



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

CARRERA DE DERECHO

**“LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD EN LOS DELITOS
FLAGRANTES, UNA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE
INOCENCIA”**

AUTOR:

ALBERTO ANDRÉS CHACHO JUÁREZ

DIRECTOR:

JUAN CARLOS LÓPEZ QUIZHPI

CUENCA – ECUADOR

2022

DEDICATORIA

El presente trabajo se lo dedico a mi padre, madre, hermano y a toda mi familia, quienes siempre confiaron en mí, y me han inculcado valores de responsabilidad, disciplina y perseverancia. Hoy soy la persona que soy, por el cariño y apoyo de todos ellos.

AGRADECIMIENTO

Mi más sincero agradecimiento de corazón a mis padres, por su confianza, apoyo y sacrificio para poder realizarme como hombre, como profesional y servir a la sociedad.

A mi hermano quien siempre me ha animado a cumplir mis metas.

A los demás miembros de mi familia, por el apoyo y el cariño, mi mayor motivo ha sido llenarles de orgullo.

A mi director, Dr. Juan Carlos López, quien es un excelente director, una persona excepcional y un gran profesor.

RESUMEN

Considerando el caso en el que un juez de Flagrancia dicte la prisión preventiva. Se tiene que examinar si el hecho (sus actuaciones), es subordinable al supuesto hecho tipificado en el artículo 160 (privación ilegal de libertad) del Código Orgánico Integral Penal, un Juez es un servidor público. Si la persona procesada es privada de su libertad, el juez también cuenta con el dominio del hecho, el juez actúa con dolo según el artículo 26 del Código Orgánico Integral Penal. Así mismo otra situación que sucede, en el caso que un agente aprehensor, prive de manera ilegal de la libertad a un individuo, se debe examinar si esa conducta se adecúa al artículo 160 del referido código.

Palabras clave: Estado de inocencia – flagrancia – privación ilegal de la libertad – delito.



Dr. Juan Carlos López.

ABSTRACT

Considering the case in which a flagrancy judge orders preventive detention, the case has to be examined to check if the fact (their actions) is subordinate to the alleged fact typified in article 160 (illegal deprivation of liberty) of the Organic Comprehensive Criminal Code. A Judge is a public servant. If the processed person is deprived from his liberty, the judge, who also has control of the fact, alleges fraud according to article 26 of the Organic Comprehensive Criminal Code. Likewise, another situation that may occur, in the event that an arresting agent illegally deprives an individual of his liberty, the case must be examined to see if the conduct is in accordance with article 160 of the aforementioned code.

Keywords: State of innocence – flagrancy – illegal deprivation of liberty – crime.

Translated by



Alberto Chacho Juárez.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I.- El estado de inocencia.	3
1.1.El estado de inocencia concepto y naturaleza.	3
1.2 El estado de inocencia consagrado en el ámbito legal y constitucional ecuatoriano.	8
1.3.El estado de inocencia consagrado en el ámbito legal internacional.	13
CAPITULO II.- Flagrancia en el sistema penal.	18
2.1 La aprehensión por parte de servidores públicos ante el cometimiento de una infracción penal flagrante.	18
2.1.1 Concepto:.....	18
2.1.2 Naturaleza Jurídica:.....	21
2.1.3 Características:.....	23
2.1.4 Requisitos de la aprehensión el Código Orgánico Integral Penal.	27
2.1.5 Diferencia entre Aprehensión y Detención:	30
2.2. La Cuasi Flagrancia.	32
2.2.1. Concepto.....	32
2.2.2. Flagrancia y Cuasi Flagrancia en el Código Orgánico Integral Penal.	34
CAPITULO III.- Abuso de autoridad y derechos constitucionales.	37
3. 1 Derechos de protección consagrados constitucionalmente que amparan a particulares dentro del procesos judiciales.	37
3.2 Las normas inherentes al debido proceso en el Código Orgánico Integral Penal. .	41
3.3 La vulneración de derechos constitucionales por parte de agentes de la ley al momento de realizar la aprehensión.	47
CAPITULO IV.- Tipicidad de la privación ilegal de la libertad, frente al abuso de autoridad.	55
4.1 El delito aplicable individualmente a servidores públicos.	55
4.2 La pena privativa de la libertad como sanción para los servidores públicos.....	65
4.3 El aumento de la pena, al realizar la aprehensión en lugares que no son los autorizados.	72
CAPITULO V.- Conclusión.....	78
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:.....	80

INTRODUCCIÓN

Desde la creación de las primeras civilizaciones, ha existido la necesidad de que los seres humanos cooperen mutuamente para poder alcanzar beneficios en común para toda la sociedad y tener como objetivo principal el progreso de todos, un modelo claro a seguir es el planteamiento del maestro Jean-Jacques Rousseau que establece que deben comprometerse los ciudadanos a un “contrato social”, es decir, que los mismos se encuentren bajo la gestión del Estado. Entonces, el Estado constituido como el ente destinado a regular las relaciones para con sus ciudadanos, es quien debe satisfacer necesidades sociales de los miembros que lo conforman, además de cumplir y hacer cumplir los derechos del conglomerado social a quien se debe.

El Estado quien tiene el poder punitivo, y es el único facultado para el uso progresivo de la fuerza en el Ecuador, en varias ocasiones a lo largo de su historia judicial, ha venido cometiendo atropellos de derechos constitucionalmente establecidos de sus ciudadanos, incluso ha sido condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La presente investigación va enfocada a ocasiones en que ha existido “privaciones ilegales de la libertad por parte de servidores públicos”, que han vulnerado el bien jurídico protegido de la libertad.

En el Ecuador, se crearon las unidades de Flagrancia, con el carácter de emergente, para procesar a personas detenidas por el supuesto cometimiento de una infracción in fraganti. En realidad, pocos son los casos flagrantes en rigor, por cuanto la mayoría de casos denominados flagrantes no tienen esa característica (artículo 527 del Código Orgánico Integral Penal). El

propósito de la investigación es poner en evidencia, que, en el caso del cometimiento de infracciones penales en flagrancia, los servidores públicos quienes realizan la aprehensión, en ocasiones lo hacen de manera ilegal, ilegítima y arbitraria, por otro lado, en el caso de los jueces, al dictar medida cautelar de prisión preventiva, privarían de manera ilegal a un supuesto inocente. Dicho actuar como sanción en contra de estos servidores públicos, según el Derecho Penal es la pena privativa de la libertad como lo establece el artículo 160 del Código Orgánico Integral Penal. Por lo que debería siempre en estos casos, iniciarse un proceso penal.

Por tanto, el presente trabajo tiene la finalidad de analizar la privación ilegal de la libertad en delitos flagrantes, cuando existe una vulneración al principio de presunción de inocencia constitucional, a fin de generar un estudio en la evidente transgresión de las garantías inherentes al debido proceso cuando los agentes de la ley y los funcionarios jurisdiccionales, inobservando las prerrogativas constitucionales de la causa judicial, deciden imponer medidas de privación de la libertad a las personas sometidas a su custodia o procesamiento. Además, se planteará la posibilidad de sugerir una reforma al Código Orgánico Integral Penal, sobre la necesidad de implementar la figura culposa para el delito de privación ilegal de la libertad, a fin de no generar impunidad dentro de la realidad material social, y rellenar esta anomia legal existente en la legislación ecuatoriana.

CAPITULO I.- El estado de inocencia.

1.1 El estado de inocencia concepto y naturaleza.

El “estado de inocencia” es un principio universal que reconoce la condición de inocencia de un individuo, se refiere al momento en el que se encuentra una persona frente al presunto cometimiento de un ilícito del que se le imputa, hasta que se demuestre lo contrario mediante una sentencia judicial. En caso de que el individuo sea o no culpable, se deben presentar los medios probatorios útiles, pertinentes, conducentes en el momento procesal oportuno que permitan determinar la culpabilidad del justiciable.

En tiempos del gran Imperio Romano ya existía un reconocimiento sobre el principio de inocencia, el Derecho Romano le permitía al acusado ejercer su defensa ante la imputación de un delito en su contra. Este principio de inocencia guardaba estrecha relación con el aforismo en latín “in dubio pro reo”, cuyo significado es “en caso de duda, fallar a favor del reo”, es un principio fundamental para el derecho, ya que, en caso de duda, no se puede imputar a un individuo sin que se tengan los elementos de convicción necesarios para realizar dicha acusación formal, por lo tanto, debe absolversele. En caso de no hacerlo, se generaría abuso y arbitrariedad por parte de la autoridad o por quien ejerza el poder.

Durante la Edad Media, no existió el estado de inocencia, sino que se presumía de por sí y previo a juicios inquisitivos, la culpabilidad, por ende, el justiciable era sometido a la ley divina, impartida por hombres en una sociedad. Quien era el llamado a probar su inocencia, era el

justiciable, pero no mediante la práctica de elementos probatorios que justificasen su inocencia, sino superando crueles torturas inhumanas o castigos degradantes.

Es en el Edad Moderna, a partir de las revoluciones que tuvieron lugar en la historia, por el lado europeo la Revolución Francesa, en América, la Revolución Norteamericana, fueron las que crearon hitos de libertad e igualdad, que han sido ejemplo a seguir en el mundo y permitieron proclamar principios “pro – homine”, en los cuales se consagra como parte de ellos, el de la “presunción de inocencia”. Pero debe criticarse la redacción de presunción de inocencia, ya que, en realidad la inocencia no se la debe presumir jamás, sino que es innata a la condición de ser humano. Por lo tanto, lo que se debe presumir en realidad es siempre la culpabilidad.

El estado de inocencia tiene como consecuencia lo siguiente:

El imputado goza de la misma situación jurídica que un inocente. Se trata en verdad de un punto de partida político que asume —o debe asumir—la ley de enjuiciamiento penal en un estado de derecho, punto de partida que constituyó, en su momento, la reacción contra una manera de perseguir penalmente que, precisamente, partía desde el extremo contrario. El principio no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, sino, antes bien, que no puede ser considerado culpable hasta la decisión que pone fin al procedimiento, condenándolo. (Maier, 2004, p. 491)

De la mencionada cita podemos inferir que el autor lo que trata de establecer, es que, el estado de inocencia siempre debe ser considerado como un punto de partida dentro de un proceso

penal, que se sigue en contra de un particular, este estado de inocencia, debe mantenerse intacto, sólido, íntegro y solamente en el desarrollo de un procedimiento penal, una vez donde se haya puesto en evidencia mediante elementos probatorios, la autoría o el grado de participación dependiendo el caso, solamente la sentencia firme determinará la culpabilidad o no del infractor.

La presunción de inocencia es una presunción “iuris tantum”, o como se la conoce en castellano como “presunción legal”, según los establece Luigi Lucchini, jurista italiano, él señala lo siguiente acerca de la presunción de inocencia, la considera como un “colorario lógico del fin racional asignado al proceso” y la “primera y fundamental garantía que el procesamiento asegura al ciudadano: presunción juris, como suele decirse, esto es, hasta prueba en contrario” (Lucchini, 1995, p. 15)

El estado de inocencia acompaña a la persona procesada durante todo el transcurso del procedimiento penal, hasta que haya sentencia condenatoria ejecutoriada en su contra, pero al referirse al estado de inocencia, esta es considerada como una presunción “iuris tantum” o legal, es decir, no es de carácter absoluto, ya que pueden existir pruebas que conduzcan hacia la culpabilidad del individuo, pero únicamente queda desvirtuada cuando exista una sentencia condenatoria ejecutoriada como se ha mencionado anteriormente.

El Doctor Jorge Zavala (2002), en cuanto al estado de inocencia establece lo siguiente; el estado de inocencia, según la tradición de las constituciones del mundo, al referirse a la presunción de inocencia, la consideran, así como una presunción. Pero esta aceptación no es clara de lo que, en el derecho, significa verdaderamente este principio, ya que, en realidad, la inocencia no debe

ser tomada como presunción, sino más bien, como un bien jurídico que debe ser protegido por el derecho público y garantizado por el Estado ya que es inherente al ser humano.

Para el maestro Vélez Mariconde (1982), el principio de inocencia, necesariamente para condenar al infractor, el juez debe tener plena convicción de la culpabilidad del acusado, caso contrario, de no haberla, y existir duda, debe absolver el juez al infractor. Para llegar a esta conclusión no es necesario que se esté convencido de su inocencia, sino que, no existen los elementos necesarios probatorios para condenar al imputado. Por lo tanto, el estado de inocencia posee el postulado de “in dubio pro reo”, que en caso de duda el juzgador no debe dictar una sentencia condenatoria, sino que más bien debería absolver, ya que, no es necesaria la prueba de la negación, sino que solo basta con que no se haya logrado su comprobación.

El constitucionalista, jurista italiano Luigi Ferrajoli, establece un concepto muy similar a lo que se ha estado definiendo en líneas precedentes, como estado de inocencia y manifiesta que:

“El principio de jurisdiccionalidad al exigir en su sentido lato que no exista culpa sin juicio, y en sentido estricto que no haya juicio sin que la acusación sea sometida a prueba y a refutación postula la presunción de inocencia del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena” (Ferrajoli, 2001, p.549).

Lo que establece el autor, es que, dentro de un proceso judicial, debe practicarse las pruebas, que justifiquen la culpabilidad del procesado, y que dichas pruebas también puedan ser refutadas por la contraparte, ejerciendo así materialmente el derecho a la defensa, que es innato a

todos los seres humanos y que debe garantizarse en todo proceso judicial que se le siga a cualquier individuo.

El principio universal de “estado de inocencia”, es reconocido por la mayoría de legislaciones a nivel mundial, es fundamental para el correcto desarrollo de sistemas procesales jurídicos, ya que su naturaleza jurídica obedece al postulado de que toda persona, quien está siendo procesada, debe siempre considerársele como inocente, hasta que se demuestre lo contrario mediante sentencia condenatoria ejecutoriada, es decir, que se declare formalmente la culpabilidad del justiciable. En el caso ecuatoriano al ser un modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia. El estado de inocencia se encuentra consagrado en la Constitución, en el Código Orgánico Integral Penal. En el ámbito internacional también está consagrado el estado de inocencia principalmente en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que son Tratados Internacionales que forma parte el Ecuador y que reconoce a los mismos.

Por lo que, de lo expuesto en líneas precedentes la doctrina ha determinado de diversos conceptos sobre lo que se entiende por principio de presunción o estado de inocencia: “la presunción de inocencia constituye hoy un derecho fundamental constitucionalizado, que representa una garantía procesal irrenunciable para los inculpados, ya que se ha prohibido considerarlos culpables, sin mediar condena.” (Morales Brand, 2006, p. 38). Por lo que de la cita precedente se puede colegir que la presunción o estado de inocencia consiste en una garantía constitucional que engloba lo que constituye un mandato de optimización, puesto que, se trata de una norma que debe ser desarrollada legalmente en mayor medida posible, entendiendo por el

referido principio constitucional que está totalmente prohibido determinar la culpabilidad de una persona sin que exista una sentencia condenatoria ejecutoriada que la determine como tal, siendo así, la presunción de inocencia una garantía irrenunciable e imprescindible del debido proceso penal.

1.2 El estado de inocencia consagrado en el ámbito legal y constitucional ecuatoriano.

En el Estado Ecuatoriano, se han implementado diversas normas y reformas legales cuyo objetivo y finalidad principal, ha sido la de implementar disposiciones jurídicas que guarden armonía con la Constitución de la República vigente, generando así que, se permita una aplicación directa e inmediata de aquel conjunto de derechos, que se encuentran positivizados en el cuerpo normativo constitucional. Esto ha producido que dentro del derecho procesal penal se tienda a reconocer en mayor medida posible, los referidos derechos constitucionales tanto en la fase de investigación previa, como la etapa de instrucción, evaluación y juicio, pues se debe tomar en cuenta, que el país ecuatoriano en teoría, se prioriza la dignidad humana dentro de todo proceso que tienda a solventar un conflicto de naturaleza penal.

Es así que, el Código Orgánico Integral Penal (2021), en su artículo 1, determina que la finalidad del cuerpo normativo penal, tanto en su parte sustantiva como adjetiva consiste en “establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso”, por su parte la Constitución de la República del Ecuador (2008), se ha encargado de determinar un cúmulo de derechos y garantías inherentes al proceso penal, con el fin de evitar la arbitrariedad y discrecionalidad al momento de administrar justicia penal. Los referidos

derechos y garantías se encuentran positivizados en el artículo 76 del cuerpo normativo constitucional, los cuales se presentan a continuación:

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin formula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.
2. Ninguna persona podrá ser admitida en un centro de privación de libertad sin una orden escrita emitida por jueza o juez competente, salvo en caso de delito flagrante. Las personas procesadas o indiciadas en juicio penal que se hallen privadas de libertad permanecerán en centros de privación provisional de libertad legalmente establecidos.
3. Toda persona, en el momento de la detención, tendrá derecho a conocer en forma clara y en un lenguaje sencillo las razones de su detención, la identidad de la jueza o juez, o

autoridad que la ordenó, la de quienes la ejecutan y la de las personas responsables del respectivo interrogatorio.

4. En el momento de la detención, la agente o el agente informará a la persona detenida de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la asistencia de una abogada o abogado, o de una defensora o defensor público en caso de que no pudiera designarlo por sí mismo, y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique.
5. Si la persona detenida fuera extranjera, quien lleve a cabo la detención informará inmediatamente al representante consular de su país.
6. Nadie podrá ser incomunicado.
7. El derecho de toda persona a la defensa incluye:
 - a) Ser informada, de forma previa y detallada, en su lengua propia y en lenguaje sencillo de las acciones y procedimientos formulados en su contra, y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento.
 - b) Acogerse al silencio.
 - c) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

Las citadas garantías están destinadas a crear un ambiente legal y social, en el cual exista la debida protección tanto de la víctima como del acusado dentro del proceso penal, de manera que las referidas garantías en conjunto, buscan salvaguardar la dignidad humana de los sujetos procesales. Lo manifestado es correcto puesto que, se debe recordar que al ser Fiscalía quien tiene la titularidad de la acción penal o “ius puniendi”, se entiende que el procesado o investigado es la parte más débil dentro de la relación jurídico penal.

Pues al ostentar el Estado el dominio del derecho punitivo, evidentemente tiene a su disposición, no solo el presupuesto económico, sino también las herramientas legales y sociales con las que puede impulsar el proceso penal, esta es la razón de ser por la cual son necesarias las garantías inherentes al debido proceso, a fin de que el procesado o investigado pueda de alguna manera defenderse de la manera más equitativa y justa frente a todo el poder punitivo del aparataje estatal.

La Corte Constitucional a través de su Sentencia No. 004-16-CEP-CC del año 2016, determina lo siguiente:

El debido proceso se muestra como un conjunto de garantías con las cuales se pretende que el desarrollo de las actividades en el ámbito judicial o administrativo esté sujeto a reglas mínimas con el fin de proteger los derechos garantizados por la norma. (Sentencia No. 004-16-CEP-CC, 2016).

Es por lo que, de todas las garantías enunciadas con anterioridad, se puede colegir que la garantía de presunción o estado de inocencia, sin duda es uno de los principios constitucionales más importantes sobre los cuales se encuentra cimentado el debido proceso penal, pues en el Ecuador como ya se citó previamente dicha garantía se encuentra reconocida a nivel constitucional en el artículo 76 del referido cuerpo normativo jerárquico superior, determinando dicha disposición que se presumirá la inocencia de todo individuo, además de ser tratado como tal, mientras no se haya determinado su responsabilidad penal a través de una sentencia condenatoria ejecutoriada. Es por lo que:

El principio de presunción de inocencia es la clave explicativa de todo el régimen de garantías procesales, ya que se trata de un principio fundamental en un régimen democrático, aunque lamentablemente es el más vulnerado, por ello en el transcurso de los trámites procesales ha de estimársele como inocente, lo cual implica una variedad de derechos que le asiste’’ (García Falconí, 2001, p. 86).

Es así que, la presunción de inocencia irradia sistemáticamente en todo el ordenamiento jurídico procesal penal, debido a que esta no se materializa de manera individual, sino que a pesar de su autonomía, al referido precepto constitucional se lo aplica en consonancia con la demás garantías inherentes al debido proceso, esta la razón por la que Cahvario (2000), determina que sería extremo e inoportuno subsumir a la presunción de inocencia todas las condiciones de legitimidad que engloban el proceso judicial penal. Es así que la presunción de inocencia tiene una intrínseca conexión con todas las garantías del debido proceso a fin de cumplir con la misión de salvaguardar la dignidad humana tanto del imputado como quien acusa dentro de un proceso penal

legítimo y constitucional. Por todo lo expuesto es que el Código Orgánico Integral Penal (2021), en su artículo 5 numeral 4, determina que “toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario”

1.3. El estado de inocencia consagrado en el ámbito legal internacional.

El Ecuador, además, de reconocer la presunción de inocencia dentro de su normativa local vigente, también la reconoce dentro de la esfera del Derecho Internacional Público, pues el Estado Ecuatoriano se encuentra adherido a diversos tratados internacionales de derechos humanos, que reconocen a la presunción de inocencia como una garantía jurisdiccional fundamental y primordial dentro de todo proceso penal. Es así que, la referida garantía se encuentra positivizada en la Convención Americana de Derechos Humanos (1977), en su artículo 8 numeral 2, determinando lo siguiente: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se reconozca legalmente su culpabilidad”.

A su vez, la presunción de inocencia también se encuentra reconocida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), en su artículo 14 numeral 2, el cual establece que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad”.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), en su preámbulo establece que debe considerarse a la libertad, la paz, la justicia como derechos inalienables e iguales para todos los miembros de un conglomerado social y que los derechos humanos sean protegidos por los

regímenes de derecho de cada país. En el artículo 11 numeral 1 del referido cuerpo normativo, señala lo siguiente sobre la presunción de inocencia:

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

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha determinado en el caso *Herrera Ulloa vs Costa Rica* lo siguiente:

El derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probandi corresponde a quién acusa (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Herrera Ulloa vs Costa Rica*, 2004, párrafo 154).

Pues de la cita precedente se colige que en el plano internacional el precepto de estado de inocencia, conlleva que los medios probatorios que se deben practicar dentro del proceso penal, deben valorarse correctamente por parte del juzgador antes de emitir una condena, pues que el funcionario jurisdiccional tiene la obligación de analizar la prueba en base a los principios de contradicción y publicidad, a fin de respetar siempre el principio constitucional de inocencia.

No obstante, la jurisprudencia internacional presenta diversas excepciones a la regla señalada con anterioridad, haciendo referencia a medios probatorios pre constituidos o anticipados, o los que únicamente engloban conductas imposibles de difícil práctica dentro de una audiencia oral, pública y contradictoria siempre y cuando se proteja y garantice los principios de contradicción y derecho a la defensa.

También constituye una excepción a la regla señalada, la conducta pasiva del procesado dentro de la esfera probatoria, al igual que todo tipo de atenuante o eximente de responsabilidad penal, debido a que las mismas, no solo que necesitan ser alegadas por el procesado sino además debidamente probadas.

No obstante, el Derecho Internacional no deja de soslayar que todo medio probatorio obtenido en vulneración de derechos humanos fundamentales, no solo que atenta contra la validez jurídica del proceso penal, sino que afecta directamente tanto al derecho de igualdad como el estado de inocencia del procesado en el proceso penal.

Pues la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que "el estándar del sistema interamericano de derechos humanos", el cual establece "la exclusión de cualquier valor probatorio a pruebas obtenidas en violación a derechos humanos". (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Lori Berenson vs Perú, 2004, párrafo 129.2). Y estableciendo además la corte que "Así como no puede condenarse a una persona si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, con más razón no se puede condenar si obra contra ella prueba ilegítima, por haberse obtenido en

violación a sus derechos humanos" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Lori Berenson vs Perú, 2004, párrafo 129.2).

Finalmente, el Derecho Internacional a través de su jurisprudencia también ha determinado el reconocimiento de la presunción de inocencia en situaciones de carácter extra procesal, manifestando la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Lori Berenson vs Perú que todo sujeto tiene derecho a no ser reconocido como ejecutor o participe de cualquier infracción penal, y que a su vez, no sea posible aplicarle al referido individuo los efectos legales o consecuencias inherentes a hechos delictivos, mientras la conducta del sujeto en cuestión se subsuma en lo que manda y determina el ordenamiento legal, respetando así el derecho a la libertad y seguridad autónoma de los individuos. Es así, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reconoce la posibilidad de que un individuo no solo puede ser afectado en su derecho de presunción de inocencia por un funcionario jurisdiccional, sino también por cualquier autoridad competente o un particular, manifestando la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en base al principio de presunción de inocencia, que ninguna persona dentro de la sociedad jurídicamente organizada, tiene la facultad de emitir un juicio de imputación delictiva a otra contribuyendo a formar una opinión pública, siempre que no se acredite a través de la ley, la exigente responsabilidad penal.

Tal como lo establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos señalando que:

El derecho a la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2, de la convención, exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio

ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Lori Berenson vs Perú, 2004, párrafo 160).

CAPITULO II.- Flagrancia en el sistema penal.

2.1 La aprehensión por parte de servidores públicos ante el cometimiento de una infracción penal flagrante.

2.1.1 Concepto:

Desde la etimología de las palabras, se afirma que el término flagrancia se deriva del verbo latín “flagare”, “flagrantis” y “flagrans”, el cual significa quemar o arder. Es decir, la referida palabra significa existencia de un elemento que resplandece, flagra o arde como las llamas de fuego, es por lo que, si se realiza la debida analogía literaria de la metáfora se puede determinar que existe una relación intrínseca entre arder, y el hecho que se está ejecutando al instante. Es así que, se afirma en términos generales que la flagrancia consiste en la ejecución de un acto de manera actual e inmediata, puesto que, dicha acción resulta tan obvia y clara que no hay la necesidad de medios probatorios para demostrar la existencia de la referida acción ya que basta que dicho hecho se esté ejecutando para que adquiera credibilidad y certeza al igual que el observador puede apreciar el fuego que arde.

Pues para la doctrina, el delito flagrante se lo define como “aquel hecho antijurídico y doloso que se está cometiendo de manera singularmente ostentosa o escandalosa” (Cordero, 2000, p.410).

Así también se entiende al delito flagrante como “el hecho delictivo que se descubre en el momento mismo de su realización; y cuya comisión en público, ante diversos testigos facilita la prueba y permite abreviar el procedimiento” (Cabanellas, 2005, p. 42).

Es por lo que, las definiciones citadas, se puede determinar que el delito flagrante evidentemente se relaciona con el escenario en el que el individuo que comprueba, se considera como medio probatorio directo para la existencia de la infracción flagrante como tal; sin embargo, para Carnelutti (1950) no se debe caer en la equivocación de entender a la flagrancia como una prueba en sí misma, puesto que, eso generaría que el injusto flagrante sea la infracción penal que se ejecuta actualmente, produciendo así que, se consideren delitos únicamente aquellos que por su actualidad tengan la característica de flagrancia, lo cual es equivocado, ya que los delitos no flagrantes también se caracterizan por tener actualidad, por tanto la flagrancia no debe ser asociada con un hecho presente y actual sino con la visibilidad del sujeto frente el injusto delictivo.

Es así que, las características de actualidad e inmediatez, no son condiciones específicas y directas para una configuración de un delito flagrante, pues dichos elementos son condiciones generales para todas las infracciones penales previstas en el Código Orgánico Integral Penal, por ejemplo, si una persona mata a otra en una fecha determinada en un lugar despoblado, no quiere decir que por el hecho de que no existan testigos el injusto penal no sea actual, pues la referida situación delictiva evidentemente se produce en un momento específico actual e inmediato de la historia humana. Siguiendo con el razonamiento lógico precedente se concluye que la flagrancia se vincula más con la apreciación sensorial del sujeto que la observa, que con la actualidad del ejemplo punible.

Todo delito en general es flagrante para quien está presente en el momento de su comisión. Esto quiere decir que la flagrancia no es un modo de ser del delito en sí, sino del delito respecto a una persona; y, por eso, una cualidad absolutamente relativa; el delito puede ser flagrante respecto a Ticio y no flagrante respecto a Cayo (Carnelutti: 1950, p. 77)

Es así, que, otorgando una definición propia de flagrancia, se la puede definir como la apreciación sensorial o visual del hecho punible por parte de un individuo determinado en una circunstancia o situación específica, siendo innecesaria la actualidad de inmediatez como elemento característico de la referida figura delictiva flagrante.

No obstante, el Código Orgánico Integral Penal (2021), en su artículo 527 determina a la flagrancia como:

Se entiende que se encuentra en situación de flagrancia, la persona que comete el delito en presencia de una o más personas o cuando se la descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que exista una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la aprehensión, así mismo cuando se encuentre con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos a la infracción recién cometida.

No se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de veinticuatro horas entre la comisión de la infracción y la aprehensión.

Del concepto precedente determinado por el Código Orgánico Integral Penal, se derivan elementos específicos que engloban su totalidad la figura de la flagrancia como institución jurídica penal. Es así, que dichos elementos son tres:

- Persecución ininterrumpida.
- Inmediatez.
- Que el individuo que cometa la infracción se encuentre portando armas, instrumentos, productos del ilícito, huellas o documentos inherentes al hecho punible consumado.

2.1.2 Naturaleza Jurídica:

En términos generales para encontrar la verdadera naturaleza jurídica de la flagrancia como institución jurídica penal, es necesario en primer lugar establecer lo que se entiende por delito para la dogmática jurídico penal, pues es de común conocimiento en la esfera punitiva que la definición conceptual y completa de injusto penal atravesó un estudio de largos años a fin de intentar condensar en un solo concepto todos los elementos relativos e inherentes a lo que se entiende por infracción penal. Debido a que, para la antigua cultura jurídica, bastaba con definir al delito como toda conducta o acto efectuado por un individuo que tiende a ser objeto de una sanción privativa de libertad, no obstante, dicha definición era escasa e incompleta, pues no podía abarcar la totalidad de los elementos pertenecientes a la infracción penal, puesto que, la doctrina jurídico penal necesitaba especificar un concepto que englobe los elementos de imputación necesarios a

fin de conseguir una eficaz y correcta responsabilidad penal. Pues se debe tener en claro que, para la doctrina penal antigua, definir al delito penal no era sencillo puesto que, la diversidad de elementos inherentes a la realidad social, política, ética y psicológica de la humanidad tenía que ser traducidas e impregnadas a un concepto que las recoja y reconozca al momento de determinar la culpabilidad de un infractor penal. Es por lo que, Salazar (2021) antes de la llegada del Derecho Penal moderno existieron diversas definiciones y conceptos, acerca de lo que es el delito tanto en la esfera formal y material del mismo. No obstante, ninguna de estas definiciones llegaba a ser suficiente al momento de encontrar una estructura conceptual completa y total.

Es así que, el hallazgo jurídico penal más importante del siglo precedente (siglo XX) fue que la dogmática penal llegó a un acuerdo y convenio por lo que se entiende por delito encontrando al fin una definición completa que abarque todos los elementos intrínsecos a la figura legal delictual.

Por tanto, es así que, “en la moderna dogmática del Derecho Penal existe en lo sustancial un acuerdo en cuanto a que toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica, culpable y que cumple otros eventuales presupuestos de punibilidad” (Roxin, 1997, p.193)

Por lo que es correcto determinar que el delito consiste en un concepto estructural de acto - típico - antijurídico - culpable; conociendo, que cada uno de los elementos, como se dijo, tiene un contenido amplio de dogma a ser descifrado, e incluso la estructura secuencial nos permite concluir que si un elemento no se evidencia en la materialidad del hecho, no es necesario continuar con el subsiguiente, pues el injusto se disuelve, siendo cada variable

gobernada por la libertad del ser humano como un individuo que puede decidir por sus actos. (Salazar, 2021, p.43).

Por tanto, estableciendo como referencia la clasificación de los delitos por el instante de su ejecución los mismos en conformidad a Noboa (1985) los referidos injustos pueden ser flagrantes y no flagrantes. Pues el título precedente se dejó en claro que el delito flagrante es el cual el individuo tiene una apreciación sensorial del injusto en el momento exacto de su ejecución, mientras que los delitos no flagrantes son aquellos que no cumplan con las características mencionadas anteriormente.

Por lo que, se puede afirmar que la naturaleza misma de la flagrancia radica en un acto típico antijurídico y culpable que ha sido descubierto por uno o varios individuos en el momento mismo de su cometimiento, pues como se mencionó en líneas anteriores, la actualidad de inmediatez no son elementos determinantes del injusto flagrante, sino que, se necesita, además, la apreciación visual de un agente ajeno a la infracción para que la misma tenga la característica de flagrante, configurando así la naturaleza jurídica de la figura legal estudiada.

2.1.3 Características:

Las características de la flagrancia como ya se determinó en títulos precedentes, consisten en los siguientes:

1. Persecución ininterrumpida.

El Código Orgánico Integral Penal, (2021) tiene su propia definición y determina que cuando estamos ante una situación de flagrancia es cuando el individuo que comete el ilícito, lo realiza en presencia de una o varias personas, que se descubre de manera inmediata al momento de su cometimiento, que siempre indispensablemente se necesita una “persecución ininterrumpida”, que se hallen armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos a la infracción cometida. Y el código determina una pauta sobre la persecución ininterrumpida al final del artículo 527, en el que expresamente establece que no se puede alegar persecución ininterrumpida, si se ha excedido del tiempo de veinticuatro horas desde la comisión del delito o contravención hasta la aprehensión del individuo. En el caso que algún sujeto fuese detenido y privado de la libertad, ya transcurrido ese tiempo evidentemente estamos frente a una detención ilegal ilegítima y arbitraria, ya que, la falta de este elemento no permitiría configurar un delito flagrante.

La Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, en sentencia 23 de abril de 2012 manifiesta lo siguiente para establecer cuando se está frente a una situación de delito flagrante:

RATIO DECIDENDI"1. Para que se configure el “delito flagrante” debe cumplirse uno de sus elementos el cual es la “persecución ininterrumpida”; dentro del límite temporal de 24 horas, exigido en la norma procesal, sino se cumple con aquella, la detención resulta ilegítima (Resolución No. 378-2012, 2012)

Así mismo el maestro Cabanellas (2005) establece en su diccionario jurídico, que el delito flagrante es cuando el delincuente es sorprendido mientras comete el ilícito, el individuo es “perseguido y ha sido detenido”, sin solución de continuidad con respecto a la ejecución, tentativa

o frustración. No cabe duda, la necesidad del elemento de la persecución ininterrumpida para poder configurar un delito flagrante.

2. Inmediatez.

Existe una estrecha relación entre la característica anterior de la persecución ininterrumpida y la de la inmediatez como lo establece el Código Orgánico Integral Penal.

Para Zavala (2005), la inmediatez se refiere a que engloba un espacio corto de tiempo en el cual abarca la ejecución o cometimiento de un acto punible frente a un momento posterior, que debe ser en el cual, se de persecución al autor, después del cometimiento del delito hasta que se termina la persecución física o es detenido.

2.1. Inmediatez temporal.

La inmediatez temporal posee como elemento base el tiempo al momento en el que se comete una acción punible, es menester, que el individuo sea descubierto de manera inmediata o luego de cometer el delito. El lapso, se comprende desde actos de ejecución que alcance su grado de tentativa; además el tiempo de duración no debe ser mayor a las veinticuatro horas, desde el cometimiento de un supuesto delito.

2.2. Inmediatez personal.

La inmediatez personal posee como elemento base a la persona, quien ha cometido la acción punible y se le ha encontrado en el lugar de los hechos o haya sido detenida cerca de este, lo cual permite inferir su participación en el cometimiento de un ilícito.

Otra definición de inmediatez personal es aquella “que el delincuente se encuentre allí en ese momento en situación tal con relación al objeto o a los instrumentos del delito que ello ofrezca una prueba de su participación en el hecho; o sea inmediatez personal” (Cordero, 2010, p. 9)

La doctrina plantea que existe un elemento adicional de la flagrancia, este elemento se refiere a la “necesidad urgente” que establece la intervención de un agente, para realizar la aprehensión, el Código Orgánico Integral Penal (2021), determina quiénes son los agentes de aprehensión, en su artículo 528: “nadie podrá ser aprehendido sino por los agentes a quienes la ley impone el deber de hacerlo, salvo el caso de flagrancia, de conformidad con las disposiciones de este Código”. Según el análisis realizado al siguiente artículo se infiere que se está refiriendo a la Policía Nacional, Agentes de Tránsito en el caso de cometimiento de una contravención en materia de tránsito, o miembros de las Fuerzas Armadas.

Pero además algo muy importante que se establece en el párrafo final del artículo 528, del cuerpo normativo referido, es que “Si el aprehensor es una persona particular, deberá poner inmediatamente al aprehendido a órdenes de un agente policial.” Por lo tanto, este artículo le brinda la facultad al ciudadano o particular de poder aprehender al supuesto autor del hecho punible con la finalidad de que no pueda darse a la fuga de haberse cometido un acto punible, eso sí, debe

siempre contactar a un agente policial quien tiene la facultad otorgada por el Estado para realizar una aprehensión y ponerlo a órdenes de la autoridad competente.

3. Que el individuo que cometa la infracción se encuentre portando armas, instrumentos, productos del ilícito, huellas o documentos inherentes al hecho punible consumado.

Este concepto es aplicable flagrancia presunta que establece lo siguiente: “el último supuesto es cuando la persona tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir que ha participado en un hecho delictuoso. Esta apreciación es subjetiva y queda a criterio del aprehensor sin perjuicio de la valoración del juez. (Donna, 2001, pág. 166)

Por lo tanto, la flagrancia presunta determina que es la situación donde se han encontrado armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas, o documentos relativos a la infracción que se ha cometido.

2.1.4 Requisitos de la aprehensión el Código Orgánico Integral Penal.

El artículo 526 del Código Orgánico Integral Penal (2021) que regula la aprehensión, más que un concepto mismo, tiende a determinar quiénes son los sujetos para llevar a cabo una aprehensión: “Cualquier persona podrá aprehender a quien sea sorprendido en delito flagrante de ejercicio público y entregarlo de inmediato a la Policía Nacional.” Por lo tanto, un particular podría realizar la aprehensión, pero siempre y necesariamente debe ser puesto a disposición de la Policía Nacional el presunto infractor, caso contrario, se produce una aprehensión ilegítima.

El segundo párrafo del mencionado artículo 521 del Código Orgánico Integral Penal, (2021), establece que los servidores públicos, refiriéndose a la Policía Nacional, organismos competentes en materia de tránsito (Agentes de Tránsito), miembros de la fuerzas armadas, deberán siempre aprehender cuando sorprendan a un individuo o individuos, en el cometimiento de un delito flagrante, además, siempre el agente aprehensor debe informar el motivo de la aprehensión y ponerlo de manera instantánea a órdenes de la Policía Nacional.

Finalmente, en el último párrafo del mencionado artículo 526 del referido cuerpo normativo, establece lo siguiente:

Las o los servidoras de la Policía Nacional o de la autoridad competente en materia de tránsito, podrán ingresar a un lugar cuando se encuentren en persecución ininterrumpida, para el solo efecto de practicar la respectiva aprehensión de la persona, los bienes u objetos materia del delito flagrante.

Es por eso, que la persecución ininterrumpida a un antisocial por parte de los Agentes de Aprehensión, permite que puedan ingresar a un establecimiento, sin necesidad de una orden de allanamiento, ya que se encuentran facultados para realizarlo, según lo establece el código de la referida materia, al existir ese momento mismo, una persecución ininterrumpida, cuya finalidad es aprehender al sujeto y/o los cuerpos materia del delito flagrante.

Como ya se venía mencionando en líneas precedentes el Código Orgánico Integral Penal (2021) determina quienes son Agente de Aprehensión y establece lo siguiente:

Nadie podrá ser aprehendido sino por los agentes a quienes la ley impone el deber de hacerlo, salvo el caso de flagrancia, de conformidad con las disposiciones de este Código.

De la disposición normativa citada, se infiere que los únicos facultados para realizar la aprehensión son aquellos miembros de la Policía Nacional, Agentes de Tránsito en el caso de cometimiento de una contravención en materia de tránsito y finalmente miembros de las Fuerza Armadas. En el siguiente párrafo del mencionado artículo, detalla que cualquier persona podrá aprehender en dos situaciones en específico:

Sin embargo y además del caso de delito flagrante, cualquier persona podrá aprehender:

1. Al que fugue del establecimiento de rehabilitación social en el que se halle cumpliendo su condena, detenido o con prisión preventiva.
2. A la persona procesada o acusada, en contra de quien se ha dictado orden de prisión preventiva o al condenado que está prófugo.

Por otra parte, la prisión preventiva se debe entender como una medida cautelar contemplada en el Código Orgánico Integral Penal, (2021) en su artículo 534, determina que la referida figura jurídica se caracteriza por despojarle al procesado su derecho a la libertad antes de que se emita la sentencia, con la finalidad de “garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena”.

En el primer caso, cualquier persona podrá realizar la aprehensión, frente a una situación de fuga de un establecimiento de rehabilitación social, este particular podrá entonces realizar una persecución ininterrumpida con la finalidad de aprehenderlo y termine de cumplir la condena el antisocial, o retornar al centro de rehabilitación si un individuo se encuentra con medida cautelar de prisión preventiva.

El segundo caso es casi similar al que plantea el primero, se refiere a la aprehensión de un sujeto en contra de quien se ha dictado o se ha ordenado prisión preventiva y busque por sus medios darse a la fuga y no cumplir con la medida cautelar de carácter personal que se le ha impuesto. Otro es el caso en el que un antisocial está prófugo de la ley, y lo que se busca es aprehenderlo para ponerlo a órdenes de la autoridad competente, para que sea reinsertado en el centro de rehabilitación social y cumpla con la condena que se le ha impuesto.

2.1.5 Diferencia entre Aprehensión y Detención:

Es necesario establecer que si bien la aprehensión y la detención, parecen ser conceptos similares, pues en realidad no lo son, cada uno tiene su tratamiento normativo diferente en el Código Orgánico Integral Penal, como ya se ha venido analizando anteriormente, la aprehensión es una acción realizada por la autoridad competente y en casos especiales por parte de particulares, que logran agarrar materialmente al infractor, con la finalidad de que este no huya. Por otro lado, la detención según el artículo 530, del Código Orgánico Integral Penal (2021), establece lo siguiente; “La o el juzgador, por pedido motivado de la o del fiscal, podrá ordenar la detención de una persona, con fines investigativos.”, según los analizado, la detención va por otra dirección de lo que se plantea en la aprehensión, se puede incluso percibir que interviene la figura del fiscal,

quien solicita que se detenga a una persona porque puede venir a ser fundamental para el desarrollo de una investigación.

Los requisitos para la detención, lo que debe contener la boleta de aprehensión que establece el Código Orgánico Integral Penal, (2021), son el motivo de la detención, que se refiere a él ¿por qué de la detención?, el lugar y fecha en el que se expide y finalmente la firma de la o el juzgador competente que la expide, esta boleta deberá ser entregada a la Policía Nacional, quien es el encargado de llevar a cabo la detención fundamentándose en la boleta de detención.

La duración de la detención no podrá ser mayor a veinticuatro horas como determina el artículo 532 del Código Orgánico Integral Penal (2021): “En ningún caso la detención podrá durar más de veinticuatro horas. La versión que tome la o el fiscal será receptada en presencia de su defensor público o privado.” Y, además, dicha versión que se tome lo hará el detenido siempre en presencia de su defensor público o privado, esto para que se haga valer su derecho a la defensa.

Al momento de la detención, debe el individuo ser informado sobre los derechos que le asisten, por parte de la Policía Nacional, y el juzgador es quien tiene que cerciorarse que se hayan puesto en conocimientos estos derechos como lo establece el Código Orgánico Integral Penal, (2021), además que se hagan conocer las razones para su detención, que se tenga conocimiento de quien ordena la detención, agentes que realizaron la detención y quienes realizan el interrogatorio. Tendrá también derecho a permanecer en silencio, comunicarse con un familiar o una persona de confianza, solicitar la presencia de su abogado privado o defensor público y en el caso de que la

persona detenida sea un extranjero se deberá poner en conocimiento del representante consular de su país.

2.2. La Cuasi Flagrancia.

2.2.1. Concepto.

Para diferenciar de manera correcta la delgada línea que divide la flagrancia estricta de la cuasi flagrancia es necesario determinar que existe un antes y un después, de la comisión del hecho delictivo, puesto que, el momento de ejecución de la infracción penal es lo que permite que el derecho penal establezca parámetros, lineamientos y matices que permitan diferenciar a cabalidad las dos figuras legales referidas.

Pues como se determinó en líneas anteriores la flagrancia consiste en “el hecho delictivo que se descubre en el momento mismo de su realización; y cuya comisión en público, ante diversos testigos facilita la prueba y permite abreviar el procedimiento” (Cabanellas, 2005, p. 42). Es decir, a la flagrancia se la puede definir como la apreciación sensorial o visual del hecho punible por parte de un individuo determinado en una circunstancia o situación específica, siendo innecesaria la actualidad de inmediatez como elemento característico de la referida figura delictiva flagrante.

Por tanto, de las definiciones precedentes se colige que es necesario que se produzca instantáneamente un hecho delictivo y que el mismo, sea apreciado sensorialmente por un sujeto para que se configure la institución jurídico penal de la flagrancia como tal. No obstante, es necesario plantear la interrogante de ¿Qué sucede en aquellos casos en los cuales el infractor del

delito procede a alejarse del lugar en donde cometió el ilícito?, ¿Es susceptible dicho individuo de ser aprehendido conforme las reglas previstas para la flagrancia? Es así que, de las cuestiones planteadas la dogmática jurídico penal procesal ha presentado la figura de la flagrancia impropia o cuasi flagrancia, la cual consiste en aquellas situaciones en las que:

En el caso en que el autor o autores de un delito son seguidos o perseguidos por la fuerza pública, por el ofendido por el delito, o por otras personas, sin perderlo de vista, por cuanto que, en tales casos, se puede afirmar que entre la perpetración del delito y el arresto del autor del hecho criminoso no hay solución de continuidad, al suceder, se repite, u ocurrir la persecución del culpable de inmediato a la consumación del delito, dicha situación puede ser asimilada a la sorpresa en flagrancia” (Romero, 1969, p. 274).

Es por lo que, para Quinteros Ospina (1985), la normativa penal vigente debe contener expresamente tres requisitos indispensables que configuren de manera correcta y total la cuasi flagrancia, los referidos presupuestos consisten en:

- Exista una captura del infractor por parte de un miembro de la fuerza pública, siempre que, haya existido la respectiva continuación entre la ejecución del hecho punible y la aprehensión del autor del injusto.
- El infractor haya sido aprehendido con posterioridad a la ejecución del hecho punible, debido a que, ha sido sorprendido con tenencia de objetos, instrumentos, huellas relativas al cometimiento relativos a la infracción penal que se investiga.

- El individuo sea aprehendido en razón de, gritos y voces de auxilio que solicitan la aprehensión inmediata del infractor.

Por tanto, de todo el análisis realizado en líneas precedentes, se concluye que la flagrancia estricta consiste en el supuesto en el cual el individuo es sorprendido y aprehendido en el momento mismo de la ejecución de la conducta típica, mientras que la flagrancia impropia o cuasi flagrancia se configura cuando el sujeto activo de la infracción penal es perseguido de manera inmediata justo después de haber realizado la conducta delictiva hasta la respectiva aprehensión del justiciable. Siendo elemento determinante de diferenciación de ambas figuras, el momento de ejecución del delito.

2.2.2. Flagrancia y Cuasi Flagrancia en el Código Orgánico Integral Penal.

Si bien, en el título precedente se ha establecido la diferencia fundamental entre flagrancia y cuasi flagrancia si efectivamente el Código Orgánico Integral Penal, condensa la cuasi flagrancia como una figura legal procesal reconocida por la doctrina penal. Es así que, a continuación, se procede a citar textualmente el artículo 527 del Código Orgánico Integral Penal (2021), a fin de poder determinar si el cuerpo normativo referido reconoce o no reconoce a la cuasi flagrancia como institución legal en el derecho ecuatoriano:

Se entiende que se encuentra en situación de flagrancia, la persona que comete el delito en presencia de una o más personas o cuando se la descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que exista una persecución ininterrumpida desde el

momento de la supuesta comisión hasta la aprehensión, asimismo cuando se encuentre con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos a la infracción recién cometida.

No se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de veinticuatro horas entre la comisión de la infracción y la aprehensión.

De la cita precedente se colige con facilidad que la norma penal ecuatoriana reconoce a primera instancia la flagrancia estricta o propia como tal, puesto que, determina inicialmente, que se encuentra en situación de flagrancia todo individuo que comete una infracción penal a la luz y testimonio de uno o varios sujetos, por lo que, la norma hace referencia al delito flagrante que se descubre en el momento exacto de la ejecución del hecho punible, lo cual constituye lo que en líneas anteriores se conceptualizado como flagrancia estricta o propia.

No obstante, es evidente que si se sigue la lectura de la referida disposición penal se infiere que la cuasi flagrancia también se encuentra reconocida en la legislación penal ecuatoriana puesto que, el artículo 527 del Código Orgánico Integral Penal, reconoce la posibilidad de flagrancia en caso de persecución continuada y el descubrimiento del infractor con huellas, instrumentos, objetos relativos a la infracción en un tiempo posterior a la ejecución de la conducta típica por parte del autor del injusto.

Empero, si se sigue rigurosamente los parámetros doctrinarios, se debe a criterio personal, presentar una crítica a la flagrancia reconocida en la legislación ecuatoriana, puesto que la misma,

no contempla el tercer requisito de cuasi flagrancia postulado por Quintero Ospina, el cual consiste en la aprehensión del sujeto activo de la infracción cuando el agente de la aprehensión escuche voces y gritos de auxilio debido a la presencia de una conducta criminal. Pues hubiera sido correcto que el Código Orgánico Integral Penal contemple también la referida situación.

CAPITULO III.- Abuso de autoridad y derechos constitucionales.

3. 1 Derechos de protección consagrados constitucionalmente que amparan a particulares dentro del procesos judiciales.

En términos generales, desde los inicios de la humanidad, el ser humano ha intentado resolver los conflictos y controversias que se suscitan en su realidad, a través de distintos mecanismos que permitan no solo solucionar sino equilibrar los problemas presentados. Es así como se ha pasado de un sistema de resolución de controversias, en el cual primaba la voluntad de quien era el más fuerte físicamente, para posteriormente evolucionar a la tan denominada ley del talión (ojo por ojo, diente por diente), no obstante, la venganza por mano propia no producía resultados correctos al momento de dilucidar controversias, puesto que, seguía siendo un mecanismo primitivo de resolución de conflictos. Es por lo que, los seres humanos empezaron a determinar que la manera más justa de resolver conflictos, era a través de un tercero imparcial que determine cuál era la solución más justa para las partes en conflicto, es así como surge el debido proceso judicial, constituyendo una entidad estatal que será la encargada de administrar justicia sobre aquel cumulo de controversias que se susciten dentro de una sociedad jurídicamente organizada, por medio de normas, derechos, garantías que determinaran la forma en cómo se llevaran a cabo los referidos procesos a fin de producir una administración de justicia objetiva y justa para todos los ciudadanos del estado.

Se debe afirmar que el término proceso proviene de la palabra latín “processus”, lo cual significa avanzar hacia adelante, lo cual si se lo aplica al ámbito legal hace referencia al avance de

una causa judicial en sus distintas etapas hasta la obtención de una sentencia justa. Es por lo que, al proceso judicial se lo puede definir como aquella serie sucesiva y ordenada de actos que deben cumplirse de manera inexorable, a fin de generar una resolución o sentencia que produzca efectos jurídicos válidos. No obstante, se debe afirmar también que no se debe confundir el termino jurídico de proceso con el expediente judicial sobre el cual se registra documentadamente cada uno de los actos procesales.

Esta es la razón por la cual, el Derecho Procesal, constituye aquella rama legal adjetiva e instrumental, que regula todo lo relativo a la jurisdicción del procedimiento. Es decir, regula la forma en cómo se administra justicia por medio de un proceso judicial, observando el cumplimiento de aquellas formalidades, derechos y garantías que engloban una causa jurisdiccional justa.

Sin embargo, si bien todas las ramas del derecho necesitan del Derecho Procesal para la aplicación sustantiva de sus leyes, a criterio personal se afirma que el proceso judicial que requiere mayor atención, cuidado y observancia es el proceso penal, debido a que, las garantías inherentes al debido proceso exteriorizan los valores democráticos con respecto al procesado, además de salvaguardar la igualdad entre los sujetos procesales dentro de todas las etapas adjetivas en la causa jurisdiccional.

Es por lo que, se puede definir al proceso penal como aquel conjunto de normas, principios, formas y actos que deben cumplirse de manera obligatoria y ordenada, en base a los cuales se investiga una infracción penal a fin de esclarecer la verdad sobre los hechos delictivos y determinar

una resolución, sentencia condenatoria o confirmatoria de inocencia que produzca efectos jurídicos válidos, respetando siempre los derechos tanto de la víctima como del procesado.

Del párrafo precedente se infiere que el debido proceso “es el conjunto de derechos y garantías que protegen a la persona de los posibles excesos o riesgos de abuso o desbordamiento de la autoridad del estado” (Vaca, 2007, p.20). Lo manifestado es correcto puesto que como se mencionó en capítulos anteriores, se debe recordar que el procesado siempre será la parte más débil dentro de la relación jurídico procesal penal.

La Constitución de la República del Ecuador (2008), es el cuerpo normativo superior que establece los cimientos sobre los cuales se levanta el proceso judicial, pues en su artículo 169 prescribe que el sistema procesal es el mecanismo por medio del cual se generará la administración de justicia, afirmando que todas las normas procesales tienen la finalidad de salvaguardar las garantías del debido proceso, a través de los principios de:

- Simplificación.
- Uniformidad.
- Eficacia.
- Inmediación.
- Celeridad.
- Economía procesal.

Es así como el Ecuador con la aplicación del neo constitucionalismo, con la implementación de la constitución del año 2008, tiende a implementar un sistema procesal en el cual prevalezcan los derechos de las personas por sobre el legalismo clásico.

La Constitución de la República del Ecuador (2008), determina la existencia de la tutela judicial efectiva, comprendida esta como un derecho autónomo, un derecho que ostenta la facultad de ser analizado en armonía con los demás derechos y de un derecho que tiene la posibilidad de reconducirse a cualquier componente de los demás derechos constitucionales que los vinculan. Pues así lo determina el artículo 75 del referido cuerpo normativo:

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

Es así que, de la cita precedente se estructura todas las garantías inherentes al debido proceso judicial, las cuales se encuentran positivizadas en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), las cuales se exponen a continuación:

- Cumplimiento de normas y derechos de las partes por toda autoridad administrativa o judicial.
- Presunción de inocencia.
- Principio de legalidad.

- Las pruebas deben ser obtenidas y actuadas con observancia a la constitución y a la ley.

- Principio de favorabilidad.
- Principio in dubio pro reo.
- Principio de proporcionalidad.
- Derecho a la defensa.
- Derecho a ser escuchado en igualdad de condiciones y oportunamente.
- Principio de publicidad de los principios judiciales.
- Derecho al silencio.
- Derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor o interprete.
- Derecho a la contradicción.
- Derecho a no ser juzgado dos veces por una misma causa (non bis in ídem).
- Derecho a ser juzgado por un juez competente, imparcial e independiente.
- Derecho a la motivación.
- Derecho al doble conforme.

Es así, que las garantías del debido proceso constituyen los pilares fundamentales sobre los cuales se levanta un proceso judicial objetivo y justo, respetando siempre los derechos de las partes y garantizando una sentencia judicial válida.

3.2 Las normas inherentes al debido proceso en el Código Orgánico Integral Penal.

Si bien las garantías del debido proceso constituyen principios constitucionales, estos por su naturaleza axiológica se caracterizan por ser normas téticas, abiertas y ambiguas, por lo que es necesario la existencia de distintas normas jurídicas que determinen el ámbito de aplicación específico de los referidos principios. Esta es la razón por la cual Robert Alexy (2007), determina que los principios constituyen mandatos de optimización, mandatos porque son norma y de optimización porque deben ser desarrollados en mayor medida posible por aquel cúmulo de normas jurídicas, que regularan las distintas materias sobre las cuales se van a aplicar los referidos principios constitucionales. El Estado Ecuatoriano obedece a la doctrina y desarrolla los principios del debido proceso en un cuerpo normativo específico y determinado denominado Código Orgánico Integral Penal, en el cual se insertan todos los derechos de las partes dentro del proceso penal.

En conformidad con el artículo 4 del Código Orgánico Integral Penal (2021), se establece que toda persona que interviene en un proceso penal es titular de derechos humanos reconocidos, ya sea a nivel internacional como constitucional. Determinando así que todo el sistema procesal, se levanta sobre los derechos fundamentales de las personas, por lo que, se puede afirmar que se habla de un Derecho Procesal Penal garantista.

Por su parte, el artículo 5 del Código Orgánico Integral Penal, establece el compendio de garantías inherentes al debido proceso que van a reglar toda causa judicial penal, prescribiendo el referido artículo que los principios procesales establecidos en él, no dejaran de observar las demás normas axiológicas establecidas en la Constitución, Instrumentos Internacionales y cualquier otra norma legal. Al establecer el Código Orgánico Integral Penal, que se encuentran incluidas en el

debido proceso, las garantías reconocidas en otras normas jurídicas, se puede inferir la notoria aplicación del principio de cláusula abierta, en virtud del cual se entienden incorporados al ordenamiento legal ecuatoriano todo derecho fundamental, que por alguna razón no haya sido escrito de manera específica en la Constitución o en cualquier otra ley del Estado Ecuatoriano, demostrándose una vez más, que el sistema procesal penal ecuatoriano es de orden garantista.

Es así como la referida disposición del Código Orgánico Integral Penal, engloba y reconoce los siguientes principios procesales:

El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los Instrumentos Internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

1. Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla.

2. Favorabilidad: en caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción.

3. Duda a favor del reo: la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable.

4. Inocencia: toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario.

5. Igualdad: es obligación de las y los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad.

6. Impugnación procesal: toda persona tiene derecho a recurrir del fallo, resolución o auto definitivo en todo proceso que se decida sobre sus derechos, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de derechos humanos y este Código.

7. Prohibición de empeorar la situación del procesado: al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona procesada cuando esta es la única recurrente.

8. Prohibición de autoincriminación: ninguna persona podrá ser obligada a declarar contra sí misma en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

9. Prohibición de doble juzgamiento: ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados

para este efecto. La aplicación de sanciones administrativas o civiles derivadas de los mismos hechos que sean objeto de juzgamiento y sanción penal no constituye vulneración a este principio.

10. Intimidad: toda persona tiene derecho a su intimidad personal y familiar. No podrán hacerse registros, allanamientos, incautaciones en su domicilio, residencia o lugar de trabajo, sino en virtud de orden de la o el juzgador competente, con arreglo a las formalidades y motivos previamente definidos, salvo los casos de excepción previstos en este Código.

11. Oralidad: el proceso se desarrollará mediante el sistema oral y las decisiones se tomarán en audiencia; se utilizarán los medios técnicos disponibles para dejar constancia y registrar las actuaciones procesales; y, los sujetos procesales recurrirán a medios escritos en los casos previstos en este Código.

12. Concentración: la o el juzgador concentrará y realizará la mayor cantidad de actos procesales en una sola audiencia; cada tema en discusión se resolverá de manera exclusiva con la información producida en la audiencia destinada para el efecto.

13. Contradicción: los sujetos procesales deben presentar, en forma verbal las razones o argumentos de los que se crean asistidos; replicar los argumentos de las otras partes procesales; presentar pruebas; y, contradecir las que se presenten en su contra.

14. Dirección judicial del proceso: la o el juzgador, de conformidad con la ley, ejercerá la dirección del proceso, controlará las actividades de las partes procesales y evitará dilaciones

innecesarias. En función de este principio, la o el juzgador podrá interrumpir a las partes para solicitar aclaraciones, encauzar el debate y realizar las demás acciones correctivas.

15. Impulso procesal: corresponde a las partes procesales el impulso del proceso, conforme con el sistema dispositivo.

16. Publicidad: todo proceso penal es público salvo los casos de excepción previstos en este Código.

17. Inmediación: la o el juzgador celebrará las audiencias en conjunto con los sujetos procesales y deberá estar presente con las partes para la evacuación de los medios de prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso penal.

18. Motivación: la o el juzgador fundamentará sus decisiones, en particular, se pronunciará sobre los argumentos y razones relevantes expuestos por los sujetos procesales durante el proceso.

19. Imparcialidad: la o el juzgador, en todos los procesos a su cargo, se orientará por el imperativo de administrar justicia de conformidad con la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de derechos humanos y este Código, respetando la igualdad ante la Ley.

20. Privacidad y confidencialidad: las víctimas de delitos contra la integridad sexual, así como toda niña, niño o adolescente que participe en un proceso penal, tienen derecho a que se

respete su intimidad y la de su familia. Se prohíbe divulgar fotografías o cualquier otro dato que posibilite su identificación en actuaciones judiciales, policiales o administrativas y referirse a documentación, nombres, sobrenombres, filiación, parentesco, residencia o antecedentes penales.

3.3 La vulneración de derechos constitucionales por parte de agentes de la ley al momento de realizar la aprehensión.

El Estado Ecuatoriano, quien es el único facultado para ejercer el poder punitivo, a lo largo de su historia, al momento de poner en ejercicio su sistema judicial y por ende aplicar la Constitución y las leyes que forman parte de su ordenamiento jurídico, han existido en varios casos, un gran cúmulo de ilegalidades, arbitrariedades e ilegitimidades por parte de servidores públicos, principalmente individualizando a agentes de la ley o agentes aprehensores, quienes están autorizados por la ley para detener a una persona con fines investigativos siempre que se haya emitido la orden de detención por un juez competente, o en otros casos, aprehender a un particular en el presunto cometimiento de un ilícito flagrante. Además, se ha evidenciado así mismo, el actuar arbitrario, ilegal e ilegítimo por parte de servidores judiciales, quienes frente a una evidente violación de varios derechos fundamentales por parte de los agentes de la ley. Los jueces han impuesto en algunos casos, medidas cautelares de carácter personal como la prisión preventiva sin cumplir los requisitos que exige la ley. Por lo tanto, es evidente que agentes de la ley y jueces, en casos concretos, han vulnerado derechos constitucionalmente establecidos que son inherentes a todas las personas, individuos, habitantes en el Estado de la República del Ecuador.

Es así como, se puede analizar como referencia, el caso del ciudadano francés Daniel Tibi, quien fue detenido ilegalmente el 27 de septiembre de 1995, ha sido un caso hito en el Derecho para el Ecuador, el Estado fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ante el cometimiento de un cúmulo de ilegalidades, violaciones a derechos fundamentales por parte de la Policía Nacional y Jueces de Garantías Penales.

El señor Tibi, quien era un comerciante de piedras preciosas, fue arrestado el 27 de septiembre de 1995 como ya se mencionó anteriormente, en la ciudad de Quito. En cuanto a la naturaleza del arresto es que únicamente lo puede realizar la autoridad competente, conjuntamente con la Policía Nacional ante el cometimiento de un presunto delito, quienes actúan para la detención de una persona, contra quien se ha abierto una investigación o cuando exista alguna situación de flagrancia delictiva.

Daniel Tibi quien se encontraba recorriendo por la ciudad de Quito en su automóvil, fue detenido por parte de miembros de la Policía Nacional sin ninguna orden judicial emitida por un juez para previamente iniciarse una investigación en su contra por el presunto cometimiento de un ilícito, así como tampoco fue sorprendido en el cometimiento de un delito flagrante, por lo tanto, no había motivo justificado para que se le prive de la libertad al señor Tibi, es evidente que el actuar de los miembros de la policía fue ilegal, arbitrario y la acción realizada fue la de privar de manera ilegal de la libertad a un individuo. La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) en su artículo 9 en cuanto a la detención de un individuo establece que “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”. Además, la Corte Constitucional a través de su Sentencia N°. 247-17-SEP-CC, Caso N°. 0012-12-EP manifiesta que “Con relación a la privación

de la libertad ilegal, esta puede ser definida como aquella ordenada o ejecutada en contravención a los mandatos expresos de las normas que componen el ordenamiento jurídico”. (Sentencia N°. 247-17-SEP-CC, 2017). Se puede evidenciar, según la mencionada cita, que los miembros de la Policía Nacional vulneraron derechos constitucionalmente establecidos y normas que, para este caso en concreto, están reguladas en el Código Orgánico Integral Penal.

Una vez detenido Daniel Tibi, además de estar privado ilegalmente de la libertad, se le incautó sus bienes con el valor aproximado de un millón de francos franceses, dichas pertenencias no le fueron devueltas cuando fue liberado el 21 de enero de 1998. Es por eso que, existió arbitrariedad y abuso de autoridad por parte de la Policía Nacional, como se sabe, la detención se realizó en la ciudad de Quito, pero se ordenó inmediatamente su traslado por avión a la cárcel de la ciudad de Guayaquil, sin ninguna orden previa que disponga su traslado. El ciudadano francés permaneció allí por veintiocho meses. En todo este lapso de tiempo que estuvo privado de libertad, el Estado no le permitió interponer ningún recurso contra los malos tratos recibidos, como tampoco pudo interponer un recurso contra la prisión preventiva sin fundamento que le fue impuesta en su contra, y no había mecanismo alguno para interponer un recurso rápido y sencillo ante un tribunal competente para cesar las violaciones a sus derechos fundamentales. Además, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos determinó que “El señor Daniel Tibi afirmó que era inocente de los cargos que se le imputaban y fue torturado en varias ocasiones, golpeado, quemado y “asfixiado” para obligarlo a confesar su participación en un caso de narcotráfico”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi vs Ecuador, 2004, párrafo 3). Es evidente que se vulneró su estado de inocencia, como ya se sabe, nadie puede ser declarado culpable sin que se

siga un proceso penal y además debe emitirse una sentencia condenatoria ejecutoriada. Situación que al señor Tibi no se le respeta en ninguna ocasión.

De acuerdo a lo que ha establecido, manifestado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Daniel Tibi fue torturado en varias ocasiones, golpeado, quemado, asfixiado, con la finalidad de que confiese que tuvo un grado de participación en un caso de narcotráfico. Según lo mencionado se debe tener en consideración lo que determina la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) en su artículo 5, señala lo siguiente; “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Por lo tanto, se puede definir a la tortura como una serie de actos con la intención de infligir dolor o sufrimiento mediante daño físico o psicológico a un individuo con la finalidad de obtener información, alguna confesión o de castigar por algún acto cometido.

El autor Barret Jastine (2001), en la obra “The Prohibition of Torture under International Law”, manifiesta que para que una acción sea considerada como tortura, debe existir un maltrato inhumano o trato cruel, que tenga como finalidad, poder obtener información o alguna confesión, se ha cuestionado de que si es necesario solamente que se cause sufrimiento cuando exista quizá un fin sádico para que pueda ser considerado como tortura, pero lo que si se ha considerado fundamentalmente, es la necesidad de un trato inhumano con la finalidad de obtener un propósito específico para considerarlo como tortura, es decir, conseguir información o una confesión.

Sin embargo, lo sucedido en la detención ilegal del ciudadano francés, como ya se ha mencionado en líneas precedentes, existieron algunos mecanismos brutales, atroces, que fueron ejercidos en contra del detenido, poniendo en riesgo su vida y afectando directamente su integridad física.

De acuerdo a lo analizado del caso en concreto, los servidores públicos (Policía Nacional), realizaron un atropello a derechos fundamentales inherentes al ser humano, fue evidente que existió un actuar ilegal, arbitrario, ilegítimo, con abuso de autoridad, por parte de la mencionada entidad. Además, en el ámbito jurisdiccional se le negó el derecho a interponer recursos que permitieran mitigar el cúmulo de violaciones a sus derechos, y es en la justicia internacional, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos intervino como ente regulador y administrador de justicia, que en su sentencia por unanimidad declaró que se vulneraron los siguientes derechos fundamentales:

- Derecho a la libertad personal.
- Derecho a la integridad personal.
- Derecho a las garantías judiciales.
- Derecho a la propiedad privada.

Otro caso que ha tomado relevancia en la actualidad de la historia legal, política y social del Ecuador, es el de Freddy Carrión Intriago, Ex Defensor del Pueblo del Ecuador, quien fue sentenciado a tres años de privación de libertad como autor directo de la conducta delictiva de

abuso sexual en contra de quien es la pareja del Ex Ministro de Salud Mauro Falconí. Por tratarse de un delito sexual, no ha sido posible acceder al expediente judicial que contiene los actos procesales del referido caso, sin embargo, se debe hacer mención a que el presente suceso tuvo relevancia nacional, debido a que, en redes sociales circulaba un video en el cual se le notificaba a Freddy Carrión en la cama de un hospital con el inicio de la investigación penal del delito flagrante de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente, contemplado en el artículo 282 del Código Orgánico Integral Penal.

En primer lugar, sucede que la notificación y la calificación de flagrancia fue realizada con posterioridad a las veinticuatro horas de los sucesos delictivos, por lo que expiró el tiempo que otorga la ley para que los funcionarios públicos respectivos procedan a aprehender a un individuo que ha cometido un delito flagrante, se debe recordar que uno de los elementos necesarios para la configuración del delito flagrante, es la persecución ininterrumpida durante las primeras veinticuatro horas del cometimiento del ilícito. Por lo tanto, dicha aprehensión que se realizó fue ilegal e ilegítima, según lo narrado por el abogado de Carrión, el Dr. Santiago Machuca Lozano.

En segundo lugar, según palabras del abogado de Carrión, al infractor se le notificó con el delito flagrante de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente, para posteriormente calificar ante el juez la flagrancia por el delito de abuso sexual y ordenarle en la audiencia de formulación de cargos la prisión preventiva.

En base a lo establecido en líneas anteriores, se expresa que no se pretende afirmar que la aprehensión, formulación de cargos y determinación de la prisión preventiva de Freddy Carrión sean actos ilegales, puesto que no se ha tenido acceso al expediente judicial y solo se puede hacer alusión a lo que ha manifestado el abogado del sentenciado en redes sociales.

No obstante, se ha presentado esta discusión existente sobre el caso de Freddy Carrión a fin de determinar de que en el supuesto de que las cosas hayan sucedido como lo expresa el abogado del sentenciado, se presentaría la existencia del delito de privación ilegal de la libertad por parte de fiscalía, funcionarios públicos que hayan participado de la aprehensión del señor Carrión, y jueces que hayan calificado la flagrancia, conocido la causa y ordenado la prisión preventiva del sentenciado.

Todo esto se afirma en base a que, si ha pasado más de veinticuatro horas desde la ejecución de la infracción, la fiscalía ni ningún miembro de la fuerza pública tenía la facultad para ordenar y realizar la aprehensión del ciudadano Freddy Carrión, por lo que, la referida aprehensión ya constituía una infracción de privación ilegal de la libertad.

De igual manera el calificar la flagrancia por el incumplimiento de orden de autoridad competente y posteriormente cambiar la misma por el delito de abuso sexual, para formular cargos por un delito distinto y ordenar prisión preventiva, originó una afeción directa a los derechos inherentes al debido proceso y a la libertad, por lo que, los jueces que hayan conocido la causa también encajarían su conducta en el delito de privación ilegal de la libertad.

Por lo tanto, este es un breve análisis que se realiza con respecto a un suceso contemporáneo en el Ecuador, a fin de explicar cómo operaría la privación ilegal de la libertad en un suceso específico, concreto y actual. Empero, una vez más se afirma que se trata de un análisis ejemplificativo, puesto que son especulaciones realizadas en base a las afirmaciones efectuadas por el abogado del sentenciado en medios públicos y redes sociales.

CAPITULO IV.- Tipicidad de la privación ilegal de la libertad, frente al abuso de autoridad.

4.1 El delito aplicable individualmente a servidores públicos.

Del cúmulo de derechos reconocidos para derechos humanos, sin duda la libertad ambulatoria es uno de los bienes jurídicos más preciados para los miembros de la sociedad, pues se debe recordar que del nacimiento mismo del Estado de Derecho Francés en el año de 1789, se fundó una nación sostenida y edificada sobre los ideales de igualdad, libertad y fraternidad, demostrando que históricamente la libertad es uno de los pilares fundamentales sobre los cuales se levanta toda sociedad legalmente organizada. En el país ecuatoriano el derecho a la libertad se encuentra reconocido en la Constitución de la República del Ecuador (2008), en su artículo 66 numeral 14 estableciendo que toda persona tiene “derecho a transitar libremente por el territorio nacional y escoger su residencia, así como entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulara de acuerdo con la ley”.

Es por lo que, se puede afirmar que la libertad ambulatoria es sin duda un derecho constitucional en la naturaleza humana, por lo que debe ser debidamente respetado por todas las personas dentro de la sociedad. No obstante, al ser la libertad al ser un bien jurídico de alta importancia social, se lo ha protegido a través del tipo penal de privación ilegal de la libertad, determinado en el artículo 160 del Código Orgánico Integral Penal (2021), estableciendo que:

La o el servidor público que prive ilegalmente de libertad a una persona, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años.

La o el servidor público que disponga la privación de libertad a una persona en lugares diferentes a los destinados para el efecto por la normativa vigente, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Pues de la cita precedente se colige que debe ser evidentemente, que la legislación ecuatoriana protege a la libertad ambulatoria no solo a nivel constitucional sino a nivel penal a fin de salvaguardar los derechos de las personas y sancionar cualquier conducta que lesione las referidas facultades humanas.

Por lo tanto, es necesario analizar la tipicidad objetiva y subjetiva del citado injusto penal no sin antes establecer que para que se perfeccione la conducta penal de privación ilegal de la libertad es necesario que confluyan los siguientes presupuestos:

A. Que la calidad del sujeto activo sea la de servidor público en cualquiera de las ramas del poder y de sus dependencias o entidades.

B. Que el hecho sea el de privar a una persona de su libertad personal.

C. Que tal privación de la libertad se ejerza con abuso de las funciones públicas, esto es, sin el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales. (Gonzales, 2017, p.173).

Es así como se puede afirmar de que el tipo penal de privación ilegal de la libertad, se trata de un delito calificado puesto que solo puede ser realizado como se había mencionado, por un servidor público eliminándose la figura del sujeto activo genérico de la infracción por su parte se puede afirmar que el bien jurídico que protege dicha norma penal es la libertad personal ambulatoria, a fin de evitar que la misma sea lesionada en base a conductas abusivas de servidores públicos alejadas de los presupuestos constitucionales y legales que regulan a la sociedad.

Por lo tanto, a continuación, se procederá a analizar el tipo objetivo y subjetivo de la mentada infracción:

A. Tipo objetivo.

- **Sujetos:** De lo afirmando en párrafos precedentes se puede inferir que el delito de privación ilegal de la libertad contiene un sujeto activo calificado de naturaleza singular, puesto que lo que lo determina es un vínculo jurídico con el Estado al establecer que quien será el victimario del injusto penal hará la función de un servidor público. Es por lo que Gonzales (2017), expresa que para que se configure el sujeto activo del delito en cuestión, es menester que el mismo ostente competencia funcional en términos simples, el servidor público debe encontrarse en ejercicios de sus funciones y tener la facultad de

privar de la libertad cuando las normas lo permitan, a fin de evidenciar que el delito que lo comete lo realiza en medida del abuso de sus competencias.

Con respecto al sujeto pasivo de la infracción analizada se debe afirmar que es de naturaleza genérica, pues cualquier miembro de la sociedad puede ser víctima del delito de privación ilegal de la libertad.

- **Verbo rector:** Si bien el Código Orgánico Integral Penal plantea en su artículo 160 los verbos rectores “privar y disponer”, se puede inferir que la conducta que rige y constituye el núcleo del delito de privación ilegal de la libertad es privar a un individuo de su libertad personal. La palabra privar en conformidad a la RAE (2014), proviene del término latín “privare”, el cual hace referencia a suprimir o despojar la libertad ambulatoria de un individuo. Por tanto, se puede colegir que este delito solo puede cometerse a través de una acción de carácter positivo, debido a que, se necesita de la realización específica de un hacer, para lesionar el bien jurídico de la libertad.

Se debe afirmar que la privación no solo necesariamente puede ser realizada por servidores públicos pertenecientes a las Fuerzas Armadas o a la Policía Nacional, sino que también, puede ser ejercida por los Funcionarios Jurisdiccionales que, inobservando los derechos y garantías de las personas procesadas, emitan sentencia condenatoria ejecutoriada sin fundamento legal ni fáctico alguno.

Esta es la razón por la cual la Corte Constitucional Colombiana ha determinado que:

Una autoridad priva de la libertad a una persona en lugar diferente al sitio destinado de manera oficial para la detención de personas, o lo hace sin mandamiento escrito de autoridad judicial competente, o lo realiza sin el cumplimiento de las formalidades previstas en la ley, o por un motivo que no esté definido en ésta. (Corte Constitucional, Sentencia C-187, 2006).

Pues así, se puede evidenciar que la mayoría de los casos militares, policías y jueces, serán más susceptibles de configurar el sujeto activo de privación ilegal de la libertad.

- **Elemento normativo:** Aquí se debe presentar una crítica al Código Orgánico Integral Penal, debido a que, dentro de la doctrina internacional penal, es de común conocimiento que el presupuesto normativo que determina el tipo penal de privación ilegal de la libertad, hace referencia al abuso de autoridad por parte del servidor público que comete el injusto. Sucede que, la norma penal vigente en el Ecuador no establece expresamente en su artículo 160 la necesidad de existencia del abuso de autoridad, prescindiendo dicha disposición legal de lo que manda y recomienda no solo la doctrina penal sino las legislaciones extranjeras.

El abuso de autoridad hace referencia a la arbitraria, discrecional e ilegítima privación de la libertad, en el ejercicio de las competencias de los funcionarios públicos. Es por lo que, es Lasluissa (2014), determina que el abuso de autoridad es el elemento normativo que produce la razón de ser del verbo rector “privar de la libertad”, debido a que, para la referida autora, el

abuso de autoridad consiste en la causa inmediata que genera la ejecución de la conducta punible estableciendo así una lesión al bien jurídico de libertad ambulatoria.

Bidart (1974), en su teoría de derechos constitucionales establece que históricamente la privación ilegal de libertad siempre se ha producido en base a los abusos de autoridad por parte de servidores y funcionarios de gobierno al mando de funciones del estado, estableciendo dicho autor que el abuso de autoridad ha sido el presupuesto fáctico y ahora normativo, por el cual los miembros del poder público han lesionado los derechos de libertad de los ciudadanos.

- **Objeto material de la infracción:** En conformidad a Palacios (2021), el objeto material de la infracción consiste en el elemento del mundo material sobre el cual recae la infracción o la conducta típica, generándose así, un daño físico sobre el objeto lesionado. Si se traslada este concepto al tipo penal de privación ilegal de la libertad, se puede determinar que, en el referido delito, el objeto material del injusto es a su vez el sujeto pasivo de dicho delito, debido a que, la persona que es víctima de un injusto será a su vez el elemento físico sobre el cual recae todo el peso de la conducta típica.

B. Tipo subjetivo.

Con respecto al tipo subjetivo se debe afirmar que hace referencia a un análisis cognitivo del justiciable frente a la realización de la conducta típica, pues para poder determinar que el elemento subjetivo contiene el delito de privación ilegal de la libertad, se debe observar la naturaleza intelectual de la conducta. Evidentemente, del artículo 160

del Código Orgánico Integral Penal se evidencia, como manifiesta González (2017), que el elemento subjetivo del tipo penal es de naturaleza dolosa, siendo en palabras de Muñoz Conde (2003), conciencia y voluntad de la ejecución de aquel conjunto de elementos que determina a una conducta como penalmente relevante, por lo que es necesario que el sujeto activo de la infracción del delito en cuestión no solo tenga conocimiento de delito penal de privación ilegal de la libertad, sino es necesario que exteriorice su conducta y lesione el bien jurídico protegido de libertad ambulatoria. Pues se debe recordar lo que manifiesta Welzel (1970), afirmando que, al derecho penal no le interesa los pensamientos criminales de las personas a menos que estos se hayan exteriorizado en la realidad.

Es menester realizar una comparación entre los tipos penales de secuestro y de privación ilegal de la libertad, que se encuentran regulados en el en el Código Orgánico Integral Penal. Ambos delitos afectan a un mismo bien jurídico, en este caso es la “libertad ambulatoria” o la “libertad personal”, sin embargo, se debe analizar cada uno de estos ilícitos penales, con la finalidad de determinar la naturaleza que tiene cada uno.

Por lo tanto, el Código Orgánico Integral Penal (2021), en su Sección Tercera que se refiere a delitos contra la libertad, en su artículo 160 que regula la privación ilegal de la libertad establece que:

La o el servidor público que prive ilegalmente de libertad a una persona, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años.

La o el servidor público que disponga la privación de libertad a una persona en lugares diferentes a los destinados para el efecto por la normativa vigente, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Es así mismo que el Código Orgánico Integral Penal (2021), en su artículo 161 que regula el secuestro, establece lo siguiente; “La persona que prive de la libertad, retenga, oculte, arrebathe o traslade a lugar distinto a una o más personas, en contra de su voluntad, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años”.

De lo mencionado en líneas precedentes, se puede inferir que, en cuanto al tipo penal de privación ilegal de la libertad, el sujeto activo es calificado, debido a que quien es el victimario como establece el código de la referida materia, es un servidor público en servicio activo. En el caso del tipo penal de secuestro el sujeto activo es genérico, es decir, que cualquier individuo, persona, ciudadano sería el victimario. Así mismo en ambos delitos, se puede determinar que el sujeto pasivo es genérico, por lo tanto, podría ser cualquier persona la víctima del ilícito.

El verbo rector que describe el tipo penal de privación ilegal de la libertad en el artículo 160 del Código Orgánico Integral Penal, es el de “privar de la libertad” y luego describe otro verbo rector que es “disponer”, haciendo referencia al momento que se dé la aprehensión o de ser un caso de detención con fines investigativos, se traslade al presunto infractor a lugares que no son autorizados para la detención.

Con respecto al elemento normativo se debe afirmar que el delito de privación ilegal de la libertad, se caracteriza debido a que el funcionario público en abuso de sus funciones, ha decidido retener ilegalmente a una persona, en cuanto al secuestro no es necesario que exista un abuso de autoridad como tal, pues solo basta con que se produzca la privación ilegal de la libertad para que se configure el referido tipo penal.

La doctrina establece que “la detención es legal por todos sus aspectos menos por el de su duración, pues lo abusivo y arbitrario no es la detención misma sino la indebida prolongación de esa medida, inicialmente legítima” (Arenas, 1991, p.289).

Por su parte Pabón Parra (1996), hace referencia de que el acto de privación de libertad puede ser conforme a derecho o arbitrario, o lícito o ilícito, sin embargo, dicha conducta debe ser, en apariencia, formalmente legal, pues caso contrario se configuraría el delito de secuestro y no el de privación ilegal de la libertad.

Por lo que, si se interpone a la detención como ejemplo, se puede afirmar que, si un ciudadano es detenido lícitamente y dicha detención supera el tiempo establecido en la ley en base al arbitrario ejercicio de las funciones del servidor público, se configuraría el tipo penal de privación ilegal de la libertad.

No obstante, si el servidor público prolonga ilícitamente la detención, pero sin abusar del ejercicio de sus funciones, se configuraría el tipo penal de secuestro.

Por lo tanto, se afirma que el abuso de autoridad es un elemento normativo esencial para diferenciar el tipo penal de secuestro del de privación ilegal de la libertad. Esta es la razón por la cual, es necesario que la legislación penal ecuatoriana inserte en el tipo penal de privación ilegal de la libertad el elemento normativo de abuso de autoridad, puesto que, es un presupuesto objetivo esencial para poder diferenciar la delgada línea que existe entre el delito de secuestro y el injusto de privación ilegal de la libertad.

Con respecto a la tipicidad subjetiva de ambos delitos, se puede afirmar que es de naturaleza dolosa, pues en ambos casos debe existir conciencia y voluntad de ejecutar los elementos objetivos que caracterizan una conducta como típica.

Con respecto a la tipicidad del delito de privación ilegal de la libertad, la jurisprudencia colombiana establece que:

En el conocimiento que tiene el servidor público de la manifiesta ilegalidad de la prolongación de la detención originariamente legítima de una persona, sin justificación legal, y la conciencia de que con tal determinación se vulnera sin derecho el bien jurídico de la libertad, sin que sea menester demostrar el móvil que guió la acción del funcionario. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 21050, 2004).

De la cita precedente se colige que debe existir conciencia y voluntad del servidor público de privar de manera ilegal a una persona, en base a un indebido abuso de autoridad. No obstante, de la jurisprudencia precedente, la Corte determinó la absolución de una funcionaria policial,

debido a que la misma ejecutó su conducta sin dolo, sino con imprudencia, negligencia e impericia, es decir la tipicidad subjetiva era culpa y no dolo, por lo que la funcionaria policial salió en libertad debido a que el Código Penal Colombiano no contemplaba el delito culposo de privación ilegal de la libertad, sino solo su figura dolosa. Esta es la razón por la cual se puede extender una crítica si el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano, expresando que debe reconocer un delito de privación ilegal de la libertad no solo en su esfera cognitiva dolosa, sino culposa, puesto que la mayor parte de servidores públicos policiales suelen ejecutar actos imprudentes que vulneran los derechos de las personas, por lo que al momento de procesar a los referidos funcionarios se puede recaer en impunidad, ya que como en el caso precedente al haber actuado la funcionaria con culpa no pudo ser responsabilizada por el delito doloso de privación ilegal de la libertad.

4.2 La pena privativa de la libertad como sanción para los servidores públicos.

El Ecuador en conformidad a su artículo 1 de la Constitución ha determinado jurídicamente como un Estado constitucional de derechos y justicia, debido a que se ha implementado en el ordenamiento legal ecuatoriano la postura doctrinal del neo-constitucionalismo como una transformación a la vigencia de los sistemas jurídicos tradicionales, dejando atrás el Estado Liberal Francés (1789), en el cual la soberanía parlamentaria era quien determinaba los rumbos del país, para implementar un nuevo derecho fundamentado en los derechos constitucionales de las personas a través de una nueva teoría de las normas, de los sistemas jurídicos y de la soberanía ciudadana, pues como menciona Susanna Pozzolo (2001), serán los jueces quienes ostenten los lineamientos por los cuales se va a dirigir la sociedad jurídicamente organizada.

En este orden de ideas, los ciudadanos pueden exigir en todo momento que el Estado repare la vulneración de sus derechos constitucionales, ya sea por acción u omisión de funcionarios públicos o particulares. Relacionando lo expresado en líneas anteriores con el presente trabajo de investigación, se puede evidenciar que existen casos en los cuales los servidores públicos y agentes de la ley, transgrediendo normas constitucionales y orgánicas deciden privar de la libertad a los particulares, ya sea por circunstancias arbitrarias, error, retardo judicial o inadecuada administración de justicia, produciendo una afección directa a los derechos fundamentales sobre los cuales se levanta toda la teoría neo-constitucional que rige el ordenamiento legal ecuatoriano.

El artículo 11, numeral 9 inciso tercero, de la Constitución de la República del Ecuador, determina la responsabilidad extracontractual del Estado en casos de los cuales los agentes de la ley y funcionarios jurisdiccionales generen una privación de libertad arbitraria y errada de los particulares sometidos a su juzgamiento y cuidado:

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

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las

acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

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

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

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.”

De la cita que antecede se plantea que no solo serán sujetos de responsabilidad extracontractual del Estado, el agente de la ley y el funcionario jurisdiccional de manera arbitraria o error judicial que prive de la libertad a una persona, sino que también deberán ser sujetos de sanciones penales debido a que el totalitarismo o el error han lesionado uno de los bienes jurídicos más importantes sobre los cuales se levantan los derechos constitucionales, es decir, se hace referencia a la libertad ambulatoria de una persona.

Por todo lo expuesto se expone que el agente de la ley que arbitrariamente prive de la libertad a una persona deberá ser sancionado con pena privativa de la libertad, ya que abusando de su autoridad ha lesionado por medio de la conducta desvalorizada el bien jurídico de libertad ambulatoria. Por lo que a criterio personal el referido agente de la ley subsume su conducta en el artículo 160 Código Orgánico Integral Penal, tipo penal que ya ha sido citado a lo largo de la elaboración del presente trabajo. No obstante, es necesario plantear como procede la sanción penal en caso de que un agente de la ley por imprudencia, y un funcionario jurisdiccional por error judicial generan que una persona sea privada de la libertad de manera ilegítima. Si bien desde la vía constitucional existe la garantía jurisdiccional de habeas corpus para evitar la lesión de derechos constitucionales de la víctima, sin embargo, para fines de análisis del presente trabajo, es necesario estudiar como procede la aplicación de la norma penal en contra de jueces y agentes de la ley que, por error judicial, negligencia o culpa han privado de la libertad a una persona.

Para fines de ejemplificación y estudio de la cuestión planteada se utilizará a la prisión preventiva como figura procesal penal que utilizada por jueces y fiscales para asegurar la presencia del procesado a lo largo del proceso judicial. Es de común conocimiento que la prisión preventiva tiene una naturaleza subsidiaria, extraordinaria, especial y de última ratio, debido a que la misma tiene por objeto asegurar la participación del procesado a lo largo de la causa penal, a costa de sacrificar la libertad ambulatoria de un individuo, siendo una figura penal que busca garantizar estabilidad procesal por medio de la privación de la libertad.

En la realidad, se presentan casos en los cuales, ya sea por presión social o por evitar impunidad tanto jueces como fiscales tienden a solicitar e imponer prisión preventiva a los

procesados dentro de los distintos procesos penales, no obstante, los referidos funcionarios olvidan que para que la prisión preventiva proceda debe cumplirse una serie de requisitos taxativos y especiales contemplados en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal (2021):

Finalidad y requisitos. - Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o el juzgador, de manera debidamente fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurran los siguientes requisitos:

1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.

2. Elementos de convicción claros, precisos y justificados de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. En todo caso la sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva.

3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en la audiencia de juicio o el cumplimiento de la pena.

Para este efecto, la o el fiscal demostrará que las medidas cautelares personales diferentes a la prisión preventiva no son suficientes. En el caso de ordenar la prisión

preventiva, la o el juez obligatoriamente motivará su decisión y explicará las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes.

4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.

En los requisitos descritos en los números 1 y 2, el parte policial no constituye ningún elemento de convicción ni será fundamento para solicitar o conceder la prisión preventiva. El parte policial es exclusivamente referencial.

De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad en cualquier otra causa.

Por lo tanto, se evidencia que todo juzgador que imponga a través de resolución la medida cautelar de prisión preventiva debe observar inexorablemente los requisitos establecidos en el artículo precedente, puesto que no basta con que el justiciable desprenda indicios o elementos que permitan verificar la existencia de su responsabilidad frente a la infracción que se procesa, sino que además quien solicita la prisión preventiva (fiscalía o defensa particular de la víctima), o la implementa en resolución (juez), debe fundamentar y motivar que las medidas de cautelares de carácter personal distintas a la prisión preventiva, no son suficientes para asegurar la presencia del procesado dentro del proceso penal, pues en diversas ocasiones por el clamor social y la gravedad de la infracción fiscales y jueces presentan que la prisión preventiva es la medida cautelar idónea

para luchar contra la impunidad cuando en realidad la interposición de dicha medida sin el cumplimiento de requisitos que conlleva puede generar responsabilidad penal para el funcionario jurisdiccional que ha ordenado la prisión preventiva sin observar los presupuestos de ley.

Pues a criterio personal se afirma que, será sancionado con pena privativa de libertad, el funcionario jurisdiccional que con dolo ha incumplido los requisitos establecidos en la norma para que proceda la prisión preventiva, imponiendo la referida medida al procesado. Pues a opinión personal se expresa que el juzgador recae en el delito de privación ilegal de la libertad por lo que debería ser sancionado en conformidad a las normas del Derecho Penal.

No obstante, en caso de que por error judicial, negligencia, imprudencia, impericia el funcionario judicial ha incumplido las normas para que proceda la prisión preventiva, y ha ordenado la privación de libertad de un procesado en base a dicha medida, se afirma que no puede ser sancionado por la legislación penal ecuatoriana, debido a que, el delito de privación ilegal de la libertad configura una tipicidad subjetiva dolosa mas no culposa, generado que el funcionario judicial que vulnere su deber objetivo de cuidado al momento de administrar justicia, no pueda ser objeto del delito de privación ilegal de la libertad, ya que no existe figura culposa de dicha infracción y en base al principio de legalidad se debe recordar que únicamente se puede sancionar las conductas que hayan sido descritas materialmente en el Código Penal como delitos. Esta es la razón por la cual se piensa que es necesaria una reforma al Código Orgánico Integral Penal a fin de que contemple la figura culposa del delito de privación ilegal de la libertad.

Con la finalidad de aportar no solo a la academia sino a la legislación penal ecuatoriana, se sugiere la implementación del tipo penal de delito culposo de privación ilegal de la libertad. Es necesario que se presente un proyecto de ley, que sea discutido, analizado y aprobado por la Asamblea Nacional, para que el delito culposo de privación ilegal de la libertad se incorpore al ordenamiento jurídico, que se tipifique en el Código Orgánico Integral Penal, y que goce de una solidez normativa, fundamentándose en el principio de legalidad.

La descripción material de la conducta sería de la siguiente forma:

“La o el servidor público que, vulnerando su deber objetivo de cuidado, prive ilegalmente de libertad a una persona, será sancionado con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

Finalmente, siguiendo la teoría de imputación objetiva de Jakobs, se expresa que esta figura propuesta de injusto imprudente es de necesaria implementación y vigencia dentro del Código Orgánico Integral Penal, debido a que como se expresó en párrafos precedentes, en la mayor parte de los casos los funcionarios jurisdiccionales privan de manera ilegal de la libertad a una persona sin conciencia y voluntad de ejecutar los elementos objetivos del delito estudiado en este trabajo, originando que sea necesario la presencia del delito culposo de privación ilegal de la libertad en el Ecuador.

4.3 El aumento de la pena, al realizar la aprehensión en lugares que no son los autorizados.

El artículo 160 del Código Orgánico Integral Penal (2021), determina en su segundo inciso lo siguiente:

La o el servidor público que disponga la privación de libertad a una persona en lugares diferentes a los destinados para el efecto por la normativa vigente, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

De la cita precedente, se infiere que la legislación penal establece una penalidad mayor para el servidor público, que ejecute una privación ilegal de la libertad en un lugar distinto al que corresponde, agravándose así el tipo de injusto en cuestión.

Resulta interesante analizar la dosimetría penal del referido inciso citado, pues la dosimetría hace referencia al principio de proporcionalidad de las penas en virtud de la relación que existe entre la conducta y el resultado lesivo, es decir, lo que afirma Salazar (2021), la pena debe responder al axioma “a igual desvalor de acto, igual desvalor de resultado”.

Esto se debe a que el principio de proporcionalidad tiende a delimitar el alcance de los derechos reconocidos a nivel constitucional e internacional dentro de su aplicación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano por lo que, como afirma Bernal Pulido (2014), el test de proporcionalidad de derechos debe cumplir con los presupuestos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de toda pena privativa de libertad. Pues para que exista una privación de libertad moderada y correcta, es menester que los referidos principios se cumplan inexorablemente por

parte de la legislación y la administración de justicia penal, caso contrario se configura el escenario de una vulneración directa a los derechos constitucionales de las personas.

Con respecto al principio de proporcionalidad la doctrina manifiesta lo siguiente:

La aplicación del principio de proporcionalidad implica admitir que los derechos fundamentales tienen dos contenidos: un contenido prima facie y un contenido definitivo. El contenido prima facie se compone de todas las facultades que pueden ser adscritas al derecho, cuando es interpretado de manera amplia. Este contenido es prima facie porque puede entrar en colisión con el contenido de otros derechos y bienes protegidos por la Constitución y, en este caso, puede ser restringido legítimamente por el legislador (...) Sin embargo, dado que esta libertad no es absoluta y debe armonizarse con las exigencias de otros derechos, por ejemplo, el derecho a la vida, ella puede ser restringida por el legislador penal, quien legítimamente puede tipificar el homicidio como delito e imponerle una pena restrictiva de la libertad. Con todo, estas restricciones legislativas tampoco son absolutas. Si bien el legislador puede imponerlas en ejercicio de un extenso margen de acción, este poder público no puede desatender las exigencias que se derivan de los tres sub principios de la proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto y cuyo cumplimiento debe ser controlado por el Tribunal Constitucional. (Bernal Pulido, 2014, p.109).

Es por lo que Lascuraín (2014), determina que la intervención del Derecho Penal debe estar en todo momento sometido al estricto cumplimiento de las garantías inherentes al debido proceso,

y la intensidad de su aplicación debe estar medida en virtud del daño lesivo que produzcan las conductas desvaloradas y el bien jurídico lesionado. Por lo que para que se produzca el principio de proporcionalidad de la pena es necesario que la privación de la libertad como sanción, acoja una implementación adecuada que observe en todo momento no solo las garantías inherentes al debido proceso, sino los fines de la pena misma.

Es por lo que Lascuráin (2014), establece que el principio de proporcionalidad de la pena debe ser entendido en base a dos presupuestos fundamentales:

1. Que la finalidad del derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos de todo peligro inminente o lesión.
2. Que la finalidad referida en el numeral anterior, únicamente puede conseguirse si es que existe la desaprobación social de la conducta típica, siendo esta para la sociedad una amenaza social.

Esta es la razón por la cual, la finalidad del principio de proporcionalidad consiste en evitar el exceso de punición por parte del legislador, en los injustos penales que excedan en su punición los criterios de dosimetría penal técnica. Pues para entenderlo en términos simples es la misma barrera que tiene que observar el juez al momento que determina el número de años de privación de libertad de un sentenciado.

Es por lo que, las leyes penales deben observar el principio de proporcionalidad no solo en relación al desvalor de acto y desvalor de resultado, sino también a la observancia constitucional

de los derechos y garantías reconocidos en la constitución, siendo especial la atención al derecho de libertad ambulatoria ya que es el más afectado dentro de las consecuencias jurídicas que impone la rama jurídica punitiva.

De la doctrina analizada se puede inferir que el legislador ecuatoriano ha entendido que el servidor público que prive de manera ilegal de la libertad a una persona en un centro distinto al que ha sido destinado para el efecto, será sancionado con una pena de privación de libertad de 3 a 5 años, demostrándose que para la Asamblea Nacional dicha conducta genera un desvalor de resultado más amplio que el mero hecho de privar de la libertad a una persona en un centro de encarcelación correspondiente.

A criterio personal, el problema no radica en el número de años de penalidad, sino en la conducta desvalorizada que se analiza para establecer una agravante dentro del tipo penal de privación ilegal de la libertad. Es evidente, que el legislador quiso prever una sanción para los funcionarios que trasladen a los retenidos a centros carcelarios distintos, sin autorización judicial o a cualquier otro lugar ajeno a un centro de privación de libertad autorizado. No obstante en la actualidad los centros de privación de libertad son escuelas del crimen y crueldad, por lo que si un servidor público decide trasladar de manera ilegítima a un privado de la libertad a un lugar distinto a un centro penitenciario en el cual el PPL (persona privada de la libertad), vaya a estar en condiciones mejores de las que estaba en el centro de encarcelación acreditado por el Estado, se estaría ante una conducta desvalorada pero ante un resultado no tan lesivo como en el caso de que la privación ilegal de la libertad se produzca en un centro de rehabilitación social acreditado por el Estado, pues si se produce este segundo presupuesto, el servidor público sería merecedor de una

pena menor que con respecto que con el primer ejemplo evidenciándose que no existe una redacción correcta del tipo penal de una correcta descripción material de las conductas que se pueden ejecutar en la sociedad, no existiendo relación alguna en la dosimetría penal que gradúa la determinación de las penas.

CAPITULO V.- Conclusión.

La presunción o estado de inocencia consiste en una garantía constitucional que engloba lo que constituye un mandato de optimización, puesto que, se trata de una norma que debe ser desarrollada legalmente en mayor medida posible, entendiendo por el referido principio constitucional que está totalmente prohibido determinar la culpabilidad de una persona sin que exista una sentencia condenatoria ejecutoriada que la determine como tal, siendo así, la presunción de inocencia una garantía irrenunciable e imprescindible del debido proceso penal.

Al momento de que suceda el cometimiento de un ilícito penal de carácter flagrante, se puede establecer que una vez consumado el ilícito, siempre debe haber una persecución ininterrumpida hasta que se dé la aprehensión del individuo, dicha persecución no debe exceder más de veinticuatro horas, en presencia de una o más personas y además debe encontrarse el producto del ilícito o algún otro instrumento relativo a la infracción cometida, tal cual lo establece expresamente el Código Orgánico Integral Penal. En el desarrollo del presente trabajo, ha quedado en evidencia que, en el momento de la aprehensión por parte de agentes de la ley en una situación delictiva en flagrancia, es posible que se prive de ilegalmente de la libertad a un individuo, violentando su estado de inocencia que se encuentra garantizado en la Constitución de la República del Ecuador.

Dentro del proceso penal se ha determinado que existe vulneración de las garantías inherentes al debido proceso, cuando los servidores jurisdiccionales han inobservado las

prerrogativas constitucionales de la causa judicial y han impuesto medidas cautelares de carácter personal como la prisión preventiva con la finalidad de que dicho ilícito no genere impunidad, por lo tanto, dicho servidor público (juez) privaría de manera ilegal de la libertad a un individuo, si aquella medida cautelar no es motivada, fundamentada y que no cumpla con los requisitos que establece la ley para ser aplicada.

Se colige que tanto el actuar del agente de la ley como del funcionario jurisdiccional, se adecua al tipo penal de privación de la libertad establecido en el Código Orgánico Integral Penal.

Es menester encontrar una solución al tipo penal de “privación ilegal de la libertad”, mediante una reforma al Código Orgánico Integral Penal en su artículo 160, el mencionado artículo solo contempla el tipo penal como figura dolosa, sin embargo, es necesario determinar la figura culposa de la privación ilegal de la libertad, con la finalidad de que no genere impunidad en los casos que haya existido negligencia, impericia, imprudencia por parte del servidor público y rellenar esta anomia legal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

1. Arenas, A. (1991). *Comentarios al Código Penal Colombiano*. Temis.
2. Barret, J. (2001). *The Prohibition of Torture under International Law*. Part 5: The Normative Content, en “The International Journal of Human Rights”: Frank Cass Publishers.
3. Benavidez, M. (2017). *La garantía del debido proceso*. Derecho Ecuador.
4. Bernal Pulido, C. (2014). *Proporcionalidad, Derechos Fundamentales y Ley Penal*. Ad-hoc.
5. Bidart, G. (1974). *Manual de derecho constitucional argentino*. Ediar.
6. Cabanellas, G. (2005). *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta.
7. Cahvario, M. (2000). *La presunción de inocencia en la jurisprudencia de la Corte Europea*. Editorial Giuffrè.
8. Carnelutti, F. (1950). *Lecciones Sobre el Proceso Penal*. Bosch.
9. Cordero, F. (2000). *Procedimiento Penal*. Temis.
10. Cordero, V. (2010). *La detención en el delito flagrante en la legislación ecuatoriano vigente*. Universidad de Cuenca.
11. Donna, E. A. (2001). *Derecho Penal Parte Especial (Vol. Tomo IIA)*. Buenos Aires: Editorial Rubinzal - Culzoni.
12. Ediar-ConoSur Ltda.
13. Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y razón*, quinta edición. Editorial. Trotta.

14. García Falconí, J. C. (2001). *Manual de práctica procesal constitucional: Las Garantías Constitucionales en el Nuevo Código de Procedimiento* (Primera ed.). Cevallos Librería Jurídica.
15. Gonzales, P. (2017). *Detención arbitraria*. JUS.
16. Lascuraín, J. (2014). *Cuando Penar y Cuanto Penar*. Ad-hoc.
17. Lasluissa, M. (2014). *Violación de Derechos Humanos por la Detención Ilegal de Ciudadanos en el Ecuador*. Universidad Central del Ecuador.
18. Lucchini, L. (1995). *Elemento di procedura penale*. Editorial. Barbera.
19. Maier, J. (2004). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
20. Muñoz Conde, F. (2003). *El Error en el Derecho Penal*. Culzoni.
21. Novoa Monreal, E. (1985). *Curso de Derecho Penal Chileno*. Editorial Jurídica
22. Pabón Parra, P. (1996). *Manual de Derecho Penal*. Doctrina y ley.
23. Palacios Cárdenas, E. (2021). *Error de prohibición y asesoramiento profesional-caso Leo Messi*. UDA LAW REVIEW. Tercera edición. 121-130. Imprenta de la Universidad del Azuay.
24. Pozzolo, S. (2001). *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*. Giappichelli.
25. Quintero, T. (1985). *Practica Forense Penal*. Tomo II. Librería jurídica Wilches.
26. Real Academia de la Lengua Española. (2014). *Diccionario de la lengua española* (23ª ed.).
27. Romero, J. (1969). *Conceptos fiscales en materia penal y probatoria penal*. Editorial graficas Venus.
28. Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. CIVITAS. p.889.
29. Salazar, J. (2021). *Derecho Penal Parte General*. EDINO. p. 140.
30. Vaca, R. (2007). *El debido proceso en la constitución del 2008*. CEP.

31. Vélez Mariconde, A. (1982). *Estudios de Derecho procesal penal*. Tomo II. Córdoba, Argentina: Editorial Córdoba.
32. Welzel, H. (1970). *Derecho Penal Alemán*. Editorial Jurídica de Chile.
33. Zavala Baquerizo, J. E. (2002). *El debido proceso penal*. Guayaquil: Editorial Edino.
34. Zavala Baquerizo, J. E. (2005). *Tratado de derecho procesal penal*. Guayaquil: Editorial Edino. doi:978-9978-210-20-8

Normas jurídicas:

1. Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial 180 (Asamblea Nacional 10 de febrero de 2014).
2. Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449. (Asamblea Nacional 20 de octubre de 2008).
3. Declaración Universal de Derechos Humanos, Registro Oficial 217 (Asamblea General de las Naciones Unidas 10 de diciembre de 1948).
4. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Registro Oficial 405 (Asamblea General de las Naciones Unidas 16 de noviembre de 1966).

Jurisprudencia:

1. CIDH, Caso Lori Berenson vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C N°119, párrafo 129.2 b.

2. CIDH, Caso Lori Berenson vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C N°119, párrafo 160.
3. CIDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C N°107, párrafo 154.
4. Convención Americana de Derechos Humanos, Registro Oficial 801 (Pacto de San José octubre de 1977)
5. Corte constitucional de Colombia. (2006). Sentencia C-187.
6. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tibi vs. Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004, párrafo 3.
7. Corte suprema de justicia, Sala de Casación Penal. (2004). Colombia.
8. Ecuador 06 de enero de 2016).
9. Resolución No. 378-2012, Juicio No. 0831-2009 (Sala de Lo Penal de la Corte Nacional de Justicia 23 de abril de 2012).
10. Sentencia No. 004-16-SEP-CC, Caso No. 1469-12-EP (Corte Constitucional de la República del
11. Sentencia No. N° 247-17-SEP-CC, Caso N° 0012-12-EP (Corte Constitucional de la República del Ecuador 29 de agosto de 2017).