

**Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador**

Área de Derecho

**Programa de Maestría en Derecho
Mención en Derecho Constitucional**

**Violación de las Garantías Constitucionales de los Derechos Humanos y el Debido
Proceso en la prehensión por delitos flagrantes y la prisión preventiva**

Magno Hernán Borja Reyes

Diciembre 2009

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de Magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

MAGNO HERNAN BORJA NARANJO

Quito, a 08 de enero de 2010

**Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador**

Área de Derecho

**Programa de Maestría en Derecho
Mención en Derecho Constitucional**

**Violación de las Garantías Constitucionales de los Derechos Humanos y el Debido
Proceso en la prehensión por delitos flagrantes y la prisión preventiva**

Maestrante

Magno Hernán Borja Reyes

Director de Tesis

Francisco Iturralde

Quito - Ecuador 2009

RESUMEN

Esta investigación se enmarca en el ejercicio del debido proceso, institución jurídica garantizada por la Constitución del Ecuador y contemplada en Código de Procedimiento Penal, la investigación se realizó en Quito en los juzgados, tribunales penales, policía técnica judicial y centros de rehabilitación; con la finalidad de contribuir a que cada día se respete en todas las instancias el debido proceso, así como los derechos humanos, esto es, desde el momento de la aprehensión, indagación previa, instrucción fiscal, etapa intermedia, etapa del juicio y en la etapa de impugnación, es decir en toda la tramitación de las causas penales, inclusive hasta en el recurso de revisión y con la aprobación de la constitución vigente hasta la resolución de la causa penal ante La Corte Constitucional.

Lamentablemente se ha evidenciado que las violaciones a los derechos humanos a los detenidos se siguen dando en forma alarmante por lo que, es necesario insistir una y mil veces que los operadores de justicia actúen dentro del marco jurídico existente.

El debido proceso en el nuevo sistema procesal penal garantiza tener una justicia independiente, respetando la Constitución, los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y la aplicación correcta de la Ley, hasta que en sentencia al procesado se le absuelva o se le condene.

Índice de Contenido

Capítulo 1: EL DEBIDO PROCESO.....	
ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DEBIDO PROCESO.....	
EL DEBIDO PROCESO EN INGLATERRA.....	
EL DEBIDO PROCESO EN EUROPA CONTINENTAL.....	
EL DEBIDO PROCESO EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.....	
EL DEBIDO PROCESO EN EL ECUADOR.....	
ESTADO DE DERECHO Y DEBIDO PROCESO EN LA DEMOCRACIA.....	
ESTADO SOCIAL DE DERECHO.....	
FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DE NUESTRO ESTADO SOCIAL DE DERECHO.....	

Capítulo 2: <u>LOS SUJETOS PROCESALES RELACIONADOS CON LA APLICACIÓN DEL DEBIDO PROCESO EN MATERIA PENAL.....</u>	
SUJETOS PROCESALES RELACIONADOS CON LA APLICACIÓN DEL DEBIDO PROCESO EN MATERIA PENAL.....	
2.2 LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO.....	
2.1.2 Ofendido.....	
2.1.3 DERECHOS DEL OFENDIDO.....	
2.1.4 PROCESADO O ACUSADO.....	
2.1.5 DEFENSOR PÚBLICO.....	
2.1.6 JUEZ O JUEZA DE GARANTIAS PENALES.....	
2.1.7 Tribunal DE GARANTIAS PENALES.....	
Capítulo 3: LA APREHENSIÓN POR DELITO FLAGRANTE, LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	
3.1. LA APREHENSIÓN POR DELITO FLAGRANTE.....	
3.2.2 Delito flagrante.....	
3.2.3 Agentes de aprehensión.....	

3.2.3.1 MIEMBROS DE LA POLICÍA NACIONAL.....	
3.2.3.2 AGENTE DE LA POLICÍA JUDICIAL.....	
3.2.3.3 CUALQUIER PERSONA.....	
3.3.1 LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	
3.3.1.1 CARACTERÍSTICAS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	
3.3.1.2 REQUISITOS PARA DICTAR ORDEN DE PRISIÓN PREVENTIVA.....	
3.3.2.1 DURACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	
3.3.2.2. Sustitución de la Prisión Preventiva.....	
3.3.2.3 Cuándo la Prisión Preventiva no procede.....	

Capítulo 4: LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL MARCO DEL DEBIDO PROCESO.....	
4.1 Derechos humanos.....	
4.2 DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DEL DEBIDO PROCESO.....	
4.3 GARANTIAS CONSTITUCIONALES.....	
4.2.1 DERECHOS HUMANOS EN EL ECUADOR.....	
4.4 GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL DEBIDO PROCESO: HABEAS CORPUS, AMPARO DE PROTECCIÓN, AMPARO DE LIBERTAD.....	
4.4.1 HÁBEAS CORPUS.....	
4.4.2 AMPARO CONSTITUCIONAL O ACCION DE PROTECCION.....	
4.4.3 AMPARO DE LIBERTAD.....	
4.5 Responsabilidad del Estado en la violación de los Derechos y las Garantías del Debido Proceso.....	

Capítulo 5: INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE GARANTIZAN EL DEBIDO PROCESO.....	
5.1 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	
5.1.1 DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE.....	

5.1.2 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.....	
5.1.3 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS O PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA.....	
5.1.4 DERECHOS TUTELADOS POR LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	
CAPÍTULO 6:	
6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	
6.1 CONCLUSIONES.....	
6.2 RECOMENDACIONES.....	
6.3 PROPUESTA.....	
Bibliografía.....	

CAPÍTULO I

EL DEBIDO PROCESO

El Debido Proceso es un conjunto de normas que regula los derechos y garantías con los que debe contar toda persona que es sometido a un proceso, el mismo que debe ser justo, oportuno y equitativo. “El Debido Proceso es un principio jurídico procesal o sustantivo, según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendiente a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, y a permitir tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al Juez”¹

De manera general podemos decir que la función del Debido Proceso, es actuar dentro del estado de derecho para proteger a los ciudadanos del abuso de las ilegalidades que pudiere cometer un funcionario o un órgano estatal en un procedimiento legal. Simplificando el Debido Proceso es el conjunto de derechos y garantías que protegen a la persona de los posibles excesos o riesgos de abuso de la autoridad del Estado.

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DEBIDO PROCESO

El Debido Proceso es originario de Inglaterra; pasó luego a todas sus colonias, y, a los países que poseen el sistema jurídico Romano-Germano. A la fecha, es una categoría universal y constituye la columna vertebral del sistema jurídico normativo de la modernidad.

Para estudiar en forma ordenada la historia del Debido Proceso nos referimos primero a su cuna, Inglaterra, luego a algunos países Europeos y a los Estados

¹ Cueva Carrión Luís.- El Debido Proceso .- Pag 61

Unidos de América donde ha logrado un gran desarrollo y la Jurisprudencia ha cambiado su significado primigenio.

1.1.2 EL DEBIDO PROCESO EN INGLATERRA

“La fuente original del concepto aparece en la Carta Magna expedida en Inglaterra por el Rey Juan sin Tierra, el 15 de junio de 1215, y en cuyo Capítulo 33, se estableció: “ Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino”.

Luego, al año y medio de emitida la Carta Magna falleció el Rey Juan, y el Rey Enrique Tercero reafirmo la Carta Magna en 1216, la expide en 1225 reduciendo el documento de 63 a 37 Capítulos y la cláusula que nombra el Debido Proceso Penal aparece en el Capítulo 29. Doce años después se le denomina “CARTA MAGNA”, por primera vez en el año 1237.

En el año 1354 la Carta Magna expedida por el Rey Eduardo III aparece como documento en el idioma de Inglaterra, ya que anteriormente constaba en Latín, en el Capítulo 29, en lugar de la expresión “per legen terrea”, aparece la expresión inglesa “ due process of law”, traducido al Español como “EL DEBIDO PROCESO DE LEY”, el capítulo tercero textualmente decía” Nadie, sea cual fuere su estado o condición, será retirado de sus tierras o residencia, ni llevado, ni desheredado, ni muerto, antes de que se lo obligue a responder de acuerdo con el **debido proceso de ley**”.

En 1627 en la misma Inglaterra se incorpora la cláusula del “due process of law” en “the petition of right” y el habeas corpus, y mediante acta en el año 1640 se estatuyó lo siguiente: “Ninguna persona cualquiera que fuere su condición o estamento, será privada de su tierra, ni de su libertad, ni desterrado, ni sometido a pena de muerte sin que antes responde a los cargos en un Debido Proceso Legal”.

1.1.3 EL DEBIDO PROCESO EN EUROPA CONTINENTAL

Luego que Inglaterra puso el primer hito del debido proceso, en 1350, el Código de Magnus Ericsson en Suecia, dispuso: “El rey debe ser leal y justo con sus ciudadanos, de manera que no prive a ninguno, pobre o rico, de su vida o de su integridad corporal sin un proceso judicial en debida forma, tampoco prive a nadie de sus bienes si no es conforme a derecho y por un proceso legal”.

La Constitución Neminem Captivabimus, del Rey Wladislav Jagiello de Polonia, en 1430 decía: “ El rey promete y jura no encarcelar ni inducir a encarcelar a ningún noble; no castigar nunca a un noble de ninguna forma, cualquiera que fuera el crimen o la falta que haya cometido, a no ser que haya sido primero justamente condenado por los Tribunales de Justicia y haya sido puesto en nuestras manos por los Jueces de su propia provincia, salvo aquellos que comentan un crimen de derecho común, como el homicidio, la violación o el robo en las carreteras reales”.

En la Declaración del Hombre y del Ciudadano expedida el 26 de agosto de 1789 por Napoleón Bonaparte en Francia leemos:

“Art. 7.- Ningún hombre puede ser acusado, detenido ni encarcelado sino en los casos determinados en la Ley y según las formas prescritas en ella. Los que solicitan, facilitan, ejecutan órdenes arbitrarias deben ser castigados, pero todo ciudadano llamado o requerido en virtud de lo establecido en la Ley debe obedecer inmediatamente, se hace culpable si se resiste”.

“Art. 8.- La Ley no debe establecer mas que penas escritas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada”.

“Art. 9.- Todo hombre se presume inocente hasta que haya sido declarado culpable, y si se juzga indispensablemente arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar sus persona debe ser severamente reprimido por la Ley”.

1.1.4 EL DEBIDO PROCESO EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

La Declaración de Derechos del Pueblo de Virginia del 12 de junio de 1776, puso la primera piedra al debido proceso en América:

“VIII. Que todo proceso criminal, incluso aquellos en que se pide la pena capital, el acusado tiene el derecho de saber la causa y naturaleza de la acusación, a ser careado con sus acusadores y testigos, a pedir pruebas a su favor, a ser juzgado rápidamente por un jurado imparcial de doce hombres de su vecindad, sin cuyo consentimiento unánime no podrá considerársele culpable; tampoco puede obligársele a testificar contra sí mismo; que nadie sea privado de su libertad salvo por mandato de la Ley o por el juicio de sus iguales”.

“X. Que los asuntos judiciales generalmente en los que se mande a un funcionario o Alguacil el registro de hogares sospechosos, sin pruebas de un hecho cometido, o de la detención de una persona o personas sin identificarlas por sus nombres, o cuyo delito no se especifique claramente y no se demuestre con pruebas, son crueles y opresores y no deben ser concedidos”.

El debido proceso ha estado presente desde la formación de los Estados civilizados y se mantiene hasta la actualidad por la eficacia de su aplicación y de sus métodos y además porque es una salvaguarda de los derechos civiles y de los derechos humanos.

1.1.5 EL DEBIDO PROCESO EN EL ECUADOR

La primera fuente de la Institución Jurídica del Debido Proceso la encontramos en los convenios y tratados Internacionales, las Normas Constitucionales, la actual Constitución de la República que promulga un Estado Garantista. La persona que considere que se han vulnerado alguno de sus derechos o bienes jurídicos, por parte de otra persona natural o jurídica, tiene la facultad legal de acudir a los Juzgados o Tribunales Jurisdiccionales en demanda de justicia observándose el fuero legal, en razón del territorio, las cosas, las personas y de los grados.

La primera Ley de Procedimiento Penal se dictó en 1839, pues no existían tribunales Pluripersonales, todos eran singulares, sin que se pueda decir que se seguía un sistema de procedimiento definido, la redacción de las instituciones procesales penales carecían de sistematización. En 1948 el procedimiento penal ecuatoriano adoptó el sistema mixto, pues dentro de la organización del sumario se dispone el secreto de la denuncia y la orden que tanto el Juez como el fiscal están obligados a guardar reserva, bajo la pena de ser juzgados por prevaricato en caso de que faltaren a la defensa.

Desde 1939 en Ecuador se han dictado algunas leyes de procedimiento penal bajo diversos regímenes políticos, que poco a poco han alterado el sistema mixto de procedimiento. La denuncia reservada se mantuvo hasta el Código de Enjuiciamiento en materia criminal elaborado por la Academia de Abogados de Quito en 1920 quedando excluida la reserva en 1938 el mismo que en su artículo 48 expresa que la denuncia será siempre pública, pues dicho principio se mantiene en la actualidad en el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal.

El principio de oficialidad se ha desplazado del Juez al Fiscal, que es quien tiene actualmente todos los poderes de investigaciones que antes tenía el titular del órgano jurisdiccional penal. Se dice de esta manera se ha establecido en nuestro país el sistema acusatorio que antes regía.

1.2 ESTADO DE DERECHO Y DEBIDO PROCESO EN LA DEMOCRACIA.

No se puede concebir al debido proceso si la existencia del Estado de Derecho porque hay una relación entre éste y aquel. Estado de Derecho y Debido Proceso, son los pilares fundamentales del Estado moderno que consagra y garantiza los derechos del hombre como tal

Es estado de derecho es aquel en donde imperan las normas jurídicas legalmente establecida y todos se someten y les acatan fielmente. Como se puede deducir, el Estado de Derecho es el establecido en una sociedad civilizada y políticamente organizada, única y exclusivamente, a través de un sistema jurídico válidamente instituido. Son las Normas jurídicas las que reinan y rigen por lo tanto, la arbitrariedad y el abuso, en cualquiera de sus formas no tienen cabida.

En el Estado de Derecho el capricho del gobernante y del funcionario está definitivamente desterrado porque, obligatoriamente, debe someter sus decisiones al imperio de la ley. En el listado de derecho nada hay más poderoso y soberano que el imperio legal, nadie está sobre él; todos sujetos y objetos están bajo él. “El imperio en el Estado civilizado moderno no es un poder arbitrario, sino un poder determinado por preceptos legales. La característica del Estado de Derecho no puede requerir ninguna acción ni imponer ninguna omisión, no puede mandar ni prohibir a sus súbitos más que en virtud de un precepto legal”.

1.3 ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Se denomina Estado Social de Derecho aquel en que no existe una separación entre el Estado y la Sociedad Civil, privilegia los intereses de ésta y garantiza la vigencia de los derechos socioeconómicos. El Estado Social de Derecho es la síntesis del triunfo de las aspiraciones de los movimientos sociales que surgieron como sujetos históricos en el siglo XIX. Por primera vez se contempla el Estado Social de Derecho en Ecuador en la Constitución Política de 1998, en su artículo 1 dice “El Ecuador es un Estado Social de derecho y democrático”

1.4 FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DE NUESTRO ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Nuestra Constitución se refiere a los derechos, garantías y deberes que constituyen la esencia de nuestro Estado Social de Derecho. El más alto deber del estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantizan nuestra Constitución, así como también los que se encuentran en las Declaraciones, Pactos, Convenios y más Instrumentos Internacionales vigentes. Además establece como deberes primordiales del Estado asegurar la vigencia de los Derechos Humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres y la seguridad social, garantiza la vigencia del sistema democrático y la administración pública libre de corrupción. Principios como el de inocencia, derecho a la defensa, el de la motivación de las resoluciones, entre tantos otros la materialización de dichos principios requieren de la colaboración de todos quienes forman parte del engranaje jurídico legal, de las Instituciones públicas y privadas, operadores de justicia, y de manera general de todos quienes aspiramos alcanzar el bien común de la sociedad. Así el artículo 75 de la Constitución dice "... toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita...". Art. 76 dice que "... en todo proceso en que se determinen procesos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas..." Art. 76 numerales 1 "... corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas o derechos de las partes"; 2. "... presunción de inocencia..."; 3. "... principio de ilegalidad" ; 4. "... principio de eficacia probatoria"; 5. "... indubio pro reo"; 6. "...principio de proporcionalidad".

CAPITULO II

2.1 SUJETOS PROCESALES RELACIONADOS CON LA APLICACIÓN DEL DEBIDO PROCESO EN MATERIA PENAL

2.1.1 LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

En la actualidad se considera al Ministerio Público como la institución encargada del ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública de modo exclusivo y privativo. No tendrá participación en los juicios de acción privada.

El Ministerio Público a través del Fiscal, interviene como parte acusadora durante todas las etapas del proceso penal de acción pública. El fiscal debe actuar con objetividad en el acopio de evidencias de cargo, como aquellas que sirvan de descargo a favor del procesado; refiriéndose a la objetividad como la capacidad crítica del representante del Ministerio Público con el fin de escudriñar, indagar o investigar el hecho criminoso y a los presuntos responsables con total imparcialidad, sentido crítico y real, excluyendo cualquier perjuicio o interés personal.

Según el Art. 3 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, le corresponde al Ministerio Público las siguientes atribuciones y funciones:

1. Prevenir el conocimiento de las causas penales, de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal y demás leyes;
2. Excitar y promover la acción penal por infracciones pesquisables de oficio;

3. Dirigir y promover la investigación pre procesal y procesal penal, de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal y demás leyes;
4. Conducir las indagaciones previas y la investigación procesal penal ya sea por propia iniciativa en los delitos perseguibles de oficio o por denuncia;
5. Intervenir en las causas penales, de acuerdo a lo prescrito en el Código de Procedimiento Penal y demás Leyes;
6. Emitir dictámenes en materia civil y de menores cuando así lo establezcan las leyes pertinentes sobre la materia;
7. Dirigir y coordinar las actuaciones de la Policía Judicial, en las indagaciones previas en las etapas del proceso penal;
8. Establecer y reglamentar un sistema de acreditación de peritos, en las diferentes disciplinas;
9. Vigilar el funcionamiento del régimen penitenciario y la rehabilitación social del delincuente;
10. Velar por la protección de las víctimas, testigos y otros participantes en el juicio penal;
11. Coadyuvar en el patrocinio público para mantener el imperio de la Constitución y de la Ley;
12. Coordinar y dirigir la lucha contra la corrupción, en colaboración con la Comisión de Control Cívico de la Corrupción y demás entidades relacionadas con el tema, en el ámbito de sus competencias; y,
13. Los demás deberes y atribuciones determinados en la Constitución la Ley y los reglamentos.

“El Ministerio Público ecuatoriano ejerce su función en base a los fueros; el Ministro Fiscal General quien actúa a nivel de Corte Nacional de Justicia, los Ministros Fiscales Distritales quienes actúan a nivel de las Cortes Provinciales y los Agentes Fiscales quienes actúan a nivel de los Juzgados Penales y Tribunales Penales, cuyas funciones generales son las de defensa y patrocinio de la sociedad en los casos señalados en la Constitución y las leyes.

La gestión procesal del Ministerio Público responde a los principios fundamentales:

1. Mantener el orden constitucional del Estado en las aplicaciones relativas a las materias en las que ha de actuar el Ministerio; y,
2. La protección y defensa de personas y cosas puestas bajo el amparo del poder social en cuanto se refieren a determinadas funciones de este mismo ministerio”.²

Siendo el Ministerio Público la institución encargada de investigar y descubrir el delito y su autor, tiene un papel muy importante en el desarrollo del debido proceso por cuanto en base a su resolución puede darse inicio a la acción penal.

2.1.2 OFENDIDO

Según el Art. 68 CPP “Se denomina ofendido:

1. Al directamente afectado por el delito y; a falta de este a su cónyuge o conviviente en unión libre, a sus ascendiente, descendientes y a los demás parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

El ofendido es la persona que ha sufrido daño o agravio físico, material o moral por el cometimiento de un hecho delictuoso en su contra. Se entiende que el ofendido es el directamente afectado, pero la ley prevee la falta de ofendido, que se refiere a personas carentes de derecho o imposibilitada para proceder judicialmente, y en estas condiciones se puede considerar ofendido a su cónyuge, conviviente o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, que son personas autorizadas para presentarse como parte procesal en la causa penal

² ALBAN ESCOBAR, Fernando; “Estudio Sintético sobre el Código de Procedimiento Penal”; Tomo I; Editorial Torres; Quito; 2001; págs. 164, 165, 166

2. A los socios respecto de los delitos que afecten a una sociedad, cometidos quienes lo administren o controlen;

Cuando se ha perpetrado un delito por parte de quienes administran una compañía o una sociedad de hecho o ejercen la función de control, los socios de estas están facultados para ejercer el derecho que les permite la ley. Puede ser el caso que el administrador de una empresa cometa el delito de estafa o abuso de confianza por lo que el socio de aquella es considerado ofendido y debe ser parte procesal

3. A las personas jurídica, en aquellos delitos que afecten a sus intereses;

Cuando se ha cometido un delito que afecte los intereses de la persona jurídica, está facultada para presentarse como parte procesal (acusador particular) y en general, ejercer los derechos del art. 69 del CPP

4. A cualquier persona que tenga interés directo en caso de aquellos delitos que afecten derechos colectivos o difusos;

Significa que ofendido puede ser cualquier persona natural o jurídica a la que le afecte el cometimiento de un hecho delictuoso; porque afecta al conglomerado social o a la colectividad. El interés difuso, representa un derecho impreciso, poco claro o confuso, que aparentemente impediría que el ofendido ejerza las acciones de ley, sin embargo, el legislador al incorporar esta posibilidad permite el ejercicio pleno de las acciones penales.

5. A los pueblos y a las comunidades indígenas en los delitos que afecten colectivamente a los miembros del grupo.”

Un representante de las comunidades o pueblos indígenas pueda actuar como ofendido y ejercer las acciones de ley cuando se haya cometido un delito que afecte colectivamente. Pero si la infracción afecta en lo individual, no podrán ser considerados como afectados.

2.1.3 DERECHOS DEL OFENDIDO

Según el art. 69 del CPP, los derechos del ofendido son:

1. Intervenir en el proceso penal como acusador particular;

Es el principal derecho del ofendido, este puede actuar en la audiencia preliminar de la etapa intermedia, en la audiencia de juzgamiento en la etapa de juicio, y además puede interponer los recursos que sean necesarios en las instancias superiores.

2. Ser informado por el Ministerio Público sobre el estado de la indagación preprocesal y de instrucción;

El ofendido tiene el derecho de recibir toda la información pre procesal y de la instrucción que con motivo de la investigación, el agente fiscal haya podido obtener sobre la existencia del delito y los fundamentos por los cuales se presume el grado de participación criminal del procesado.

3. Ser informado del resultado final del proceso, en su domicilio si fuere conocido, aun cuando no haya intervenido en él;

Es importante además que el ofendido reciba toda la información del resultado final del proceso, para así poder saber cuáles son sus derechos

4. A presentar ante el fiscal superior quejas respecto de la actuación del agente del Ministerio Público, en los casos siguientes:

5.

a) Cuando no proporcione la información sobre el estado de la investigación dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al momento en que fue solicitada;

b) Cuando de la información se desprenda falta de diligencia en la actividad investigativa;

c) Cuando la inadecuada actuación del fiscal ponga en riesgo la obtención o conservación de vestigios, evidencias materiales u otros elementos de prueba; y,

d) En general cuando hubieren indicios de quebrantamiento de las obligaciones del fiscal.

Otro derecho del ofendido es poder presentar quejas ante el fiscal superior, es decir, si la queja es a cerca de las actuaciones u omisiones de un Agente Fiscal, el superior inmediato será el Ministro Fiscal Distrital, si la queja es por las actuaciones u omisiones del Ministro Fiscal Distrital, la queja se elevará ante el Ministro Fiscal General; pero si la queja es a cerca de las actuaciones u omisiones del Ministro Fiscal General, no existe un organismo sancionador de sus actuaciones, es decir no existe una entidad superior que lo sancione o fiscalice. Pero a mi entender, quien debería vigilar sus actuaciones tendría que ser la autoridad nominadora, es decir la Asamblea Nacional.

Solicitar al Juez de turno que requiera al fiscal, que en el término de quince días se pronuncie si archiva la denuncia o inicia la instrucción fiscal. Para el ejercicio de este derecho se requiere haber interpuesto previamente la queja a la que se refiere el numeral anterior, y, que esta no haya sido resuelta en el término de quince días;

Solamente si el ofendido a elevado una queja al fiscal superior, puede pedir al Juez que requiera al fiscal para que se pronuncie con respecto a la denuncia presentada; y ante este requerimiento el fiscal deberá contestar por escrito al Juez penal

6. A que se proteja su persona y su intimidad, y a exigir que la policía, el fiscal, el Juez y el tribunal adopten para ello los arbitrios necesarios, sin menoscabo de los derechos del procesado;

Es muy importante que se proteja al ofendido, pero la protección debe extenderse hasta su entorno familiar, ya que en este medio social es donde se desarrolla la intimidad del ofendido.

7. A reclamar la indemnización civil una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria, conforme con las reglas de este Código, haya propuesto o no acusación particular.

Lo más importante de este numeral, es que no es necesario que el ofendido se presente como parte y actúe como acusador particular, para que sea acreedor al derecho de reclamar indemnizaciones civiles.

2.1.4 PROCESADO O ACUSADO

Según el art. 70 CPP, “Se denomina procesado o procesada a la persona a quien la fiscal o el fiscal atribuya participación en un acto punible como autor, cómplice o encubridor.

Y acusado, la persona contra la cual se ha dictado auto de llamamiento a juicio o contra la cual se ha presentado una querrela”.

2.1.4.1 PROCESADO.

“Procesalmente el procesado aparece en la resolución de iniciación de la etapa de la instrucción fiscal y se mantendrá en tal calidad hasta que se ejecutorie el auto de llamamiento a juicio que se haya dictado en su contra.

La palabra procesado es nueva dentro del léxico jurídico ecuatoriano, pues vino incluida en el Nuevo Código de Procedimiento Penal, en la última reforma de fecha 24 de marzo de 2009: en primer lugar debe entenderse al procesado siempre como una persona natural, pues los hechos punibles los cometen los seres humanos.

El término procesado es genérico, pues abarca desde la indagación previa, pasando por la etapa de instrucción fiscal y concluyendo en la audiencia preparatoria del juicio y formulación del dictamen y el desarrollo de la etapa intermedia del proceso penal.

El único que puede atribuir a una persona la calidad de procesado es el fiscal, ya que es el encargado de receptor una denuncia y efectuar las investigaciones procesales”.³

Desde que el Juez dicta el auto de llamamiento a juicio, el procesado toma el nombre de acusado, porque a criterio del Juez de Garantías Penales, de los resultados de la instrucción fiscal se ha desprendido presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito y sobre la participación del procesado.

El procesado toma el nombre de acusado cuando el ofendido ha presentado la acusación particular cuando se trata de delitos de acción pública, luego que el fiscal ha emitido el dictamen al finalizar la instrucción fiscal; y tratándose de delitos de acción privada desde el momento en que el ofendido presenta la acusación particular o querrela ante el Juez de Garantías Penales.

2.1.5 ACUSADO.

El acusado es el sujeto pasivo del proceso penal que por su presunta vinculación con un hecho punible de acción pública ha sido llamado a la etapa de juicio, etapa en la que se practican los actos procesales necesarios para la comprobación conforme a derecho de la existencia de la infracción o la responsabilidad del acusado.

“Con la Constitución y el nuevo Código de Procedimiento Penal, se considera al acusado como un sujeto poseedor de derechos y como tal, titular de un conjunto de facultades cuya restricción es excepcional, así:

1. Inviolabilidad del derecho a la defensa en cualquier etapa del juicio penal; el derecho a la defensa implica que:
 - a) Se le reconozca su calidad de parte procesal

³ IBIDEM 4; pág. 178, 179

- b) Que pueda comparecer en igualdad de condiciones en el juicio ante un Juez imparcial
 - c) Que exista una imputación clara precisa y circunstanciada
 - d) Que tenga acceso a toda información que exista en su contra de modo oportuno,
 - e) Que pueda nombrar un defensor particular y en caso contrario, el Estado debe proporcionarle un defensor de oficio.
 - f) A ser escuchado en la audiencia de formulación de cargos
2. Contradecir las pruebas en el mismo momento en que se las actué o recoja;
 3. Se mantiene el principio de inocencia en el proceso hasta el momento en que se lo declare culpable, porque la inocencia no solamente es un principio sino un derecho;
 4. Se garantiza su libertad hasta cuando haya sentencia condenatoria y ejecutoriada;
 5. Derecho a expresar los argumentos necesarios en su defensa antes de que se expida la sentencia;
 6. Derecho a que no se le obligue a incriminarse;
 7. Derecho a que la decisión que se expida sea debidamente motivada;
 8. Derecho a que se cumplan las reglas del debido proceso, consagradas en el Art. 76 de la Constitución de la República y en los tratados internacionales ratificados por el Estado ecuatoriano".⁴

⁴ IBIDEM 3; págs. 164, 165

2.1.6 DEFENSOR PÚBLICO

“El defensor público es una especie de autocontrol del Estado se impone para dar mayor seguridad jurídica a los gobernados. Su papel consiste en defender a todas las personas frente a las acciones u omisiones de la administración pública y de sus agentes, que de algún modo puedan violar el goce y ejercicio de los derechos y libertades garantizados en la constitución y en los instrumentos jurídicos internacionales aceptados por el Estado”.⁵

El Art. 91 del Constitución dice: “La Defensoría Pública es un Órgano Autónomo de la Función Judicial cuyo fin es garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos. La Defensoría Pública prestará un servicio legal, técnico, oportuno, eficiente, eficaz y gratuito, en el patrocinio y asesoría jurídica en los derechos de las personas, en todas las materias e instancias. La defensoría Publica es indivisible y funcionará de forma desconcentrada con autonomía administrativa, económica y financiera; estará representada por la Defensora Pública o el Defensor Público General y contará con recursos humanos, materiales y condiciones laborables equivalente a los de la Fiscalía General del Estado”.

Según el Art. 74 CPP. “La Defensoría Publica Nacional tendrá su sede en la capital de la República y competencia en todo el territorio del país; y, se encargará del patrocinio de los procesados que no hayan designado defensor”.

Art. 78 CPP. “El defensor público está obligado a actuar hasta el momento en que el procesado designe su defensor privado y éste asuma el cargo”.

La Defensoría Pública Nacional tendrá bajo su responsabilidad el patrocinio de los procesados que no hayan designado abogado defensor, a través de los defensores públicos.

⁵ CHIRIBOBA ZAMBRANO, Galo; “Derechos Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana”; ILDIS; Quito; 1995; pág. 40

Los defensores públicos estarán bajo las ordenes del Defensor Público, de sus adjuntos y comisionados provinciales, para el patrocinio de las acciones y recursos que sean necesarios interponer para garantizar el derecho a la defensa y la tutela penal efectiva en las indagaciones previas e investigaciones procesales penales.

La Defensoría Pública Nacional es la encargada de poner en práctica el principio constitucional y legal del derecho a la defensa que tiene todo procesado, a través de la designación de un defensor público.

Además, el art. 76 nrl. 7 ltl. e) de la Constitución dispone que ninguna persona puede ser interrogada por una autoridad Policial, de la fiscalía o cualquier otra autoridad, sin la asistencia de un abogado defensor particular o nombrado por el Estado, la inobservancia de este mandato constitucional transforma en ineficaz a cualquier diligencia jurídica

Según el art. 253 del CPP, el defensor de oficio procede en dos ocasiones:

- a) Cuando el abogado defensor no comparece en defensa del procesado;

De este modo se dice que se logra precautelar que el acusado cuente con un abogado para evitar que quede en la indefensión

- b) Cuando se aleja de la audiencia

Es decir cuando su abogado defensor se aleja de la sala de audiencia.

2.1.7 JUEZ O JUEZA DE GARANTIAS PENALES

“El Juez o Jueza es quien decide interpretando la ley o ejerciendo su arbitrio, la contienda suscrita o el proceso promovido. En este aspecto técnico, el Juez ha sido definido como el magistrado, investido de imperio y jurisdicción, que es

la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y que según su competencia, pronuncia decisiones en juicio”.⁶

El Juez de garantías penales es la autoridad judicial que garantiza los derechos del ofendido y del procesado durante la etapa de instrucción fiscal con lo cual da cumplimiento a las normas del debido proceso consagradas en la Constitución de la República y en los tratados internacionales ratificados por el Estado.

Según el art. 27 del CPP, dice: los Jueces o Juezas de garantías penales tienen competencia:

1. Para garantizar los derechos del procesado y del ofendido durante la etapa de instrucción fiscal conforme a las facultades y deberes de este código

De este modo, el Juez o Jueza de garantías penales se transforma en Juez constitucional para vigilar que se cumplan con las garantías establecidas en la Constitución y en la Ley; asegurando un trato humano y digno durante el curso del proceso, es decir haciendo prevalecer el principio de legalidad e inocencia, hasta que en la sentencia ejecutoriada se lo declare culpable.

2. Para tramitar y resolver en audiencia en la fase de indagación previa y etapa de instrucción fiscal, la adopción, exención, revisión, fijación de plaza y control de necesidad de mantención de medidas cautelares;

3. Tramitar y resolver en audiencias las solicitudes de archivo procesal, desestimaciones, acuerdos reparatorios, suspensiones, condiciones al procedimiento y conversiones;

4. Tramitar y resolver en audiencia el juzgamiento de delitos de acción privada;

⁶ CABANELLAS DE LA TORRE, Guillermo; “Diccionario Jurídico Elemental”; Editorial Heliasta; Buenos Aires; 1998; pág. 170

5. Conocer y resolver las solicitudes que se presenten en la audiencia preparatorias;
6. Conocer y, de ser el caso, dictar correctivos en audiencia para subsanar posibles violaciones o limitaciones al los derechos del procesado, en razón de actuaciones ilegítimas de la fiscalía o policía;
7. Conocer y resolver solicitudes temporales de mantención de reserva de elementos de convicción y otros documentos hasta que se efectúen ciertas prácticas investigativas;
8. Determinar, con base a los elementos de convicción, el monto de los daños y perjuicios causados, para garantizar la reparación de los ofendidos;
9. Ejecutar la sentencia condenatoria en lo referente a la reparación económica; y,
10. Las demás previstas en la Ley.

El Juez o Jueza puede aceptar el procedimiento abreviado que consiste en la transformación que se da de un proceso de acción pública a un proceso de acción privada, se lo puede proponer hasta la clausura del juicio y solo si se trata de un delito que tenga prevista una pena máxima inferior a cinco años

La Legislación ecuatoriana categoriza a los Jueces y Juezas penales según el fuero del procesado o acusado; así a los acusados que gocen de fuero común, les corresponde que su proceso sea tramitado por un Juez de primera instancia, o un Juez aquo, función que le corresponde a un Juez penal del domicilio del acusado.

Si el procesado tiene fuero especial, el cual depende de la dignidad que este desempeñe en la administración pública, y el grado que ostenten tendrá fuero de Corte Provincial o fuero de Corte Nacional, lo cual significa que su Juez o Jueza natural será el Presidente/ta de la Corte Provincial de Justicia o el Presidente/ta de la Corte Nacional de Justicia según el caso.

El dictamen fiscal debe ser puesto en conocimiento del Juez o Jueza al término de la etapa de instrucción, puesto que el Juez o Jueza es el vigilante en la etapa de instrucción; y este dictamen emitido por el fiscal puede ser acusatorio o absolutorio

1.- Cuando existe dictamen fiscal acusatorio y si el Juez o Jueza, considera que de los resultados de la instrucción fiscal, se desprenden presunciones graves y fundadas de la existencia del delito y sobre la participación del procesado como autor, cómplice o encubridor, dictará auto de llamamiento a juicio, en el cual ordenará las medidas cautelares de carácter real o personal.

Si el Juez o Jueza considera que los resultados de la instrucción fiscal no ameritan el auto de llamamiento a juicio, podrá archivar el proceso. Para el caso de delitos penados con reclusión, el Juez o Jueza tiene la obligación de elevar en consulta su providencia al superior, la misma que será confirmada o revocada.

2.- Si existe dictamen absolutorio, y si el Juez o Jueza considera necesaria la apertura del juicio o si existe acusación particular, ordenará que se remitan las actuaciones del fiscal al fiscal superior para que acuse o ratifique el pronunciamiento del inferior. Si el pronunciamiento del inferior es ratificado, el Juez o Jueza debe admitir el dictamen fiscal y dictar auto de sobreseimiento. Si no hay acusación fiscal, no hay juicio.

Tratándose de delitos sancionados con pena de reclusión, la consulta al fiscal superior, de parte del Juez será obligatoria.

El Juez o Jueza penal actúa dentro de la etapa intermedia, si el Juez o Jueza considera que de los resultados de la instrucción fiscal, se desprenden presunciones graves y fundadas de la existencia del delito y sobre la participación del procesado como autor, cómplice o encubridor, dictará auto de llamamiento a juicio en la audiencia preliminar, con lo cual el proceso pasa a conocimiento del Tribunal Penal correspondiente, siempre y cuando las partes no interpongan recursos como el de nulidad y/o el de apelación, que llegan al conocimiento de la instancia superior según el fuero del acusado.

2.1.8 TRIBUNAL DE GARANTIAS PENALES

“Es un conjunto de Jueces, Juezas o magistrados, magistradas que están obligados a administrar colegiadamente justicia en un proceso o instancia. El tribunal de garantías penales, constituye la etapa más importante del proceso penal y está conformado por un presidente/a y dos vocales y demás personal auxiliar”.⁷

El Código Orgánico de la Función Judicial, no contempla al Tribunal de Garantías Penales, le asemeja con el Juez o Jueza de garantías penales, pero debemos considerar que a partir de la vigencia del nuevo CPP, se dieron funciones específicas a los Jueces y Juezas de garantías penales y a los Jueces/as o magistrados/as que conforman los tribunales penales; y al dividir al proceso en etapas, la Corte Constitucional juega un papel importante en el juzgamiento y en la aplicación del debido proceso.

El Tribunal de Garantías Penales, interviene directamente en la etapa de juicio en la audiencia de juzgamiento como juzgador y es en esta audiencia en donde las partes deben presentar las pruebas de cargo o descargo. Tomemos en consideración que para que las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción fiscal alcancen el valor de prueba deben ser presentadas y valoradas en la etapa de juicio, función que le corresponde al Tribunal de Garantías Penales en pleno. Ya que según el Art. 79 del CPP las pruebas

⁷ CANELLAS, Guillermo; “Diccionario Jurídico Elemental”; Editorial Heliasta; Buenos Aires; pág. 316

deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales penales correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes, que serán practicadas por los Jueces/as de garantías penales.

Mediante las pruebas presentadas en juicio, los Jueces/as que conforman el Tribunal las valoren y puedan tener un criterio claro y preciso para dar su veredicto o para dictar sentencia.

En cada juicio penal deben intervenir como adversarios, un acusador y un acusado, mientras que los miembros del tribunal de garantías penales, se mantienen como espectadores y posteriores evaluadores de lo que hayan visto y oído, tutelando los derechos constitucionales como organizadores del debate, reservando su criterio hasta el momento en que la ley, les exija pronunciarse a favor de la acusación o de la defensa según el mérito de la prueba y de la ley

CAPITULO III

3. LA APREHENSIÓN POR DELITO FLAGRANTE, LA PRISIÓN PREVENTIVA

Doctrinariamente las medidas cautelares, tienen el fin de precautelar el bien común social; son ordenadas por la Autoridad competente, de acuerdo a las presunciones que establezcan la responsabilidad penal en el hecho punible haciendo posible que se llegue al fin del proceso, y los infractores cumplan con sus condenas o sean absueltos, de conformidad con la Ley.

3.1 LA APREHENSIÓN POR DELITO FLAGRANTE

3.1.1 APREHENSIÓN

“Procesalmente, se emplea la expresión APREHENSIÓN con relación a la detención de personas. Consiste en el acto de detener o apresar a un delincuente o sospechoso de delito criminal”.⁸

“Acción o efecto de aprehender. Detención o captura de un acusado o perseguido”.⁹

Procesalmente, se emplea el término APREHENSIÓN para referirse a la privación de la libertad de las personas que han cometido delito flagrante, es

⁸ Enciclopedia OMEBA; Driskill S.A.; Tomo I; Buenos Aires – Argentina; 1990; pág. 743

⁹ IBIDEM 8; pág. 24

decir, que procede exclusivamente cuando se haya encontrado in fraganti a una persona en el cometimiento de un delito de acción pública.

“Policialmente, la palabra APREHENSIÓN, equivale al acto de captura, embargo, retención, posesión o detención.”¹⁰

La aprehensión se la practica únicamente en los delitos de acción pública y en las contravenciones graves de policía.

La aprehensión esta investida de una excepción procesal, porque no requiere de ninguna formalidad previa para ejecutarla; tampoco está sujeta a un trámite específico o a que el juzgador la disponga. Se la ejecuta ipso facto, en el instante de la consumación de la infracción. No requiere formula de juicio alguna u orden de ninguna autoridad.

3.2. DELITO FLAGRANTE

Según el art. 162 del CPP. Es delito flagrante el que se comete en presencia de una o más personas o cuando se lo descubre inmediatamente después de su comisión, si el autor es aprehendido con armas, instrumentos, huellas o documentos relativos al delito recién cometido.

“Delito flagrante proviene de la locución latina <<in fraganti>> que significa en flagrante. En el momento de realizar el delito o apenas realizado. Es el delito que se comete en presencia de una o mas personas o cuando se lo descubre inmediatamente después de su comisión. El delito flagrante conlleva varias características o elementos para que se constituya como tal, que son:

1. Consumación de delito Flagrante.- Para que exista delito flagrante, el requisito es que este se haya consumado, esto es que la acción u omisión punible del autor se haya manifestado objetivamente en la

¹⁰ Funciones Específicas de la Policía Nacional, VI Curso Instituto Superior de policía; Quito, 1978; pág. 43

realidad como efecto de su intención. No se podrá aprehender a una persona en delito flagrante de acción pública por la sola tentativa

2. Presencia de Una o más Personas.- Es esencial en el delito flagrante que este se haya realizado en presencia de una o más personas. La ausencia de una o más personas que hayan presenciado la consumación del delito flagrante lo anula como tal. El observador u observadores cumplen una función pasiva; pero se debe distinguir cabalmente entre la pasividad del observador y la impavidez e inacción; puesto que según el art. 12 del Código Penal, el no impedir el cometimiento de un delito cuando se tiene la obligación jurídica de hacerlo, equivale a ocasionarlo; y por lo tanto, se convertiría en reo de tal delito; solo por la velocidad con que se produce el hecho criminoso se podría diferenciar entre la pasividad de o los observadores y la impavidez o la inacción de los mismos.

3. Descubrimiento Inmediato del Autor.- Esta característica permite que el presunto infractor sea aprehendido. Si la comisión del delito no es verificada en presencia de uno o más observadores, también podría ser aprehendida una persona cuando instantes después de cometido el delito, se identifica a su autor. Identificar a su

autor, significa reconocer a la persona que momentos antes ha cometido el delito; este conocimiento puede ser directo, cuando quien ha aprehendido al autor, ha observado con sus propios sentidos la consumación del delito; o indirecto cuando por la versión de una o más personas que hayan presenciado el delito, manifiestan que el aprehendido es quien lo ha cometido.

Por otra parte, la inmediatez presupone un periodo muy corto de tiempo, después de haberse perpetrado la infracción. Pero no existe disposición expresa que tipifique la exactitud de la inmediatez, lo cual da lugar a que se produzcan abusos en la aprehensión.

4. Aprehensión del Autor con Armas, Instrumentos, Huellas y Documentos Relativos al Delito Recién Cometido.- Puede ser aprehendida la persona

bajo cuyo poder se encuentren evidencias materiales que tengan relación directa con la infracción recientemente cometida; pero para apresar a una persona en estas condiciones, no puede haber transcurrido mas de sesenta minutos, la explicación doctrinaria es sencilla, ya que con el transcurso del tiempo, se borran los vestigios o huellas de la infracción y hasta desaparecen los instrumentos con los cuales se perpetró el delito y además con el paso del tiempo, solo se le consideraría como sospechoso del delito, en cuyo caso el sospechoso estará sujeta a investigaciones policiales y posteriormente, si se encuentran elementos de convicción que lo incriminen, se puede solicitar al Juez penal una orden de detención o prisión preventiva. Previo a la audiencia de formulación de cargos.”¹¹

Por tanto, delito flagrante, es el delito consumado con la concurrencia de uno o mas observadores, o descubierto su autor en un lapso de tiempo que no supere los sesenta minutos después de haberse perpetrado o ha sido hallado el presunto actor con las evidencias materiales relacionadas con el delito recién cometido.

Como podemos observar, es precisamente en casos de delitos flagrantes donde se cometen las mayores violaciones a las garantías constitucionales del debido proceso y a los derechos humanos, puesto que no existe formula de juicio alguno, ni se procede con orden de ninguna autoridad.

La Aprehensión por Delito Flagrante, tipificada en el Art. 77 nrl. 1 CPR y en los arts. 161 y 163 CPP, se nota una primera violación al debido proceso y a los derechos humanos, por cuanto esta aprehensión no tiene antecedentes judiciales y en segundo lugar porque la ley permite que cualquier persona particular aprehenda al supuesto infractor y esta disposición específica, da lugar para que a pretexto de delito flagrante cualquier persona aprenda a otra, sea o no autor o cómplice de la infracción, la ley debería ser mas especifica en este sentido ya que de lo contrario se presta para que se cometan muchas

¹¹ ALBAN ESCOBAR, Fernando; “Estudio Sintético Sobre el Código de Procedimiento Penal”; Tomo II; Quito; 2003; págs. 142, 143 y 144

injusticias y errores, en ciertos casos irreparables, pues se esta poniendo en juego la libertad de un ser humano.

3.3 AGENTES DE APREHENSIÓN

Según el art. 161 del CPP, los agentes de la Policía Judicial o de la Policía Nacional pueden aprehender a una persona sorprendida en delito flagrante de acción pública o inmediatamente después de su comisión; y lo pondrán a órdenes del Juez competente dentro de las veinticuatro horas posteriores. En el caso del delito flagrante, cualquier persona esta autorizada a practicar la aprehensión, pero debe entregar inmediatamente al aprehendido a la policía y esta a su vez al Juez competente.

El art. 163 del CPP referente a los agentes de aprehensión dice: Nadie podrá ser aprehendido sino por los agentes a quien la ley impone el deber de hacerlo, salvo en el caso de delito flagrante, de conformidad con las disposiciones de este Código.

En el momento de la aprehensión de un procesado, el agente que realice este acto estará en la obligación de darle a conocer los derechos que tiene, como son:

1. Conocer en forma clara las razones de la detención
2. La identidad de la autoridad que la ordenó
3. La identidad de los responsables del respectivo interrogatorio
4. El derecho a permanecer en silencio
5. El derecho a solicitar la presencia de un defensor privado o nombrado por el Estado.
6. Derecho a comunicarse con un familiar o cualquier persona que indique

3.4. MIEMBROS DE LA POLICÍA NACIONAL

De acuerdo a lo expuesto en la Ley Orgánica de la Policía Nacional, una de las funciones esenciales de la Policía es la aprehensión y vigilancia de los infractores o presuntos infractores; y mas concretamente expresa que la Dirección Nacional de Investigaciones es el organismo que tiene como finalidad fundamental la prevención e investigación de las infracciones comunes.

3.5 AGENTE DE LA POLICÍA JUDICIAL

Según el art. 207 del CPP, La Policía Judicial es un cuerpo auxiliar del Ministerio Público, integrado por personal especializado de la Policía Nacional. Su funcionamiento se sujetará a las disposiciones contempladas en la Constitución Política de la República, en este Código y el reglamento respectivo.

Las funciones y atribuciones de la Policía Judicial, se encuentran normadas en el Art. 209 del CPP y son las siguientes:

1. Dar aviso al fiscal en forma inmediata y detallada, de cualquier noticia que tenga sobre un delito de acción pública.
2. Recibir y cumplir las órdenes que impartan el fiscal y el Juez competente.
3. Proceder a la aprehensión de las personas sorprendidas en delito flagrante, y ponerlas dentro de las veinticuatro horas siguientes a órdenes del Juez competente, junto con el parte informativo para que el Juez confirme o revoque la detención de lo cual informará en forma simultánea al fiscal.
4. Auxiliar a las víctimas del delito
5. Proceder a la identificación y examen del cadáver, en la forma establecida en este código
6. Preservar los vestigios y elementos materiales de la infracción, a fin de que los peritos puedan reconocerlos y describirlos de acuerdo con la ley
7. Realizar la identificación de los procesados.

3.6 CUALQUIER PERSONA

La privación de la libertad hecha por cualquier persona, es una medida provisional, momentánea, que así como puede ser confirmada por el Juez, puede ser inmediatamente revocada.

El art. 163 del CPP referente a los agentes de aprehensión, en su segundo inciso hace una excepción y al mismo tiempo autoriza a cualquier persona para que proceda con la aprehensión al decir textualmente “Sin embargo y además del caso del delito flagrante, cualquier persona puede aprehender:

1. Al que fugue del establecimiento de Rehabilitación Social en que se hallare cumpliendo su condena o detenido con auto de detención o con auto de prisión preventiva; y,
2. Al procesado o acusado, en contra de quien se hubiere dictado orden de prisión preventiva, o al condenado que estuviera prófugo.

Si el aprehensor fuere una persona particular, pondrá inmediatamente al aprehendido a órdenes de un agente de la Policía Judicial o de la Policía Nacional”.

Es precisamente esta disposición del CPP la que da lugar a que se cometan un sinnúmero de violaciones a las garantías del debido proceso y por supuesto a los derechos humanos, ya que no es una disposición clara, se presta a varias interpretaciones. Claro se refiere al delito flagrante pero no especifica bajo qué condiciones debe proceder la aprehensión hecha por un particular que no se encuentra preparado para esta actividad.

Por otra parte en su inciso final de este artículo dispone que se entregue inmediatamente al aprehendido, pero según la ley que significa inmediatamente no es un periodo de tiempo real, se debe especificar

Según Jorge Zavala Baquerizo, “Una vez llevada ante el Juez la persona que fue sorprendida en el momento de cometer el delito, basta la exposición de quien lo aprehendió, para que sirva de suficiente fundamento para iniciar el proceso penal, sin que sea necesaria la presentación de la denuncia por parte del aprehensor que no fuera agente de la autoridad”.¹²

Bajo estas circunstancias vemos que la persona aprehendida por supuesta comisión de delito flagrante, queda en una total indefensión, privándole de esta forma de uno de los derechos fundamentales del ciudadano según las normas del debido proceso establecidas en la Constitución.

3.7 LA PRISIÓN PREVENTIVA

La prisión preventiva es una medida cautelar procesal de carácter personal que tiene plazo de vigencia y que se dicta cuando se reúnen los requisitos previstos en el art.167, 168 y 169 del CPP

“Es la que durante la tramitación de una causa penal se decreta por resolución del Juez competente, por existir sospechas en contra del detenido por un delito de cierta gravedad al menos y por razones de seguridad, para evitar su fuga u ocultación, así como la ulterior actividad nociva”.¹³

Nuestra legislación se ha apartado de la definición de Cabanellas, ya que por la sola sospecha ningún habitante de esta República podrá ser aprehendido, detenido y peor aún sometido a prisión preventiva. Lo contrario sería violar flagrantemente el derecho a la libertad individual garantizada por la Constitución y la Ley

Se puede dictar orden de prisión preventiva en base a indicios que conduzcan inequívocamente a imputar a una persona. La sospecha de quien haya cometido el delito, esta en un grado inferior del procesado.

¹² ZAVALA BAQUERIZO, Jorge; “ El Proceso Penal”; Tomo II, Edino; 1990; pág. 188

¹³ IBIDEM 8; pág. 257

Según el art. 168 del CPP, la orden de prisión preventiva, debe ser dictada únicamente por el Juez competente, sea por decisión propia o a petición del fiscal.

3.7.1 CARACTERÍSTICAS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

“Son características de la prisión preventiva:

- a) Facultativa.- Es decir que solo será ordenada por autoridad competente, que es el Juez que conoce la causa.

- b) Motivada.- Según el Art76 nrl. 7 ltl. i) de la Constitución toda resolución deberá ser motivada; no habrá tal motivación si en la resolución no se anunciare normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Al resolver la impugnación de una sanción no se podrá empeorar la situación del recurrente.

- c) Revocable.- La orden de prisión preventiva solo podrá ser revocada por el mismo Juez que la dictó. Esta orden es revocable en los siguientes casos:
 - 1. Cuando se hubieren desvanecido los indicios que la motivaron;
 - 2. Cuando el procesado o acusado hubiera sido sobreseído o absuelto;
 - 3. Cuando el Juez considere conveniente su sustitución por otra medida preventiva alternativa; y,
 - 4. Cuando su duración exceda los plazos previstos por la ley.

- d) Tiene Tiempo de Duración.- La duración de esta medida cautelar está prescrita en el art. 77 nrl. 9 de la Constitución y en el art. 169 del CPP en

los cuales se estatuye que la prisión preventiva no podrá exceder de 6 meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en delitos sancionados con reclusión. Si se excediera esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del Juez que conoce la causa. Por lo cual cumplidos estos plazos, se ordenará de forma inmediata la libertad.

- e) Su Duración es Imputada a la Pena.- Una vez que terminó el proceso, probado el delito y la responsabilidad del inculpado se dictará sentencia de acuerdo a las normas legales pertinentes, debiendo descontarse el tiempo de la pena desde la fecha en que se encuentre detenido con orden de prisión preventiva”.¹⁴

La Prisión Preventiva, tipificada en los Arts, 167 CPP, y 77 nrl. 9 CRE, si bien su objetivo es garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o el cumplimiento de la pena, es una especie de condena anticipada a decir de Zavala Baquerizo esta no puede ser por períodos de tiempo tan largos como son seis meses en caso de delito sancionado con prisión y de un año para delitos sancionados con reclusión, por cuanto la Constitución y el Estado del Ecuador son garantistas de la libertad individual y se debería exigir a los Jueces, ministros de las cortes y miembros de los tribunales penales que actúen con agilidad, celeridad y eficacia, que son los principios constitucionales motivadores del actual Código de Procedimiento Penal.

3.7.2 Requisitos para dictar orden de prisión preventiva

La prisión preventiva según el art. 167, puede dictarse cuando el Juez lo crea necesario, es decir que queda a total criterio del Juez, lo cual se convierte en un aspecto subjetivo e intrínseco del juzgador, pero al decidirse el juzgador a

¹⁴ GARCIA FALCONI, José; “La Prisión Preventiva en el Nuevo Código de Procedimiento Penal y las Otras Medidas Cautelares; Primera Edición; Quito; pág. 103

dictar una orden de prisión preventiva, esta debe ser motivada por algunos requisitos.

Se debe tomar en cuenta que la prisión preventiva por ser una medida cautelar, tiene el carácter de restrictiva, según lo preceptúa el art. 159 del CPP; es decir que es una medida de excepción y no se pueda aplicar en todos los procesos

La prisión preventiva solo procede mediante el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Cuando existan indicios suficientes para la existencia de un delito de acción pública

Es decir cuando toda acción o circunstancia conduzca a la comprobación de la existencia del hecho punible. Doctrinariamente, los indicios se los puede aceptar como medios de prueba; deben existir mas de dos indicios que sean coincidentes o unívocos, que conduzcan indiscutiblemente a una sola conclusión y además los indicios deben ser directos, es decir que sean fácilmente apreciables y que conduzcan a establecer una secuencia lógica y natural.

2. Cuando existan indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito.

Es decir cuando los indicios sean tan claros y precisos que produzcan un indudable nexo causal entre los indicios que determinen la existencia del hecho punible y el autor o cómplice de la infracción

3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.

El Juez debe percatarse que el delito que se persigue sea sancionado con una pena superior a un año de prisión y sea de acción pública

3.7.3 Duración de la Prisión Preventiva

Según el art. 77 nrl. 9 de la CRE, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año con delitos sancionados con reclusión. Si se excedieran esos plazos la de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del Juez que conoce la causa.

Para que opere la caducidad de la prisión preventiva, se contará a partir de la fecha en que se hizo efectivo el auto de prisión preventiva.

Pero además el art. 169 del CPP sostiene que “ cuando se excedieren los plazos dispuestos por las normas constitucionales y el Código de Procedimiento Penal y se produjere la caducidad de la prisión preventiva, concediéndose como consecuencia de ello la libertad de quien se halle efectivamente privado de de ella, el Juez o tribunal competente, remitirá obligatoriamente e inmediatamente el expediente completo de cada caso al Consejo Nacional de la Judicatura, órgano que llevará un registro individualizado de estos hechos.

La Ley 2003-101, desarrolla el precepto constitucional del art. 77 nrl. 9 que establece la responsabilidad del Juez que conoce la causa, que por falta de despacho haga caducar la prisión preventiva, será sancionado con una multa de diez mil dólares y en caso de reincidencia con la remoción del cargo. Puesto que de acuerdo a los mandatos constitucionales, a los tratados internacionales y los legales, se debe sancionar la violación del derecho de libertad individual, limitado excepcionalmente por la medida cautelar de prisión preventiva, por la

actuación dolosa o negligente de los representantes del Estado en la actividad jurisdiccional.

3.7.4. Sustitución de la Prisión Preventiva

Según el art. 171 del CPP, la Jueza o Juez de Garantías Penales puede sustituir o derogar una medida cautelar dispuesta con anterioridad o dictarle no obstante de haberla negado anteriormente la prisión preventiva puede ser sustituida por penas alternativas por orden, cuando: a). Concurran hechos nuevos que así lo justifiquen; y, b). Se obtengan evidencias nuevas que acrediten hechos antes no justificados o desvanezcan los que motivaron la privación de libertad. Siempre que no se trate de delitos contra la administración pública, de los que resulte la muerte de una o más personas, de violación o de odio, la Prisión Preventiva podrá ser sustituida por el arresto domiciliario en los casos en que la persona procesada sea mayor de 60 años de edad, o un mujer embarazada o parturienta, y en este último caso hasta 90 días después del parto. Este plazo podrá extenderse cuando el niño o niña hubiere nacido con enfermedades que requieran el cuidado de la madre.

De acuerdo con la Constitución del Ecuador, promulgada en el R.O. N° 449, de 20 de octubre de 2008, es facultad discrecional del juzgador dictar medidas distintas a la prisión preventiva incluso en los delitos reprimidos con reclusión; en efecto el art. 77 de la Constitución, dispone, al referirse a las garantías básicas del debido proceso: “ En todo proceso penal sin discreción de delito alguno en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: Numeral 1; parte final : “ La Jueza o Juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva; dicha disposición guarda relación con el numeral 11 del citado artículo, que ordena: “

La Jueza o Juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley”.

El art. 424 de la Constitución en su inciso 1 dispone: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica”. El legislador constituyente al expedir la Constitución de 2008, procuró restringir al máximo la prisión preventiva que debe ser una medida de carácter excepcional.

Para poder ordenar la sustitución de la prisión preventiva a la que se refiere el art. 77 nrl. 9 de la Constitución, es necesario presentar certificados de antecedentes penales de los Tribunales de los que se desprenda que no ha sido enjuiciado con anterioridad; determinar con exactitud el domicilio del procesado, mediante contrato de arrendamiento o título de propiedad; así como también presentar un contrato de trabajo para justificar su actividad laboral; y, presentar certificados de honorabilidad que acrediten su buen proceder.

Además es necesario tomar en consideración el ejercicio de los siguientes principios constitucionales como son:

a. Principio de necesidad.- Este principio es probablemente el más importante, y se deriva del concepto mismo de estado de excepción. Se lo conoce también como de estricta necesidad y establece que solamente se puede recurrir a las medidas de excepción cuando sean rigurosamente necesarias. Implica que los estados de excepción solo pueden ser establecidos cuando los medios ordinarios que posee un Estado resulten insuficientes para afrontar una situación de amenaza o peligro.

La “necesidad” a la que se refiere este principio debe ser estimada de manera sumamente objetiva, responder a un objetivo legítimo y guardar relación con dicho objetivo. El principio de necesidad impide que los estados ejerzan facultades extraordinarias en situación de crisis ficticias o en crisis menos

graves, superables por los causas normales, en las cuales no se justifica la aplicación de medidas excepcionales.

b) Principio de excepcionalidad.- Este principio conocido como de amenaza excepcional establece que se requiere de una situación de crisis o peligro de tal magnitud y gravedad, que las medidas legales que se tienen para tiempos de normalidad resulten insuficientes para superarla. Por tanto, no se puede hablar de cualquier tipo de amenaza o peligro, sino que esta debe ser grave, presente o inminente, real y objetiva.

3.7.5 Cuándo la Prisión Preventiva no procede

La prisión preventiva no procede en tres casos según la disposición del art. 173 del CPP:

1. No se puede dictar orden de prisión preventiva en los juicios por delitos de acción privada
2. No se puede dictar orden de prisión preventiva en los delitos que no tengan pena privativa de libertad.
3. Tampoco se puede dictar orden de prisión preventiva cuando las infracciones que se sancionan tengan una pena inferior a un año de prisión

Quiero hacerme eco de un hecho gravísimo para el país, que fue ya comentado en un diario nacional. A un ciudadano francés, en 1995, sospechoso en el caso camarón de narcotráfico, le detuvo la policía ecuatoriana en Quito, le enviaron inmediatamente a la Penitenciería del Litoral en Guayaquil, donde pasó 28 meses con una orden de prisión preventiva. A los 28 meses recién pudo salir, ¿Qué pasó en esos 28 meses? No hubo Juez que le recibiera, le atendiera, fijara audiencia y tramitara su caso. En esos 28 meses, como relata la sentencia de la Corte Interamericana de Justicia, “ Daniel Tibi, ciudadano francés, fue objeto de violencia física y amenazado por parte de los guardias de la cárcel, con el fin de obtener su inculpación. Por

ejemplo le infringieron golpes de puño en el cuerpo y en el rostro, le quemaron las piernas con cigarrillos. Resultó con varias costillas fracturadas, le fueron quebrados los dientes y le aplicaron descargas eléctricas en los testículos”. Las tarjetas de crédito que tenía en su poder y con las cuales ingresó a la Penitenciaría fueron utilizadas por los guardias quienes quebraron financieramente al detenido. Además le robaron las joyas, el reloj. El hombre, a los dos años y más, logró salir porque los Jueces dijeron que se equivocaron al detenerlo y, claro, él ejerció su derecho primero ante la Comisión de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, luego ante la Corte de Costa Rica ; y la Corte, señor Presidente y señores diputados, le ha condenado al Ecuador, por abuso policial, a que le pague a Tibi, 148.715 euros por concepto de daño material sufrido y 207.123 euros en concepto de daño inmaterial. ¡Prisión preventiva que se ordenó sin fundamentos de ninguna naturaleza! Absuelto, declarado inocente, aquél que pasó más de 28 meses en la cárcel, y ahora la Corte Interamericana le condena al Ecuador. ¿Qué va a suceder? El Procurador del Estado tiene que iniciar la acción de repetición contra los Jueces que dictaron orden de prisión preventiva sin fundamento, contra los Jueces que no fijaron la audiencia ni recibieron a Tibi y contra los policías que lo torturaron. Y este no es el primer caso por abuso judicial.

CAPITULO IV

4. LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL MARCO DEL DEBIDO PROCESO

4.1 DERECHOS HUMANOS

Decimos que tenemos derechos cuando podemos hacer cosas que nadie nos puede prohibir. Los tenemos por el mero hecho de ser personas, por haber nacido, y están garantizados por las leyes. Por eso decimos que “no hay derecho” cuando algo es injusto, cuando nos han hecho algo que no nos merecemos.

- Definición.

“Los derechos humanos son facultades inherentes al ser humano que han de ejercer para poder satisfacer sus necesidades individuales y sociales, tanto físicas como espirituales.

El grado de reconocimiento de los derechos humanos esta en la evolución de la sociedad y del derecho.

Las declaraciones y pactos universales de derechos humanos, no son otra cosa que la confirmación legal y por ende política de algo connatural al ser humano para su existencia. Su ignorancia o desconocimiento por primitivas

sociedades o grupos, o sociedades y grupos del presente, no hacen más que confirmar que los derechos humanos siempre han existido, aunque no siempre han sido respetados; y al final la batalla por su reconocimiento termino por imponerse.

-Antecedentes.

A través de la historia, se ha buscado la defensa y protección de los derechos inmanentes al ser humano; pero sin embargo en un principio los derechos humanos no tenían el alcance universal que tienen en la actualidad, de lo contrario, la esclavitud jamás hubiese prosperado como sistema de gobierno o como forma de Estado, y este sistema lo venimos arrastrando desde las civilizaciones griegas y romanas en donde a los esclavos no se les reconocía ningún tipo de derecho y se los consideraba como útiles de servicio y por tanto como bienes muebles de propiedad de determinada persona.

En Roma, se reconocía derechos solo a aquellas personas que tenían la calidad de ciudadanos de la Ciudad – Estado, los demás eran entes poseedores de ningún derecho, incluidos los extranjeros y los parias.

Otras formas palpables de irrespeto a los derechos humanos en la civilización griega fueron las instituciones del ostracismo referente a los destierros políticos y la de la eliminación de los recién nacidos que tuvieren defectos físicos, dando a esta ultima institución el justificativo especialmente en Grecia de que buscaban una sociedad perfecta, por tanto bella y estética y aquellos seres jamás podrían desarrollarse ni adaptarse a en ella.

La humanidad tuvo que pasar por muchos sistemas de gobierno, tuvo que superar muchas taras y además hubo que dejar de lado la vanidad, la codicia y la exclusividad para llegar a darnos cuenta que existe la igualdad y así poder consagrar un verdadero respeto al ser humano como tal, al menos por escrito en las distintas declaraciones mundiales a favor de los derechos humanos; es

así que “las primeras declaraciones de derechos con verdadero sentido democrático dirigido a la generalidad de la población, fueron el Bill of Rights (cuenta de derechos) proveniente de la Revolución Liberal de Inglaterra del 13 de febrero de 1689, la Declaración de Independencia de las 13 colonias inglesas de Norteamérica del 4 de julio de 1776 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamados en Francia después de la Revolución del 26 de agosto de 1789

Estas tres tablas de derechos que constituyen el antecedente histórico de las modernas declaraciones de derechos contienen derechos civiles y políticos.

Posteriormente y a raíz del maquinismo, se modificó la estructura de la sociedad: la producción industrial sustituyó a la agraria y la tierra cedió su lugar a la máquina como fuente principal de riqueza. La civilización aldeano-campesina, fundada en las relaciones de producción agrícola, se transformó gradualmente en urbana, montada sobre los ejes del maquinismo industrial, se formaron grandes masas proletarias sometidas a jornadas esclavizantes de trabajo y a salarios exiguos. Los avances tecnológicos y la producción en serie crearon enormes excedentes que se acumulaban en pocas manos; lo cual produjo un grave problema social.

Estas relaciones de producción trajeron consigo la primera Revolución Industrial, junto con las corrientes del pensamiento jurídico que se manifestaron en el mundo durante el siglo XIX y el siglo XX como consecuencia del gran desarrollo industrial y capitalista de Europa y de los estados Unidos de América, pusieron en evidencia que a lado de los derechos civiles y políticos existen también los derechos llamados sociales.

Los pensadores socialistas fueron los primeros en proclamarlos, a favor de los sectores económicamente más débiles de la sociedad, los derechos sociales y llamar la atención ante las injusticias del capitalismo del siglo XIX.

El Derecho Constitucional de siglo XX a partir de la Primera Guerra Mundial reconoció formalmente la existencia de los derechos sociales y los consagró junto a los demás de la persona humana. El proceso de incorporación de tales

derechos al texto constitucional se denominó *constitucionalismo social* y se inicio con la Constitución mexicana de 1917, la soviética de 1918 y con la alemana de 1919; se expandió por Europa a través de la constituciones de Austria de 1920, Polonia 1921, Yugoslavia 1921 y el mayor logro del siglo XX fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948”.

Se pueden distinguir tres etapas en el proceso de nacimiento, afirmación y extensión de los derechos humanos.

- La primera comprende las clásicas tablas de derechos civiles y políticos considerados derechos de primera generación. Los derechos civiles corresponden a la persona humana como tal, se reconoce a todos los individuos sin ningún tipo de distinción, le son inherentes solo por pertenecer al género humano. Los derechos políticos en cambio, pertenecen a las personas en cuantos miembros activos del Estado; es decir en cuanto son considerados ciudadanos.

De esto se infiere que hay una doble consideración de individuo: como persona humana y como miembro activo del Estado. (Persona = Derechos Civiles; Ciudadano = Derechos Políticos), exactamente por esta situación la Declaración Francesa habla de Derechos del Hombre y del Ciudadano.

La declaración de derechos civiles y políticos se propuso crear una esfera de protección de la libertad jurídica de cada persona y estuvieron motivados por el temor al Estado, dado que se gestaron en un régimen monárquico absolutista y el objetivo era crear vallas horizontales que detuvieran a la autoridad pública y protegieran a los gobernados de sus posibles excesos.

Todos los planteamientos de aquel tiempo tienen la inspiración en la teoría del Estado de Derecho, la limitación jurídica de la autoridad pública, la división de poderes, la igualdad ante la ley, el <<habeas

corpus>>, tipicidad y el ordenamiento penal, el <<laissez faire>> dejar hacer en el ámbito económico.

Por tanto los derechos de primera generación son oponibles al Estado.

- La segunda etapa comprende los derechos sociales considerados de segunda generación, que se crearon a raíz del desenfrenado desarrollo del capitalismo, con el propósito de proteger a los grupos desafortunados mediante el establecimiento esta vez de barreras verticales que impidieran o atenuaran la opresión de las personas o corporaciones económicas fuertes sobre las económicamente débiles.

Los derechos sociales consisten en la prestación de servicios a cargo del Estado, a favor de los sectores desprotegidos de la población. Tienen un carácter esencialmente asistencial; aunque formalmente están atribuidos a todas las personas, son en realidad derechos de las capas pobres de la ciudad y del campo y están contenidos esencialmente en las leyes laborales, agrarias, de seguridad social, de inquilinato, de protección infantil, de defensa al consumidor, etc.

Los derechos de segunda generación son exigibles del Estado.

- La tercera etapa de derechos humanos, dada la dinámica social contemporánea, con sus nuevos retos, planteamientos y angustias, han llegado a descubrir los derechos de tercera generación considerados como nuevos derechos que protegen aspectos de la vida del hombre en comunidad, su característica principal es que se extienden mas allá de las fronteras nacionales y por tanto forma parte del proceso de internacionalización de los derechos humanos.

Entre los derechos de tercera generación encontramos:

- a) El derecho a la paz, que es el derecho que tienen los pueblos a vivir en paz y libres del temor de la violencia y de la amenaza de la guerra.
- b) El derecho al medio ambiente sano, es decir el derecho que tienen todos los seres humanos donde quiera que vivan y cualquiera que sea el régimen político que los dirige, a respirar aire puro, beber agua cristalina, cultivar tierra fértil, mirar paisaje verde y consumir alimentos no contaminados.
- c) El derecho de solidaridad o de injerencia humanitaria, se refiere a la protección de las víctimas inocentes de un conflicto armado al interior de un país, en los casos de agudos procesos de descomposición estatal, ruptura de la paz y destrucción de las garantías civiles y políticas.
- d) El derecho a la planificación familiar, es el derecho de los padres a libre, informada y responsablemente el número y espaciamiento de hijos que desean tener”.¹⁵

Le corresponde al Estado el deber de respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza la Constitución

“Los gobiernos han considerado que la protección y defensa de los derechos humanos deben estar a cargo de la Policía Nacional de cada Estado, supervigilando las grandes empresas, defendiendo al trabajador, ayudando al campesino para conquistar el factor económico en toda la patria”¹⁶

-Características.

¹⁵ BORJA CEVALLOS, Rodrigo; **Enciclopedia de la Política**; Segunda Edición; Fondo de Cultura Económica; Mexico 1998; pág.254 a 258

¹⁶ **Funciones Específicas de la Policía Nacional**, VI Curso Instituto Superior de Policía; Quito, 1978; pág. 28,29,30

Los derechos humanos reconocidos actualmente tienen las siguientes características:

1. Irrenunciables.- Es decir que ninguna persona puede renunciar a ellos bajo ninguna circunstancia
2. Inalienables.- Es decir que no pueden enajenar
3. Intransferibles.- Es decir que cada persona dispone de sus propios derechos por el hecho de ser persona y sus derechos no pueden ser dados o transferidos a otra
4. Ilimitables.- Es decir, que no se admiten las restricciones o el menoscabo de ninguno de los derechos fundamentales reconocidos como derechos humanos

4.2 DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DEL DEBIDO PROCESO

Los derechos humanos tutelados en el marco del debido proceso, son fundamentalmente los derechos de primera generación es decir los derechos civiles y políticos, por cuanto en la instauración de un proceso judicial en la materia que fuere, se actúa ejerciendo presión directamente sobre el individuo como tal.

Los derechos humanos que se encuentran garantizados en el marco del debido proceso, tanto en la Constitución Política de la República como en los tratados internacionales son:

4.2.1 DERECHO A LA JUSTICIA

- Derecho a una adecuada administración de justicia
- Derecho a que se presuma su inocencia
- Derecho a no ser castigado por un delito o falta que no haya cometido

- Derecho a conocer en forma clara las razones de su detención
- Derecho a ser informado debida y oportunamente de las acciones iniciadas en su contra
- Derecho a permanecer en silencio
- Derecho a no ser juzgado más de una vez por la misma causa
- Derecho a la defensa ante un tribunal previamente establecido
- Derecho a no testificar en su contra
- Derecho a examinar los documentos y testigos que constituyan prueba en su contra
- Derecho a una audiencia justa
- Derecho a un recurso eficaz
- Derecho a apelar ante un tribunal superior si es condenado
- Derecho a recibir una compensación si se ha producido un error en la justicia (derecho de repetición)

4.2.2 DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL

- Derecho a la independencia judicial.
- Derecho a el acceso a la justicia.
- Derecho a la vida
- Derecho a la seguridad
- Derecho a la nacionalidad
- Derecho a no ser torturado o a recibir tratos crueles, inhumanos o degradantes
- Prohibición de la esclavitud, la servidumbre o el trabajo forzoso y obligatorio

4.2.3 DERECHO A LA LIBERTAD

- Derecho a la libertad individual
- Derecho a la libertad de tránsito
- Derecho a la libertad de expresión y opinión
- Derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión

Muchos pensadores han buscado las palabras adecuadas para definir la libertad. Ha sido (y sigue siendo) una tarea de la filosofía. Hoy todos los partidos políticos defienden que la libertad es el valor más importante de nuestras democracias; pero no siempre fue así. La ideología que más ha defendido la libertad históricamente ha sido el liberalismo. Otras, como el socialismo, pensaron que la única forma de asegurar la libertad real era disminuyendo las diferencias entre ricos y pobres, poniendo el énfasis en la igualdad.

Por defender la libertad se han hecho muchas revoluciones e, incluso, guerras. Mucha gente ha dado su vida para que seamos algo más libres. Es una característica definitoria del ser humano.

4.3 DERECHOS HUMANOS EN EL ECUADOR

El Ecuador en materia de derechos humanos tiene antecedentes comunes a las naciones latinoamericanas. La defensa de los derechos y libertades de las personas fue una constante histórica, como lo fueron también por desgracia las violaciones a los atributos de la dignidad humana.

Según el art. 11 nrl. 9 de la Carta Magna del Estado, “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución”.

Actualmente, los derechos humanos como tales están garantizados por la Constitución y la Ley y avalados por los distintos tratados internacionales ratificados por el Estado Ecuatoriano. El ámbito de los derechos humanos nos confirma que son precisamente estos derechos y libertades los que constituyen el fin último de la actividad estatal. Tomemos pues en consideración que únicamente en un sistema político democrático, es donde los seres humanos pueden desarrollarse en su integridad plena.

En el Ecuador existen dos organizaciones no gubernamentales de gran relevancia que velan por el respeto a los derechos humanos como son la Asociación Latinoamericana de Derechos Humanos (ALDHU) y la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos (CEDHU), las cuales se encargan de respaldar a las víctimas de atentados contra los derechos civiles y políticos y precautelar estos derechos.

Por otra parte el Ministerio del Ambiente tiene como misión principal la protección de los derechos difusos, es decir aquellos que tienen que ver con la protección del medio ambiente y el derecho de la población a vivir en un medio no contaminado.

Estos tres pilares de protección y respaldo dan la pauta para la lucha y defensa de los derechos de las personas y de los ciudadanos, en cuanto a derechos civiles y políticos.

Pero por encima de la ley y del derecho las violaciones a los derechos humanos se producen todos los días en distintas formas y desde distintas esferas, vienen de parte del gobierno al no asignar el presupuesto suficiente para la salud, la educación, para el sistema penitenciario, etc; proviene de la policía nacional al agredir y maltratar a los procesados o acusados, esta en los Jueces al no dictar sentencias adecuadas para cada caso y extender sin piedad las medidas cautelares personales produciendo un hacinamiento inhumano en los distintos centros de rehabilitación y por ultimo en el ciudadano común que ha perdido la sensibilidad y el respeto por la vida; hemos visto como han proliferado los delitos de robo, asesinato, violaciones, secuestros, entre otros.

Como podemos apreciar, existen factores internos y externos que influyen en la violación a los derechos humanos, por ejemplo como factor externo tenemos las fumigaciones con glifosato hechas por el gobierno colombiano en territorio ecuatoriano a pretexto de erradicar los cultivos de coca, lo cual esta produciendo enfermedades y alteraciones cutáneas en la población ecuatoriana y nuestro gobierno tan solo comenta, pero hasta la fecha no ha

encontrado una solución definitiva para frenar este atropello tanto para la soberanía nacional como para los derechos de nuestra población fronteriza.

Las violaciones a los derechos y libertades a lo largo de la historia se han nutrido del autoritarismo ejercido desde el poder, arbitrario por naturaleza, de las luchas entre hermanos (fratricidas), de la estratificación y marginación social, de la intolerancia y tantos otros flagelos que azotan a la humanidad.

La más patética y evidente violación de los derechos humanos en el Ecuador, se dio durante el gobierno del Ing. León Febres Cordero, en el cual no se respetaba ni la vida de los ciudadanos, mucho menos sus derechos civiles, políticos, sociales, económicos, etc.

Se institucionalizó la tortura como forma de investigación, se crearon centros de reclusión clandestinos, se detenía a las personas autoritariamente, sin orden de autoridad competente, los juicios según las normas del debido proceso eran escasas y proliferaron los secuestros, desapariciones y asesinatos, al igual que la violación de domicilios y de la intimidad familiar.

Los casos mas significativos en este periodo fueron el caso Benavides, la desaparición de los hermanos Restrepo, el asesinato de los principales miembros del grupo AVC, los cuales al pasar del tiempo, fueron declarados crímenes de Estado, por los cuales el Estado Ecuatoriano tuvo que pagar grandes montos por indemnizaciones a los familiares de las víctimas.

Según los informes de adminstia internacional, el Ecuador había dejado de ser una isla de paz, era evidente el gran retroceso en materia de derechos humanos.

Terminado este período de gobierno, la imagen del país ante la comunidad internacional era deplorable, la inestabilidad y la desconfianza eran muy altas.

Después de dos décadas si bien algo cambio, la inestabilidad y la desconfianza continúan, puesto que la seguridad no es precisamente una cualidad que

campea en nuestro país, la delincuencia prolifera en relación a los secuestros de personas con el único afán de solicitar a cambio de la vida del secuestrado millonarias sumas de dinero y citaré el caso del Dr. Echeverría, del Dr. Bozano, del hijo de Rodrigo Paz, y últimamente los llamados secuestros express.

Se ha deteriorado tanto la seguridad y la tranquilidad del país ya que incluso la Policía se encuentra inmersa, como es el reciente caso FYBECA, en el cual hubo 9 muertos y varios desaparecidos si que la Policía Nacional haya dado explicaciones claras y contundentes en el esclarecimiento de este caso, y al parecer será otro de los casos que quedará en la impunidad.

Como otro vitral están los últimos acontecimientos en alta mar que han tenido que vivir nuestros compatriotas a causa de la pobreza y el desempleo, tratando de buscar mejores condiciones de vida en el extranjero sin importarles los riesgos que esto conlleva y como hemos sido testigos, existen personas inescrupulosas que se aprovechan de la desesperación de los demás para obtener beneficios económicos, que atentan gravemente los derechos humanos, exponiendo a los migrantes a todo tipo de atropello y como ya hemos visto hasta al naufragio y la muerte, transportándoles en condiciones totalmente inhumanas. El coyoterismo se ha convertido en un medio de enriquecimiento ilícito en el cual se hallan inmersas muchas autoridades ya que no se frena y se juzga con la debida severidad a este cruel e inhumano trato, en este circulo vicioso, se encuentran inmersos también los llamados "chulqueros", que son los directos responsables de la pobreza galopante de nuestros compatriotas ya que los intereses que deben pagar son excesivamente altos, lo cual desemboca en la indigencia de toda la familia, convirtiéndose esto en un problema de índole social.

Los paros carcelarios que se mantienen latentes en todas las cárceles de nuestro país y no reciben atención de ninguna autoridad, son otro reflejo de los atropellos a los derechos humanos, El trato cruel e inhumano, el hacinamiento, la poca vigilancia interna que existe ha sido el motivo por el cual se han perdido vidas humanas por riñas y venganzas entre los reclusos, la falta de salubridad

en los centros de rehabilitación ha causado graves epidemias como hepatitis B, meningitis, tifoidea, etc.

El presupuesto del Estado que se designa para este rubro no es suficiente por lo cual la ración diaria de comida no abastece la necesidad de nutrición de un ser humano, siendo esto también una causal de deterioros de la salud, que produce como consecuencia enfermedades como la tuberculosis.

No nos alejemos de la realidad, si bien es cierto que los reclusos están privados de la libertad por el cometimiento de un delito y han sido consignados a pagar sus deudas con la sociedad, son seres humanos y entre ellos hay varios internos que han sido acusados injustamente o son personas que no han sido juzgadas y por la falta de celeridad en la aplicación de las leyes permanecen meses e incluso años privados de su libertad, demostrándose así otra infracción a los derechos humanos, aumentando de esta manera la desconfianza en los Jueces y magistrados que administran justicia, convirtiéndonos en un país calificado como corrupto.

Otra clara violación al debido proceso y por ende a los derechos humanos y constitucionales, es la falta de consenso para nombrar a los magistrados de la institución más importante del sistema judicial como es la Jueces de la Corte Nacional de Justicia, ya que ha transcurrido casi medio año y al parecer esta se ha vuelto una tarea titánica que se sale de las manos; lo cual nos ha dejado en una situación de desamparo y por ende expuestos a que se cometan graves atropellos y violaciones al debido proceso.

4.4 GARANTIAS CONSTITUCIONALES

“La expresión GARANTÍAS CONSTITUCIONALES empezó a usarse en el ámbito político a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada en Francia en 1789, cuyo art. 12 expresaba que “la garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita una fuerza pública y que esta se halle instituida en beneficio de todos y no para particular

utilidad de aquellos a quienes es confiada”. Desde entonces uno de los deberes del Estado, probablemente el más importante de todos, es el de salvaguardar los derechos de las personas y darles una protección eficaz, es decir asegurar el cumplimiento de las garantías constitucionales”¹⁷

La garantía es una forma de afianzar lo prescrito en las normas constitucionales

“Las garantías constitucionales son aquellas instituciones, que en forma expresa o implícita, están establecidas por la Constitución Política para la salvaguarda de los derechos constitucionales y del sistema constitucional.

Las garantías operan tanto en la puesta en marcha del proceso, como dentro de este y se encamina a la protección de quien podría llegar a ser y de quien ya es sujeto pasivo del proceso, es decir protección del ciudadano frente a la eventual imputación y del procesado frente al proceso mismo y frente al poder del Juez como forma de asegurar que nadie será sometido a aquel, sino en presencia de tales condiciones, un trato humano y digno durante el curso del proceso y, la justicia en la imposición de la pena”.¹⁸

“El cumplimiento estricto de las garantías constitucionales en el proceso penal, constituye uno de los pilares fundamentales para el ejercicio de la justicia, dentro de los paradigmas de la democracia contemporánea: la posibilidad de seguridad pública que se desprende de la persecución y juzgamientos penales, así como la aplicación de la pena, carece de significado verdadero, si no existe el marco idóneo para que tal alternativa quepa dentro de la posibilidad de que quien este siendo juzgado cuente con un espacio de realización en el ejercicio de sus derechos.

La alternativa para que se efectivicen tales garantías constitucionales en el proceso penal, se hace posible cuando los roles en el proceso penal sean

¹⁷ IBIDEM 1; pág. 462

¹⁸ GARCÍA FALCONÍ, José; **Las Garantías Constitucionales en el Nuevo Código de Procedimiento Penal y la Responsabilidad Extracontractual del Estado**; Primera edición; Quito, 2001, pág. 43

acatados como manda la ley, y en la etapa preliminar o investigativa, el Juez penal cumpla con la tarea exclusiva de legalizar la investigación a cargo del ministerio público y la policía; y que el procesado cuente con la real posibilidad de ejercer los derechos inherentes a la necesidad de responder contra la incriminación que pesa sobre él.

Lo que se necesita entonces es que exista un marco propicio para la realización, y que la justicia cuente con un desarrollo lo menos unilateral y lo más integral posible, de manera que no quepa tan solo el camino persecutorio, sin que exista la posibilidad de responder de parte de quien soporta la incriminación”.¹⁹

4.5 GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL DEBIDO PROCESO: HABEAS CORPUS, AMPARO DE PROTECCIÓN, AMPARO DE LIBERTAD

“El Estado es el garante de todos los individuos, para que puedan en forma libre, ejecutar sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales previstos en la Constitución, en las leyes secundarias e instrumentos internacionales.

Dentro de estos principios se reconoce el derecho que tenemos los ciudadanos a exigir e invocar los derechos constitucionales, ante cualquier Juez, tribunal o autoridad pública.

El Constitucionalismo actual, se caracteriza por fijar las garantías de orden procesal y jurisdiccional, destinadas a proteger a los derechos de cualquier violación o amenaza de violación, independientemente de que esta provenga de los poderes públicos o de particulares

¹⁹ BUCHELI MERA, Rodrigo; **Garantías Constitucionales y Procedimiento Penal**. Editorial Universitaria. Quito, 1995; pág. 118, 119

La Constitución limita el poder del Estado y subordina a sus principios jurídicos y doctrinarios todo acto jurídico secundario a ella”.²⁰

Es precisamente ante este límite del poder que invoca la Constitución que se han creado algunos recursos y acciones de las que se puede valer el ciudadano para precautelar sus derechos ante cualquier amenaza o violación.

4.5.1 HÁBEAS CORPUS

Etimológicamente, proviene del latín y significa de Cuerpo Presente. El Hábeas Corpus es la más antigua de las garantías y la que más se ha difundido; sin lugar a duda. En la actualidad no existe Constitución en el mundo que omita consagrarla, ni legislación interna, incluso internacional que deje de regularla.

“El origen de esta institución esta en el derecho constitucional inglés, que no consta de un documento codificado, como es usual en Europa continental, sino en varios documentos dispersos en el tiempo.

- El primero de ellos fue la carta magna expedida en 1215 por el rey Juan Sin Tierra bajo la presión de los barones, condes y grandes señores del reino, que estableció en su artículo 39 que “nadie podrá ser arrestado, aprisionado ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades sino en virtud del juicio de sus padres, según la ley del país”.
- Más tarde vino la Petition of Right de 1628, que garantizó ciertos derechos concretos señalados en el documento y que dispuso que “ningún hombre libre sea detenido arbitrariamente”.
- Finalmente el Habeas Corpus Amendment Act de 1678, dictado bajo el reinado de Carlos II que dispuso que “para completar las libertades de los súbditos y evitar las prisiones de ultramar”, estableció garantías concretas contra las detenciones arbitrarias.

²⁰ CHIRIBOGA Galo, SALGADO Hernán; **Derechos Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana**; Primera Edición; Quito, 1995; pág. 67,68

- En el Habeas Corpus Act de 1816 se aclararon mejor los alcances de esta institución”.²¹

El Habeas Corpus, es una garantía constitucional y un recurso protector por excelencia de la libertad e integridad de las personas frente a las detenciones indebidas por ilegalidad o por abuso de poder.

Cualquier persona que sienta que su derecho a la libertad individual se encuentra vulnerado, por si misma o por medio de un tercero, sea en forma oral o escrita, puede plantear este recurso constitucional ante el alcalde de la ciudad en la cual se encuentre detenido.

Tomemos en cuenta que el delito de privación de libertad, se lo considera perpetrado solo por el hecho de haberle comunicado de la detención al individuo, sin consideración de tiempo ni lugar.

En nuestra Constitución Política, el Hábeas Corpus se encuentra normado en el art. 89, el cual sostiene que: La acción de hábeas corpus 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 su vida y la integridad física de las personas privadas de la libertad.

La Ley de Régimen Municipal, en su art. 74 define al habeas corpus como un recurso

- ¿Cuándo Procede?

Cuando la libertad de un individuo es vulnerada, cuando estamos frente a una detención ilegal o arbitraria; lo cual significa que la detención no fue ordenada por la autoridad competente o no hubo orden escrita como dispone la ley, excepto en el caso de aprehensión por delito flagrante, pero en el caso

²¹ IBIDEM 1; pág. 516

específico de esta medida cautelar, el habeas corpus es procedente cuando se exceda el plazo para la detención y si la persona aprehendida no es puesta a ordenes de la policía o del Juez competente en el plazo de 24 horas posteriores a la aprehensión.

- ¿Ante quién se presenta y quién puede ejercerlo?

Se presenta ante una Jueza o Juez de primer nivel, puede ser de cualquier materia, civil, penal, etc.

Ejercerá este derecho la persona que se encuentre privada de su libertad o también puede hacerlo un tercero sin necesidad de mandato escrito.

- ¿En qué consiste esta acción?

La autoridad judicial en el plazo de 24 horas contadas a partir de la recepción de la solicitud, ordenará que el recurrente sea conducido inmediatamente a su presencia y se exhiba la orden de privación de libertad.

Su mandato será obedecido sin observancia ni excusa, por los encargados del centro de rehabilitación o del lugar de detención

La Jueza o Juez dictará su resolución dentro de las 24 horas siguientes. Dispondrá la inmediata libertad del reclamante si el detenido no fuere presentado, si no se exhibiere la orden, si esta no cumple los requisitos legales, si hubiere incurrido en vicios de procedimiento en la detención o, si se hubiere justificado el fundamento de la acción. En caso de verificarse cualquier forma de tortura, trato inhumano, cruel o degradante se dispondrá su libertad, se ordenará la atención integral y especializada de la víctima.

Generalmente la acción de habeas corpus debe proponerse una sola vez sobre la misma causa, pero ante el estado de confusión e inestabilidad jurídica y la serie de altercados que se vivía en nuestro país hasta hace unos meses, la municipalidad quiteña concedió dos acciones en el caso Gallardo y a

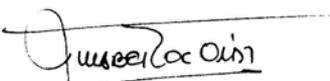
continuación tenemos las dos resoluciones tomadas por el Municipio Metropolitano de Quito.

Con la vigencia de la nueva Constitución Política, los alcaldes y los funcionarios que hacían sus veces ya no tienen competencia para conocer de esta acción. El artículo 89 de la actual Constitución Política, dispone que esta acción conozca una Jueza o Juez de la función judicial y cuando la privación de la libertad haya dispuesto una Jueza o Juez, conocerá la Corte Provincial.



ALCALDÍA DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO.- Quito, 24 de febrero de 2005.- Las 17H50.- En el trámite del recurso o acción de Hábeas Corpus interpuesto a favor del General José Gallardo Román, invocando expresas disposiciones constitucionales y legales y asegurando que habría sido privado ilegalmente de su libertad, al concluir la Audiencia convocada para esta fecha, previo a resolver, se considera: 1.- **Demandas presentadas:** a) Los representantes de la Asociación Latinoamericana para los Derechos Humanos ALDHU, como consta a fojas 1 del expediente respectivo, mediante escrito presentado en este despacho a las 11H02 de esta fecha, formularon el recurso de la referencia, señalando que el recurrente se encuentra detenido ilegalmente desde esta fecha, en virtud de una orden de prisión preventiva dictada por el doctor Guillermo Castro quien "... funge ilegítimamente el cargo de Presidente de la Corte Suprema de Justicia"; y que "... se trata de una acción de persecución política, acoso ilegítimo y abuso de autoridad", "... por lo que la detención del General José Gallardo Román es una acción absolutamente ilegítima". En sustento del recurso en el que se solicita la inmediata libertad del afectado, se invoca el Art. 93 y el Art. 24 numeral 6 de la Constitución Política de la República.- b) El Abogado León Roldós Aguilera y los Doctores Marco Granja y Washington Bonilla, mediante escrito presentado en este despacho, a las 13H30, formulan acción de hábeas corpus, a favor y a nombre del General José Gallardo Román, al amparo del Art. 93 de la Constitución Política y 74 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal. Fundamentan su acción, principalmente en que "... fue detenido, mediante auto dictado el 22 de febrero de 2005, por quien dice ser Presidente de la Corte Suprema de Justicia... por alguien que no tiene competencia ni jurisdicción para dictar dicha providencia"; también en el hecho de que no existe orden de detención legítima, no sólo por la falta de jurisdicción y competencia de quien la dicta, sino por cuanto en el auto respectivo, no se ha precisado explícitamente, con claridad y precisión, como dispone la norma procesal respectiva los indicios y graves presunciones de autoría y complicidad, por lo que existe violación de procedimiento. Asimismo invocan el numeral 1 del Art. 24 de la Constitución, relativo al debido proceso, el mismo que dispone que "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento", agregando que la transitoria primera del Código de Procedimiento Penal promulgado en el R.O. 360 del 13 de enero de 2000, expresa que los procesos penales que estén tramitándose al tiempo de la vigencia, seguirán sustanciándose hasta su conclusión, de acuerdo con el procedimiento penal anterior, sin perjuicio al acatamiento de las normas del debido proceso previstas en la Constitución. Concluyen afirmando que el recurrente se encuentra ilegal e ilegítimamente preso en un recinto militar, solicitando que en mérito de las circunstancias expresadas, se proceda a ordenar su libertad. 2.- **Trámite del expediente:** a) En providencia dictada por el señor Alcalde del Distrito Metropolitano de Quito; a las 11H15 de esta fecha, fundamentado en lo dispuesto en el Art. 93 de la Constitución Política y Art. 74 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, disposiciones que imperativamente establecen un trámite urgente y sumarísimo en

amparo del derecho de la libertad, se dispuso la tramitación del recurso, en base a la solicitud presentada, por reunir los requisitos legales; y la organización del expediente respectivo; se convocó a la audiencia de hábeas corpus en los términos constantes en la citada providencia que obra de autos y, bajo prevenciones legales, se dispuso que la autoridad o funcionario responsable de la dependencia en que el recurrente se encuentra privado de su libertad, sea llevado a la presencia del Alcalde; y que se remitan oportunamente los informes o documentos pertinentes.- 3.- **Audiencia de Hábeas Corpus:** a) A la hora convocada, y verificadas las notificaciones respectivas, el señor Alcalde Paco Moncayo Gallegos, declara instalada la Audiencia e inmediatamente se excusa de continuar presidiéndola en los términos constantes en el acta respectiva, invocando su amistad con el recurrente, y a fin de evitar eventuales impugnaciones relativas a su imparcialidad, ante lo cual asume la dirección de la Audiencia el señor Andrés Vallejo Arcos, Primer Vicepresidente del Concejo del Distrito Metropolitano de Quito, como lo faculta el Art. 83 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal vigente.- b) El Alcalde subrogante dispuso la lectura de las demandas, de las providencias recaídas en ellas, la certificación respecto de las notificaciones correspondientes y expresamente pide se certifique la presencia del recurrente, que fuera oportunamente dispuesta. El Secretario, luego de la verificación, certifica que el General José Gallardo Román no se encuentra en la Sala, por lo que, no se ha cumplido la disposición de Alcaldía.- 4.- Obra de autos el oficio 454-SP-2005 de esta fecha, suscrito por el doctor Guillermo Castro Dáger, dirigido al Director de Inteligencia Militar, disponiéndole que “se mantenga detenido en el recinto militar a su cargo, a órdenes de esta presidencia, al señor General José Gallardo Román...” orden que pone en evidencia el carácter y la intención del proceso, ya que no es comprensible que en un proceso judicial intervenga la Inteligencia Militar, a menos que el propósito del mismo sea distinto del que consta de los méritos del proceso. 5.- **RESOLUCIÓN.**- Con los mencionados antecedentes y por las referidas consideraciones, habiéndose configurado con toda precisión la causal mencionada en primer término en el inciso segundo del Art. 93 de la Constitución Política que señala que el Alcalde “... **dispondrá la inmediata libertad del reclamante si el detenido no fuere presentado**”, y en tal virtud y por no ser necesario otro análisis relativo a las argumentaciones del recurso y a las otras causales para cumplir el mandato constitucional en salvaguardia del derecho a la libertad del recurrente, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, legales y reglamentarias, el Alcalde Metropolitano de Quito, **RESUELVE** la inmediata libertad del **GENERAL JOSÉ GALLARDO ROMÁN.**- Notifíquese en forma inmediata, particularmente a la autoridad, funcionario o empleado del local en el que el mencionado ciudadano se encuentra actualmente, ilegítima e inconstitucionalmente privado de su libertad.- f) Andrés Vallejo Arcos, Primer Vicepresidente del Concejo del Distrito Metropolitano de Quito, en ejercicio de la Alcaldía.- CERTIFICO.



Dña. María Belén Rocha

**SECRETARIA DEL CONCEJO
DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO**

Segundo Habeas Corpus

ALCALDIA DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO.- Quito 03 de marzo del 2005, a las 10h00. En el trámite del recurso o acción de Habeas Corpus interpuesto a favor del General José Gallardo Román, afirmando que se lo mantiene ilegalmente privado de su libertad, en virtud de providencia del 28 de febrero del 2005 en la que el Dr. Guillermo Castro Dáger, alegando ser Presidente de la Corte Suprema de Justicia, dispuso el arresto domiciliario del recurrente, encontrándose el caso en estado de resolver, SE CONSIDERA:

A.- LA DEMANDA:

1.-El mencionado recurso fue presentado mediante solicitud suscrita por el doctor Marco Granja Sánchez y abogado León Roldós Aguilera, expresando que la orden de arresto domiciliario por la que el recurrente se encuentra privado de su libertad es ilegal e inconstitucional, fundamentando su recurso en el Art. 93 de la Constitución Política.

2.- Los sustentos jurídicos invocados en la demanda, son:

2.1.- La "falta de jurisdicción y competencia del Doctor Guillermo Castro Dáger, por cuanto la calidad que alega se origina en la inconstitucional designación de Ministros de la Corte Suprema que realizó el Congreso Nacional, en sesión del 8 de diciembre del 2004, que se prolongó hasta el 9 de diciembre".

2.2.- Indebida referencia en la providencia impugnada, a una Legislación Procesal Penal inaplicable, ya que la supuesta infracción que se acusa, se habría cometido en el año 1995 y según las reglas del Debido Proceso, Art. 24 numeral 1 de la Constitución Política, una persona debe ser juzgada conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

2.3.- Finalmente, en que la referida providencia viola otro principio del debido proceso que determina que no habrá motivación en la resolución, si no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se haya fundado y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.

B.- EL TRAMITE:

Mediante providencia del 2 de marzo del 2005, a las 12h30, suscrita por el señor Andrés Vallejo Arcos, Primer Vicepresidente del Concejo, en subrogación del Alcalde y ante la excusa de éste, al avocar conocimiento de la causa, se dispuso el trámite de la acción y la organización del expediente; agregar a las autos el recurso tramitado y resuelto a favor del mismo recurrente el 24 de febrero del presente año; se convoca a la audiencia de Habeas Corpus señalando lugar y fecha; que el Comandante General de la Policía Nacional o el Jefe de la Unidad Operativa conduzcan al recurrente ante el Alcalde y exhiban la respectiva orden de privación de libertad; que el Dr. Guillermo Castro Dáger presente la prueba documental que acredite su calidad de Ministro de la Corte Suprema de Justicia y Presidente de ella, e informe documentadamente sobre los fundamentos de hecho y de derecho de su decisión.

C.- LA AUDIENCIA:

La audiencia se instaló a la hora convocada y encontrándose presente el recurrente y sus defensores, intervienen reiterando los argumentos constantes en la demanda. A continuación intervino el Crnel. Jorge Alejandro Guerrón Salazar, Jefe Provincial de la Policía Judicial de Pichincha, exhibiendo la orden de privación de la libertad y hace entrega del documento respectivo que se agregó al expediente. El secretario de la audiencia, atendiendo lo dispuesto, certifica que el Secretario General de la Corte Suprema de Justicia (e), a las 15h55, le entregó el oficio 195 de esta fecha y sus anexos, que contienen las copias certificadas de la designación y posesión por parte del Congreso Nacional, del Dr. Guillermo Castro Dáger como magistrado de la Corte Suprema de Justicia y acta de su designación como Presidente del Tribunal, y copia certificada de la resolución de inicio de la instrucción fiscal en contra del recurrente, entre otros documentos agregados al expediente del Habeas Corpus, con lo que se clausura la audiencia.

FUNDAMENTACION JURIDICA:

Referencias Constitucionales.- El Art. 272 de la Constitución Política de la República establece imperativamente que la Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal, y que no tendrán valor alguno las resoluciones y otros actos de los poderes públicos que de algún modo estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones; agrega finalmente que si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior.

El Art. 273 de la norma suprema reafirma dicha prescripción disponiendo que los "Jueces y autoridades administrativas tendrán la obligación de aplicar las normas de la Constitución que sean pertinentes, aunque la parte interesada no las invoque expresamente". El Art. 198 de la Constitución establece que la Corte Suprema es un órgano de la Función Judicial y el 199 ibidem, manda imperativamente que los órganos de la Función Judicial serán independientes, y que ninguna función del Estado podrá interferir en los asuntos propios de aquellos, así como que los magistrados y jueces solo estarán sometidos a la Constitución y a la Ley.

Por su parte el Art. 202 ibidem, refiriéndose a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia prescribe que "Cesarán en sus funciones por las causales determinadas en la Constitución y la Ley".

El Art. 130, que contiene los deberes y atribuciones del Congreso Nacional, en ninguno de sus 17 numerales le faculta para nombrar o nominar a los Ministros Jueces de la Corte Suprema de Justicia, atribución que fue expresamente eliminada por la Asamblea Nacional que produjo la última reforma, en cumplimiento del expreso mandato que al respecto dispuso el pueblo en la consulta popular respectiva.

MOTIVACIÓN:

De la copia certificada de la Resolución numero R-25-181 expedida por el Congreso Nacional, fechada 8 de diciembre de 2004, y de las actas respectivas incorporadas al expediente, se establece que el Dr. Guillermo Castro Dáger, a la fecha de la expedición de la Providencia en la que dispone la privación de la libertad del recurrente, en virtud de lo dispuesto en las antes mencionadas normas constitucionales, carece de jurisdicción y competencia. El Art. 16 del Código de Procedimiento Penal dice: "Sólo los jueces y tribunales penales establecidos de acuerdo con la Constitución y las demás leyes de la República ejercen jurisdicción en materia Penal"; y el Art. 19 ibidem, prescribe que "La competencia en materia penal nace de la Ley".

Habiendo sido expedida la referida resolución del Congreso al margen de las señaladas disposiciones constitucionales, de acuerdo en lo dispuesto en el Art. 272 de la Constitución y en aplicación del Art. 273 ibidem, el Dr. Guillermo Castro Dáger carece de jurisdicción y competencia para dictar la referida Providencia que privó de la libertad al recurrente.

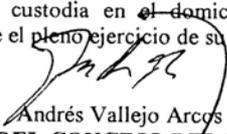
Existen otras violaciones relacionadas con el debido proceso, ya que se ha probado que no se observaron las reglas que obligan a que las resoluciones sean motivadas, y que se señalen claramente los elementos objetivos de la imputación al recurrente.

Y porque además, en la argumentación de la Providencia impugnada se hace referencia a un inexistente pedido de la Ministra Fiscal del Estado, que habría solicitado la medida cautelar mientras obra de autos copia del escrito que consta a fojas 39 del expediente que se tramita en la Corte Suprema de Justicia, fechado el 4 de noviembre del 2003 referido a la inhibición del Fiscal de Pichincha, en el que la Ministra Fiscal del Estado considera procedente la inhibición, lo que deja sin sustento el pedido del informe del Agente Fiscal de Pichincha, en que se basó el Dr. Castro Dáger para ordenar el arresto.

Adicionalmente, resulta inadmisibles en un régimen de derecho, que los efectos de la resolución dictada por la Alcaldía el 24 de febrero pasado, en la que se ordena la libertad del demandante, se haya pretendido desacatar al sustituir la prisión preventiva por el arresto domiciliario.

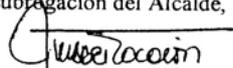
RESOLUCIÓN.-

ANDRÉS VALLEJO ARCOS PRIMER VICEPRESIDENTE DEL CONCEJO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, EN SUBROGACIÓN DEL ALCALDE, en aplicación del expreso mandato contenido en el Art. 93 de la Constitución Política de la República DISPONE LA INMEDIATA LIBERTAD DEL RECURRENTE POR HABERSE JUSTIFICADO EL FUNDAMENTO DEL RECURSO. En tal virtud, bajo prevenciones legales, los miembros de la Policía Nacional que mantienen custodia en el domicilio del recurrente, se retirarán de inmediato a fin de que éste recupere el pleno ejercicio de su libertad. **NOTIFIQUESE.**


Andrés Vallejo Arcos

**PRIMER VICEPRESIDENTE DEL CONCEJO DEL DISTRITO METROPOLITANO
DE QUITO EN SUBROGACIÓN DEL ALCALDE.**

Secretaria General del Concejo Metropolitano de Quito.- Quito 03 de marzo del 2005.-
CERTIFICO que la Resolución anterior fue suscrita por el Sr. Andrés Vallejo Arcos Primer Vicepresidente del Concejo en subrogación del Alcalde, en esta fecha a las 10h30.


Dra. María Belén Rocha Díaz
SECRETARIA GENERAL

4.5.2 AMPARO CONSTITUCIONAL O ACCION DE PROTECCION

La palabra Amparo en su uso común significa protección o defensa frente a agravios actuales o inminentes. Este sentido antiguo e histórico, está plenamente incorporado en la institución jurídica del amparo, calificada como acción o recurso o juicio de amparo.

“El origen de esta institución de vieja tradición hispánica, le corresponde a México, ya que por primera vez a nivel constitucional, la estableció el estado de Yucatán en 1841; luego la Constitución Federal de 1857, la consagro definitivamente con carácter nacional.

El juicio de amparo como se lo denominó entonces, fue concebido con amplitud para proteger todos los derechos individuales reconocidos por la Constitución.

La Constitución mexicana de 1917 y la Ley de Amparo de 1935, establecen la vasta tutela que brinda el juicio de amparo y que es agrupada en cinco categorías:

1. Como instrumento protector de la libertad personal, similar al habeas corpus;
2. Como único medio para impugnar las leyes inconstitucionales en casos concretos, amparo contra leyes;
3. Como medio de impugnación de último grado contra las resoluciones judiciales de todos los tribunales locales o federales del país, amparo-casación
4. Para impugnar las resoluciones o actos de las autoridades administrativas, cuando estos no puedan combatirse ante un tribunal administrativo; funciona como un proceso contencioso administrativo; y,
5. Desde 1963, protege Procesalmente a los campesinos de ejidos y comunas sujetos a la reforma agraria; se lo llama amparo social agrario.

En la Actualidad, la acción o recurso de amparo existe en todos los Estados latinoamericanos, con excepción de algunos países del Caribe”.²²

“El amparo constitucional es una acción de protección de los derechos y garantías ciudadanas, es un derecho urgente, breve, sumario encaminado a evitar un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública con el cual se viola un derechos constitucional que amenace causar daño grave.

En nuestro país no son susceptibles de esta acción de amparo, las decisiones judiciales adoptadas en un proceso”.²³

La Constitución define a esta garantía como Acción, por lo tanto no es un recurso, ya que esto implica recurrir a otra instancia, por medio de impugnación.

La acción implica poner en movimiento al órgano jurisdiccional constitucional

La acción de protección se encuentra normada en el Art. 88 de la CPR

- ¿Cuándo procede esta acción?

La Acción de protección .Cuando las consecuencias de un acto u omisión ilegítimas violen o puedan violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente y que en modo inminente, amenace con causar daño. También puede interponerse esta acción si el acto u omisión hubiese sido realizado por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública.

- ¿Ante quien se presenta esta acción?

Ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley, que según el art. 47 de la Ley de Control Constitucional son competentes para conocer y resolver esta acción de amparo cualquiera de los Jueces de primera instancia o los tribunales de instancia de la sección territorial en que se consuma o pueda

²² Chiriboga Galo; **Derechos Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana**; Quito, 1995; pág. 34, 35

²³ ARELLANO ESCOBAR, Nelson; **Comentarios a las Reformas Constitucionales Aprobadas en la Asamblea Constitucional de 1998**; Quito, 1998; pág. 13

producir efectos el acto ilegítimo violatorio de los derechos constitucionales protegidos

- ¿Quién puede interponer esta acción?

Cualquier persona por sus propios derechos o como representante legítimo de una comunidad

- ¿En que consiste el recurso?

El Juez convocará de inmediato a las partes para oírlos en audiencia pública dentro de las veinticuatro horas subsiguientes y, en la misma providencia de existir fundamento, ordenará la suspensión de cualquier acto que pueda traducirse en violación de un derecho.

Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el Juez dictará la resolución la cual se cumplirá de inmediato sin perjuicio de que tal declaración pueda ser apelada para su confirmación o revocatoria, para ante la Corte Provincial.

No serán susceptibles de acción de protección las decisiones judiciales adoptadas en un proceso. Acción de Protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial. La Acción de Protección garantiza judicialmente los derechos establecidos en la Constitución y demás derechos conexos definidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. La Acción de Protección es un trámite de carácter especial el mismo que está determinado por la Constitución de la República en concordancia con los principios de aplicación de las garantías jurisdiccionales determinadas desde el artículo 43 hasta el artículo 50 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición.

4.5.3 AMPARO DE LIBERTAD

Es una garantía constitucional que se encuentra estipulada en el Art. 422 del Código de Procedimiento Penal. El legislador ha considerado a esta figura jurídica como recurso-acción, pues se trata de un medio extraordinario de protección y salvaguarda del de derecho a la libertad, pero al mismo tiempo, se lo tramita dentro de un proceso.

Esta acción puede presentarla la persona que esté privada de su libertad o que crea amenazada su libertad por un abuso de poder o violación de la ley por parte de un Juez o autoridad pública; pero también puede interponer este recurso-acción una tercera persona en su nombre.

- ¿Cuándo procede esta acción?

Cuando una persona este privada de su libertad o que crea amenazada su libertad por un abuso de poder o violación de la ley por parte de un Juez o autoridad pública

- ¿Ante quien puede presentarse esta acción?

Si la orden de prisión ha sido dispuesta dentro de un proceso, el recurso se interpondrá ante el Juez o tribunal superior de la siguiente manera:

- a) Si la orden es de un Juez penal, lo conocerá el Presidente de la respectiva Corte Provincial.
- b) Si la orden es de un Presidente de Corte Provincial, el recurso será resuelto por una de sus salas; y,
- c) Si la orden es del Presidente de la Corte Nacional, lo conocerá una de las salas de lo penal

- ¿Quien puede interponer esta acción?

La persona que esta privada de su libertad o que crea amenazada su libertad, o cualquier persona si esta estuviera prófuga, sea en forma oral o por escrito sin necesidad de que se cumpla con formalidades o requisitos previos. Pero sin

embargo es indispensable que se describa el acto lesivo y la causa de su ilegitimidad con absoluta claridad.

4.6 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS Y LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO

Las normas del debido proceso son universalmente obligatorias, y para que tengan mayor aceptación y eficacia, la Constitución Política de la República ha estipulado una norma por la cual el Estado asume la responsabilidad primaria por la violación de las normas del debido proceso, y que por efecto de esta responsabilidad, se debe pagar una indemnización a quien hubiere sufrido daño.

Es así que el art. 11 de la CPR prescribe: “El Estado será civilmente responsable en los casos de error judicial, por inadecuada administración de justicia, por los actos que hayan producido la prisión de un inocente o su detención arbitraria, y por los supuestos de violación de las normas establecidas en el art. 66. El Estado tendrá derecho de repetición contra el Juez o funcionario responsable”.

- La responsabilidad civil, hace relación a la obligación de reparar, en lo posible, el daño causado y los perjuicios inferidos, sin causa que excuse de ello.

“En el caso del art. 11 de la Constitución, la reparación civil del Estado está ligada a aquellas violaciones que se producen por lo general en el procedimiento penal; y que comprende la detención arbitraria, la inadecuada administración de justicia, el irrespeto al Debido Proceso y la privación injusta de la libertad que termina con el sobreseimiento definitivo, por la sentencia absolutoria, por la falta de resolución judicial que determine la responsabilidad penal del procesado cuando este obtenga la libertad, o en su caso, la causa sea archivada por prescripción y, la causa del error judicial”.²⁴

²⁴ GARCIA FALCONI, José; **Las Garantías Constitucionales en el Nuevo Código de procedimiento Penal y la Responsabilidad Extracontractual del Estado**; Primera Edición, Quito, 2001; pág. 170

- El error judicial, según Cabanellas es toda desviación de la realidad o de la ley aplicable en que un Juez o tribunal incurre al fallar en una causa.

“Es el falso concepto que tiene el Juez respecto a la verdad de los hechos que son materia del proceso; y, que se recalca que comprende no solamente los perjuicios producidos en el inocente sino en los errores o faltas que afectan al culpable y pueden incluir tanto al error de hecho como al de derecho”.²⁵

Puede considerarse como error judicial:

1. La errónea apreciación de los hechos
2. El mal encuadramiento de las circunstancias fácticas o de la sucesión de los hechos en el orden jurídico
3. La utilización errónea de las normas legales

- El art. 22 de la CPR establece además la responsabilidad secundaria de quien hubiese irrespetado el debido proceso puesto que el Estado se reserva el *derecho de repetición* contra el Juez o funcionario responsable.

Según Cabanellas a nivel tributario, el derecho de repetición es el que tiene toda persona para reclamar lo pagado indebidamente por error o por haberlo efectuado antes y en lugar del verdadero obligado o responsable. Pero aplicado al Derecho Constitucional, y como garantía del debido proceso, es el derecho que tiene toda persona a recibir una indemnización por parte del Estado por la indebida aplicación de la justicia. Se trata por tanto del derecho de reparación del daño causado, que por cierto es muy amplio pero esta norma constitucional, solo se hace referencia a errores de justicia, por lo cual no existen sanciones específicas para las violaciones de los derechos humanos que se producen a cada momento al interior de la Policía Judicial, de los diferentes Centros de Rehabilitación, en el Ministerio Público y en los Juzgados y Tribunales de la República.

²⁵ GARCIA FALCONI, José; *Las Garantías Constitucionales en el Nuevo Código de Procedimiento Penal y la Responsabilidad Extracontractual del Estado*; pág 74

Pero el Código Penal en su Título II contempla Los Delitos contra las Garantías Constitucionales y la Igualdad Racial y en el Capítulo II titulado De los Delitos Contra la Libertad Individual, encontramos tipificados delitos como el arresto ilegal, el confinamiento ilegal, *la prolongación indebida de la detención de una persona*, la detención ilegal, arresto con orden falsa, las torturas y el plagio. Con lo cual demostramos que no solo se producen violaciones y arbitrariedades contra los derechos humanos, sino que además, las diferentes autoridades están cometiendo delitos tipificados y sancionados en nuestro ordenamiento jurídico cada vez que se vulneran los derechos ciudadanos protegidos por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por el Ecuador.

Siguiendo el orden jerárquico, el art. 419 del CPP referente a los casos de prisión preventiva o internación provisional, prescribe: “Cuando el procesado sea absuelto o sobreseído, debe ser indemnizado por los días de privación de libertad sufridos.- La indemnización será pagada por el acusador particular. Sino lo hubiere, lo pagará el Estado, que tendrá derecho a repetir contra quien haya inducido la acusación fiscal”.

En el Art. 420 del CPP se encuentra normado el derecho de repetición, que textualmente dice: “El Estado puede repetir la indemnización pagada de quienes por error hayan contribuido dolosamente al error judicial”. La ley es más enfática al referirse a las medidas cautelares. “En caso de las medidas cautelares sufridas injustamente, el Juez o tribunal debe imponer, al denunciante o al querellante que haya alterado los hechos o litigado con temeridad, la obligación de indemnizar”.

La responsabilidad del Estado, se origina en las obligaciones constitucionales de respetar, proteger y promover los derechos humanos y las obligaciones adquiridas mediante la suscripción de instrumentos internacionales vinculantes en materia de derechos humanos; y si por el ejercicio del poder del Estado se vulneran los derechos de las personas, el Estado tiene la obligación de reparar los daños a quienes se han ocasionado.

La reparación del daño consiste en la obligación jurídica que tiene un sujeto de Derecho de resarcir los perjuicios que ha soportado otro individuo capaz o incapaz.

Reparar un daño cometido, debe ser una acción básica para garantizar una convivencia justa, más aun si el daño proviene del Estado, entidad que debe garantizar los derechos de toda la ciudadanía.

La reparación del daño en el Ecuador, se limita a la indemnización pecuniaria por daños y perjuicios

Son varios los casos de error judicial, que cometen las autoridades, sea por negligencia, por mala fe, por inducción o de acuerdo al merito de las pruebas que en algunos casos pueden ser falsas o forjadas. En todo caso el Estado garantiza la reparación del daño por error judicial cometido al dictar medidas cautelares, al sobreseer al acusado o procesado o al comprobar que existe error judicial en una sentencia ejecutoriada y pasada por la institución de cosa juzgada; es decir cuando ha causado estado, en este caso debemos tomar en consideración las disposiciones del Código de Procedimiento Penal.

Se considera como error judicial en una sentencia los siguientes casos:

- Si se comprueba la existencia de la persona que se creía muerta;
- Si existen, simultáneamente, dos sentencias condenatorias sobre un mismo delito contra diversas personas, sentencias que por ser contradictorias revelen que una de ellas está errada;
- Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados;
- Cuando se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el que se lo condenó; (sentenciar a un inocente)
- Cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho, la existencia del delito a que se refiere la sentencia.

En la prensa nacional, se han publicado varios casos de error judicial en sentencias, y me hago eco especialmente de dos que llamaron mucho mi atención.

En el Diario EL COMERCIO de fecha 18 de septiembre del 2005, en la sección A8, se publicó el caso de la joven boliviana de nombre Gabriela O. S. que fue procesada en dos juicios por tenencia ilegal de drogas, es decir por un mismo delito pese a las prohibiciones legales, en el primer caso se la juzga como menor de edad en el Juzgado Sexto de la Niñez y la Adolescencia del Guayas y en el segundo como mayor de edad en el Juzgado Quinto de lo Penal del Guayas. La joven explicó que llegó a Ecuador por vía terrestre desde Perú y que pretendía viajar a España, pero el momento de acercarse al Aeropuerto Simón Bolívar de Guayaquil, le detuvieron y le hicieron un examen de rayos X y descubrieron que en su cuerpo llevaba 58 cápsulas que contenían 636 gramos de cocaína. De inmediato la joven fue detenida y su caso fue abordado por la Fiscalía Antinarcóticos y por el Procurador de Adolescentes Infractores del Guayas. Las mismas que iniciaron indagaciones por separado.

Por lo cual, la Fiscalía procesa a Gabriela como mayor de edad y la Procuraduría de Menores Infractores como menor de edad.

En su dictamen la agente fiscal acusó a Gabriela O. S. como autora de tráfico ilegal de drogas y solicitó a la Jueza Quinta de lo Penal del Guayas que llame a juicio, la Jueza procedió con la orden de llamamiento a juicio y en el Tribunal Penal la sentenciaron a 8 años de reclusión, mientras que en el Juzgado Sexto de la Niñez y la Adolescencia del Guayas, el caso continúa en trámite.

El Diario EL COMERCIO de fecha 17 de septiembre del 2005, sección A7 publicó el caso del ciudadano colombiano Rigoberto Acosta, por el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos, condenó al Ecuador al pago de indemnizaciones por concepto de daño material e inmaterial, en el plazo de un año, le pidió que elimine de sus registros públicos los antecedentes penales del colombiano Rigoberto Acosta Calderón, quien fue detenido en noviembre de 1989 por la Policía Militar Aduanera por sospecha de tráfico de drogas y además la Corte Interamericana determinó que al menos por una vez el Estado

debe publicar en el diario oficial del Ecuador y en otro diario de amplia circulación las partes más importantes de la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Rigoberto Acosta, esta vez como demandante, aseguró en su queja presentada ante la CIDH que estuvo privado de su libertad desde el 15 de noviembre de 1989 hasta el 8 de diciembre de 1994 cuando se dictó la sentencia definitiva. El acusado afirmó que no tuvo acceso a consultar a un abogado. También agregó que se le alejó del lugar donde se tramitó el proceso judicial, imposibilitando su derecho a ser escuchado por el Magistrado que lo estaba investigando y que recién 2 años después de su captura rindió una declaración. Lo juzgaron por tráfico de estupefacientes, pero dice que jamás apareció la droga y sin embargo, el Tribunal Penal, consideró que el delito había sido probado y lo sentenció a nueve años de prisión.

La sentencia dictada en el Ecuador, violó en perjuicio de Rigoberto Acosta Calderón el derecho a la libertad personal, a la presunción de inocencia, así como sus garantías judiciales.

Estos no son casos aislados y si bien me he permitido puntualizar a lo largo de este trabajo tres casos más que evidentes de arbitrariedades y violaciones a los derechos humanos y al debido proceso, es solo para demostrar que en nuestro país se cometen errores judiciales que sobrepasan toda lógica y desembocan en aberraciones jurídicas muy graves, esto pone a nuestro país en cuanto a materia judicial, en tela de duda y genera desconfianza ante la mirada atenta de la comunidad internacional

CAPÍTULO V

5 INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE GARANTIZAN EL DEBIDO PROCESO.

Los instrumentos jurídicos internacionales ocupan una grada normativa intermedia entre la Constitución (que le es superior) y las leyes (normas inferiores). Después de la Segunda Guerra Mundial, la comunidad ha dado un enorme impulso a los pactos y convenciones sobre derechos humanos, sean de carácter regional o mundial; a estos instrumentos internacionales, algunos países les dan un nivel jerárquico igual, incluso superior al de la Constitución del Estado.

En el Ecuador se reconoce la importancia y la influencia de los instrumentos internacionales en el quehacer diario de la justicia, así el art. 11 de la CPR, numeral 3 dice: “ Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por ante quien servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte...,El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internaciones vigentes...”

El principal antecedente de los instrumentos internacionales que garantizan los derechos humanos y por ende el debido proceso, es sin lugar a duda la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada en Francia en 1789 a raíz de la Revolución Francesa, cuyo texto a criterio de la Asamblea Constituyente que publicó la Constitución Francesa de 1791 había adquirido un carácter sagrado y por tanto no era posible modificarlo, ya que fue redactada con pretensiones de universalidad y además refleja las ideas filosóficas del siglo XIX.

El texto indroductorio de esta declaración dice:

“LOS REPRESENTANTES DEL PUEBLO FRANCES, CONSTITUIDOS EN ASAMBLEA NACIONAL”

Reconocen y declaran:

Art. 1º Los hombres nacen libres e iguales en derechos y las distinciones sociales no pueden fundarse más que en la actitud común.

Art. 2º El objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Art. 3º El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ningún individuo ni corporación puede ejercitar autoridad que no emane expresamente de ella”.²⁶

5.1 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, fue reconocida por 58 países que constituyen los cuatro quintos de la población mundial. Esta Declaración es el reconocimiento mundial de los derechos del hombre.

Los conceptos plasmados en la Declaración Universal son producto de un largo proceso histórico cuyas raíces se encuentran en latitudes y épocas muy distintas. No obstante la existencia de un mundo dividido por ideologías opuestas y sistemas políticos, sociales y económicos diversos, con este

²⁶ COLAUTTI, Carlos E., **Derechos Humanos Constitucionales**; Rubinzal Culsoni Editores; Buenos Aires – Argentina, 1999; pág. 14,15

documento se llegó a un consenso sin precedente en la historia, que permitió calificar de universales a una serie de criterios que distinguen a lo que hoy llamamos derechos humanos. Ello constituyó un logro importantísimo que permitió abrir un camino nuevo en el Derecho Internacional contemporáneo. Todo el actual sistema de promoción y protección de los derechos humanos deriva de esta célebre declaración.

Ninguna actividad del ser humano ni de los Estados, sea a escala interna o internacional, es ajena a los postulados de la Declaración Universal.

La Declaración Universal, es la piedra angular sobre la cual la ONU ha elaborado todo un sistema de promoción y protección de los derechos humanos. Es una fuente inagotable de protección de los derechos individuales y colectivos. Prácticamente no existe documento sobre derechos humanos que no haga referencia a este texto.

Uno de los principales preceptos de esta declaración, es que “no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, que en conjunto constituyen los derechos humanos.”

En 1966 la Asamblea General de las Naciones Unidas, consagró su protección internacional por medio de tres convenciones o tratados, como son:

- a) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;
- b) Protocolo facultativo de dicho pacto;
- c) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El sistema mundial, se refuerza con otras convenciones que amparan, en forma específica, determinados derechos humanos según la problemática internacional.

En el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se afirma que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tiene por base el

reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la gran familia humana.

Uno de los artículos más importantes de la declaración es el siguiente:

El art. 8 dispone: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la Ley”.²⁷

5.2 DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la 9ª Conferencia Internacional Americana, reunida en Bogotá en abril de 1948, fue un antecedente para la declaración universal de los derechos humanos proclamado por la Organización de las Naciones Unidas meses después.

“Esta declaración coincide con los notables principios del Concilio Vaticano II en cuanto al realce de la conciencia más viva de la dignidad humana, lo cual ha hecho que en diversas regiones del mundo surja el propósito de establecer un orden político-jurídico que proteja mejor en la vida pública los derechos de la persona, como son el derecho de libre unión, de libre asociación, de expresar las propias opiniones y de profesar privada y públicamente la religión. Porque la garantía de los derechos de la persona es condición necesaria para que los ciudadanos, como individuos o como miembros de asociaciones, puedan participar activamente en la vida y en el gobierno de la cosa pública”.²⁸

Esta declaración enuncia también los deberes del hombre, cuyo principio fundamental es que: “Toda persona tiene el deber de convivir con las demás, de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad”.

²⁷ **Declaración de Derechos Humanos, Art. 8;** citada por Alcívar Sánchez; cit., pág. 86

²⁸ RAMELLA A. Pablo; **Los Derechos Humanos;** Editorial Gaudi; Buenos Aires, 1984; pág. 79

Además la Declaración se limita a expresar que toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad y que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática

Partiendo de estos principios la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre enumera de los deberes que obligatoriamente debe cumplir el individuo en sociedad, pues frente a un derecho que respetar siempre existirá un deber que cumplir.

- Deberes para con los hijos y los padres
- Deber de instrucción
- Deber de sufragio
- Deber de obediencia a la ley
- Deber de servir a la comunidad y a la Nación
- Deber de asistencia y seguridad sociales
- Deber de pagar impuestos
- Deber de trabajo
- Deber de abstenerse de actividades políticas en el extranjero, etc

En su art. 8 dice:

“Toda persona puede acudir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Así mismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos constitucionales consagrados constitucionalmente”.²⁹

5.3 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

“El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado en 1966, enuncia una gran diversidad de derechos, incluyendo el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona; el derecho a no ser sometido a torturas

²⁹ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. 8; citada por José García Falconí

ni a malos tratos, y el derecho a no ser sometido a la esclavitud. El pacto abarca también derechos relativos a la detención, el encarcelamiento y los procedimientos judiciales; a la libertad de asociación, de expresión y de religión; al matrimonio; a la no injerencia en la vida privada, y a la participación en los asuntos públicos.

Los Estados que han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos deben respetar y garantizar todos los derechos, sin discriminación basada en raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. La obligación de garantizar estos derechos incluye el deber del Estado de proteger a la población de los abusos de estos derechos que cometan ciudadanos particulares.

Este pacto a dado origen a un órgano de vigilancia para el cabal cumplimiento de sus normas por parte de los Estados que han ratificado el tratado; y este órgano es el Comité de Derechos Humanos³⁰.

“El Pacto internacional de derechos civiles y políticos permite la protección legal internacional de los derechos y libertades fundamentales contenidos en su texto mediante las comunicaciones estatales y las comunicaciones individuales, y de su trámite se encarga el Comité de Derechos Humanos, con asiento en Ginebra.

Todo Estado parte en el Protocolo internacional de derechos civiles y políticos que llegue a ser parte en el protocolo facultativo del Pacto reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El peticionario debe agotar previamente todos los recursos internos disponibles. El Comité de derechos humanos, con sede en Ginebra, no examinará ninguna comunicación anónima o que a su juicio, constituya abuso

³⁰ AMNISTIA INTERANCIONAL; **Manual de Uso contra la Discriminación Racial**; Madrid, 2001; pág.31

del derecho a presentar tales comunicaciones, o sea incompatible con las disposiciones del Pacto”.³¹

5.3.1 Derechos tutelados por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Integridad Personal

- Derecho a la vida (art. 6)
- Prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7)
- Prohibición de la esclavitud (art. 8)

Libertad

- Derecho a la seguridad (art. 9.1)
- Derecho a no ser sometido a detención o prisión arbitraria (art. 9.2 y 9.3)
- Derecho de las personas privadas de la libertad a ser tratadas humanamente y con respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (art. 10)
- Prohibición de la expulsión arbitraria de extranjeros que se hallen legalmente en el territorio del Estado (art. 13)

Justicia

- Derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia (art. 14.1)
- Un conjunto detallado de derechos relativos a un juicio con las debidas garantías (art. 14)
- Derecho a medidas de protección especiales para los menores (art. 24)
- Derecho a la igualdad ante la ley y a la igual protección de la ley (art. 26)

³¹ CAMARGO, Pedro Pablo; **Manual de Derechos Humanos**; Bogotá, 1995; pág. 24

Las medidas que deben adoptar los Estados para aplicar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluyen las siguientes:

1. La adopción de medidas legislativas y de otra índole para dar efecto a los derechos previstos en el Pacto;
2. Garantizar que cualquier persona cuyos derechos reconocidos en el Pacto hayan sido violados tenga un recurso efectivo, y garantizar que las autoridades cumplan con toda decisión que se haya estimado procedente el recurso

5.4 CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS O PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA

“El 22 de noviembre de 1969 doce países de la región suscribieron en San José de Costa Rica, Convención americana de Derechos humanos o “Pacto de San José”, la cual entró en vigor el 18 de julio de 1978.

La Conferencia de San José adoptó prácticamente el sistema europeo de protección de derechos humanos, pero con dos órganos de protección: La Comisión Internacional de Derechos Humanos y la Corte Internacional de Derechos Humanos.

Son dos los principales compromisos que los Estados partes contraen en virtud de la convención:

En primer término, respetar los derechos y libertades reconocidos por la convención y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que este sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En segundo lugar, adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del pacto, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.³²

La Convención Americana de Derechos Humanos inicia con el siguiente preámbulo:

PREÁMBULO

Los Estados americanos signatarios de la presente Convención, reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;

Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional;

³² CAMARGO, Pedro Pablo; **Manual de Derechos Humanos**; Edit. Leyer; Bogotá, 1995; pág. 390

5.4.1 DERECHOS TUTELADOS POR LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La convención somete a protección 19 derechos civiles y constan en la Parte I titulada DEBERES DE LOS ESTADOS Y DERECHOS PROTEGIDOS:

- A la vida (art. 4)
- A la integridad (art. 5)
- Prohibición de esclavitud y servidumbre (art. 6)
- Libertad personal y habeas corpus contra detenciones ilegales (art. 7)
- Art. 8.- Garantías judiciales.-

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un Juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante Juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

- Art. 9.- Principio de legalidad y de retroactividad.- Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

- A indemnización en caso de error judicial (art. 10) “Derecho a Indemnización.- Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de ser condenada en sentencia firme por error judicial”.
- A la honra y a la dignidad (art.11)
- Conciencia y religión (art. 12)
- Pensamiento y expresión (art. 13)
- Rectificación o respuesta (art. 14)
- Reunión (art. 15)
- Asociación (art. 16)
- Protección a la familia (art. 17)
- Art. 25 “Protección Judicial.-

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante tribunales o Jueces competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

3. Los estados partes se comprometen:

- a) garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades del recurso gradual; y,
- c) a garantizar el cumplimiento por las autoridades competente, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.³³

No se autoriza la suspensión de los llamados derechos sacrosantos o intangibles y si algún Estado parte hace uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados partes en la

³³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 25

convención, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada la suspensión, por conducto o a través del Secretario General de la OEA.

“El Capítulo IV de la Convención Americana de Derechos Humanos consigna la SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN

Art. 27.- Suspensión de garantías.-

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad); y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya

suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

Art. 28.- Cláusula federal.-

1. Cuando se trate de un Estado Parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado Parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.

2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

4. Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención.

Art. 29.- Normas de interpretación.- Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Art. 30.- Alcance de las restricciones.- Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Art. 31.- Reconocimiento de otros derechos.- Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77".³⁴ .

Todos los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador y que han sido materia de análisis en este trabajo buscan garantizar y proteger los derechos del ser humano como ciudadano y como individuo perteneciente a una sociedad.

³⁴ 1.- Registro Oficial 801, 6-VIII-84

CAPITULO VI

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1 CONCLUSIONES

1. El debido proceso al ser una norma constitucional, adquiere una jerarquía superior de carácter imperativo, es decir, que su aplicación es obligatoria en todas las etapas del proceso. Por tanto la inobservancia de algunas de sus normas puede acarrear incluso la nulidad de todo lo actuado dentro de un proceso.
2. El debido proceso en el Nuevo Sistema Procesal Penal garantiza una debida y justa tramitación o procedimiento judicial con respeto a las garantías constitucionales y los derechos humanos, es decir, garantiza la seguridad jurídica de los sujetos que intervienen en el proceso y además garantiza la libertad individual de los procesados hasta el momento en que se los declare culpables a través de una sentencia ejecutoriada; sin embargo diariamente observamos violación a los derechos humanos en diferente forma, al momento de la aprehensión.

3. Con la implementación del Nuevo Código de Procedimiento Penal, los sujetos procesales, han logrado celeridad y eficacia, el legislador ha dispuesto que la presentación y contradicción de pruebas, se las lleva a cabo mediante el sistema oral; es decir, que las pruebas deben practicarse y reputarse en audiencia.
4. Las medidas cautelares de carácter personal que hacen relación a la privación de la libertad, tienen como propósito asegurar la comparecencia del procesado o acusado a la etapa de juzgamiento. La facultad de ordenar medidas cautelares es exclusiva de los Jueces, por petición de la Fiscalía, cuando el caso lo amerite, y por tanto deberían dictarlas por excepción, más en la práctica, se produce un indiscriminado uso, lo cual genera un abuso en la aplicación de dichas medidas, por cuanto entran en juego grandes intereses de poder político y económico, con lo cual se hacen presentes rasgos de corrupción, que hacen que los Jueces cometan constantes violaciones y atropellos a las garantías constitucionales y a los derechos humanos.
5. Las garantías constitucionales son los mecanismos que utiliza el Estado para hacer eficaz el amparo y la protección de los derechos, sin embargo se han utilizado indiscriminadamente sin fundamentarlas de una manera correcta, por lo que en la mayoría de los casos son desechados.
6. Los derechos humanos y las garantías constitucionales marcan hitos importantísimos en la administración de justicia, por tanto en todas las etapas del juicio, la aplicación correcta del debido proceso asegura el respeto y la dignidad del ser humano. No obstante, en muchos países, según reportes de Amnistía Internacional, constantemente se cometen violaciones a las garantías del debido proceso y a los derechos humanos tanto civiles como políticos, tales como la tortura, la desaparición de personas, la falta de información sobre sus derechos al momento de la aprehensión, la incomunicación, (no se les permite comunicarse con algún familiar o su abogado), la falta de intermediación en la entrega de detenidos a las autoridades competentes sin ninguna

justificación, etc. hechos estos atentatorios a la calidad de ser humano, lo que lamentablemente también sucede en nuestro país.

7. El Ecuador al ser signatario de varios instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos está obligado a cumplir con la aplicación del debido proceso las garantías constitucionales y los derechos humanos de cada una de las personas, lo que en la práctica no se cumple.
8. La Constitución Política, el Código Orgánico de la Función Judicial, los Convenios Internacionales, sobre Derechos Humanos, y el Código de Procedimiento Penal, son concordantes en señalar que la resoluciones judiciales que limitan las libertades de las personas deben ser fundamentadas y motivadas. Lo que no sucede por norma general en los constantes fallos de los Jueces, por lo que los sujetos de la relación procesal impugnan estas resoluciones;
9. Con las últimas reformas al Código de Procedimiento Penal del 23 de marzo del 2009, especialmente en lo referente a la sustitución de la medida de la prisión preventiva, los Jueces, de una manera exagerada han beneficiado a los procesados, concediéndoles la libertad, sin análisis de ninguna clase, lo que ha hecho que los procesados haya recobrado su libertad y vuelvan a delinquir.

5.2 RECOMENDACIONES

Las recomendaciones surgen como una propuesta para mejorar la calidad de la administración de justicia:

1. En la aprehensión por delito flagrante, a mi criterio se debe limitar la facultad para que cualquier persona pueda aprehender al presunto

delincuente en delito flagrante, por cuanto, no toda la sociedad está sensibilizada ni capacitada para realizar esta acción, poniendo en serio riesgo la integridad física tanto de quien lo aprehende como del aprehendido.

2. La figura jurídica de prisión preventiva, debe aplicarse por excepción, después de una análisis objetivo y en última instancia, especialmente para los delitos de lesa humanidad, narcotráfico, terrorismo, desapariciones forzadas, violación, secuestro, asesinato y de odio, capaz de que no proceda la sustitución de la prisión preventiva por otras medidas alternativas.

3. En relación con los sujetos procesales, se ha evidenciado un desconocimiento del Código de Procedimiento Penal, del Código Penal, de la Constitución Política del Estado y de los instrumentos internacionales frente a lo cual es necesario fortalecer la institucionalidad judicial y capacitar de una manera eficaz a sus miembros para que actúen con conocimiento de causa pero también con responsabilidad ética y compromiso social en la administración justicia.

4. Propongo además, desarrollar una estrategia de difusión a través de los distintos medios de comunicación (radio, prensa y televisión) con el propósito de informar y sensibilizar a la sociedad en el ejercicio de los derechos ciudadanos y garantías constitucionales para evitar futuros atropellos y violaciones al debido proceso en materia penal.

5. Es urgente que la Corte Nacional, mediante resolución y hasta que la Asamblea Nacional, reforme la Ley, resuelva o limite, la sustitución de la medida preventiva con otra medida alternativa, para que ciertos procesados no se beneficien de esta medida, ya que una vez obtenida la sustitución, han vuelto a delinquir, de esta manera se evitará que la sociedad civil se encuentre desprotegida frente al hampa organizada.

6. Solo con el respeto y su debida aplicación a las normas legales y jurídicas, se podrá afirmar con certeza, que se está considerando a la persona como un ser humano, independientemente de si cometió o no un delito o infracción. Esto nos obliga a mirar a las personas desde una perspectiva más humanista en la que todos tenemos derecho a un trato justo y con equidad, por la sencilla razón de ser entes racionales y espirituales.

PROPUESTA

La justicia en el Ecuador está muy venida a menos y todo el tiempo está siendo cuestionada. Bajo estas consideraciones, existe una necesidad imperante de que se cree un sistema de control efectivo, distinto al Consejo Nacional de la Judicatura, que es una instancia administrativa o a las Cortes Provinciales y Corte Nacional de Justicia.

Mi propuesta va enfocada a una reforma de la Ley Orgánica de la Función Judicial, de la Ley de la Contraloría General y de la Constitución de la República en cuanto a la implementación de un sistema igual al que desempeña la Contraloría General del Estado en cuanto a la actividad financiera y contable de las distintas entidades del Estado; pues la reforma estaría enfocada a que dentro de la Contraloría se cree un departamento jurídico especializado que constituya un sistema de control judicial; es decir, que a través de un grupo de auditores jurídicos, en primer lugar se hagan cumplir los plazos establecidos por la Ley, se evalúe la actuación y la aplicación de la ley por parte de los Fiscales, Jueces de la Corte Provincial y Jueces de la Corte Nacional; a pesar que los Jueces tienen libertad de actuación en cuanto a la aplicación de la ley, pero estas actuaciones

deben ceñirse a las tablas procesales, a la ley y al derecho, con lo cual llegamos a concluir que la potestad de administrar justicia no se enmarca en una absoluta libertad, esta tiene sus límites.

Requisitos:

1. Estos auditores jurídicos deberán ser profesionales en Derecho con un mínimo de tiempo de profesión y experiencia de 15 años, igual al tiempo requerido para ser ministro de la Corte Nacional,
2. Deberán ser escogidos por concurso público de oposición y merecimiento,
3. Deberá tratarse de personas respetables y con gran reconocimiento en la sociedad. Lo cual significa que se tratará de eruditos en derecho y no personas improvisadas u oportunistas;
4. Además no deberá ser un cargo del cual estas personas puedan beneficiarse de gran manera, considerando que su rol será de servicio y no de beneficio personal.
5. El equipo de auditores jurídicos desempeñará sus funciones por un tiempo no mayor a cuatro años.
6. Se nombrará 2 auditores jurídicos por juzgado y salas de las Cortes, los mismos que se sujetarán a un sistema rotativo cada año, para evitar que los funcionarios de los distintos juzgados y cortes sepan de antemano las identidades de las personas que realizarán la auditoria

Las auditorias que propongo deberían hacerse anualmente con el propósito de que los procesos queden depurados o saneados y así evitar que las causas prescriban, que queden en la impunidad o que los procesados pasen privados de su libertad por un lapso mayor a un año sin una fórmula adecuada de juicio, e incluso se evitaría que el Estado pierda grandes cantidades de dinero por concepto de errores judiciales o mala aplicación de la justicia. Con lo cual manejaríamos un sistema de justicia constitucional, el cual consiste en la total sumisión y prevalencia de la Constitución, que daría como resultado un absoluto respeto a las normas del debido proceso y por ende a los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALBAN ESCOBAR, Fernando. 2001. Estudio sintético sobre el Código de Procedimiento Penal. Tomo I. Editorial Torres. Quito-Ecuador
2. ALBAN ESCOBAR, Fernando. 2003. Estudio sintético sobre el Código de Procedimiento Penal. Tomo II. Editorial Torres. Quito-Ecuador
3. AMNISTÍA INTERNACIONAL, 2001. Manual de Uso Contra la Discriminación Racial. Madrid – España
4. ARELLANO ESCOBAR, Nelson. 1998. Comentarios a las Reformas Constitucionales Aprobadas en la Asamblea Nacional de 1998. Ediciones Legales. Quito – Ecuador
5. BERMÚDEZ CORONEL, Eduardo. 2001. Debido Proceso Prisión Preventiva y Amparo de Libertad en el Contexto de los Derechos Humanos. Quito – Ecuador
6. BORJA CEVALLOS, Rodrigo. 1998 Enciclopedia de la Política. Primera Edición, Fondote Cultura Económica. México, D.F.
7. BUCHELI MERA, Rodrigo. 1995. Garantías Constitucionales y Procedimiento Penal. Editorial Universitaria. Quito – Ecuador
8. CADENA LOZANO, Raúl. 1997. Código Penal y Código de Procedimiento Penal. Segunda Edición. Santa Fe de Bogotá – Colombia
9. CAMARGO, Pedro Pablo. 1995. Manual de Derechos Humanos, Editorial Leyer Bogotá – Colombia
10. CARNELUTTI, Francesco. 1952. Estudio sobre Derecho Procesal. Volumen I. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires – Argentina
11. CARNELUTTI, Francesco. 2006. Derecho Procesal Penal. Volumen II. Oxford. Biblioteca Clásicos del Derecho Penal. México D.F.
12. CARRARA, Francesco. 2002. Volumen I. Derecho Penal. Oxford. México D.F.
13. COLAUTTI, Carlos E., 1999. Derechos Humanos Constitucionales. Rubinzal Culsoni Editores, Buenos Aires – Argentina
14. CHIRIBOGA ZAMBRANO, Galo. 1999. Derechos Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana. Primera Edición. Instituto Americano de Investigación Sociales ILDIS. Quito – Ecuador

15. CHIRIBOGA ZAMBRANO, Galo. 2001. La Acción de Amparo y Hábeas Data de los Derechos Constitucionales y su nueva realidad jurídica. Asociación Americana de Juristas. Quito-Ecuador.
16. CUEVA CARRIÓN, Luis. 2001. El Debido Proceso. Teoría Práctica y jurisprudencia. Quito-Ecuador.
17. ESTRICHE, Joaquín. 1986. Diccionario Razonado de la Legislación y Jurisprudencia. Tomo II. Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana. Quito-Ecuador.
18. FERNANDEZ PIEDRA, Luis Alberto. La Detención y la Prisión Preventiva en Ecuador. Federación de Judiciales del Ecuador. Primera Edición. Quito-Ecuador.
19. GARCÍA FALCONÍ, José. 2001. Las Garantías Constitucionales en el nuevo Código de Procedimiento Penal y la Responsabilidad extracontractual del Estado. Primera Edición. Quito –Ecuador.
20. GARCÍA FALCONÍ, José. 2002. La Etapa del Juicio: La Audiencia de debate; La Prueba y la Sentencia en el nuevo código de Procedimiento Penal. Primera Edición. Quito-Ecuador.
21. GARCÍA FALCONÍ, José. 2002. La Prisión Preventiva en el nuevo Código de Procedimiento Penal y las otras medidas cautelares. Primera edición. Quito-Ecuador.
22. GUERRERO VIVANCO, Walter. 2001 Los sistemas Procesales Penales. Primera Edición. Quito-Ecuador.
23. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. 2006 Lecciones de Derecho Penal. Volumen III Oxford. Bibliote Clásica de Derecho Penal México D.F.
24. QUICENO ÁLVAREZ, Fernando. 2000. Simulación de los actos Jurídicos. Primera Edición. Editora Jurídica de Colombia. Bogotá-Colombia.
25. MUÑOZ LLERENA, César. 1998. La constitución y el Debido Proceso. Editorial Universitaria. Quito- Ecuador.
26. RAMELIA A. Pablo. 1884. Los Derechos Humanos. Editorial Gaudi. Buenos Aires-Argentina.
27. SOTOMAYOR PALACIO, Gilbert y ORTEGA JARAMILLO, Rubén. 1990 Manual Práctico de Procedimiento Penal Ecuatoriano. Fondo de Cultura Ecuatoriana y Latina Editores. Cuenca-Ecuador