstenerse de aplicar la prisión preventiva si las medidas menos gravosas pueden ser aptas para alcanzar los mismos fines de aquella, prefiriendo siempre la alternativa más eficiente desde el punto de vista de la administración de justicia, y la que menos limitaciones suponga a los derechos de la persona contra la que se formulará cargos por un presunto delito. Por tanto, la argumentación va en el doble sentido de demostrar claramente los fines que se persiguen, y señalar la medida cautelar más idónea para alcanzarlos.

La prisión preventiva ha sido definida por diferentes autores, quienes indican sus aspectos más relevantes referidos a su naturaleza y finalidad. Por ejemplo, Mendoza y Carrillo (2000) la definen como:

Un acto procesal de carácter preventivo, provisional que limita la libertad personal del sujeto pasivo del proceso, cuando al reunirse los presupuestos exigidos por la ley, el Juez, objetiva y subjetivamente, considera necesario dictarlo con la finalidad de asegurar la realización del Derecho violentado por el delito (p. 159).

Que sea un acto procesal significa que únicamente puede disponerla un juez dentro de un proceso judicial que se inicie contra una persona debidamente identificada, y que se encuentre bajo la custodia de los organismos de seguridad u orden público del Estado. Ninguna autori-

dad o persona distinta de un juez puede disponer que una persona sea privada de libertad, ni mantenerla en esas condiciones sin que exista una orden de internamiento en un establecimiento penitenciario firmada por un juez competente.

Para imponer la prisión preventiva el juez debe apegarse estrictamente a lo previsto en la ley, en cumplimiento del principio de legalidad que debe materializarse en el proceso penal, y en virtud del cual solo puede hacer o disponer la autoridad judicial aquello que le faculta la ley, y siempre que se verifiquen los presupuestos objetivos y subjetivos en que se basa su decisión, que debe contar además con la debida motivación como lo exige la Constitución y el propio COIP.

Finalmente, la definición de los autores se refiere a la finalidad de la prisión preventiva, que sería la realización del derecho violentado; en otros términos, la necesidad de que quien haya infringido el orden jurídico vigente responda por ello, y la prisión preventiva sería el medio para asegurar su presencia en el proceso cuando sea convocado, si se considera que las otras medidas cautelares no son suficientes para alcanzar el fin previsto, que es la eficiencia de la administración de justicia al juzgar y sancionar a los infractores.

Cárdenas (2014) cita a Horvitz y López, e indica que se manifiesta en la suspensión de la libertad ambulatoria de la persona imputada y su consecuente internamiento en un establecimiento penitenciario mientras dura el proceso penal en su contra, con el objetivo de asegurar su presentación cuando sea requerida por el juez. Aunque la esencia de la prisión preventiva es la suspensión de la libertad ambulatoria de la persona como señala el autor, de ella se deriva la limitación de otros derechos como la libre movilidad, la comunicación, la vida familiar y personal, y en general todos aquellos cuyo ejercicio depende de la libertad individual.

En consecuencia, a una persona que tanto en el orden internacional de los derechos humanos como en la Constitución vigente debe ser tratada y considerada como inocente, se le aplica una medida limitativa de sus derechos con base en una cadena de suposiciones que indican que: a) es la posible autora de un delito que aún no se ha probado, b) que tratará de evadir la acción de la justicia para no responder de los hechos respecto a los cuales aún es inocente, y c) será condenada luego que se realice el proceso penal en su contra.

Si no se logra acreditar ninguna de esas suposiciones con argumentos que la sustenten, no se podrá imponer la prisión preventiva; no obstante, nada asegura que la existencia de esas tres suposiciones, al final del proceso, sean ciertas en toda su extensión, porque ello dependerá de las pruebas que se presenten en contra del imputado y la valoración que haga el juez, de lo que puede resultar probada su culpabilidad lo mismo que la ratificación de su estado de inocencia.

El resultado es que con la prisión preventiva a una persona que debe ser considerada y tratada como inocente según el derecho vigente, se le priva de su libertad ambulatoria mientras dura la investigación. Para asegurar que la prisión preventiva no sea aplicada de manera injusta, arbitraria o sin fundamentos, el legislador debe establecer expresamente los requisitos y circunstancias que debe verificar el juez al momento de imponerla, y fijar asimismo los fines que debe alcanzarse con ella.

La prisión preventiva puede tener diversos fines, de los cuales, entre los más importantes se pueden indicar los siguientes (Llerena 2010, pág. 36): evitar la posible fuga del imputado o procesado; evitar que oculte, destruya o altere pruebas relevantes para el proceso; evitar que pueda atentar contra la víctima y evitar que cometa otros hechos delictivos.

Frente a los argumentos de quienes defienden la prisión preventiva no faltan los de aquellos que la critican, particularmente quienes la consideran “lesiva respecto del derecho fundamental a la libertad personal y al principio de la presunción de inocencia, considerando inclusive a la prisión preventiva como una pre-pena” (Llerena, 2010, pág. 5). Si constituye una pre-pena como indica el autor solo es posible determinarlo *a posteriori*, y si en el proceso de reafirma la inocencia de la persona procesada; de lo contrario, si es encontrada culpable, el tiempo que estuvo en prisión preventiva se abona a la pena impuesta.

Finalmente, conviene sistematizar algunos de los principios delineados en la doctrina, que deben tenerse en cuenta al momento de decidir si procede o no imponer la prisión preventiva como única alternativa frente a otras medidas cautelares menos gravosas. Esos principios son los siguientes:

- ***Principio de jurisdiccionalidad***. Exige que la prisión preventiva solo proceda únicamente por orden escrita de jueza o juez competente, lo cual impide la arbitrariedad, el abuso de poder, la liberalidad en la aplicación de la medida y la privación ilegítima de la libertad individual (Garzón, 2008).
- ***Principio de inocencia***. Este principio permite salvaguardar tanto los derechos de las víctimas del delito como los de la sociedad en general, al castigar con elementos de prueba irrefutables y conforme a derecho a quien verdaderamente corresponda, sin dejar por ello de respetar el principio de presunción de inocencia que es una garantía en favor del imputado, que solo transitoriamente puede ser privado de libertad hasta que exista una sentencia que lo declare culpable o ratifique su estado de inocencia (Alfonso, 2009).
- ***Principio de excepcionalidad***. Con este principio se procura impedir que la privación de libertad sin sentencia sea usada como castigo de una persona que debe ser considerada y tratada como inocente, y busca obligar al juez a que aplique otras medidas cautelares menos gravosas (O’Donnel, 1982).

*Estándares internacionales*

Los estándares internacionales de la prisión preventiva se refieren a dos aspectos distintos. Por un lado, a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que reconocen el derecho a la libertad individual y establecen límites a la prisión preventiva; y por otro, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando se ha pronunciado al respecto, y cuyas decisiones constituyen parámetros obligatorios para la justicia nacional, en virtud del control de convencionalidad.

Ese control, en el caso de las instituciones públicas del Ecuador, es obligatorio en todos sus niveles sean de carácter administrativo o judicial; se trata de “una responsabilidad emanada no solo de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado ecuatoriano, sino como un deber de orden constitucional” (Villacís Londoño, 2018, pág. 88). En consecuencia, lo que disponen tanto los referidos instrumentos como la jurisprudencia mencionada, son de obligatorio cumplimiento cuando se trata de la prisión preventiva en el país.

En cuanto a instrumentos internacionales aplicables a la prisión preventiva como medida cautelar se puede hablar de dos tipos distintos; en primer lugar, de los instrumentos generales sobre derechos humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966) y la Convención Americana de Derechos Humanos; y en segundo lugar, de instrumentos especialmente destinados a proteger la libertad individual y poner límites a la aplicación de la prisión preventiva por los Estados.

En su artículo 11.1, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, reconoce los derechos inherentes a toda persona acusada de delito, entre los que se encuentran la presunción de inocencia, un juicio público realizado por un juez independiente e imparcial, así como todas las garantías necesarias para su defensa. No se menciona la privación preventiva de la libertad, pero evidentemente cuando se impone

se afectan los derechos mencionados en ese artículo, y en particular el de presunción de inocencia.

Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su artículo 14 determina los derechos y garantías que protegen a la persona que se encuentre involucrada en un proceso penal. Entre ellos se encuentran la igualdad ante los tribunales, el derecho a ser oído públicamente por un tribunal competente, independiente e imparcial, la publicidad de la sentencia penal y el derecho a la presunción de inocencia, que estará en vigor hasta que no se demuestre su culpabilidad en un proceso con todas las garantías previstas en la ley. Otros derechos son que la persona procesada sea informada sin demora sobre la naturaleza y causas de la acusación en su contra; disponer de los medios adecuados y del tiempo para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; a ser juzgado sin dilaciones indebidas; así como a estar presente en el proceso y defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección o a un defensor público si no tiene cómo costear los honorarios.

El centro de esos derechos y garantías lo constituye nuevamente la presunción de inocencia, que es el argumento más recurrente que se alega en contra de la prisión preventiva, ya que su imposición parte de la premisa de que el procesado es responsable de los hechos que se le imputan, podría evadir la acción de la justicia o destruir prueba que lo inculpen, todo ello aun siendo considerado y tratado formalmente como inocente en teoría, pero en la práctica es tenido por culpable no solo del delito, sino de una posible evasión de sus consecuencias.

El último instrumento internacional de carácter general es la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, que es la base sobre la cual se genera la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que es analizada más adelante como parte de los estándares internacionales sobre la prisión preventiva. En su artículo 8 la Convención recoge las garantías judiciales, entre las que señala

el derecho de toda persona imputada a ser oída por un juez o tribunal competente, imparcial e independiente.

No se refiere a las medidas cautelares, pero en su artículo 7 sí reconoce el derecho a la libertad personal, y en consecuencia la prohibición de que una persona sea privada de su libertad personal, salvo en los casos expresamente previstos en la Constitución y las leyes nacionales.

Aquí se remite expresamente al orden jurídico interno, que es donde se determinan los requisitos y condiciones que deben tenerse en cuenta para privar de libertad a una persona, por lo que exige en todo caso un examen particular del ordenamiento jurídico nacional para determinar si se respeta y en qué medida el derecho a la libertad personal, y cómo influye sobre el mismo la prisión preventiva.

En el segundo tipo de instrumentos internacionales mencionados se incluyen aquellos que establecen normas específicas respecto a la prisión preventiva como parte de las prácticas de tratamiento a las personas privadas de libertad, ya sea que se encuentren internados de manera temporal y preventiva como medida cautelar, o cumpliendo la sanción impuesta en una sentencia ejecutoriada. Entre esos instrumentos se encuentran los siguientes:

- Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas (2008).
- Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (1977).
- Principios básicos para el tratamiento de los reclusos (1990).
- El conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (1988).
- Las reglas Mandela de las Naciones Unidas (2015).

El más explícito de ellos en cuanto al uso de la prisión preventiva y sus límites son las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad* (Reglas de Tokio) (ONU, 1990), las

cuales en su punto 7 establecen las Disposiciones previas al juicio; indica que esa medida cautelar debe ser utilizada como último recurso, dando preferencia a otras medidas cautelares no privativas de libertad. Dispone que solo se debe recurrir a la prisión preventiva como último recurso para asegurar a la persona procesada; que las medidas alternativas o sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible, y que la persona bajo prisión preventiva tendrá derecho a apelar la decisión ante otra autoridad competente.

En el ámbito interamericano, el instrumento específico que obliga a los Estados son los *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas* (Comisión IDH, 2008), adoptados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante el 131.º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008. En su Principio III referente a la libertad individual de las personas, orienta sobre la excepcionalidad de la privación preventiva de la libertad.

Dispone los requisitos que deben cumplirse para imponer la prisión preventiva, entre los que cabe mencionar la regla general de que en los procesos judiciales se aplique de manera excepcional la prisión preventiva, y se garantice la libertad personal de la persona procesada. Igualmente, demanda que en el proceso penal deberán existir elementos de prueba suficientes que vinculen al imputado con el hecho investigado, a fin de justificar una orden de privación de libertad preventiva.

De acuerdo a su contenido, la prisión preventiva como medida cautelar de carácter personal y no punitiva, deberá obedecer a los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, y solo procederá de acuerdo con los límites estrictamente necesarios para asegurarse de que no se impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni se eludirá la acción de la justicia. Los requisitos deben ser acreditados por el juez competente para que la prisión provisional no sea ilegal.

Con base en esos principios y normas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en diferentes casos sobre los requisitos, alcances y límites de la prisión preventiva. Al respecto se puede mencionar el *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador* (CIDH 22 de noviembre de 1997), donde señala que la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8.2. obliga a los Estados a no restringir la libertad personal de la persona procesada más allá de los límites necesarios para asegurar que no evadirá la acción de la justicia, pues en caso contrario se estará cometiendo una arbitrariedad al privar de la libertad a una persona presuntamente inocente.

Finalmente, en el *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* (CIDH de 21 de noviembre de 2007, donde figuró como demandado el Estado ecuatoriano, la Corte señaló que para imponer la prisión preventiva como medida cautelar, deben existir indicios suficientes de que la persona procesada ha participado en el presunto hecho punible; en tal sentido, indica que el Estado no debe detener para después investigar, pues solo está autorizado a privar de la libertad cuando tenga indicios suficientes de su responsabilidad.

La jurisprudencia reseñada demuestra que no basta con que existan en la legislación nacional los requisitos y circunstancias para determinar la procedencia de la prisión preventiva, sino que además el sistema de administración de justicia debe limitar su uso al mínimo, e imponerla solo cuando sea estrictamente necesaria para asegurar la presencia del imputado ante el juez, debiendo quedar demostrado que las demás medidas cautelares son insuficientes para alcanzar ese fin. El segundo aspecto que interesa destacar, porque consta en los estándares internacionales, es el de la duración de la prisión preventiva, que según la Corte debe limitarse a un plazo razonable, que debe determinarse de acuerdo con criterios como la actividad procesal del interesado, la complejidad del asunto y la conducta de las autoridades judiciales, como se indicó en el *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*.

En el caso *Valle Jaramillo vs. Colombia*, resuelto en el año 2008, la Corte consideró que a los anteriores criterios debe agregarse “la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia” (pág. 48). Si la prisión preventiva dura más allá del plazo razonable será una medida ilegítima; sin embargo, ello solo puede determinarse una vez concluido el proceso en sede judicial, y por tanto la garantía que representa solo puede ser ejercida ante un organismo internacional como la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (Rodríguez & Andrade, 2011).

#### **4.2. Informes de la Comisión IDH**

El estudio de los estándares interamericanos sobre la prisión preventiva es recurrente, lo que demuestra en primer lugar la relevancia de sistematizar las tesis de la Comisión IDH y la Corte IDH. Algunos de esos estudios son los siguientes: La Rosa (2017), Llerena (2010), Juliano (2015) y González (2012). El primer organismo mencionado se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre el contenido y alcance de la prisión preventiva, bien mediante tesis propias o citando y ampliando aquellas asentadas en la jurisprudencia de la Corte IDH.

Por ejemplo, en el Informe 12/96 del 1 de marzo de 1996, la Comisión IDH expresó que:

Para determinar si una detención es razonable, se debe hacer, inevitablemente, un análisis de cada caso. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que se establezca una norma que determine un plazo general más allá del cual la detención sea considerada ilegítima *prima facie*, independientemente de la naturaleza del delito que se impute al acusado o de la complejidad del caso. Esta acción será congruente con el principio de presunción de inocencia y con todos los otros derechos asociados al debido proceso legal (p. 55).

De la cita interesa resaltar la tesis de que no es posible establecer criterios generales que apliquen a cualquier caso de prisión preventiva, ya que corresponde a cada Estado establecer en su legislación interna los casos en que se procede, los requisitos exigibles y las condiciones y circunstancias que debe apreciar el juez para decidir si impone la más grave de las medidas cautelares que es la prisión provisional.

Como se pudo apreciar en el breve estudio comparado del epígrafe 2.3, no en todos los códigos establecen plazos o condiciones a partir de las cuales debe terminar de oficio o a petición de parte la prisión preventiva; entendemos que es a esos cuerpos legales nacionales que se refiere la segunda parte de la cita, que indica la necesidad de que se establezca un plazo razonable de duración de la prisión preventiva. En cualquier caso, la interpretación de lo que deba interpretarse como plazo razonable para pronunciarse sobre la prisión preventiva debe hacerse mediante la ponderación entre al menos tres aspectos distintos: la naturaleza o gravedad del delito, las circunstancias personales del presunto responsable y la necesidad de asegurar que se presente ante el juez cuando sea requerido, para asegurar el ejercicio de la acción penal y la protección de los derechos de las víctimas. Todo ello bajo la premisa de que el procesado está protegido por el derecho a la presunción de inocencia, lo que impone un límite a la duración de la prisión preventiva, sin que pueda hablarse de una duración predeterminada.

De todo ello se deduce que la duración de la prisión preventiva, y su calificación de legítima o ilegítima, depende en último término de las circunstancias del caso concreto y, por tanto, corresponde realizarla a los órganos jurisdiccionales, donde deben ponerse en relación las exigencias previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular la Convención Americana de 1969, y la jurisprudencia de la Corte IDH que son los criterios con base en los cuales debe realizarse el control de convencionalidad.

En el propio Informe 12/96 la Comisión IDH indicó que la prisión preventiva se justifica necesariamente en el riesgo de fuga o de evasión del procesado, lo cual debe ser interpretado en relación con el argumento de seriedad de la infracción y el de la severidad de la pena. De estos dos últimos criterios se exige al juez que derive su decisión, porque como se explicó al inicio de la investigación, la prisión preventiva se basa en una probabilidad futura e incierta respecto al comportamiento del infractor (por ejemplo, comparecer cuando sea requerido o evadir la acción de la justicia).

Lo que sugiere la Comisión IDH es que mientras más grave sea la infracción, y en consecuencia la posible sanción o pena a imponer, existirá un mayor riesgo de fuga y por tanto se justificaría la prisión preventiva. Por supuesto que se trata de un juicio de valor, de un deber ser que puede no suceder en la práctica, ya que tanto puede fugarse una persona implicada en un delito grave como en uno leve, aunque es más probable que lo haga el primero y no el segundo. En cualquiera de los dos casos estima la Comisión, debe ponderarse entre la necesidad de asegurar la presencia del imputado en el proceso y su derecho a la presunción de inocencia, para evitar que la prisión preventiva se convierta en sí misma en una pena sin haber sido impuesta por un juez dentro de un proceso penal con todas las garantías inherentes al derecho al debido proceso.

De esa situación resulta, según la Comisión, una violación del derecho a la presunción de inocencia, que se manifiesta en la prolongación de esa medida cautelar, con su consecuencia natural de sospecha indefinida y permanente sobre un individuo, resultando contrario a lo que expresamente dispone el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos como parte de las garantías judiciales. Sin embargo, afirma a reglón seguido que no es contraria a la presunción de inocencia la sospecha creciente que justifique la adopción de medidas cautelares, como la prisión preventiva, sobre la persona del sospechoso.

Informe 35/07 relativo al Caso 12.553 Fondo Jorge, José y Dante Peirano Basso República Oriental del Uruguay, la Comisión puso el énfasis en la naturaleza excepcional de las medidas cautelares.

La prisión preventiva no es una excepción a esta regla. Como consecuencia del principio de excepcionalidad, sólo procederá la prisión preventiva cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso porque se pueda demostrar que las medidas menos lesivas resultarían infructuosas a esos fines. Por eso, siempre se debe procurar su sustitución por una de menor gravedad cuando las circunstancias así lo permitan. (Comisión IDH, 2007, pág. 4)

Aquí el estándar es que la prisión preventiva solo se justifica en la necesidad de asegurar la presencia del procesado ante el juez cuando sea requerido. En su argumentación de la solicitud el fiscal debe acreditar que el resto de las medidas preventivas serían insuficientes para asegurar su finalidad, y por tanto la única manera procedente es la privación preventiva de la libertad, siempre que se cumplan los requisitos relativos al tipo de delitos en que procede y se cuente con indicios suficientes que indiquen la posible comisión de un hecho delictivo y la responsabilidad de la persona imputada.

La contrapartida de la excepcionalidad de la prisión provisional es la regla, que dispone que la persona sometida a un proceso penal debe ser juzgada en libertad, pues es la manera más adecuada de respetar su derecho a la presunción de inocencia y asegurar que pueda ejercer su derecho a la defensa y a recabar las pruebas para ese fin, incluyendo el contacto personal y sin limitaciones con su abogado patrocinador, lo que se dificulta si se encuentra privado de la libertad.

Luego de su análisis la Comisión IDH propuso en ese informe una regla según la cual el límite de la prisión preventiva debería estar en el hecho de que el procesado cumpla las dos terceras partes del mínimo legal previsto para el delito imputado. La regla no significa que el Estado esté

autorizado a mantener a la persona reclusa todo ese tiempo, sino un límite máximo más allá del cual la privación de libertad sería ilegítima. En el supuesto en que se haya superado ese término, considera que la justificación deberá ser sometida a un examen aún más exigente.

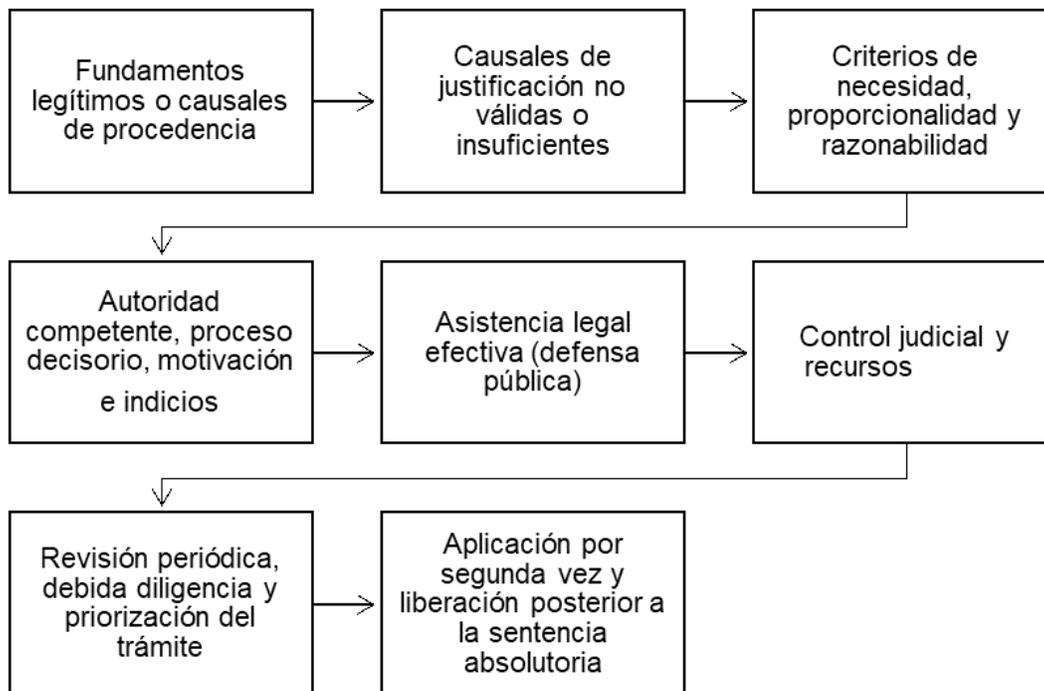
También en el *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas* la Comisión se pronunció sobre la prisión preventiva (Comisión IDH, 2013). La tesis de fondo de ese documento es que en las Américas existe un uso excesivo de la prisión preventiva, lo cual se debía entonces a varias causas:

- El retardo o mora judicial.
- Falta de capacidad operativa y técnica de los cuerpos policiales y de investigación.
- Falta de capacidad operativa, independencia y recursos de las defensorías públicas.
- Deficiencias en el acceso a los servicios de defensa pública.
- Existencia de legislación que privilegia la aplicación de la prisión preventiva.
- Falta de mecanismos para la aplicación de otras medidas cautelares.
- Inversión de la carga de probar la necesidad de aplicación de la prisión preventiva.
- Corrupción.
- Uso extendido de la prisión preventiva en casos de delitos menores.
- Extrema dificultad en lograr la revocación de la prisión preventiva.

De igual manera identificó factores que incidían en el uso *no excepcional* de la prisión preventiva, entre las que menciona las políticas criminales que plantean la flexibilización y mayor uso de la privación de libertad como vía de solución al fenómeno de la delincuencia y los desafíos relacionados con la actuación de la judicatura, singularmente aquellos que tienen que ver con el respeto a la independencia judicial.

De interés resultan además las condiciones que se exige para que sea aplicada de manera legítima la prisión preventiva, tal como se aprecia en el siguiente gráfico.

**Figura 1.** Condiciones para aplicar la prisión preventiva, Comisión IDH: Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas (2013)



Elaboración del autor a partir de Comisión IDH (Comisión IDH, 2013, págs. 68-83)

Esas condiciones, como estableció la propia Comisión en el Informe 12/96 del 1 de marzo de 1996, deben analizarse caso por caso, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos, la posible sanción a imponer al procesado, el peligro de fuga y la necesidad de asegurar su comparecencia ante el juez cuando sea requerido dentro del proceso. Todos ellos deben ser interpretados de manera restrictiva y aplicar la prisión provisional solo cuando las demás medidas, cautelares, menos gravosas, no sean suficientes para conseguir su finalidad procesal.

### 4.3. Casos y jurisprudencia relevante de la Corte IDH sobre la prisión preventiva

**Tabla 4.** Casos relevantes de la corte IDH sobre la prisión preventiva

Caso/Decisión	Jurisprudencia
<p>Corte IDH, Caso Suárez Rosero contra Ecuador, sentencia de 12 de noviembre 1997. Declaró responsable al Estado y ordenó reparaciones.</p>	<p>77. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva [...] En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos, p. 23.</p>
<p>Corte IDH, Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Sentencia de 7 de junio de 2003. Declaró responsable al Estado y ordenó reparaciones.</p>	<p>67. La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal, p. 39.</p>
<p>Corte IDH, Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia de 07 de septiembre de 2004. Declaró responsable al Estado y ordenó reparaciones.</p>	<p>En el Ecuador la prisión preventiva no se utiliza de manera excepcional, sino constituye una regla. En este caso no existía ningún indicio fuerte, unívoco y directo que significan una presunción grave, precisa y concordante en contra del señor Tibi, que justificara la prolongación de la detención por más de dos años, p. 58. La necesidad de la medida excepcional de prisión preventiva se justifica por los siguientes criterios acogidos por la Comisión Interamericana en el informe No. 2/97 respecto de Argentina, a saber: i) presunción de que el acusado ha cometido un delito; ii) peligro de fuga; iii) riesgo de comisión de nuevos delitos; y iv) necesidad de investigar y posibilidad de colusión. La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática, p. 61.</p>
<p>Corte IDH, Reeducación del menor vs. Paraguay. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Declaró responsable al Estado y ordenó reparaciones.</p>	<p>229. La prisión preventiva debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención Americana, en el sentido de que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios del derecho universalmente reconocidos, p. 115.</p>

## GARANTÍA Y AMPAROS DE LOS DERECHOS EN MATERIA PENAL

<p>Caso Acosta Calderón vs. Ecuador Sentencia de 24 de junio de 2005. Declaró responsable al Estado y ordenó reparaciones.</p>	<p>111. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia. En este sentido, la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto figura en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que la prisión preventiva de los procesados no debe constituir la regla general (artículo 9.3). Se incurriría en una violación a la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos, p. 34-35.</p>
<p>Caso López Álvarez vs. Honduras Sentencia de 1 de febrero de 2006. Declaró responsable al Estado y ordenó reparaciones</p>	<p>104. Este Tribunal ha señalado que una persona ilegalmente detenida se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad. Además, la Corte ha indicado que la restricción de derechos del detenido, como consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de ésta, debe limitarse de manera rigurosa; solo se justifica la restricción de un derecho humano cuando es absolutamente necesaria en el contexto de una sociedad democrática, p. 45.</p>
<p>Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Declaró parcialmente responsable al Estado y ordenó reparaciones.</p>	<p>101. La Corte ha establecido que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso haya participado en el ilícito que se investiga. 103. Para esta Corte, la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados con palabras, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, solo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio. Sin embargo, aún verificado este extremo, la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que solo se puede fundamentar en asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludir la acción de la justicia. 117. La Corte resalta que en los casos de personas detenidas los jueces no tienen que esperar hasta el momento de dictar sentencia absoluta para que los detenidos recuperen su libertad, sino que deben valorar periódicamente que las causas y fines que justificaron la privación de libertad se mantienen, si la medida cautelar todavía es absolutamente necesaria para la consecución de esos fines y si es proporcional. En cualquier momento que la medida cautelar carezca de alguna de estas condiciones, deberá decretarse la libertad. De igual forma, ante cada solicitud de liberación del detenido, el juez tiene que motivar aunque sea en forma mínima las razones por las que considera que la prisión preventiva debe mantenerse.</p>

<p>Corte IDH, Caso Bayarri vs. Argentina, 2008. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Declaró responsable al Estado y ordenó reparaciones.</p>	<p>Aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el artículo 7.5 garantiza que aquella sea liberada si el período de la detención ha excedido el límite de lo razonable, p. 23. 76. El Tribunal resalta que, además, el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino que debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo de detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe, p. 23.</p>
<p>Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Declaró responsable al Estado y ordenó reparaciones.</p>	<p>La privación de libertad de la persona imputada no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que solo se puede fundamentar en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia, p. 56.</p>

Elaboración del autor a partir de las sentencias citadas.

#### **4.4. Estándares derivados de los casos analizados**

Cuando se analizan los casos cuyas tesis fueron resumidas en la tabla anterior, es posible percatarse de que en todos ellos la Corte IDH repite más o menos las mismas exigencias que deben verificarse para que sea legítima la prisión preventiva. Esas exigencias se refieren a varios puntos importantes que se explican a continuación, tomando en cuenta las sentencias más explícitas en cada caso.

De los casos analizados es importante mencionar que en cuatro de ellos el Estado accionado fue el ecuatoriano, y en todos los casos fue declarado responsable de la violación de derechos humanos, y en consecuencia se le impuso la obligación de reparar los derechos afectados, con el cumplimiento de diferentes medidas de reparación integral. Uno de los derechos afectados fue el de la libertad individual y la presunción de inocencia, como resultado de la prolongación injustificada de la prisión preventiva o el incumplimiento de obligaciones previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En lo que sigue se analizan los principales estándares sobre la prisión preventiva vigentes en el sistema interamericano de derechos huma-

nos, fijados en diferentes casos de los que conoció y resolvió la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

#### **4.4.1. Excepcionalidad de la prisión preventiva**

En el *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras* la Corte expresó que la prisión preventiva es la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente; la regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal. La aplicación de la regla o su excepción depende de otros factores que se analizan más adelante.

Por otro lado, en el *Caso Tibi vs. Ecuador*, donde fue declarado responsable el Estado ecuatoriano, la Corte expresó que en el Ecuador la prisión preventiva no se utiliza de manera excepcional, sino constituye una regla. Por supuesto que esa afirmación de hecho corresponde al año en que se dictó la sentencia, cuando estaba vigente el Código Procesal Penal de 2000 cuyo análisis en cuanto a la prisión preventiva se realizó anteriormente. Ya en el informe de 2013 se menciona que el país corrigió algunas de las normas que contenían una inadecuada configuración jurídica de esa institución.

En el mismo caso determinó que la prisión preventiva es la medida cautelar más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, y debe justificarse en los principios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad para alcanzar sus fines sin afectar los derechos de la persona procesada más allá de lo estrictamente necesario. Esta última precisión aparece en el *Caso López Álvarez vs. Honduras*, donde afirmó que la restricción de derechos del detenido, como consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de ésta, debe limitarse de manera rigurosa.

#### **4.4.2. Duración razonable de la prisión preventiva**

Aun cuando se justifique la prisión preventiva en un caso concreto, su duración debe ser por el tiempo mínimo necesario para que el procesado sea presentado ante el juez y se dicte una sentencia que reafirme o desmienta su estado de inocencia. Así lo estableció en la sentencia del caso *Reeducación del Menor vs. Paraguay*, donde determinó que la prisión preventiva no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. El problema en este caso sería lo que debe entenderse por plazo razonable, que debe ser fijado en cada caso por el juez cuando realiza control de constitucionalidad y convencionalidad concurrente como es obligatorio en el Ecuador para los jueces y el resto de los poderes públicos. Fue la propia Corte IDH quien el *Caso Suarez Rosero vs. Ecuador* fijó criterios básicos para determinar cuándo un plazo judicial es razonable.

Esos criterios fijados en el caso mencionado y recogidos en varias investigaciones doctrinales son la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales.

A partir del *Caso Valle Jaramillo vs. Colombia*, la Corte IDH consideró que a los anteriores criterios debe agregarse (Rodríguez & Andrade, 2011) en el “análisis de razonabilidad se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia” (Caso Valle Jaramillo vs. Colombia, 2008, pág. 48).

Volviendo al *Caso Reeducación del Menor vs. Paraguay*, en el mismo la Corte expresó que no cumplir con los requisitos del plazo razonable equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios del derecho universalmente reconocidos. Finalmente, sobre este punto, en el *Caso Bayarri vs. Argentina* expresó que aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el

artículo 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos garantiza que la persona bajo prisión preventiva sea liberada si el período de la detención ha excedido el límite de lo razonable.

#### **4.4.3. Justificación en el peligro de fuga u obstrucción de la justicia**

La finalidad de la prisión preventiva, como del resto de las medidas cautelares, es que se garantice que el procesado sea presentado ante el juez cuando sea requerido en el proceso. En dependencia de las posibles afectaciones a ese objetivo se define la medida cautelar aplicable, prefiriendo siempre aquellas que no implican una privación de la libertad ambulatoria. Así lo determinó la Corte en el *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, donde argumentó que aún verificado el riesgo de fuga la prisión preventiva no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que solo se puede fundamentar en asegurar que el acusado no impedirá el curso el proceso.

En el *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador* determinó la Corte que la prisión preventiva tiene como límite la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido, más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones, ni eludir la acción de la justicia. Los argumentos que conducen a esa conclusión se refieren tanto a los hechos como a la posible sanción a aplicar y el posible riesgo de fuga.

La misma tesis está en el *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela* argumentó que la prisión preventiva solo puede fundamentarse en un fin legítimo, que no es otro que asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludir la acción de la justicia. El juez debe hacer un examen cuidadoso del material probatorio, las circunstancias del hecho y las características del autor, para determinar la medida cautelar que de mejor manera contribuya a ese fin. Si la única posible es la prisión preventiva la aplicará con todas las previsiones del caso y bajo

una adecuada motivación de las razones que excluyen las menos graves en favor de esta última.

#### **4.4.4. Revisabilidad de la prisión preventiva**

El carácter excepcional de la prisión provisional supone además que ésta pueda ser revisada de oficio o a petición de parte, siempre que existan indicios que pudieran modificar las razones que determinaron su imposición, básicamente las circunstancias del hecho presuntamente delictivo y la responsabilidad del procesado bajo prisión preventiva. En el *Caso Bayarri vs. Argentina* la Corte expresó que en cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface las condiciones bajo las que fue impuesta, deberá decretarse la libertad sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe.

Ese criterio lo amplió en el *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, donde estableció que, ante cada solicitud de liberación del detenido, el juez tiene que motivar, aunque sea en forma mínima, las razones por las que considera que la prisión preventiva debe mantenerse. Este criterio evidentemente corresponde fijarlo por vía legislativa a cada Estado, ya que, si bien debe revisarse periódicamente la prisión preventiva, deben existir elementos objetivos derivados de la investigación que lo justifiquen.

#### **4.5. Control de convencionalidad y estándares sobre la prisión preventiva en Ecuador**

El cumplimiento de las recomendaciones y estándares sobre la prisión preventiva puede analizarse en un doble sentido. Por una parte, en su incorporación al ordenamiento jurídico interno mediante la legislación, y por otra en su aplicación por los jueces y tribunales. En este epígrafe se analiza la configuración jurídica de la prisión preventiva en el COIP para valorar su adecuación a esas exigencias; y en el siguiente su aplicación en sede judicial.

En el derecho procesal penal ecuatoriano puede decirse que la prisión preventiva es una institución histórica, y se encuentran en los tres últimos códigos que han regulado la materia, que son el Código de Procedimiento Penal de 1983 (Congreso de la República, 1983), el Código de Procedimiento Penal del 2000 (Congreso de la República, 1983) y el vigente Código Orgánico Integral Penal (Asamblea Nacional, 2014). A los fines de la presente investigación solo es preciso profundizar en este último, aunque es necesario precisar algunos detalles de los dos primeramente mencionados. El Código de Procedimiento Penal de 1983 disponía en su artículo 170 que, para garantizar la inmediación del acusado en el proceso, el juez podía ordenar medidas cautelares de carácter personal o de carácter real; entre las primeras se incluyen la detención y la prisión preventiva.

Esta última se podía dictar cuando existieran indicios que hicieran presumir la existencia de un delito que mereciera pena privativa de libertad, y que hicieran presumir que el sindicado era autor o cómplice del mismo. Si se dictaba auto de sobreseimiento provisional o definitivo, el juez debía ordenar la inmediata libertad del procesado, pero podía ordenarla nuevamente si el auto de sobreseimiento era revocado si era definitivo, y si resultaban nuevos cargos contra el sindicado si era un sobreseimiento provisional.

Bajo la vigencia de este cuerpo legal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió el *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador* (1997), donde declaró la responsabilidad internacional del Estado ecuatoriano por la detención preventiva prolongada del procesado Sr. Suárez Rosero, a raíz de lo cual la CIDH consideró que “con la prolongada detención preventiva del señor Suárez Rosero, se violó el principio de presunción de inocencia” (p. 23).

Como consecuencia de ello, el año 1997 la Corte Suprema del Ecuador declaró la inconstitucionalidad del artículo 114 del Código, con lo que la aplicación del control de convencionalidad surtió un efecto en la

normativa interna para garantizar el goce de los derechos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos, estando de esa manera el derecho interno adecuado a las exigencias internacionales en materia de prisión preventiva y presunción de inocencia.

El Código de Procedimiento Penal del 2000 en su artículo 160 establecía las medidas cautelares de carácter personal, entre las que se encontraba la prisión preventiva, la cual podía ser decretada si el juez lo consideraba necesario, para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, debiéndose acreditar la existencia de indicios sobre la existencia de un delito de acción pública y de que el procesado es autor o cómplice del delito.

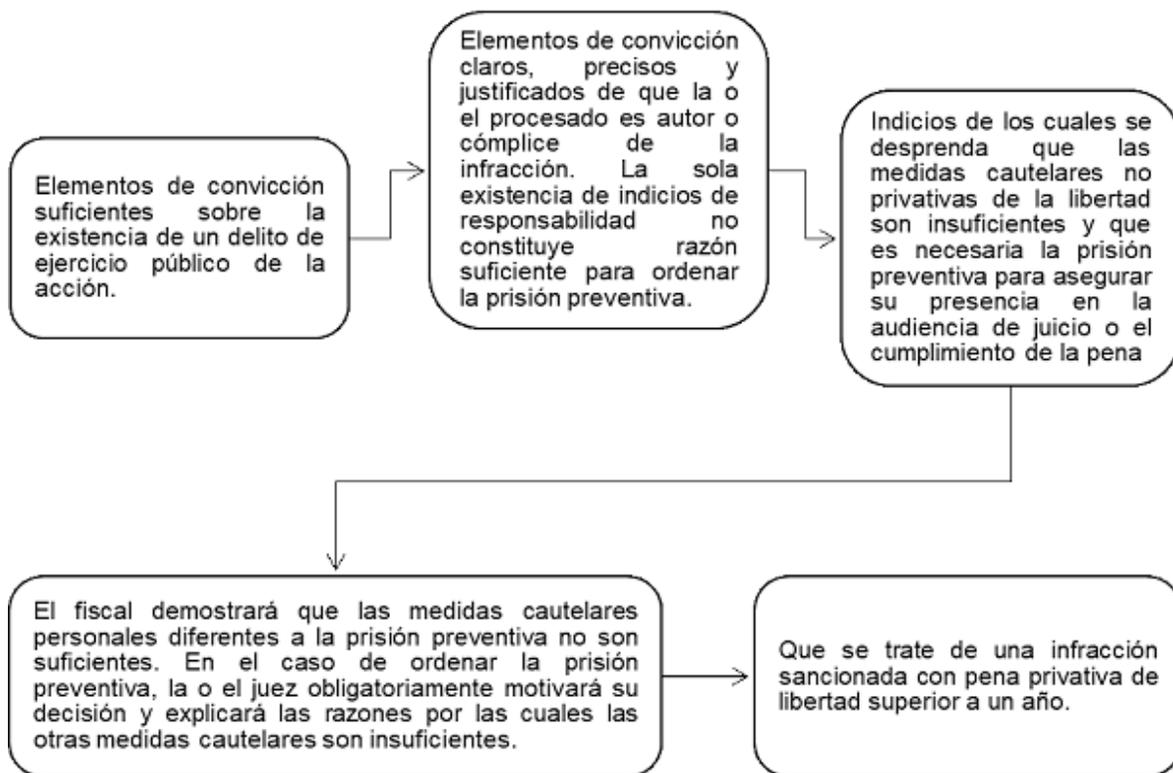
Otro indicio a considerar era la necesidad de verificar que las medidas no privativas de libertad resultaban insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio. Solo era aplicable en los delitos con penas previstas superiores a un año de privación de libertad; a los que se situaban por debajo de ese marco sancionador debían aplicarse medidas cautelares no privativas de libertad.

A diferencia del Código de 1983, en el del año 2000 sí se preveía la caducidad de la prisión provisional, y en tal sentido la misma no podía exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. Todo ello con la finalidad de evitar la prisión preventiva prolongada como sucedió con el Sr. Suárez Rosero.

Finalmente debe considerarse el COIP vigente en relación con la configuración jurídica de la prisión preventiva, para dibujar un cuadro completo de la institución que permita realizar una valoración de conjunto. En este cuerpo legal las medidas cautelares tienen como finalidad asegurar la presencia de la persona procesada, tal como lo prescribe el artículo 522; entre esas medidas la de mayor gravedad es la prisión provisional.

Su regulación específica consta en el artículo 534 donde se establecen su finalidad y requisitos. Se decreta con la finalidad de garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, y debe ser solicitada por el fiscal de manera fundamentada. Para que proceda deben verificarse varios requisitos, como se aprecia en el siguiente gráfico.

**Figura 2.** Requisitos de procedibilidad de la prisión provisional en el COIP.



**Fuente:** COIP, artículo 534.

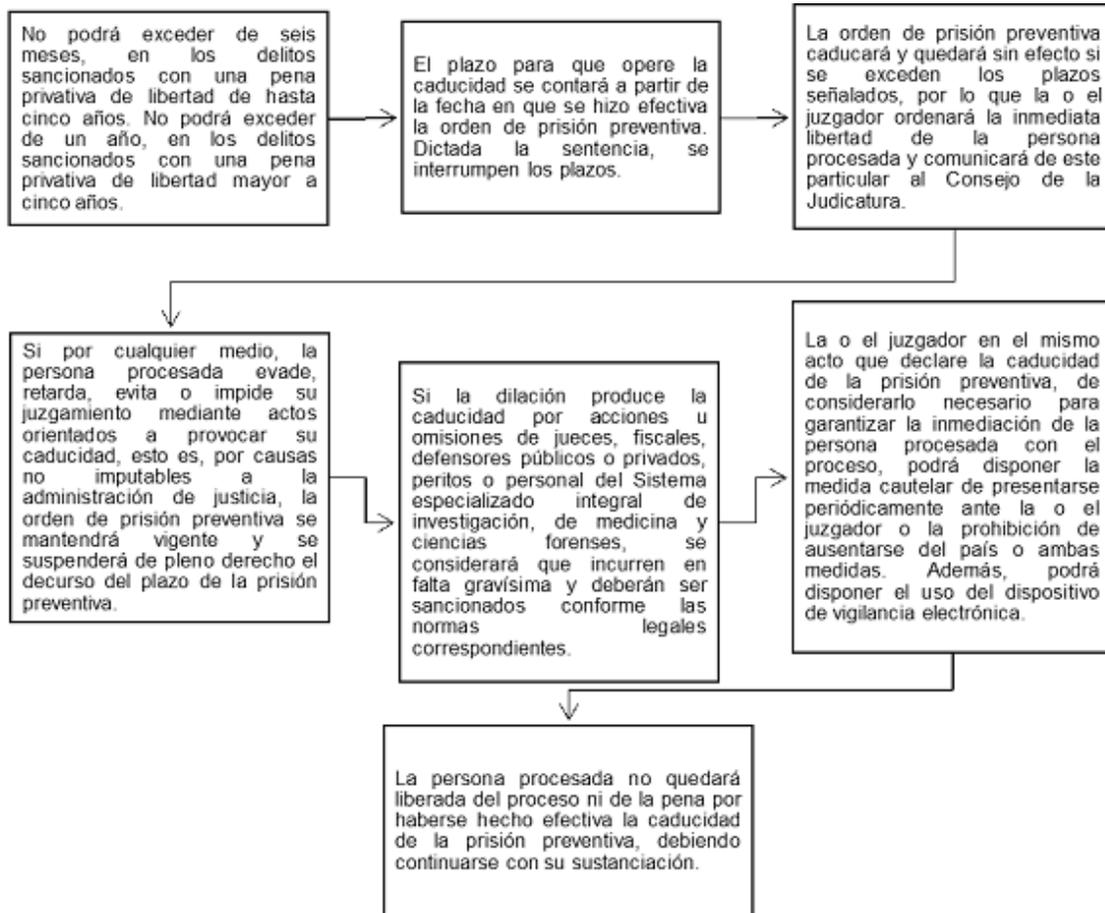
La prisión preventiva puede ser revocada cuando se han desvanecido los indicios o elementos de convicción que la motivaron; cuando la persona procesada ha sido sobreseída o ratificado su estado de inocencia; cuando se produce la caducidad. En este caso no se podrá ordenar nuevamente la prisión preventiva o por declaratoria de nulidad

que afecte dicha medida. Cuando se den las circunstancias previstas en el Código, puede ser sustituida por cualquiera de las otras medidas cautelares. Puede ser suspendida cuando la persona procesada rinda caución.

A los fines de nuestra investigación lo que más interesa son los tiempos previstos para la prisión preventiva, así como las causales de caducidad y los requisitos que deben cumplirse de acuerdo a los estándares internacionales. Para ello es necesario analizar lo relativo a la resolución de prisión preventiva y la caducidad. El artículo 540 dispone que la aplicación, revocatoria, sustitución, suspensión o revisión de la prisión preventiva debe ser adoptada por la o el juzgador en audiencia, oral, pública y contradictoria de manera motivada.

En cuanto a la caducidad el juez debe tener en cuenta las reglas previstas en el artículo 541. Para una mejor explicación recurrimos nuevamente a un gráfico.

**Figura 3.** Caducidad de la prisión preventiva en el COIP.



**Fuente:** COIP, artículo 534.

Como se aprecia en el gráfico y se deriva de la construcción normativa de la prisión preventiva en el COIP, tiene una formulación más completa que la verificada en los códigos extranjeros analizados, sobre todo en lo que se refiere a la caducidad que es una de las principales exigencias de los instrumentos internacionales de derechos humanos respecto a la institución, que es su duración y los requisitos que deben cumplirse para decretarla.

Para contrastar hasta qué punto las normas del COIP se adecuan a las exigencias internacionales, específicamente a las del Sistema In-

teramericano de Derechos Humanos, es preciso hacer un análisis de algunas sentencias de jueces y tribunales ecuatorianos, relativas a la aplicación de la prisión preventiva y el hábeas corpus como garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, que de conformidad con el artículo 89 de la Constitución de la República, tiene por objeto “recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad”.

La configuración jurídica de la prisión preventiva puede ser materializada de diferentes maneras por los jueces y tribunales, ya que se trata de principios y normas generales que deben ser interpretadas y aplicadas a casos concretos. Esas operaciones se materializan en la motivación de la sentencia, la cual debe cumplir los requisitos previstos en el artículo 621 del COIP relativos a los hechos, las normas aplicadas y su interpretación y pertinencia respecto a los hechos que se consideran probados.

Como punto de partida de ese análisis se toma la descripción que ofreció hace una década Llerena (2010), en fecha anterior a la entrada en vigencia del COIP. Según el autor:

El fenómeno de los presos sin condena o sin sentencia, ha sido desmesurado, a tal punto que se afirma que es la principal causa del hacinamiento de las cárceles ecuatorianas. Por ello, lo preocupante, es precisamente, que las cárceles en el Ecuador se encuentran en su mayoría llenas de personas no declaradas culpables de la comisión de un delito, sino de personas que se presumen culpables. (p. 5)

Antes de avanzar en el estudio de la jurisprudencia relevante es pertinente señalar que las medidas cautelares y en especial la prisión preventiva deben ajustarse a su finalidad prevista en el artículo 519, que son las siguientes:

1. Proteger los derechos de las víctimas y demás participantes en el proceso penal.
2. Garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal, el cumplimiento de la pena y la reparación integral.
3. Evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas o que desaparezcan elementos de convicción.
4. Garantizar la reparación integral a las víctimas.

La decisión de qué medida es apta para asegurar esa finalidad corresponde decidirla al juez, de acuerdo al petitorio del fiscal y lo establecido en el COIP, por lo que se impone la necesidad de analizar algunos de los criterios que utilizan los jueces, según la motivación de la sentencia, para decretar la prisión preventiva. Debe indicarse de manera general que tanto la Corte Nacional de Justicia como la Corte Constitucional se han pronunciado varias veces sobre los límites de la prisión preventiva y su carácter excepcional.

Precisamente, en una sentencia reciente la Corte Constitucional pone de manifiesto que en el Ecuador no se cumplen los estándares internacionales de la prisión preventiva, tanto por las deficiencias estructurales del sistema penitenciario que no garantizan los derechos de las personas privadas de libertad, como por el uso excesivo y desproporcionado de esa medida. Se trata de la Sentencia No. 365-18-JH/21 y acumulados (integridad personal de personas privadas de libertad).

El organismo señala que en el sistema penitenciario ecuatoriano existe hacinamiento, como consecuencia de las graves deficiencias estructurales en el sistema de administración de justicia, como es el uso excesivo de la prisión preventiva. Señala que alrededor de 38 de cada 100 personas privadas de libertad se hallan bajo prisión preventiva, de conformidad con los datos estadísticos del Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores. En porcentajes 38.26% de las personas no tienen sentencia condenatoria y el 61.74% se encuentra cumpliendo senten-

cia. (Sentencia No. 365-18-JH/21, de 5 de diciembre de 2018, 2021, pág. 16)

Indica asimismo la Corte, que las autoridades jurisdiccionales competentes están obligadas a dictar de forma prioritaria respecto a la prisión preventiva otras medidas que resulten más adecuadas, de conformidad con los principios de necesidad, gradualidad, razonabilidad y proporcionalidad, teniendo en cuenta los fines del proceso, las particularidades del caso y la regla de la excepcionalidad de la prisión preventiva. También los fiscales y defensores públicos deben desempeñar sus funciones considerando estos criterios. No obstante, conforme la información recibida, esta Corte evidencia con preocupación la inobservancia de las normas referidas y un abuso en el uso de la prisión preventiva que inciden en el incremento de la población carcelaria. (Sentencia No. 365-18-JH/21, de 5 de diciembre de 2018, 2021, pág. 17)

En resumen, se puede indicar que los estándares internacionales sobre la prisión preventiva se cumplen a nivel legislativo en el Ecuador, pues el COIP dispone de una configuración jurídica que se adecua a esos parámetros tanto en la excepcionalidad como en las causas en las que procede y su duración, que no debe exceder de seis meses o un año de acuerdo con la sanción aplicable al delito presuntamente cometido por la persona procesada.

Sin embargo, esa adecuada configuración legal, que debería servir como criterio y límite de la aplicación de la prisión preventiva, no ha sido debidamente respetada por la administración de justicia ordinaria, pues recurre de manera indiscriminada a la prisión preventiva, en desmedro de la libertad personal, el principio de presunción de inocencia, y de la obligación de aplicar otras medidas cautelares cuando son aptas para alcanzar los fines previstos en el artículo 5129 del COIP.

Po otro lado, la aplicación excesiva e indiscriminada por los jueces de la jurisdicción ordinaria, crea una situación insostenible en el sistema penitenciario, que no está en condiciones de asimilar la alta tasa de población carcelaria ya sancionada, conjuntamente con las personas en prisión preventiva que puede durar hasta un año mientras caduca o es sustituida o revocada, de lo que es una manifestación notoria los diferentes estados de excepción que se han decretado en el sistema penitenciario en los últimos años, sin que se haya llegado a una solución práctica que asegure los derechos de las personas privadas de libertad o de quienes se encuentran en prisión preventiva.

En consecuencia, se puede afirmar que actualmente en el Ecuador se manifiesta un incumplimiento notorio de los estándares internacionales de la prisión preventiva, especialmente en lo que se refiere a su excepcionalidad, ya que los jueces no están aplicando el control de convencionalidad que es obligatorio en virtud del bloque de constitucionalidad vigente en el país, y de la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional que es obligatoria al respecto, como lo estableció en la Sentencia No. 11-18-CN/19. En ella la Corte indica que:

El control de constitucionalidad se complementa con el de convencionalidad y hay que hacerlas de oficio [...] De estas interpretaciones, se deriva que todo operador judicial, y esto debe incluir no solo a jueces y juezas, sino también a fiscales y a personas que se dedican a la defensa pública, deben conocer y aplicar, en lo que corresponda, los estándares desarrollados por la Corte IDH del mismo modo que lo harían con los preceptos constitucionales de modo que lo harían con los preceptos constitucionales. (Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario), de 12 de junio de 2019, 2019, p. 55)

Visto de esa manera, la no aplicación de los estándares internacionales en materia de prisión preventiva por los jueces de la administración de justicia ecuatoriana, constituye a la vez una violación de la Constitución y del bloque de constitucionalidad, que exige la adecuación de sus deci-

siones a las exigencias establecidas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuyas sentencias analizadas se establecen los requisitos y límites de la prisión preventiva como medida cautelar.

### **4.6. Actividades académicas**

1. Identifique y explique el contenido y alcance del derecho a la libertad personal en el ámbito del proceso penal.
2. Explique la relación entre la prisión preventiva y las demás medidas cautelares de acuerdo con las normas y principios constitucionales y legales vigentes.
3. Analice la situación actual del sistema penitenciario ecuatoriano en relación con las personas que se encuentran en prisión preventiva, a partir de los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
4. Realice un análisis exhaustivo del *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador* y analice cada uno de los derechos vulnerados (ver los ejemplos de análisis de casos en los materiales de estudio).
5. Realice un análisis exhaustivo del *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador* y analice cada uno de los derechos vulnerados (ver los ejemplos de análisis de casos en los materiales de estudio).
6. Identifique y explique los argumentos expuestos en la Sentencia No. 8-20-CN/21 (Limitación a la sustitución de la prisión preventiva) de la Corte Constitucional de 18 de agosto de 2021, Caso No. 8-20-CN, respecto al arraigo y su relación con la prisión preventiva (la sentencia está disponible en [https://www.fielweb.com/App\\_Themes/InformacionInteres/8-20-CN.pdf](https://www.fielweb.com/App_Themes/InformacionInteres/8-20-CN.pdf)).
7. Realice una lectura comprensiva de la Resolución 14-2021 de la Corte Nacional de Justicia y explique los requisitos y condiciones que debe tenerse en cuenta para imponer la prisión preventiva y las consecuencias de su “uso excesivo” y “aplicación arbitraria e indiscriminada” (la Resolución está disponible en <https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones/2021/2021-14-Aclara-el-Art-534-COIP.pdf>).

**Tabla 5.** En todos los casos el estudiante debe argumentar su respuesta mediante ejemplos.

Se evaluará mediante exposiciones orales en taller de debate en clases de acuerdo con la siguiente rúbrica

<b>Criterios</b>	<b>Excelente</b>	<b>Aceptable</b>	<b>Insuficiente</b>
<p><b>1. Dominio del tema</b> Demuestra un sólido conocimiento del tema, producto de las lecturas de la bibliografía indicada y de sus propias investigaciones.</p>	3-4 puntos	2-2,9 puntos	0-1,9 puntos
<p><b>2. Concreción y claridad en la exposición de las ideas</b> Las ideas se exponen una secuencia lógica, con claridad y precisión, sin divagar ni exponer aspectos incidentales sin relevancia</p>	3-4 puntos	2-2,9 puntos	0-1,9 puntos
<p><b>3. Uso del lenguaje</b> La estructura de las frases debe ser apropiada al tema expuesto. Uso correcto y preciso del lenguaje técnico</p>	2-3 puntos	1-1,9 puntos	0-0,9 puntos

El tema será evaluado mediante el control de lectura y el sistema de preguntas de opción múltiple en la plataforma Moodle.

1<sup>RA</sup> EDICIÓN

GARANTÍA Y AMPAROS  
DE LOS DERECHOS EN MATERIA PENAL

**MATERIALES  
DE ESTUDIO**



## **1. Análisis de la sentencia del Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 21 de noviembre de 2007**

### *Introducción*

En la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos actuales, la prisión preventiva está prevista como una medida cautelar que se impone a la persona procesada, cuando existen indicios sobre la existencia material del delito que se le imputa y su presunta responsabilidad en el mismo, siempre que concurren otros requisitos como el peligro de fuga, la gravedad de los hechos y la sanción a imponer y el arraigo que pueda acreditar, como evidencia de que concurrirá ante el juez cuando sea llamado al proceso o a cumplir la pena.

Evidentemente, se trata de una medida restrictiva de la libertad de movimiento de una persona vinculada a un proceso penal, pero que conserva intacto su derecho a la presunción de inocencia, y la consecuente exigencia de ser tratada y considerada como tal mientras no exista sentencia condenatoria ejecutoriada en su contra. Aun así, deben cumplirse ciertos requisitos para que el poder punitivo del Estado se circunscriba al principio de legalidad, debido proceso y tutela judicial efectiva.

Respecto a la prisión preventiva la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “su aplicación debe tener carácter excepcional, limitado por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática” (Comisión IDH, 2013, pág. 33). A partir de esos presupuestos doctrinales se realiza en este ensayo un análisis de los aspectos esenciales del Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, donde el derecho objeto de examen fue la libertad personal.

El ensayo se estructura en: introducción; antecedentes del caso; pregunta central con su respectiva respuesta; objetivo general y dos obje-

tivos específicos, cada uno de los cuales se desarrolla en la exposición del tema. Asimismo, se exponen las conclusiones y fichas bibliográficas de las fuentes y autores consultados. La principal limitación para desarrollar el estudio fue que solo se puede acceder a la sentencia tal como fue redactada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y no al proceso judicial que en el Ecuador dio lugar a la violación de derechos declarada en la instancia internacional.

### *Pregunta central*

*¿Qué límites impone la presunción de inocencia al Estado ante la presunta comisión de un delito donde una persona aparece como responsable, pero no existe sentencia ejecutoriada en su contra?*

Para dar respuesta a esta pregunta, en su sentencia la Corte estableció las siguientes doctrinas jurisprudenciales.

- Párrafo 101. Para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso haya participado en el ilícito que se investiga.
- Párrafo 103. Para esta Corte, la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados con palabras, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, solo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio.
- Sin embargo, aún verificado este extremo, la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que solo se puede fundamentar en asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia.
- Párrafo 117. La Corte resalta que en los casos de personas detenidas los jueces no tienen que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que los detenidos recuperen

su libertad, sino que deben valorar periódicamente que las causas y fines que justificaron la privación de libertad se mantienen, si la medida cautelar todavía es absolutamente necesaria para la consecución de esos fines y si es proporcional.

En cualquier momento que la medida cautelar carezca de alguna de estas condiciones, deberá decretarse la libertad. De igual forma, ante cada solicitud de liberación del detenido, el juez tiene que motivar, aunque sea en forma mínima las razones por las que considera que la prisión preventiva debe mantenerse.

Como puede apreciarse, la alta Corte estableció una relación entre el derecho a la libertad individual y a la presunción de inocencia; señalando que la aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar debe ser restrictiva, y en todo caso debe ser revisable y no debe esperarse a que exista una sentencia ejecutoriada para revocarla si desaparecen los presupuestos con base en los cuales se impuso.

### *Objetivo general*

Sistematizar las características principales de la presunción de inocencia como garantía de una persona procesada, con base en la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**Desarrollo.** Para que proceda la imposición de la prisión preventiva Ossorio (2010) menciona como requisitos que esté justificada la existencia del delito cuando menos por prueba semiplena; que el procesado se haya negado a prestar declaración sobre los hechos o su responsabilidad, habiéndole indicado los hechos que se le imputan y sus posibles consecuencias, y que existan indicios suficientes para creer que el imputado es responsable. (p. 772)

En cualquier caso, la consecuencia de la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, es que a “través de ella se priva de la liber-

tad a una persona que según el derecho debe ser considerada inocente” (Hassemer, 1995, pág. 105). En este punto precisamente se centran las principales críticas que se dirigen a la institución, ya que supone a restricción del derecho a la libertad de movimiento de la persona a causa de unos hechos cuya existencia material no ha sido probada en juicio, como tampoco se ha probado de manera indubitada y con todas las garantías, su participación en ellos como autor o cómplice.

Según Llerena (2010), las críticas a la prisión preventiva presentan diversos matices, “desde quienes desean ampliarla invocando como justificativo alcanzar una administración de justicia eficiente”, hasta quienes “la consideran lesiva respecto del derecho fundamental a la libertad personal y al principio de la presunción de inocencia, considerando inclusive a la prisión preventiva como una pre-pena” (p. 5).

En esas posiciones doctrinales se muestran los aspectos más polémicos del tema. La primera idea apunta a que debe ampliarse su uso con base en su eficacia, mientras la segunda sugiere restringirla bajo el argumento del respeto a los derechos del imputado, y en particular de la presunción de inocencia.

Para hallar un punto medio entre el eficientismo de la administración de justicia que persiguen los primeros y el garantismo que exigen los segundos, es imperativo sistematizar los fundamentos de la institución, así como su finalidad procesal. Como afirma La Rosa (2017), el tema de las medidas cautelares de carácter personal como la prisión preventiva, se fundamentan en un análisis de probabilidades futuras y no de hechos pasados, respecto a la conducta del imputado: “sea quien sea el encargado de contestar esa pregunta deberá imaginar qué es lo que puede ocurrir más adelante y no evaluar sobre lo ocurrido” (p. 1). El fundamento último de la prisión preventiva, como estableció hace algunos años la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1996), es que su imposición debe basarse exclusivamente en la probabilidad de que el acusado abuse de la libertad, siendo obligatorio tomar en

cuenta además el interés del individuo que ha delinuido en rehabilitarse y reinsertarse en la sociedad. Abuso de la libertad en ese contexto, significa que no se presente cuando sea requerido por el juez, o de alguna manera busque evadir la acción de la justicia que requiere su presencia para ser procesado.

Para concluir con esta parte es oportuno hacer referencia algunos principios delineados en la doctrina, para determinar cuándo procede, a nivel teórico, imponer la prisión preventiva como medida cautelar. Esos principios serían los siguientes:

*Principio de jurisdiccionalidad.* Exige que la prisión preventiva solo procederá únicamente por orden escrita de jueza o juez competente, lo cual impide la arbitrariedad, el abuso de poder, la liberalidad en la aplicación de la medida y la privación ilegítima de la libertad individual (Garzón, 2008).

*Principio de inocencia.* Este principio permite salvaguardar tanto los derechos de las víctimas del delito como los de la sociedad en general, al castigar con elementos de prueba irrefutables y conforme a derecho a quien verdaderamente corresponda, sin dejar por ello de respetar el principio de presunción de inocencia que es una garantía en favor del imputado, que solo transitoriamente puede ser privado de libertad hasta que exista una sentencia que lo declare culpable o ratifique su estado de inocencia. (Alfonso, 2009)

*Principio de excepcionalidad.* Con este principio se busca evitar que la detención sin sentencia sea usada como castigo, así como prevenir su aplicación en caso de infracciones leves, con base en meras sospechas o careciendo de indicios de que el acusado es propenso a huir u obstaculizar la marcha de la justicia (O'Donnel, 1982).

El análisis teórico de la prisión preventiva como medida cautelar no agota ni mucho menos las variadas aristas del tema, pero permite fijar

los presupuestos doctrinales para una mejor comprensión de su desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal como se puede apreciar en el caso objeto de análisis, donde el Ecuador fue encontrado responsable de la violación de varios derechos reconocidos en la Convención Interamericana de Derechos Humanos

*Objetivo específico 1*

*Identificar los antecedentes principales del Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

**Desarrollo.** En la ficha del caso elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos consta el siguiente resumen.

Los hechos del presente caso se refieren a Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez. Juan Carlos Chaparro Álvarez, de nacionalidad chilena, era dueño de una fábrica dedicada a la elaboración de hieleras para el transporte y exportación de distintos productos. Freddy Hernán Lapo Íñiguez, de nacionalidad ecuatoriana, era el gerente de dicha fábrica.

El 14 de noviembre de 1997, oficiales de la policía antinarcóticos incautaron en el aeropuerto Simón Bolívar de la ciudad de Guayaquil un cargamento de pescado. En dicho cargamento fueron encontradas unas hieleras en las cuales se detectó la presencia de clorhidrato de cocaína y heroína.

El señor Chaparro fue considerado sospechoso de pertenecer a una organización internacional delincuenciales dedicada al tráfico internacional de narcóticos puesto que su fábrica se dedicaba a la elaboración de hieleras similares a las que se incautaron.

Es así como al día siguiente se dispuso el allanamiento de la fábrica. Asimismo, se detuvo a Juan Carlos Chaparro Álvarez y a Freddy Hernán Lapo Íñiguez. Aun cuando no se encontraron drogas en la fábrica, ésta no fue devuelta hasta casi 5 años después.

En su sentencia la Corte declaró parcialmente responsable al Estado y ordenó reparaciones.

*Objetivo específico 2*

*Determinar los derechos vulnerados por el Estado ecuatoriano y los argumentos esgrimidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

En la parte resolutoria de su sentencia, la Corte desestimó las excepciones preliminares interpuestas por el Estado y aceptó el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional efectuado por el Estado. En cuanto a los derechos cuya violación fue objeto de análisis, determinó que el Estado violó los derechos consagrados en el artículo 7 numerales 1 al 6 (excepto el numeral 4) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (derecho a la libertad y seguridad personal; legalidad de la privación de libertad; derecho a ser conducido ante un juez sin demora para ser juzgada en un plazo razonable y derecho a recurrir ante un juez de segunda instancia), todos ellos en relación con las garantías judiciales previstas en el artículo 8 del propio instrumento internacional.

La Corte negó que se hubiera violado el derecho consagrado en el artículo 7.4 de la Convención Americana (información sobre las razones de detención) en perjuicio del señor Freddy Hernán Lapo Íñiguez. Tampoco declaró la pretendida violación del derecho consagrado en el artículo 25 (derecho a recibir protección judicial) de la Convención Americana en perjuicio de los señores Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez.

Para fundamentar la violación de los derechos mencionados la Corte argumentó sobre el derecho a la presunción de inocencia en los siguientes términos.

- Párrafo 145. Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquel no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. En este sentido, la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva.
- Párrafo 146. La Corte ha señalado que se incurriría en una violación a la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, puesto que equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos.
- Párrafo 147. El tribunal declaró que la orden de prisión preventiva en contra de las víctimas fue arbitraria porque no contenía fundamento jurídico razonado y objetivo sobre su procedencia, estimó que los recursos interpuestos por las víctimas para lograr su libertad fueron ineficaces y señaló que el juzgador no dio razones que justificaran el mantenimiento de la medida cautelar. Teniendo esto presente, así como la duración de la privación de libertad de las víctimas y el allanamiento del Estado, la Corte declara que el Ecuador violó el derecho a la presunción de inocencia de los señores Chaparro y Lapo consagrado en el artículo 8.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

También utilizó argumentos referidos al derecho a disponer del tiempo y los medios para preparar la defensa de la persona procesada; el derecho a ser asistido por un defensor de su elección y derecho a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado; y el derecho al plazo razonable del proceso penal.

**Tiempo para preparar la defensa**

- Párrafo 152. La Corte observó que la tardía notificación de la providencia que dispuso la realización de la prueba de ion-scanner hizo imposible la presencia de los abogados defensores en la práctica de la misma. Si bien es cierto que no necesariamente es razonable la inmediación de las partes en la producción de todo tipo de prueba, en especial la falta de inmediación y contradictorio en la realización de la prueba de ion-scanner, por la inmediatez de la comprobación técnica, no podría ser reemplazada con la presentación de observaciones en forma posterior.
- Párrafo 154. En vista de lo anterior y considerando el allanamiento del Estado, la Corte considera que el Ecuador violó en perjuicio de los señores Chaparro y Lapo el derecho consagrado en el artículo 8.2.c) de la Convención Americana, en conexión con el artículo 1.1. de la misma.

**Derecho a ser asistido por un defensor de su elección y derecho a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado**

- Párrafo 158. El señor Chaparro no contó con la presencia de un abogado defensor al momento de ser interrogado por parte de la Policía el 18 de noviembre de 1997. Además, la Corte encuentra que al impedirse al abogado del señor Chaparro intervenir en su declaración preprocesal y al exigirse que sea el propio señor Chaparro quien fundamente su recurso de amparo de libertad, cuando su deseo era que su abogado lo hiciera, la presencia de los defensores fue tan solo formal. Por ello, el Estado violó el derecho consagrado en el artículo 8.2.d) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Chaparro.
- Párrafo 159. La Corte considera que la actitud de la defensora pública asignada al señor Lapo es claramente incompatible con la obligación estatal de proporcionar una defensa adecuada a quien no pudiera defenderse por sí mismo ni nombrar defensor particular. En especial, la Corte resalta que la asistencia letrada

suministrada por el Estado debe ser efectiva, para lo cual el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas. Por consiguiente, la Corte considera que el Ecuador violó en perjuicio del señor Lapo el derecho de contar con un defensor proporcionado por el Estado.

### **Derecho a un plazo razonable del proceso penal**

- Párrafo 161. Teniendo en cuenta el allanamiento del Estado y los criterios establecidos por este Tribunal respecto del principio del plazo razonable, la Corte coincide con la Comisión en que el proceso penal en contra de los señores Chaparro y Lapo excedió los límites de lo razonable. Del mismo modo, conforme a su jurisprudencia, el Tribunal considera que un plazo como el transcurrido en este caso, que no ha sido justificado por el Estado con medios probatorios suficientes, constituye una violación a las garantías judiciales. En consecuencia, declara que el Estado violó el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los señores Chaparro y Lapo.

### **Conclusiones**

1. En todo proceso penal la persona conserva intacto su derecho a la presunción de inocencia, lo que supone que debe ser tratada y considerada como tal mientras no exista una sentencia condenatoria ejecutoriada dictada en su contra por un juez competente.
2. Dicha sentencia debe ser derivada de un proceso judicial con todas las garantías previstas en la Constitución nacional, las leyes y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Esas garantías se refieren, entre otras, al derecho a la defensa en su modalidad de contar con un abogado de su elección o proporcionado por el Estado y a disponer del tiempo suficiente para preparar la defensa; a ser juzgado en un plazo razonable y a no ser sujeto de privación preventiva de la libertad, excepto



en los casos expresamente previstos en la ley e interpretados restrictivamente.

3. En el Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador el Estado ecuatoriano fue encontrado responsable de la violación de los derechos de las víctimas, en particular el derecho a la defensa, al plazo razonable del proceso penal, a ser notificado oportunamente de las actuaciones en su contra y a la libertad personal. Con base en ello condenó a la reparación de los daños materiales e inmateriales ocasionados.

## **2. Análisis de la sentencia del Caso Tibi vs. Ecuador, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 07 de septiembre de 2004**

### *Introducción*

La libertad individual es uno de los derechos fundamentales de la persona, tiene carácter universal, es inherente al ser humano y solo puede ser limitada o suspendida luego de un proceso judicial con todas las garantías del derecho al debido proceso y la tutela judicial efectiva. La base del derecho a la libertad es la presunción de inocencia, principio en virtud del cual toda persona debe ser considerada y tratada como inocente mientras no exista una sentencia condenatoria ejecutoriada en su contra, y haya sido dictada en un proceso contradictorio, oral y público, con sujeción a los principios de legalidad, inmediación, igualdad de las partes e independencia judicial.

No obstante, el derecho a la libertad personal puede ser limitado en casos excepcionales cuando un juez impone como medida cautelar la prisión preventiva, la cual debe ser dictada por el juez competente como último recurso, siempre que tenga como finalidad garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, debiendo en todo caso verificar los requisitos previsto en la ley como la presencia de indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública; indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito; y que se trate de un delito cuya pena privativa de libertad sea superior al límite fijado en la respectiva norma procesal.

En tal sentido, como afirma La Rosa (2017), la privación preventiva de la libertad como medida cautelar, sin que exista una sentencia condenatoria que declare la responsabilidad penal del procesado, “se justifica, en consecuencia, para evitar que de ahora en adelante el imputado perturbe la actuación de la justicia para aplicar el derecho, haciendo residir el problema no en lo que el prevenido hizo antes del hecho del

proceso, sino en lo que probablemente hará después” (p. 1).

Asimismo, debe verificarse que existan indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio; e indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio (Comisión IDH, 2018). Todos esos requisitos estaban previstos en el artículo 167 del Código de Procedimiento penal del año 2000, bajo cuya vigencia tuvo lugar el caso objeto de análisis, y con base en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que el Estado ecuatoriano violó el derecho a la libertad personal del señor Daniel Tibi.

Con base en esos presupuestos, en el presente ensayo se realiza un análisis de la sentencia del Caso Tibi vs. Ecuador, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 07 de septiembre de 2004, donde se condenó al Estado ecuatoriano por la violación de varios derechos reconocidos en la Convención Interamericana de Derechos Humanos. El ensayo tiene la siguiente estructura: introducción; antecedentes del caso; desarrollo; conclusiones, y fichas bibliográficas. En cada una de esas partes se presentan los elementos necesarios para dar respuesta a la pregunta de investigación y alcanzar los objetivos generales y específicos planteados.

Para el desarrollo del estudio se utilizaron las fuentes que se indican al final, así como el texto de la sentencia analizada. La principal limitación del presente ensayo radica en la poca disponibilidad de tiempo para realizar un estudio de una sentencia considerablemente extensa (150 páginas) y compleja por la cantidad de derechos que analiza, los argumentos que demuestran su violación y la naturaleza de las acciones y omisiones en que incurrió el Estado ecuatoriano respecto a los derechos del señor Daniel Tibi.

### *Pregunta central*

¿Qué criterios deben tenerse en cuenta para imponer la prisión preventiva como medida cautelar de acuerdo con el artículo 7 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos que reconoce el derecho a la libertad personal?

Objetivos

### *Objetivo general*

Sistematizar los estándares fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para imponer la prisión preventiva como medida cautelar, en aras de garantizar el derecho a la libertad personal.

### *Objetivos específicos*

1. Identificar los principales argumentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso Tibi vs. Ecuador para acreditar la responsabilidad del Estado ecuatoriano en la violación del derecho a la libertad personal.
2. Determinar los argumentos centrales de la sentencia y los votos concurrentes sobre la violación de derechos por el Estado ecuatoriano en el caso Tibi vs. Ecuador.

Antecedentes del caso

En el Caso Tibi vs. Ecuador el centro de la discusión fueron los límites del poder punitivo del Estado sobre el derecho a la libertad personal del individuo, así como las garantías procesales que le asisten y el derecho a la integridad física y la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes (Benavides, 2015). Los hechos sobre los que debió pronunciarse la Corte Interamericana de Derechos Humanos fueron los siguientes:

El señor Daniel Tibi es un ciudadano francés de 36 años, quien, cuando fue detenido, residía en Ecuador y se dedicaba al comercio de piedras preciosas y arte ecuatoriano, todo ello de manera legal y con los permisos y autorizaciones respectivos. El 27 de septiembre de 1995 agentes

de la Interpol de la provincia del Guayas detuvieron al señor Daniel Tibi por presuntamente estar involucrado en el comercio de droga.

Cuando se realizó su arresto, los policías no le comunicaron los cargos en su contra. Solo se le informó que se trataba de un control migratorio de rutina, pero aun así fue detenido y llevado a un establecimiento penitenciario sin que mediara proceso alguno. El señor Daniel Tibi permaneció bajo detención preventiva, en forma ininterrumpida, en centros de detención ecuatorianos, desde el 27 de septiembre de 1995 hasta el 21 de enero de 1998, cuando fue liberado. En todo ese tiempo nunca fue sometido a un proceso judicial, ni se dictó sentencia en su contra. Durante su detención, en marzo y abril de 1996, en un centro penitenciario, el señor Daniel Tibi fue objeto de actos de tortura y amenazado, por parte de los guardias de la cárcel, con el fin de obtener su autoinculpación. Durante su permanencia en la cárcel el señor Daniel Tibi fue examinado dos veces por médicos ecuatorianos designados por el Estado. Éstos verificaron que sufría de heridas y traumatismos, pero nunca recibió tratamiento médico ni se investigó la causa de sus padecimientos. Durante su detención interpuso dos recursos de amparo y una queja, los cuales no prosperaron.

En su dictamen previo al proceso judicial ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó la demanda alegando que el Estado ecuatoriano no otorgó al señor Tibi la posibilidad de interponer un recurso contra los malos tratos supuestamente recibidos durante su detención ni contra su detención preventiva prolongada, la cual se alega violatoria de la propia legislación interna, y que tampoco existía un recurso rápido y sencillo que se pudiera interponer ante un tribunal competente para protegerse de las violaciones a sus derechos fundamentales.

Desarrollo

Principales argumentos de la sentencia

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia expuso los principales argumentos en cuanto a los límites que debe respetar el Estado en el ejercicio del poder punitivo, para garantizar los derechos de las personas, especialmente cuando son detenidas por sus autoridades o colocadas bajo su custodia. También en los votos concurrentes de algunos magistrados se pueden encontrar valiosos argumentos sobre el tema, a los que también se hace referencia en este apartado. En el párrafo 106 de la sentencia, la Corte consideró indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. A pesar de esas limitaciones, en el Caso Tibi vs. Ecuador se determinó la violación de cada uno de esos límites.

Otro de los estándares es el indicado en el párrafo 112, donde se razona que el detenido, al momento de ser privado de su libertad y antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad, debe ser notificado de su derecho de establecer contacto con una tercera persona, por ejemplo, un familiar, un abogado o un funcionario consular, según corresponda, para informarle que se halla bajo custodia del Estado.

La notificación a un familiar o allegado tiene particular relevancia, a efectos de que éste conozca el paradero y las circunstancias en que se encuentra el inculpado y pueda proveerle la asistencia y protección debidas. En el Caso Tibi vs. Ecuador no se cumplió ninguna de esas exigencias, ni se notificó al consulado francés como autoridad inmediata del país de origen del señor Daniel Tibi.

Como requisito, la notificación debe realizarse tanto al abogado de la persona procesada como al consulado de su país, en caso de ser ex-

tranjero. La Corte expresó que en el caso de la notificación a un abogado tiene especial importancia la posibilidad de que el detenido se reúna en privado con aquél, lo cual es inherente a su derecho a beneficiarse de una verdadera defensa.

En el caso de la notificación consular, la Corte ha señalado que el cónsul “podrá asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión”, como ya había establecido en el Caso Bulacio vs. Argentina (sentencia de 18 de septiembre de 2003). En el caso objeto de análisis no se realizó ninguna de esas notificaciones, lo que supone una violación del derecho a la defensa de la persona procesada; es decir, del señor Daniel Tibi.

Otro criterio relevante es el expresado por la Corte en el párrafo 118 de la sentencia. Indica que la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal. Esto es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y para otorgar protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal. El hecho de que un juez tenga conocimiento de la causa o le sea remitido el informe policial correspondiente, como lo alegó el Estado, no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente ante el juez o autoridad competente. En el caso del señor Daniel Tibi no se cumplió ese trámite en el tiempo debido.

Los representantes de las víctimas alegaron que en el Ecuador la prisión preventiva no se utiliza de manera excepcional, sino constituye una regla. En este caso no existía ningún indicio fuerte, unívoco y directo que significan una presunción grave, precisa y concordante en contra del señor Tibi, que justificara la prolongación de la detención por más de dos años.

Por su parte la representación del Estado adujo que la necesidad de la medida excepcional de prisión preventiva se justifica por los siguientes criterios acogidos por la Comisión Interamericana en el informe No. 2/97 respecto de Argentina, a saber: i) presunción de que el acusado ha cometido un delito; ii) peligro de fuga; iii) riesgo de comisión de nuevos delitos; y iv) necesidad de investigar y posibilidad de colusión. Con base en las violaciones mencionadas la Corte expresó, en el párrafo 255 de la sentencia, que en el caso impera la impunidad de los responsables de las violaciones cometidas. Después de más de nueve años de ocurridos los hechos, no se ha investigado ni sancionado a los responsables de la detención ilegal y arbitraria y de las violaciones a las garantías judiciales del señor Daniel Tibi, así como tampoco a los responsables de las torturas ocasionadas a la víctima. Por lo tanto, se ha configurado una situación de impunidad que infringe el deber del Estado, lesiona a la víctima y a sus familiares y propicia la repetición crónica de las violaciones de los derechos humanos (Cacpata & Prado, 2020).

#### Voto concurrente del Dr. Hernán Salgado Pesantes

De los ocho jueces que intervinieron en el proceso, tres expusieron sus respectivos votos concurrentes, siendo el más extenso el del juez Sergio García Ramírez. Los otros jueces con votos concurrentes fueron Antônio A. Cançado Trindade y Hernán Salgado Pesantes. En el presente ensayo interesa referirse a este último por dos razones: primero por ser de nacionalidad ecuatoriana y tener conocimiento directo de la situación en cuanto al sistema penal y procesal; y segundo por ser un voto breve y con argumentos sólidos sobre la responsabilidad penal del Estado ecuatoriano y las medidas que debía adoptar entonces, para garantizar los derechos de las personas procesadas.

El doctor Salgado concurrió al voto de la sentencia por considerar que fueron probadas las violaciones a los derechos fundamentales del Sr. Daniel Tibi y de miembros de su familia. El conocimiento de estas graves violaciones a los derechos de una persona y en su calidad de ciu-

dadano ecuatoriano le llevaron a exponer consideraciones adicionales dirigidas al Estado ecuatoriano. En lo principal señaló lo siguiente:

- El Estado del Ecuador no puede permitir ni debe tolerar que las más elementales garantías del debido proceso sean violentadas por la irresponsabilidad de determinados jueces y policías sean de la Interpol o judiciales. Ellos constituyen una afrenta para el país.
- El Ecuador debe desterrar definitivamente la tortura y los tratos crueles e inhumanos como medios de investigación de un delito.
- No es posible que muchos jueces penales ecuatorianos, como los que actuaron en el presente caso, transformen a la prisión preventiva en un entierro de por vida... si como en el presente caso, el juez observa, objetivamente, que no existen pruebas que fundamenten la prisión preventiva ¿cómo se puede mantener ésta sin límite de tiempo?
- Los órganos de justicia deben actuar dentro de plazos legales y razonables para dictar sus providencias y fallos. Los amparos de libertad judicial son de resolución inmediata para proteger a la persona detenida de una arbitrariedad. Y si estos recursos son procedentes –según la Ley– no pueden ser negados bajo cualquier pretexto.
- En el presente caso, los jueces que actuaron, especialmente el primero que inició el proceso, son responsables de esta sentencia supranacional dictada contra el Estado ecuatoriano; en contra de ellos y de los policías que actuaron el Estado tiene el derecho de repetición de todas las indemnizaciones que haya, además de la responsabilidad penal.

Una vez desarrollado todo el proceso, el Estado ecuatoriano fue condenado como responsable de la violación de los derechos del señor Daniel Tibi y otras víctimas, en particular del derecho a la libertad personal. Los derechos a la libertad personal y a la protección judicial. El derecho a la integridad personal. El derecho a las garantías judiciales y el derecho a la propiedad privada, todos consagrados en la Con-

vención Americana sobre Derechos Humanos. Con base en ello dictó las medidas de reparación procedentes como la reparación por daños materiales, pérdida de ingresos, daño emergente y daño moral ocasionado a las víctimas.

### ***Conclusiones***

Del estudio realizado emergen las siguientes conclusiones.

1. Los derechos humanos deben ser el centro de atención del Estado, para evitar que sus funcionarios incurran en violaciones que afecten a sus titulares, especialmente cuando se trata de derechos inherentes a la persona como es la libertad personal.
2. Si el Estado no es capaz de garantizar la protección de los derechos individuales, se muestra pasivo o negligente frente a la actuación de sus funcionarios, la persona afectada puede recurrir a instancias internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para que se determine la violación de derechos y se fijen medidas de reparación.
3. El Caso Tibi vs. Ecuador es una muestra de cómo la pasividad del Estado y el incumplimiento de las garantías básicas que asisten a cualquier persona, pueden dar lugar a violaciones flagrantes de derechos fundamentales, en particular cuando no se respetan los límites del poder punitivo del Estado y se priva de manera arbitraria e ilegítima la libertad de una persona.
4. Muestra, asimismo, que los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos deben ser acatados por los jueces y tribunales nacionales, aplicando para ello el control de convencionalidad, lo que permite corregir tanto las decisiones de los poderes públicos nacionales como las normas que contradigan el contenido esencial de los derechos fundamentales reconocidos en Convención Interamericana de Derechos Humanos.

### 3. Estudio comparado de códigos de procedimiento penal de Chile, Colombia y Argentina sobre el derecho al recurso en materia penal

Código procesal	Principio de doble instancia	Resoluciones apelables	Legitimados	Causales	Requisitos	Efectos
Código Procesal Penal de Chile	No se establece expresamente (Numi, 2018).	<p>Artículo 364. Resoluciones inapelables. Serán inapelables las resoluciones dictadas por un tribunal de juicio oral en lo penal.</p> <p>Artículo 115. Apelación de la resolución. La resolución que declare inadmisibile la querella será apelable, pero sin que en la tramitación del recurso pueda disponerse la suspensión del procedimiento. La resolución que admitiere a tramitación la querella será inapelable.</p> <p>Artículo 158. Recurso de apelación. Serán apelables las resoluciones que negaren o dieran lugar a las medidas cautelares.</p> <p>Artículo 253. Recursos. El sobreseimiento solo será impugnabile por la vía del recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones respectiva.</p>	Artículo 352. Facultad de recurrir. Podrán recurrir en contra de las resoluciones judiciales el Ministerio Público y los demás intervinientes agraviados por ellas, solo por los medios y en los casos expresamente establecidos en la ley.	El código no establece causales expresas (Chaigneau, 2002).	<p>Artículo 366. Plazo para interponer el recurso de apelación. El recurso de apelación deberá entablarse dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la resolución impugnada.</p> <p>Artículo 367. Forma de interposición del recurso de apelación. El recurso de apelación deberá ser interpuesto por escrito, con indicación de sus fundamentos y de las peticiones concretas que se formularen.</p>	Artículo 368. Efectos del recurso de apelación. La apelación se concederá en el solo efecto devolutivo, a menos que la ley señale expresamente lo contrario.

# GARANTÍA Y AMPAROS DE LOS DERECHOS EN MATERIA PENAL

Código procesal	Principio de doble instancia	Resoluciones apelables	Legitimados	Causales	Requisitos	Efectos
Código de Procedimiento Penal de Colombia	<p>Artículo 20. Doble instancia. Las sentencias y los autos que se refieren a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este código, serán susceptibles del recurso de apelación.</p> <p>El superior no podrá agravar la situación del apelante único.</p>	<p>Artículo 177. Efectos.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. La sentencia condenatoria o absolutoria.</li> <li>2. El auto que decreta o rechaza la solicitud de preclusión.</li> <li>3. El auto que decide la nulidad.</li> <li>4. El auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral; y</li> <li>5. El auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral.</li> </ol> <p>En el efecto devolutivo, en cuyo caso no se suspenderá el cumplimiento de la decisión apelada ni el curso de la actuación:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. El auto que resuelve sobre la imposición, revocatoria o sustitución de una medida de aseguramiento.</li> <li>2. El auto que resuelve sobre la imposición de una medida cautelar que afecte bienes del imputado o acusado.</li> <li>3. El auto que resuelve sobre la legalización de captura.</li> <li>4. El auto que decide sobre el control de legalidad del diligenciamiento de las órdenes de allanamiento y registro, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios similares.</li> <li>5. El auto que imprueba la aplicación del principio de oportunidad en la etapa de investigación; y</li> <li>6. El auto que admite la práctica de la prueba anticipada.</li> </ol>	Las partes procesales: el procesado, la Fiscalía, la víctima o su representante.	El código no establece causales expresas (Aguilar R. , 2002).	<p>Artículo 178. Trámite del recurso de apelación contra autos. Se interpondrá, sustentará y correrá traslado a los no impugnantes en la respectiva audiencia. Si el recurso fuere debidamente sustentado se concederá de inmediato ante el superior en el efecto previsto en el artículo anterior.</p> <p>Artículo 179. Trámite del recurso de apelación contra sentencias. El recurso se interpondrá en la audiencia de lectura de fallo, se sustentará oralmente y correrá traslado a los no recurrentes dentro de la misma o por escrito en los cinco (5) días siguientes, precluido este término se correrá traslado común a los no recurrentes por el término de cinco (5) días.</p>	Artículo 177. Efectos. Efecto suspensivo hasta que se resuelva el recurso.

# GARANTÍA Y AMPAROS DE LOS DERECHOS EN MATERIA PENAL

Código procesal	Principio de doble instancia	Resoluciones apelables	Legitimados	Causales	Requisitos	Efectos
Código Procesal Penal de la Nación Argentina	No lo declara expresamente (Piesco, 2001), pero se ha reconocido por vía jurisprudencial.	Artículo 309. Decisiones impugnables. Sólo podrán impugnarse el rechazo de la pretensión de constituirse en parte querellante, las decisiones sobre cuestiones de competencia, el sobreseimiento, la sentencia definitiva, las excepciones, la aplicación de medidas cautelares, la denegatoria de la aplicación de la suspensión del proceso a prueba, los procedimientos abreviados y las decisiones que se tomen durante la ejecución de la pena.	El imputado, el querellante, el civilmente demandado, el Ministerio Público Fiscal.	Artículo 310. Sobreseimiento. El sobreseimiento podrá impugnarse por los siguientes motivos: a) Si careciera de motivación suficiente, se fundará en una errónea valoración de la prueba u omitiera la consideración de pruebas esenciales; b) Si se hubiera inobservado o aplicado erróneamente un precepto legal. Artículo 311. Sentencia condenatoria. La sentencia condenatoria podrá impugnarse por los motivos siguientes: a) Si se alegara la inobservancia de un precepto o garantía constitucional o legal; b) Si se hubiera aplicado erróneamente la ley penal; c) Si careciera de motivación suficiente o ésta fuera contradictoria, irrazonable o arbitraria; d) Si se basara en prueba ilegal o incorporada por lectura en los casos no autorizados por este Código; e) Si se hubiera omitido la valoración de prueba decisiva o se hubiera valorado prueba inexistente; f) Si se hubiera, erróneamente, valorado una prueba o determinado los hechos que sustentan la sentencia condenatoria y la pena; g) Si no se hubiesen observado las reglas relativas a la correlación entre la acusación y la sentencia; h) Si no se cumplieran los requisitos esenciales de la sentencia; i) Si se diera alguno de los supuestos que autorizan la revisión de la sentencia condenatoria firme; j) Si no se hubiera respetado la cesura del debate. Artículo 312. Sentencia absolutoria. La sentencia absolutoria podrá impugnarse por los motivos siguientes: a) Si se alegara la inobservancia del derecho a la tutela judicial de la víctima; b) Si se hubiera aplicado erróneamente la ley; c) Si la sentencia careciera de motivación suficiente, o ésta fuera contradictoria, irrazonable o arbitraria; d) Si no se cumplieran los requisitos esenciales de la sentencia.	Artículo 313. Interposición. La impugnación se interpondrá por escrito, debidamente fundada, ante el juez que dictó la decisión, dentro del plazo de diez (10) días si se tratara de sentencias condenatorias o absolutorias, de tres (3) días para la aplicación de una medida cautelar y de cinco (5) días en los demás casos, salvo que este Código prevea la revisión inmediata.	Artículo 300. Efecto suspensivo. Las decisiones judiciales no serán ejecutadas durante el plazo para impugnar y mientras tramite la instancia de control, salvo disposición en contrario. Tampoco serán ejecutadas si se hubiera ordenado la libertad del imputado o condiciones menos gravosas.

Cada unidad debe contener una breve presentación de qué se va a tratar.

Las actividades académicas pueden proponerse al final de cada unidad.

1<sup>RA</sup> EDICIÓN

GARANTÍA Y AMPAROS  
DE LOS DERECHOS EN MATERIA PENAL

**BIBLIOGRAFÍA**  
**PRELIMINARES**



- Adinolfi, G. (2009). Extremismos en tema de “accusatio” e “inquisitio” en el proceso penal romano. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 37-60.
- Agudelo, N. (1989). La revolución francesa y los fundamentos del derecho penal moderno: Beccaria y la ilustración. *Nuevo Foro Penal*, 291-311.
- Aguilar García, A. (2015). *Presunción de inocencia. Derecho humano en el sistema penal acusatorio*. México: Instituto de la Judicatura Federal.
- Aguilar, G. (2010). Derechos fundamentales-derechos humanos ¿Una distinción válida? *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 15-71. Recuperado el 3 de enero de 2022, de: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4594/5903>
- Aguilar, R. (2002). El recurso de apelación en materia penal. *Iuris Dictio*, 147-162.
- Alfonso, A. (2009). Presunción de inocencia: el régimen constitucional mexicano frente al derecho internacional de los derechos humanos. En H. Fix-Zamudio, & J. Carpizo, *Protección internacional de los derechos humanos* (págs. 77-97). Buenos Aires: Platense.
- Alzamora, M. (1968). *Derecho procesal civil*. Lima: Ediciones Peruanas.
- Andrade Cardenas, S. (2014). *El reconocimiento de imputados: ¿Qué falló en el caso de Julio Robles?* Obtenido de: <http://www.lexweb.cl/el-reconocimiento-de-imputados-que-fallo-en-el-caso-de-julio-robles>
- Andrade, J. (2020). *La naturaleza jurídica de la prisión preventiva en el Ecuador dentro del marco internacional de derechos humanos*. Cuenca: Universidad de Cuenca. Recuperado el 2 de enero de 2021, de: <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/34728/1/Trabajo%20de%20Titulacion.pdf>
- Arrazola, L. (1850). *Enciclopedia española de derecho y administración o nuevo teatro universal de la legislación de España e Indias*. Madrid: s/e.
- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial de 20 de octubre.
- Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial de 10 de febrero.

- Asensio, J. (1997). *Introducción al derecho procesal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Bacigalupo, E. (1999). *Principios constitucionales del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi. Obtenido de: [https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/71.-\\_bacigalupo\\_-\\_principios\\_constitucionales\\_de\\_derecho\\_penal.pdf](https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/71.-_bacigalupo_-_principios_constitucionales_de_derecho_penal.pdf)
- Bastida, F. J., & et al. (2004). *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos.
- Benavides, M. A. (2015). El efecto *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 141-166.
- Bernal, C. (2015). Derechos fundamentales. En J. Fabra, *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (págs. 1571-1594). México D. F: UNAM. Recuperado el 3 de enero de 2022, de: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12762>
- Binder, A. (2002). *Introducción al derecho procesal penal* (2ª ed.). Buenos Aires: Ad Hoc.
- Bix, B. (2009). *Diccionario de teoría del derecho*. México D.F: UNAM. Recuperado el 3 de enero de 2022, de: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11543>
- Bobbio, N. (1982). *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona: Gedisa.
- Botero, C., Guzmán, F., Jaramillo, S., & Gómez, S. (2017). *El derecho a la libertad de expresión*. Universidad de los Andes.
- Briseño, H. (1989). *Compendio de derecho procesal*. México: Humanitas. Centro de Investigación y Posgrado.
- Cabanellas, G. (2010). *Diccionario jurídico elemental*. Buenos Aires: Heliasta.
- Cacpata, W., & Prado, E. (2020). El control de convencionalidad en Ecuador y su aplicación conforme al control de constitucionalidad. *Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores*, 1-27.

- Cafferata, J. (2000). *Proceso penal y derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Campos, J. (2016). El derecho a la doble instancia y el principio de doble conformidad: una contradicción inexistente. *Revista Judicial, Costa Rica*, 147-172.
- Campoy, I. (2004). Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 143-166. Recuperado el 3 de enero de 2022, de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1217049>
- Casal, J. (2015). La garantía constitucional de los derechos sociales. En V. Bazán, *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (págs. 21-45). Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Caso Valle Jaramillo vs. Colombia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de noviembre de 2008).
- Chaigneau, A. (2002). Sentencia y recursos en el nuevo sistema procesal penal. *Revista Chilena de Derecho*, 301-313.
- Chiara, C., & Obligado, D. (2005). *La nueva casación penal: consecuencias del fallo Casal*. Rosario: Nova Tesis.
- Chiovenda, G. (1977). *Principios de derecho procesal civil*. Madrid: Reus.
- Chirino, A. (2011). Derecho al recurso del imputado. En G. L. internacional, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos y Derecho penal internacional* (pp. 173-203). México: Konrad Adenauer-Stiftung.
- CIDH, Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 08 de diciembre de 1995).
- CIDH, Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú (CIDH mayo 30, 1999). Retrieved julio 6, 2020, from [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_52\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf)
- CIDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica (CIDH julio 2, 2004). Retrieved julio 6, 2020, from [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_107\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf)

- CIDH, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador (CIDH 22 de noviembre de 1997).
- CIDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (CIDH 29 de julio de 1988).
- Clariá, J. (1967). *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ediar.
- Comisión CIDH. (1996). *Informe 12/96*. Nueva York: CIDH.
- Comisión IDH. (2007). *Informe 35/07*. Nueva York: CIDH.
- Comisión IDH. (2008). *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*. Washington: OEA.
- Comisión IDH. (2013). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. Nueva York: CIDH. Recuperado el 2 de enero de 2021, de: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfS/informe-pp-2013-es.pdf>
- Comisión IDH. (2018). *Guía práctica sobre medidas dirigidas a reducir la prisión preventiva*. Costa Rica: CIDH.
- Congreso de Colombia. (2004). *Código de Procedimiento Penal*. Bogotá: Diario Oficial.
- Congreso de la República. (1983). *Código de Procedimiento Penal*. Quito: Registro Oficial.
- Congreso Nacional. (1997). *Ley de Arbitraje y Mediación*. Quito: Registro Oficial de 4 de septiembre.
- Consejo de la Judicatura. (2020). *Gestión Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial*. Quito: CJ. Recuperado el 9 de junio de 2021, de: <http://www.funcionjudicial.gob.ec/mediacion/index.php/2015-04-13-21-21-55/datos-estadisticos#ingreso-de-causas-por-tipo-2019>
- Constant, B. (1995). Discurso sobre la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos. *Revista de Estudios Políticos. Discurso sobre la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*, 1-20.
- Correa, A. (2015). La conciliación y la mediación en el COIP. *Boletín Institucional de la Corte Nacional de Justicia*, 5-6.

Corte Constitucional. (24 de marzo de 2021). *Sentencia No. 365-18-JH/21, de 5 de diciembre de 2018*. Quito: CCE.

Corte Constitucional del Ecuador. (2019, junio 12). *Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario), de 12 de junio de 2019*. Quito: CCE.

Corte Constitucional del Ecuador. (2021). *Sentencia No. 020-13-SEP-CC*. Quito: CCE.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2005). *Manual de justiciable. Materia penal*. México: Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Couture, E. (1950). Prólogo. En A. Acosta, *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil* (pp. 3-4). Buenos Aires.

Couture, E. (1976). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: De Palma.

Cuadrado, A. (2020). *Principios de derecho penal*. Obtenido de: <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/61601/PRINCIPIO%20DE%20INTERVENCIÓN%20MINIMA%20Y%20PROPORCIONALIDAD.%20PRINCIPIOS%20DE%20JUSTICIA%20Y%20DE%20UTILIDAD.pdf?sequence=1>

Curtis, C. (2006). *Ni un paso atrás, prohibición de regresividad en derechos sociales*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Del Río, C. (2012). Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal. *Estudios Constitucionales*, 245-288.

Doig, Y. (2014). El sistema de recursos en el proceso penal peruano. Hacia la generalización de la doble instancia y la instauración de la casación. *Anuario de Derecho Penal*, 187-211.

Escalante, S., & Quintero, D. (2016). Los medios de impugnación en el proceso penal acusatorio oral. *Diké. Revista de investigación en derecho, criminología y consultoría jurídica*, 139-153.

Falcón, E., & Rojas, J. (1998). *Cómo se hace una apelación*. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina.

Fanjul, F., & Martos, F. (2005). *Policía local de los ayuntamientos de la Comunidad Autónoma de Madrid*. Madrid: MAD.

Ferrajoli, L. (2018). *Derecho penal mínimo*. SIJUFOR. Recuperado el 10 de julio de 2021, de: [https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/el\\_derecho\\_penal\\_m%C3%ADnimo\\_-\\_ferrajoli\\_luigi.pdf](https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/el_derecho_penal_m%C3%ADnimo_-_ferrajoli_luigi.pdf)

Figuerola, I. (2017). *La aplicación excesiva de la prisión preventiva y el rol del juez penal...* (tesis). Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Recuperado el 2 de enero de 2021, de:

<http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/8732/1/T-UCSG-POS-MDC-98.pdf>

Figuerola, R. (2009). Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Discusión teórica. *Revista Chilena de Derecho*, 587-620.

Florián, E. (2019). *Elementos de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Olejnik.

Gargarella, R. (1999). *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Barcelona: Paidós.

Gallinal, R. (1981). *Manual de derecho procesal civil*, tomo II. Buenos Aires: UTEHA.

García, F. (2015). *Principios constitucionales fundamentales del derecho procesal ecuatoriano*. Obtenido de: <https://www.derechoecuador.com/principios-constitucionales-fundamentales-del-derecho-procesal-ecuatoriano>

Garzón, E. (2008). *La prisión preventiva: medida cautelar o pre-pena*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. Recuperado el 2 de enero de 2021, de: <https://core.ac.uk/download/pdf/159775216.pdf>

Gascón Abellán, M. (1998). Imperio de la ley. Motivos para un desencanto. *Jueces para la democracia*, 25-36.

Goicochea, C., & Córdova, C. (2019). El principio de mínima intervención del derecho penal frente a los delitos de violación sexual del menor de edad. *Revista de investigación de la Facultad de Derecho*, 45-55.

Gómez, J. (1996). *Constitución y proceso penal*. Madrid: Tecnos.

Góngora, M. (2014). La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción de un *ius commune* latinoamericano. En A. Bogdandy, & F. Héctor, *Ius Constitutionale commune en Latinoamérica* (págs. 301-327). México, D.F.: UNAM.

González, F. (2012). *Las transformaciones del sistema interamericano de derechos humanos durante los procesos de democratización de los Estados partes*. Getafe: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.

González, R. (2018). Aproximaciones a los derechos humanos de cuarta generación. *tendencias*, 1-6. Recuperado el 3 de enero de 2022, de: <https://www.tendencias21.es/derecho/attachment/113651/>

Hassemer, W. (1995). *Crítica al derecho penal de hoy*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Higa, C. (2013). El derecho a la presunción de inocencia desde un punto de vista constitucional. *Derecho & Sociedad*, 113-120.

Hinostroza, A. (2002). *Los medios impugnatorios en el proceso civil. Doctrina y jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica.

Juliano, M. (2015). *Estandares del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en materia de plazo razonable de la prisión preventiva*. Obtenido de: [https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/541/Estandares\\_del\\_Sistema\\_Interamericano\\_de\\_Proteccion\\_de\\_los\\_Derechos\\_Humanos\\_en\\_Materia\\_de\\_Plazo\\_Razonable\\_de\\_la\\_Prision\\_Preventiva.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/541/Estandares_del_Sistema_Interamericano_de_Proteccion_de_los_Derechos_Humanos_en_Materia_de_Plazo_Razonable_de_la_Prision_Preventiva.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Kelsen, H. (1992). *¿Qué es justicia?* Barcelona: Ariel.

La Hora. (17 de agosto de 2020). Asilo diplomático solo corresponde para delitos políticos. *La Hora*. Recuperado el 7 de abril de 2021, de: <https://lahora.com.ec/noticia/1102325283/asilo-diplomatico-solo-corresponde-para-delitos-politicos>

La Rosa, M. (2017). *Principios fundamentales y limitativos de la prisión preventiva según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Quito: Defensoría Pública del Ecuador.

- Lara, A. (2015). Evolución histórica de la apelación y la segunda instancia penal hasta la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882. *Revista Europea de Historia de las Ideas Políticas y de las Instituciones Públicas*, 257-297.
- Lascurraín, J. (2019). *Manual de introducción al derecho penal*. Madrid: BOE.
- Llamuca, Á. (2021). *El principio de mínima intervención penal frente a la conciliación*. Ambato: Uniandes.
- Llerena, J. (2010). *La prisión preventiva desde el enfoque de los derechos humanos*. Cuenca: Universidad de Cuenca. Recuperado el 2 de enero de 2021, de: <https://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/3000/1/td4371.pdf>
- López, S. (2019). Configuración de los derechos fundamentales y su contenido esencial. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 221-247.
- Lozano, F. (2012). La presunción de inocencia. En D. Cienfuegos, & G. Froto, *Los derechos humanos en el momento actual* (págs. 317-329). Guadalquivir: Editora Laguna S.A.
- Manrique, H. (2005). Los límites al derecho de impugnación en general y la apelación en particular: una visión desde la perspectiva de la efectiva tutela jurisdiccional. *Foro Jurídico*, 70-90.
- Manzini, V. (1951). *Tratado de derecho procesal penal*, vol V. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Marín, M. (2007). La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales. *Revista de Bioética y Derecho*, 1-8. Recuperado el 3 de enero, de 2022, de: [http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD9\\_ArtMarin.pdf](http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD9_ArtMarin.pdf)
- Marlasca López, A. (1998). Fundamentación filosófica de los derechos humanos. *Revista de Filosofía, Universidad de Costa Rica*, 561-578.
- Martínez de Navarrete, A. (1992). *Diccionario jurídico básico*. Buenos Aires: Heliasa.



- ONU. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. París: ONU.
- ONU. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Nueva York: ONU.
- ONU. (1990). *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad*. Nueva York: ONU.
- Oré, A. (1999). *Manual de derecho procesal penal* (2.<sup>a</sup> ed.). Lima: Alternativas.
- Ossorio, M. (2010). *Diccionario de ciencias jurídicas y sociales*. Guatemala: Datascan.
- Ovejero, A. (2017). Protección del derecho a la presunción de inocencia. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 431-455.
- Ozafrain, L. (2016). *El principio de ultima ratio. Fundamentos en el derecho internacional de los derechos humanos para una política criminal minimalista*. Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- Palomar, J. (1981). *Diccionario para juristas*. México: Mayo Ediciones.
- Palombella, G. (1999). Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría. *Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 525-579. Recuperado el 3 de enero de 2022, de: [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10315/1/doxa22\\_23.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10315/1/doxa22_23.pdf)
- Pazmiño, E. (2020). Derecho penal mínimo. *Derecho Ecuador*, 1-8. Recuperado el 24 de julio de 2021, de: <https://www.derechoecuador.com/derecho-penal-minimo>
- Papacchini, A. (1998). Los derechos humanos a través de la historia. *Revista Colombiana de Psicología*, 138-200. Recuperado el 3 de enero de 2022, de: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/psicologia/article/view/16061/16942>
- Parejo, L. (2010). *Lecciones de derecho administrativo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Peces-Barba, G. (2014). *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- Peña, S., & Rodríguez, J. (2009). *El recurso de apelación de la sentencia definitiva en el nuevo Código Procesal Penal*. Universidad de El Salvador: San Salvador.

- Pérez Saucedá, J. B. (2015). Cultura de paz y resolución de conflictos: la importancia de la mediación en la construcción de un Estado de paz. *Ra Ximhai*, 109-131.
- Piesco, M. (2001). Algunos aspectos del derecho a la doble instancia. *Revista del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos*, 1-10. Recuperado el 28 de junio de 2020, de: [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf010025-piesco-algunos\\_aspectos\\_derecho\\_doble.htm#](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf010025-piesco-algunos_aspectos_derecho_doble.htm#)
- Pizzorusso, A. (2002). Las “generaciones” de derechos. *Anuario de Derechos Humanos*, 291-307. Recuperado el 3 de enero de 2022, de: <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50360>
- Rabossi, E. (1998). Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché. *Lecciones y Ensayos*, 41-51. Recuperado el 3 de enero de 2022, de: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/leyen/cont/69/pr/pr4.pdf>
- Rodríguez, C., & Andrade, D. (2011). El plazo razonable en el marco de las garantías judiciales. *Memorando de Derecho*, 113-125.
- Rodríguez, M. (2011). *Claves para entender los derechos humanos*. Madrid: Libros de Catarata.
- Romero, D. (2020). *La potestad sancionadora de la administración pública en materia de vertidos de aguas residuales: un estudio crítico en el Ecuador*. La Habana: Universidad de La Habana.
- Roselli, C. (1991). *Socialismo liberal*. Madrid: Editorial Pablo Iglesias.
- Ross, A. (1998). *Sobre el derecho y la justicia*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Roxin, C. (2003). *Derecho procesal penal* (25.ª ed.). Buenos Aires: Editores el Puerto.
- Ruiz, J. (1996). Artículo 10. Derechos fundamentales de la persona. En O. Alzaga, *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Madrid: Cortes Generales.
- Saldaña, J. (1999). Nota sobre la fundamentación de los derechos humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 949- 968.

- San Martín, C. (2003). *Derecho procesal penal* (2.<sup>a</sup> ed.). Lima: Grijley.
- Senado y Cámara de Diputados. (2000). *Código Procesal Penal*. Santiago de Chile: Diario Oficial.
- Senado y Cámara de Diputados. (2014). *Código Procesal Penal de la Nación*. Buenos Aires: Boletín Oficial.
- Serrano, E. (2012). La filosofía del derecho y el derecho natural de Heinrich Henkel. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 49-134. Recuperado el 3 de enero de 2022, de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2062279>
- Sole, J. (1998). Recurso de apelación. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, 571-584.
- Solís, B. (2012). Evolución de los derechos humanos. En M. Moreno, *El Estado laico y los derechos humanos en México: 1810-2010* (págs. 77-99). México D.F.: UNAM. Recuperado el 3 de enero de 2022, de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3100/9.pdf>
- Subdirección de Asesoría Jurídica de la PGE. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Obtenido de [http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_funcion.pdf](http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_funcion.pdf)
- UCC. (2010). *Manual de derecho procesal civil. Teoría general del proceso*, tomo I. Bogotá: Editorial U.C.C.
- Vasak, K. (1977). La larga lucha por los derechos humanos. *El Correo de la Unesco*, 29-32. Recuperado el 3 de enero de 2022, de: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000048063\\_spa](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000048063_spa)
- Vescovi, E. (1988). *Los recursos judiciales y demás medios de impugnación en Iberoamérica*. Buenos Aires: De Palma.
- Vidal, E. (1993). Sobre los derechos de solidaridad. Del Estado social al social y democrático de derechos. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 89-110.
- Villacís Londoño, H. (2018). El control de convencionalidad y su aplicación en Ecuador. *Revista San Gregorio*, 84-91.

**GARANTÍA Y AMPAROS** DE LOS DERECHOS EN MATERIA PENAL



Villacreses, T. (2018). El principio constitucional de proporcionalidad y la actividad legislativa penal ecuatoriana. *Revista San Gregorio*, 2528-7907.

Zavala, J. (2007). *Tratado de derecho procesal penal*, tomo IX. Guayaquil: EDINO.

1<sup>RA</sup> EDICIÓN

# GARANTÍA Y AMPAROS DE LOS DERECHOS EN MATERIA PENAL



Publicado en Ecuador  
mayo 2022

Edición realizada desde el mes de enero del 2022 hasta mayo del año 2022, en los talleres Editoriales de MAWIL publicaciones impresas y digitales de la ciudad de Quito

Quito – Ecuador

Tiraje 30, Ejemplares, A5, 4 colores; Offset MBO  
Tipografía: Helvetica LT Std; Bebas Neue; Times New Roman; en tipo fuente.

1ª Edición



# GARANTÍA Y AMPAROS

DE LOS DERECHOS EN MATERIA PENAL

## AUTORES INVESTIGADORES



**Dr. C. Girard Vernaza Arroyo. PhD**



**Esp. Marianela Cruel Preciado Abgda.**

ISBN: 978-9942-602-52-7



© Reservados todos los derechos. La reproducción parcial o total queda estrictamente prohibida, sin la autorización expresa de los autores, bajo sanciones establecidas en las leyes, por cualquier medio o procedimiento.

**CREATIVE COMMONS RECONOCIMIENTO-NOCOMERCIAL-COMPARTIRIGUAL 4.0.**

**GARANTÍA Y AMPAROS DE LOS DERECHOS EN MATERIA PENAL**

