



Facultad de
Posgrado

UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE

FACULTAD DE POSTGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PENAL

**“LA COMISIÓN FLAGRANTE DEL DELITO DE ASESINATO Y LA GARANTÍA A LA
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA”**

Trabajo de Investigación Previo a la Obtención del Título de Magíster en Derecho, mención
Derecho Penal, II Cohorte

TUTOR:

Dr. Merck Milko Benavides Benalcazar PhD.

AUTOR:

Segundo Alfredo Gualapuro Flores

IBARRA - ECUADOR

2022

DEDICATORIA

El esfuerzo plasmado a lo largo de este programa de posgrado, así como también en la elaboración del presente trabajo de investigación, está inspirado y dedicado de la siguiente manera:

A Dios, por darme sabiduría y fortaleza en mis momentos de debilidad, en mis días sombríos y en los retos que son parte del trajín humano llamado vida.

A mis padres, Segundo y Celiana, quienes con su amor, paciencia y esfuerzo me han permitido llegar a cumplir hoy un sueño más, gracias por inculcar en mí el ejemplo de esfuerzo y valentía, de no temer las adversidades porque Dios está conmigo siempre.

A todos, a quienes considero mi familia, porque con sus oraciones, consejos y palabras de aliento hicieron de mí una mejor persona y de una u otra forma me acompañan en todas mis metas y propósitos.

Segundo Alfredo Gualapuro Flores

AGRADECIMIENTOS

El agradecimiento eterno a la Universidad Técnica del Norte, y en especial a mi docente tutor del trabajo de grado; Dr. Merck Benavides Benalcazar PhD., por la guía brindada con su vasto conocimiento y paciencia, en la elaboración de este trabajo de investigación.

A todos mis maestros, quienes fueron partícipes activos en mi proceso de formación como posgradista; loables y eruditos, por su entrega y conocimiento, siempre gracias.

A Dios y toda mi familia, sin los cuales sería imposible alcanzar mis metas, luchar por mis sueños, y tener una razón para ser cada día mejor.

A todos ellos, mis más sinceros agradecimientos.

Segundo Alfredo Gualapuro Flores



UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA

AUTORIZACIÓN DE USO Y PUBLICACIÓN

A FAVOR DE LA UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE

1. IDENTIFICACIÓN DE LA OBRA:

En cumplimiento del Art. 144 de la Ley de Educación Superior, hago la entrega del presente trabajo a la Universidad Técnica del Norte para que sea publicado en el Repositorio Digital Institucional, para lo cual pongo a disposición la siguiente información:

DATOS DE CONTACTO		
CÉDULA DE IDENTIDAD:	1003505615	
APELLIDOS Y NOMBRES:	GUALAPURO FLORES SEGUNDO ALFREDO	
DIRECCIÓN:	Tabacundo; Calle González Suárez Y Luis Freile, Cantón Pedro Moncayo.	
EMAIL:	s-alfredo-10@hotmail.es	
TELÉFONO FIJO:	TELÉFONO MÓVIL:	0990896946

DATOS DE LA OBRA	
TÍTULO:	"LA COMISIÓN FLAGRANTE DEL DELITO DE ASESINATO Y LA GARANTÍA A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA".
AUTOR (ES):	SEGUNDO ALFREDO GUALAPURO FLORES
FECHA: DD/MM/AAAA	22/09/2022
SOLO PARA TRABAJOS DE GRADO	
PROGRAMA:	PREGRADO <input type="checkbox"/> POSGRADO <input checked="" type="checkbox"/>
TÍTULO POR EL QUE OPTA:	MAGISTER EN DERECHO, CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL.
ASESOR /DIRECTOR:	DR. MERCK MILKO BENAVIDES BENALCAZAR PHD.

2. CONSTANCIAS:

El autor (es) manifiesta (n) que la obra objeto de la presente autorización es original y se la desarrolló, sin violar derechos de autor de terceros, por lo tanto, la obra es original y que es (son) el (los) titular (es) de los derechos patrimoniales, por lo que asume (n) la



responsabilidad sobre el contenido de la misma y saldrá (n) en defensa de la Universidad en caso de reclamación por parte de terceros.

Ibarra, a los 22 días del mes de septiembre de 2022.

EL AUTOR:

A handwritten signature in blue ink, appearing to be "Segundo Alfredo Gualapuro Flores", written over a dotted line.

(Firma).....
SEGUNDO ALFREDO GUALAPURO FLORES

UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE

RESOLUCIÓN 173-SE-33-CACES 2020

26 de octubre del 2020

FACULTAD DE POSGRADO

Ibarra, 24 de junio de 2022



Dra. Lucía Yépez
DECANO/A
FACULTAD DE POSTGRADO

ASUNTO: Conformidad con el documento final

Señor(a) Decano(a):

Nos permitimos informar a usted que revisado el Trabajo final de Grado LA COMISIÓN FLAGRANTE DEL DELITO DE ASESINATO Y LA GARANTÍA A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA, del/la maestrante SEGUNDO ALFREDO GUALAPURO FLORES, de la Maestría de DERECHO, MENCIÓN DERECHO PENAL, certificamos que han sido acogidas y satisfechas todas las observaciones realizadas.

Atentamente,

	Apellidos y Nombres	Firma
Tutor/a	Dr. Merck Milko Benavides Benalcázar	
Asesor/a	Dr. José Eladio Coral	

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	2
AGRADECIMIENTOS	3
ÍNDICE DE CONTENIDOS	7
ÍNDICE DE TABLAS	11
ÍNDICE DE FIGURAS	12
RESUMEN	13
ABSTRACT	14
INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO I	17
EL PROBLEMA	17
1.1. Planteamiento del problema.....	17
1.2. Antecedentes.....	28
1.3. Formulación del problema.....	29
1.4. Objetivos de la investigación.....	29
1.4.1. Objetivo General.....	29
1.4.2. Objetivos Específicos.....	30
1.5. Justificación.....	30
CAPÍTULO II	32
MARCO REFERENCIAL	32
2.1. Marco Teórico	32
1. LA GARANTÍA DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DEL PROCESADO EN EL DERECHO PENAL	32
1.1. Garantías básicas del derecho al debido proceso; contexto histórico.....	32
1.2. La presunción de inocencia a través de la historia.....	35
1.3. Presunción de inocencia, ¿garantía o principio?	38
1.4. La presunción de inocencia en el derecho penal contemporáneo.....	42
1.5. El bloque de constitucionalidad y la presunción de inocencia.....	45
1.6. Garantía a la presunción de inocencia en el contexto jurídico penal ecuatoriano.....	48
2. EL DELITO FLAGRANTE EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA	50
2.1. La naturaleza jurídica de la flagrancia y los delitos flagrantes.....	50
2.2. La calidad de aprehendido y procesado.....	51

2.3.	La flagrancia en la legislación penal ecuatoriana.....	53
2.4.	El procedimiento flagrante regulado por el Código Orgánico Integral Penal.....	54
2.5.	Delitos flagrantes recurrentes en la provincia de Imbabura durante los años 2020 – 2022.	56
2.6.	Delitos flagrantes recurrentes en el cantón Otavalo durante los años 2020 – 2022.....	58
3.	TIPICIDAD Y SANCIÓN DEL DELITO DE ASESINATO EN EL DERECHO PENAL ECUATORIANO.....	60
3.1.	Contexto histórico de los delitos contra la inviolabilidad de la vida.	60
3.2.	Bien jurídico protegido por los tipos penales contra la inviolabilidad de la vida.	61
3.3.	El tipo penal asesinato en la legislación penal ecuatoriana.....	63
3.4.	Agravantes constitutivas del tipo penal asesinato.	66
3.5.	Sanción del delito de asesinato en el Código Orgánico Integral Penal.....	72
3.6.	Aplicación de atenuantes en el delito de asesinato en la legislación penal ecuatoriana.	75
4.	VULNERACIÓN DE LA GARANTÍA A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DEL PROCESADO, CON LA IDENTIFICACIÓN FRENTE A LA COMUNIDAD Y LOS MEDIOS EN LA COMISIÓN DE DELITOS FLAGRANTES.....	77
4.1.	Análisis del artículo 529.1 del Código Orgánico Integral Penal.....	77
4.2.	Implicaciones de la identificación física del aprehendido; impacto mediático y judicial.	78
4.3.	Vulneración de la garantía a la presunción de inocencia del aprehendido.....	81
4.4.	Análisis jurídico-doctrinario desde la óptica del derecho penal y constitucional.	85
4.5.	Análisis de derecho comparado; legislación penal colombiana.....	88
4.6.	Distintos escenarios en los que se vulnera la presunción de inocencia.....	91
2.2.	Marco Legal.....	96
2.2.1.	Constitución de la República del Ecuador:.....	96
2.2.2.	Bloque de constitucionalidad:.....	97
2.2.3.	Ordenamiento jurídico interno; Código Orgánico Integral Penal:.....	98
2.2.4.	Jurisprudencia.	98
	CAPÍTULO III.....	100
	MARCO METODOLÓGICO	100
3.1.	Descripción del área de estudio.....	100
3.2.	Enfoque y tipo de investigación.....	100

3.2.1.	Enfoque de la investigación.....	100
3.2.2.	Tipo de investigación.....	101
a.	Documental.....	101
b.	De campo.....	102
c.	Empírica.....	102
d.	Descriptiva.....	102
e.	Explicativa.....	103
3.3.	Procedimientos.....	103
3.3.1.	Métodos.....	103
a.	Método científico:.....	104
b.	Método exegético:	104
c.	Método sistemático:.....	105
3.3.2.	Técnicas.....	105
a.	Análisis de contenidos:.....	106
b.	Entrevista a expertos:.....	106
3.3.3.	Instrumentos.....	106
3.4.	Consideraciones bioéticas.....	107
CAPÍTULO IV		108
RESULTADOS Y DISCUSIÓN		108
4.1.	Entrevista.....	108
4.1.1.	Entrevista realizada al Dr. Luis Adrián Rojas Calle.....	108
4.1.2.	Entrevista realizada al Dr. Darwin Pablo Sigüenza Sánchez.....	113
4.1.3.	Entrevista realizada al Ab. Miguel Ángel Angulo Gaona Msc.	116
4.1.4.	Entrevista realizada al Dr. José Luis Terán Suárez PhD.	122
4.1.5.	Entrevista realizada al Dr. Mauricio Enrique Pacheco PhD.....	127
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....		134
a.	Conclusiones:	134
b.	Recomendaciones:.....	137
BIBLIOGRAFÍA.....		139
ANEXOS.....		144
a.	Guion de preguntas.....	144
b.	Certificados de constancia de entrevistas.....	145

FIGURAS.....	149
c. Imágenes de los entrevistados.....	149

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1	26
<i>Comisión tipo penal robo</i>	26
Tabla 2	27
<i>Víctimas de Femicidio 2020</i>	27
Tabla 3	27
<i>Comisión tipo penal asesinato</i>	27
Tabla 4	57
<i>Delitos flagrantes recurrentes en la Provincia de Imbabura: Junio 2020 – Febrero 2022</i>	57
Tabla 5	59
<i>Delitos flagrantes recurrentes en el cantón Otavalo en el año 2020 – 2022</i>	59

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1	149
<i>Entrevista con el Dr. Luis Adrián Rojas Calle Msc. Conjuez de la Corte Nacional de Justicia de la República del Ecuador, integrante de la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado.</i>	149
Figura 2	150
<i>Entrevista con el Dr. Darwin Pablo Sigüenza Sánchez Msc. Agente Fiscal de la Fiscalía Especializada en Delincuencia Organizada Transnacional e Internacional de Imbabura (FEDOTI)</i>	150
Figura 3	151
<i>Entrevista con el Dr. Miguel Ángel Angulo Msc. Abogado Litigante y docente de Derecho Penal de la Universidad Central del Ecuador.</i>	151
Figura 4	152
<i>Entrevista con el Dr. José Luis Terán Suárez PhD. Decano de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador.</i>	152
Figura 5	153
<i>Entrevista con el Dr. Mauricio Enrique Pacheco PhD. Docente de Derecho Penal de la Universidad Central del Ecuador.</i>	153

UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE
INSTITUTO DE POSGRADO
PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO, MENCIÓN DERECHO PENAL

**LA COMISIÓN FLAGRANTE DEL DELITO DE ASESINATO Y LA GARANTÍA A LA
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA**

Autor: Segundo Alfredo Gualapuro Flores

Tutor: Dr. Merck Milko Benavides Benalcazar PhD.

Año: 2022

RESUMEN

El Derecho Penal es una de las áreas más complejas y controvertidas del mundo jurídico, debido a la naturaleza dogmática, a la mutabilidad de las normas penales, y por supuesto, al desarrollo normativo penal, el cual no puede trascender la esfera de protección que le ha otorgado el Derecho Constitucional. Esta investigación analiza la presunción de inocencia como garantía del proceso penal en la comisión del delito flagrante de asesinato, cuya delimitación fue el cantón Otavalo, de la provincia de Imbabura. *Ergo*, el análisis se torna normativo-positivista, en razón de que el examen se dirige al artículo 529.1 del Código Orgánico Integral Penal, en virtud de que el legislador ecuatoriano, en un intento de ejercer con más dureza el poder punitivo y el monopolio de la fuerza estatal, ha reformado la regla de procedimiento, permitiendo, de esta manera, que los sujetos aprehendidos en delito flagrante, sean; en ciertos tipos penales; expuestos a la comunidad y a los medios, sin antes advertir que existen presupuestos de hecho en donde se puede ver afectada la *conditio* o *status* de inocencia del aprehendido, lo cual resulta contradictorio con la protección de los derechos y garantías reconocidas en el texto constitucional. Por medio de la utilización del método científico, exegético y sistemático; propio de los estudios cualitativos; y a través de técnicas como la entrevista a expertos y el análisis de contenidos; debido a la naturaleza dogmática de la problemática de estudio; se obtuvieron conclusiones apoyadas en criterios de los operadores de justicia; jueces y fiscales; así como de varios destacados académicos en materia penal, y por supuesto, de quienes hacen del litigio su práctica diaria, quienes apoyaron la línea investigativa que sostiene la vulneración a la presunción de inocencia con la aplicación del artículo 529.1 de la normativa penal ecuatoriana.

PALABRAS CLAVE: PRESUNCIÓN DE INOCENCIA; GARANTÍA CONSTITUCIONAL;
DEBIDO PROCESO; DELITO FLAGRANTE; DELITO DE ASESINATO.

UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE
INSTITUTO DE POSGRADO
PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO, MENCIÓN DERECHO PENAL

**THE FLAGRANT COMMISSION OF THE CRIME OF MURDER AND THE
GUARANTEE OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE IN ECUADORIAN
CRIMINAL LEGISLATION**

Author: Segundo Alfredo Gualapuro Flores
Tutor: Dr. Merck Milko Benavides Benalcazar PhD.
Año: 2022

ABSTRACT

Criminal law is one of the most complex and controversial area in the legal world. It is because of its dogmatic nature and constant changes in penal regulations. Besides, it is related to criminal regulatory development, which cannot transcend the sphere of protection granted by Constitutional Law. This research analyzes innocence presumption as a guarantee of the criminal process in the commission of the flagrant crime of murder. It took place in Otavalo, Imbabura province. The analysis became normative-positivist since the test was directed to article 529.1 of the Organic Comprehensive Criminal Code. An Ecuadorian legislator attempted to more harshly exercise the punitive power and the monopoly of state force by reforming the rule of procedure. It caused that captured people in flagrant crimes could be exposed to the community and media affecting the *conditio* or status of innocence. It was contradictory to the protection of the rights and guarantees recognized in the constitutional text. The researcher used scientific, exegetical and systematic methods and techniques such as interviews with experts and content analysis to get conclusions. These conclusions are based on the criteria of the justice operators, judges and prosecutors. Also, this research is supported by several prominent academics in criminal fields and those who make litigation their daily practice. These two parts assisted the investigative line that reinforces the violation of the presumption of innocence with the application of article 529.1 of the Ecuadorian criminal law.

KEYWORDS: PRESUMPTION OF INNOCENCE; CONSTITUTIONAL GUARANTEE; DUE PROCESS; FLAGRANT CRIME; CRIME OF MURDER.

INTRODUCCIÓN

El abordaje de la presunción de inocencia como garantía del debido proceso, ha sido sin lugar a dudas un tema de recurrente estudio, empero, quizá el valor agregado de este tema de estudio es la vinculación que tiene esta garantía, con una reforma reciente al Código Orgánico Integral Penal, siendo específicos, aquella que introduce el artículo 529.1 del referido cuerpo legal, que en si tenor literal indica que a todos aquellos individuos aprehendidos en delito flagrante, se les expondrá a la comunidad y a los medios; entendemos mediáticos; para luego, contradecir este primer inciso indicando que se respetará la presunción de inocencia de los mismos. No cabe dudas que el legislador cometió un error cuando intentó reformar el Código Orgánico Integral Penal, ya que no considera los presupuestos fácticos, los escenarios en los que dicha aprehensión puede realizarse, e incluso, el estigma social que esto provoca en los sujetos activos.

Esta investigación invita al lector a conocer los presupuestos de hecho que son atentatorios a la presunción de inocencia del aprehendido, a través de una postura eminentemente dogmática y normativa, que eleva el debate y genera criterios. Por lo que está conformada de la siguiente manera.

En el Capítulo I, se problematiza el hecho que buscamos investigar, es decir, sentamos los lineamientos generales que serán objeto de análisis, a través de un brevísimo recorrido doctrinario en cuanto al origen de esta garantía del debido proceso, sumado ya, al análisis en el contexto ecuatoriano, sobre todo, en la delimitación territorial del cantón Otavalo, provincia de Imbabura. Se formulan entonces los objetivos; general y específicos; que orientan este estudio, en donde procuramos analizar si la reforma al Código Orgánico General de Proceso, en cuanto a la entrada en vigencia del artículo 529.1, vulnera o no la presunción de inocencia. De la misma forma, se justifica desde el plano académicos, social y normativo, la importancia y necesidad de realizar esta investigación.

En el Capítulo II, encontramos una construcción bastante elaborada del marco teórico que fundamenta esta investigación. Se observa como el investigador hace un análisis de la presunción e inocencia desde los hitos históricos que fundan el debido proceso legal, y como se va consagrando esta garantía; a manera de derecho o a manera de principio; en el ordenamiento jurídico nacional e internacional; instrumentos de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad. *Ergo*, explica la naturaleza jurídica del delito flagrante, procedimiento

normado en el contexto jurídico ecuatoriano y, por supuesto, el procedimiento y audiencia de calificación de flagrancia de los aprehendidos. Ya entrando en materia, se analiza a profundidad; desde la doctrina y la normativa; la configuración del delito de asesinato, el tipo penal que protege y los sistemas de atenuantes y agravantes que se aplican a este tipo penal. Por último, se enfoca en el estudio propuesto en el tema de investigación, ya que analiza el artículo 529.1 del COIP, hace un estudio de las implicaciones sociales, mediáticas y normativas de la aplicación de este tipo penal frente a la comisión de delitos en flagrancia, para terminar, proponiendo un estudio de distintos escenarios en los que, con base a presupuestos de hecho, esta norma adjetiva puede vulnerar la presunción de inocencia. Sin olvidarnos, por supuesto, del estudio de derecho comparado con la legislación penal colombiana, y del marco legal que acompaña el referido capítulo.

El Capítulo III, ofrece una explicación de la metodología que se utilizó para la elaboración de la presente tesis. El nivel de profundidad, el campo de acción, el tipo de investigación; justificando que por su carácter social es cualitativa; y los métodos y técnicas que se utilizaron para la recolección de datos y el análisis *a posteriori* de los mismos. Es menester indicar, que en este capítulo se propusieron los actores a quienes se aplicó la entrevista a expertos, así como también, el análisis de contenidos que las fuentes que sirvieron para la construcción y sustento de esta investigación.

Por último, el Capítulo IV, presenta los resultados de los instrumentos de investigación aplicados; entrevista a expertos; que juegan un parale importante en el derecho penal. Algunos de ellos siendo operadores de justicia; como el caso de un Conjuez de la Corte Nacional de Justicia y de un Fiscal de Imbabura; así como aquellos que se dedican a la academia jurídica; con los criterios aportados del Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador y un docente experto en la materia de la misma casa de estudios. Por supuesto, no puede faltar el criterio de quienes nos dedicamos a la tarea más ardua y difícil del derecho, el libre ejercicio de la profesión. Cerrando con las conclusiones que se obtuvieron de la investigación realizada y del contraste de ideas, además de las recomendaciones que son muy pertinentes frente a los resultados obtenidos de la presente investigación.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1.1. Planteamiento del problema.

El Derecho Penal constituye una de las ramas más importantes y controvertidas del Derecho, se puede aducir incluso que es tan longevo como el apareamiento *in situ* de la humanidad. Es de conocimiento general las primeras formas primitivas; por así decirlo; de punición: la venganza privada, la venganza de sangre, el destierro, entre otras. Normativamente son recogidas en los primeros códigos que datan de las civilizaciones antiguas. El Código de Hammurabi, el Código de Manú, hasta la misma venganza pública de Grecia, son el antecedente inmediato del Derecho Penal Moderno y Contemporáneo. Los padres del Derecho; los romanos; ya distinguían tres etapas en las que evoluciona el Derecho Penal: a) Los delitos públicos; entre los que están *el parricidio, el incensus*, y otros; los delitos privados; destacan aquí *el homicidium, el furtius*, y otros; b) La segunda etapa a través de la *Lex Valeria*, ya reconocía la pena capital o *supplicium*; c) Por último, ya en la tercera etapa nace el delito extraordinario, cuya sanción era impuesta por el Magistrado ya que no constaba en la ley. Con total certeza se puede argüir que es la primera forma de sana discrecionalidad del juez al momento de resolver.

Merece capítulo aparte el estudio del derecho penal desde la óptica y configuración romana, no obstante, no es la arista principal a considerar en el caso concreto. Ya entrada la modernidad histórica, el Derecho Penal se positiviza debido a la influencia de los pensadores de la ilustración y las revoluciones liberales. Beccaria, Feuerbach, Bentham, Carrara; entre penalistas y criminólogos, terminan de estructurar normativamente el derecho penal contemporáneo. Y de todos estos aportes, es importante destacar que el denominador común es la propuesta de reconocimiento de las primeras garantías del *due process of law*; así lo llama el derecho anglosajón; lo que para el derecho continental es el debido proceso legal. Estas garantías son varias; el Derecho Constitucional las distingue como principios también; tal es el caso que para Aulis Aarnio, muchos de estos principios; el de legalidad y de prohibición de analogía, por ejemplo; constituyen principios jurídico positivos para la toma de decisiones del juzgador. Es decir, la propuesta de que sean reconocidos y positivizados dejó de ser un ideal y, pasó a formar parte de un cuerpo normativo jurídico-positivo que con amplitud es tratado por Hans Kelsen. Como hasta aquí se ha expuesto de

manera sucinta pero concreta, se entienden como aparecen las primeras garantías en el derecho penal, que efectivamente intentan poner un freno al *Ius Puniendi* de los Estados Modernos. Y de todas las que se normativizaron, en el presente estudio corresponde el tratamiento de una de ellas, la presunción de inocencia vinculada a la comisión de los delitos flagrantes en la legislación penal ecuatoriana.

Respecto a esta garantía, Andrew Stumer, manifiesta:

El Derecho alto medieval hizo un pobre uso de las pruebas definitivas de culpabilidad, ya que el procedimiento judicial por ordalías dejaba la declaración final de culpabilidad del acusado en la infalible decisión de Dios. Sin embargo, con la abolición de la culpabilidad de los juicios por ordalías por el Concilio Lateranense de 1215, los juristas debieron desarrollar principios y procedimientos que aseguraran la exactitud de la búsqueda de la verdad. Los juristas canónicos encontraron en el Derecho romano una fuente valiosa de principios sobre la prueba y llegaron a la conclusión de que la culpabilidad debía probarse y no presumirse. (Stumer, 2018, p. 22)

Esto, para entonces guardaba concordancia lógica. No se puede tampoco negar que el derecho en el medioevo tenía una fuerte carga moral y religiosa; y no solo el derecho, sino además la filosofía y las ciencias; razón por la cual, con toda certeza, en esta etapa de la historia la “presunción de culpabilidad”; no nos referimos a la de inocencia; era la regla, y esto se justifica con la aparición de los Tribunales de la Inquisición de Inocencio III. La conocida obra de Enrique Kramer y Jakob Sprenger, “El Martillo de las Brujas”, es muestra de lo mencionado. Los Tribunales de la Inquisición ordenaban que se demuestre la inocencia del procesado; para la fecha la excepción a la regla; de una forma inaudita. Por ejemplificar, si se era encontrado culpable por herejía o brujería, se presumía la culpabilidad, y se debía demostrar la inocencia poniendo en riesgo la vida, si los acusados sobrevivían; muy escasas dichas probabilidades; eran declarados inocentes, caso contrario eran culpables de lo que fueron acusados.

Sin quedarnos muy atrás en el tiempo y, a breves rasgos, podemos también señalar la “Petición de Derechos de 1215” al Rey Juan sin Tierra, el “Bill Of Rights de 1689”, antes de la “Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano” de 1789, como cuerpos normativos que ya contenían reglas del Debido Proceso, entre estas, la presunción de inocencia.

Lozano, Reséndez y Fernández, se refieren al respecto:

Se considera a la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, como la primera reglamentación expresa de la presunción de la inocencia, en los sistemas legales del mundo occidental: Todo hombre es considerado inocente hasta que ha sido declarado convicto. Si se estima que su arresto es indispensable, cualquier rigor mayor del indispensable para asegurar su persona ha de ser severamente reprimido por la ley. Artículo 9 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. (Lozano et al., 2012, p. 215)

Llevaría algunas páginas si analizamos cada uno de los instrumentos jurídicos que han reconocido paulatinamente la presunción de inocencia y las reglas del Debido Proceso, de ahí que se citan de manera brevísima y superficial. Luego de que el mundo sucumbió con dos guerras mundiales, y con la entrada en vigencia de la Declaración de los Derechos Humanos, la presunción de inocencia se reconoció en este cuerpo normativo, consagrándose en el artículo 11 del citado documento:

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 un juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias a su defensa. (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948)

Ya en el ámbito regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, determina esta figura jurídica como una garantía judicial en el artículo 8 *ibidem*: “Garantías judiciales [...] Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad [...]”. (Convención Americana sobre Derechos Humanos «Pacto de San José de Costa Rica», 1969)

En conclusión, es menester que precisemos que los Estados de Derecho, no solo a escala global, sino en el escenario jurídico regional, han instituido las reglas del debido proceso en sus constituciones. *Ergo*, las normas con estructura de principio o los derechos fundamentales, han tomado protagonismo en el ámbito jurídico, por lo que la presunción de inocencia es un derecho fundamental para algunos y una garantía constitucional para otros. Interrogante que intentaremos contestar en las siguientes líneas.

Hasta aquí se ha revisado de manera sucinta los antecedentes históricos de la presunción de inocencia, resulta necesario entonces que precisemos una definición de lo que se entiende por este principio o derecho fundamental, y *a posteriori*, concluir con una idea que permita al lector tener una premisa más clara de lo que es y se entiende por presunción de inocencia. La presunción de inocencia; como garantía o como principio; tiene como fin permitir que la persona procesada sea tratada como tal, hasta que en su contra se pueda determinar con elementos probatorios suficientes y motivación de parte del juez, a través de una sentencia condenatoria que su condición de inocencia se desvaneció durante el proceso penal. Ahora bien, la explicación por demás es demasiado sencilla, empero, permite en primera instancia forjarnos una idea de lo que se trata la presunción de inocencia. Mayer, se refiere al respecto:

La presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario. De este modo, un juez no puede condenar cuando la culpabilidad no ha sido verificada más allá de toda duda razonable; esto es, “cuando los órganos de persecución penal no han podido destruir la situación de inocencia, construida de antemano por la ley”. (Maier, 2004, p. 493)

Siguiendo la línea doctrinal argumentativa, García Falconí, explica de manera clara que la presunción de inocencia es:

La presunción de inocencia, es el derecho que tienen todas las personas, a que se considere a priori como regla general, que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un juez o jueza competente no adquiera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinado por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso. (García Falconí, 2020)

A criterio propio, la explicación del renombrado jurista es interesante, pues se observa que tiene implícito un canon de moralidad *ex ante*, que una valoración jurídica *ex post*, al mencionar el comportamiento regido por valores y principios del procesado. La presunción de inocencia es un principio derivado del debido proceso y por tal motivo, es un principio reconocido por el legislador, elevado a la categoría de derecho humano fundamental, de ahí que sea principio. Ferrajoli, menciona:

En efecto, este principio nos enseña de la jurisdiccionalidad, no permite *latu sensu*, que exista culpa sin juicio, y en *strictu sensu*, ordena que la acusación se someta a prueba y refutación; así entonces, se actualiza la presunción de inocencia del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva que condena; en otras palabras, es la culpa y no la inocencia, la que debe ser demostrada; o sea, es la prueba de la culpa y no la de inocencia, que presumirse está desde el principio, la que constituye el objeto del juicio. (Ferrajoli, 1995, p. 385)

La culpa es la que debe demostrarse y no la inocencia, empero, el problema no solo radica en que la excepción sea tomada como regla y viceversa, sino también en la interpretación que se hace tomando como base lo dicho. Corresponde no solo a los abogados en libre ejercicio exigir conocimiento de la adecuada hermenéutica jurídica al interpretar y aplicar una norma jurídica, sino además a los operadores de justicia, jueces y fiscales que a diario se encuentran haciendo posible la real efectivización de la tan anhelada justicia. En el texto constitucional la presunción se encuentra en el numeral 2 del artículo 76, que señala: “Art. 76.- Garantías básicas del derecho al debido proceso: Núm. 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

La Convención Americana de Derechos Humanos determina que: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. (Convención Americana sobre Derechos Humanos «Pacto de San José de Costa Rica», 1969) Oyarte, indica:

Mientras la Constitución ecuatoriana establece que la inocencia se enerva con la resolución en firme o la sentencia ejecutoriada, los instrumentos internacionales establecen que ello se produce cuando se ha provocado la culpabilidad conforme a la ley y asegurando todas las garantías en el proceso. Esas condiciones se deben tener, entonces, como complementarias y, por supuesto, jamás como alternativas y, menos aún, como contradictorias, es decir, se deben cumplir las dos condiciones para desvirtuar la presunción. (Oyarte Martínez, 2016, p. 137)

Por otro lado, la norma infraconstitucional como el Código Orgánico Integral Penal, reconoce la presunción como uno de sus principios procesales en el numeral 4 del artículo 5 del

citado cuerpo legal, señalando que: “Art. 5.- Principios procesales. - Núm. 4. Inocencia.- Toda persona mantiene su status jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario” (Código Orgánico Integral Penal, 2021). La presunción de inocencia entonces, es una garantía que se encuentra reconocida como tal desde los tratados internacionales, la Constitución de la República y las normas orgánicas que para el efecto existen.

Ahora bien, es menester formularnos la pregunta, ¿por qué este principio configura el planteamiento del problema?, la respuesta a la interrogante planteada tiene como base el artículo 529.1, publicado en el Registro Oficial Suplemento 107 del 24 de diciembre de 2019, el cual entró en vigencia el 22 de junio del año 2020. Dicho artículo manifiesta que: “Art. 529.1.- Identificación en caso de delito flagrante.- La persona aprehendida por delitos contra la inviolabilidad de la vida, delitos contra la integridad sexual y reproductiva, delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y los delitos de robo con muerte, sicariato, trata de personas y tráfico de migrantes, podrá ser identificada físicamente ante la comunidad y ante los medios de comunicación, única y exclusivamente en su calidad de aprehendido y siempre y cuando se haya calificado la legalidad de la aprehensión por delito flagrante. En estos casos se respetará el derecho constitucional de la persona a que se presuma su inocencia y a ser tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia ejecutoriada. (Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal, 2020)

A manera de ejercicio mental, formulamos nuevamente otra interrogante, ¿esta reforma al artículo 529.1 del Código Orgánico Integral Penal, vulnera la garantía a la presunción de inocencia? A criterio propio y de varios renombrados juristas y académicos del medio, efectivamente lo hace. Sin embargo, para efectos de justificar la conjunción de la problemática planteada, corresponde también realizar un análisis de la naturaleza jurídica de la flagrancia y el delito flagrante. La flagrancia entendida como la inmediatez al momento de identificar la comisión de un delito, en razón de que el presunto infractor es aprehendido en el momento mismo del cometimiento del ilícito penal, o en su defecto, como bien señala la normativa penal ecuatoriana en el artículo 527 que menciona: “Art. 527.- Flagrancia.- 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”. (Código Orgánico Integral Penal, 2021)

En realidad, el artículo refiere su contenido a lo que es un delito flagrante, más no a lo que puede ser flagrancia. La flagrancia entonces entendida como la situación de facto; de hecho; como tal, cuya naturaleza jurídica es la inmediatez de cometimiento del presunto delito y de aprehensión al presunto infractor. En tal virtud, un delito flagrante es un tipo penal cuya conducta del presunto infractor encaja en el tipo, y que debe cumplir con el presupuesto de inmediatez en la comisión y en la aprehensión. Franco Cordero, define al delito flagrante como: “es delito flagrante que *N* sea sorprendido cuando comete el hecho” (Cordero, 2000, p. 410). Por su parte, Zavala Baquerizo, manifiesta:

La flagrancia para poder ser concebida como tal, debe reunir en un mismo momento al acto en sí y a la persona que lo ejecuta, por lo tanto, la relación entre hombre y acto, debe estar acompañada del factor tiempo, en cuanto deben ser descubiertos en el momento en que toma vida el acto, así con hombre – acto – tiempo, queda perfeccionada la flagrancia. (Zavala Baquerizo, 2004, p. 53)

La inmediatez en la comisión y la aprehensión configuran la flagrancia y el delito flagrante, es decir, el delito que por su característica es flagrante, se subsume en las condiciones de flagrancia, y por ende responde al procedimiento propio para este determinado tipo de delitos. Por último, es menester que reiteremos en la condición *sine qua non* de este tipo de delitos, la inmediatez en la comisión, aprehensión, y la persecución ininterrumpida en tiempo y espacio del supuesto individuo infractor, es decir, un ciudadano se encuentra en situación de flagrancia al cometer un delito en presencia de una o más personas o cuando se la descubre inmediatamente; hasta 24 horas; después de su supuesta comisión, así lo determina el artículo 527 del Código Orgánico Integral Penal.

Vincenzo Manzini, al respecto manifiesta:

La flagrancia propiamente dicha, se configura en el caso que el delito se comete actualmente, el agente – autor, es sorprendido en el acto de cometer el delito; lo cual acontece en los casos de delitos continuados y delitos permanentes; mas no hay flagrancia si en el caso de los delitos permanentes no se sorprende al delincuente en el acto de mantener, activa o pasivamente el estado de permanencia. (Manzini, 1996, p. 190)

Ahora bien, ¿esta comisión flagrante, con la reforma del artículo 529.1 del COIP, vulnera la garantía a la presunción de inocencia? El 24 de diciembre de 2019, se publicó en el Registro Oficial Suplemento 107, la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal, misma que entraba en vigencia en 180 días a partir de su publicación, es decir, el 22 de junio de 2020. En esta Ley se agregó el artículo 529.1 del Código Orgánico Integral Penal, referido *ut supra*.

Se entiende que el legislador determina en qué tipo de delitos se puede identificar al procesado, siendo estos: a) Delitos contra la inviolabilidad de la vida; homicidio, femicidio, asesinato, entre otros; b) Delitos contra la integridad sexual y reproductiva; acoso, estupro, violación; c) Delitos de violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar; violencia física, psicológica o sexual; d) delitos de robo con muerte, sicariato, trata de personas y tráfico de migrantes. Por lo que bien podemos señalar que solo si la conducta del aprehendido, se adecua al tipo penal de cualesquiera de los antes mencionados, podrá ser exhibida públicamente. En un primer momento se han determinado los tipos penales en los cuales se procede de acuerdo al artículo agregado. Por otro lado, el legislador condiciona la procedencia de la reforma en los siguientes puntos: a) El sujeto mantendrá su calidad de aprehendido; y, b) Y siempre y cuando se haya calificado la legalidad de la aprehensión por delito flagrante.

Desde toda óptica, el inciso segundo del referido artículo no solo que es incongruente, sino además contradictorio. Cabe decir que esto servirá como fundamento para demostrar la tesis propuesta en este trabajo de investigación. Como ya se señaló *ut supra*, el análisis normativo e interpretativo del artículo 529.1 constituye el eje sobre el cual se puede sustentar la tesis, coadyuvado con el análisis de la dogmática y doctrina penal, y el criterio de varios juristas y operadores de justicia que se desenvuelven en esta rama del derecho. Sin olvidar que, si la garantía que se presume vulnerada es la de presunción de inocencia, también apoyaremos el argumento en del derecho constitucional.

El campo de estudio de la presente investigación es el cantón Otavalo, de la provincia de Imbabura, de ahí que sea importante un brevísimo argumento estadístico, que se refiera al quehacer jurídico penal en este cantón. Deduciendo el contenido que se ha encontrado, según el informe fiscal de rendición de cuentas de 2019, publicado en la página web de la fiscalía provincial de Imbabura, el fiscal provincial de Imbabura Ghen Rea, menciona que:

De enero a diciembre de 2019, la fiscalía provincial de Imbabura recibió 8.446 denuncias. El mayor número se receptó en Ibarra (5.828), seguido por Otavalo (1.362), Antonio Ante (526), Cotacachi (468) y Urcuquí (262). De la misma manera indica que los delitos más recurrentes fueron el robo y el hurto, violencia psicológica contra la mujer o miembros del núcleo familiar, intimidación y violación, abuso y acoso sexual. De todos ellos, 1.249 fueron delitos flagrantes y la mayoría ocurrieron en Ibarra y Otavalo. (Fiscalía General del Estado, 2020)

En Imbabura, de acuerdo al informe de rendición de cuentas 2019, existen 5 Unidades Judiciales que también; a más de las Fiscalías; prestan servicios de Flagrancia, esto se entiende por ser unidades multicompetentes o unidades judiciales penales. Se investigarán los delitos flagrantes consumados en el Cantón Otavalo durante el año 2020, y siendo precisos con la fecha, a partir de la entrada en vigencia de la reforma al artículo 529.1 del Código Orgánico General de Procesos, esto es, el 22 de junio de 2020. La razón se justifica en virtud de que es apenas desde la entrada en vigencia de la norma, que se puede indagar al respecto de si dicha reforma vulnera o no la garantía de presunción de inocencia del procesado. Es decir, el estudio tomará como base los delitos flagrantes que se han cometido a partir de la referida fecha en adelante. Cabe también precisar que serán objeto de estudio aquellos que están contemplados en las primeras líneas del artículo 529.1 del COIP, esto es: a) los delitos contra la inviolabilidad de la vida; debido a que la delimitación del trabajo de investigación, obliga a que el estudio centre su objetivo en una sola categoría de tipos penales, contemplados en este artículo. De la página web del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), las cifras que son proporcionadas por la Comisión Especial de Estadística de Seguridad, Justicia, Crimen y Transparencia, se tienen:

Por el delito de robo y violación en la Provincia de Imbabura se registran 688 denuncias, de diciembre de 2019 a septiembre de 2020. Por el delito de homicidio; delito contra la inviolabilidad de la vida; de diciembre de 2019 a septiembre de 2020 se registran 16

homicidios, en cuanto a femicidios, se registran 2 en el mismo periodo de tiempo. (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, 2021)

Como se observa, estos delitos son precisamente los que se encuentran contemplados en la reforma señalada anteriormente. Es imprescindible obtener datos específicos del territorio geográfico de investigación, esto es, del cantón Otavalo. Es así que con fecha 4 de marzo de 2021, se solicitó información numérica y porcentual a la Dirección de Estadística y Sistemas de Información de la Fiscalía General del Estado, a la Fiscalía Provincial de Imbabura, y a la Fiscalía del cantón Otavalo, acerca de la comisión flagrante de delitos; asesinato, femicidio y robo; de junio de 2020 a febrero de 2021, en la provincia y cantón referidos, obteniendo los siguientes datos:

En cuanto al tipo penal Robo, tipificado y sancionado en el artículo 189 del Código Orgánico Integral Penal, de acuerdo a la información proporcionada por la Dirección de Estadística y Sistemas de Información de la Fiscalía General del Estado, a nivel provincial, entre junio de 2020 y febrero de 2021 existen 145 procesos por robo de naturaleza flagrante, de los cuales 34 tienen sentencia condenatoria. En el cantón Otavalo, que es el campo de acción del presente estudio, entre junio de 2020 y febrero de 2021, existen 16 procesos por robo de naturaleza flagrante, 2 de ellos con sentencia condenatoria. El estado procesal de las otras causas flagrantes y no flagrantes, difieren entre investigación previa, dictamen abstentivo, dictamen acusatorio, entre otras. No obstante, para mejor ilustración se encuentra la siguiente tabla.

Tabla 1.

Comisión tipo penal robo

TIPO PENAL ROBO										
Junio 2020 – Febrero 2021										
Total										
	Jun.	Jul.	Ago.	Sep.	Oct.	Nov.	Dic.	Enc.	Feb.	TOTAL
IMBABURA	19	20	14	18	12	8	28	13	13	145
OTAVALO	0	1	3	3	1	0	4	1	3	16

Fuente: Dirección de Estadística y Sistemas de Información de la Fiscalía General del Estado.

De la información proporcionada por la misma dependencia, en cuanto al femicidio, a nivel provincial se registran 5 procesos por este tipo penal, de junio de 2020 a febrero de 2021. Esta información se incluye, dado que este tipo de delito también se encuentra dentro de la reforma al artículo 529.1 del COIP. De ahí que también se ilustra la información en la siguiente tabla.

Tabla 2.

Víctimas de Femicidio 2020

VÍCTIMAS DE FEMICIDIO					
	2020				Total
	Junio	Agosto	Octubre	Diciembre	
IBARRA	0	1	0	1	2
OTAVALO	1	0	1	1	3
Total general	1	1	1	2	5

Fuente: Dirección de Estadística y Sistemas de Información de la Fiscalía General del Estado.

Por último, en cuanto al tipo penal asesinato, que es el que compete para la presente investigación, en virtud de que se estudia si la comisión flagrante del mismo, conforme la reforma del artículo 529.1 del Código Orgánico Integral Penal, vulnera la garantía a la presunción de inocencia, también obtuvo información numérica y porcentual. A nivel provincial se han cometido, entre junio de 2020 y febrero de 2021 14 asesinatos, de los cuales 13 procesos se encuentran en investigación previa, y 1 de ellos fue archivado. Cabe recalcar que no fueron de naturaleza flagrante. De los 14 que se indican, dos se cometieron en el cantón Otavalo, 1 en el mes de junio de 2020, y el otro en el mes de diciembre del mismo año. Porcentualmente del 100% de delitos por asesinato cometidos en esta provincia, el 14,28% fueron consumados en el cantón Otavalo. A continuación, se ilustra de mejor forma con una tabla informativa.

Tabla 3.

Comisión tipo penal asesinato

TIPO PENAL ASESINATO
Junio 2020 – Febrero 2021
Total

	Jun.	Jul.	Ago.	Sep.	Oct.	Nov.	Dic.	Ene.	Feb.	TOTAL
IMBABURA	0	2	0	3	2	3	4	0	0	14
OTAVALO	0	1	0	0	0	0	1	0	0	2

Fuente: Dirección de Estadística y Sistemas de Información de la Fiscalía General del Estado.

Con estos datos que se han podido colegir de la información proporcionada por la Dirección de Estadística y Sistemas de Información de la Fiscalía General del Estado, se pretende a través de esta investigación, estructurar un argumento lógico, razonable y apegado a derecho, que sirva como fundamento teórico y doctrinario, y justifique la pretensión al problema que se ha propuesto en este trabajo de titulación. Apoyado de los criterios acertados de todos aquellos juristas expertos en derecho penal, y de los operadores de justicia que conforman el sistema de justicia ecuatoriano.

1.2. Antecedentes.

De un primer estudio investigativo respecto a la existencia de posibles trabajos análogos de investigación, se observa que, si bien es cierto no guardan similitud en cuanto al fondo y pretensión del presente estudio, puesto que tiene como tópico primordial la reforma al artículo 529.1 del Código Orgánico Integral Penal, y este apenas entró en vigencia en junio de 2020, si existen trabajos que tratan la garantía a la presunción de inocencia, desde otra óptica y ámbito procesal penal. A continuación, se indican algunos de ellos.

El trabajo de titulación de Jessica Victoria Sánchez Poma, de la Universidad de Cuenca del año 2010, con el tema de investigación: “La presunción de inocencia como garantía del debido proceso y su aplicación al código de procedimiento penal ecuatoriano”. Cabe recalcar que este trabajo tiene como eje de investigación normativo al ya derogado Código de Procedimiento Penal, por lo que la base teórica-normativa dejó de estar vigente hace algún tiempo, y los resultados del estudio con seguridad sirven como antecedente para futuros trabajos de esta naturaleza. En el año 2015, se observa también que se encuentra registrado el trabajo de titulación del señor Wilson Alexander Trujillo Urbano, de la Universidad Central del Ecuador, cuya dirección estuvo a cargo del Dr. Merck Benavides, que lleva como título “La presunción de inocencia y su incidencia en los delitos flagrantes de tránsito”.

Del mismo año, data la tesis de maestría del Dr. Juan Guillermo Salazar Almeida, de la Universidad Andina Simón Bolívar, cuyo tema es: “La presunción de inocencia y prisión preventiva en el proceso penal ecuatoriano”, en donde con amplitud aborda la problemática del conflicto entre la presunción de inocencia y la prisión preventiva en el proceso penal ecuatoriano. Por último, en el año 2017 se registra otro trabajo que sirve como antecedente del tema de investigación propuesto, elaborado por el Señor José Diego Nogales Nogales, de la Universidad Regional Autónoma de los Andes, que lleva como título: “El principio de presunción de inocencia frente a la aplicación del procedimiento abreviado en Ecuador”. En este trabajo se aborda la temática del principio de presunción de inocencia como uno de los pilares básicos para evitar las manifestaciones de arbitrariedad y atropello a los derechos de los procesados, entre otros tópicos análogos al tema planteado.

No obstante, de los trabajos indicados, ninguno de los mismos aborda la *sui generis* problemática de la vulneración a la garantía de presunción de inocencia en delitos flagrantes con la reforma al artículo 529.1 del Código Orgánico Integral Penal. Y esto por obvias razones, ya que se debe a que el tema tiene su génesis en una reforma normativa nueva, la cual fue aprobada el 24 de diciembre de 2019, entrando en vigencia apenas en junio del año 2020. Para terminar, es importante mencionar que un motivo ventajoso del problema identificado, es que, para efectos de estudio, es novísimo. Eso por supuesto dota de los elementos de necesidad, factibilidad e interés académico y social inmediato, para que sea abordado bajo la premisa del análisis crítico-constructivo.

1.3. Formulación del problema.

¿El artículo 529.1 del Código Orgánico Integral Penal, vulnera la garantía a la presunción de inocencia del procesado en la comisión flagrante del delito de asesinato, en el cantón Otavalo, provincia de Imbabura, a partir de junio de 2020?

1.4. Objetivos de la investigación.

1.4.1. Objetivo General.

- Analizar si el artículo 529.1 del Código Orgánico Integral Penal, vulnera la garantía a la presunción de inocencia del procesado en la comisión flagrante del delito de asesinato, en el cantón Otavalo, provincia de Imbabura, a partir de junio de 2020.

1.4.2. Objetivos Específicos.

- Identificar cuáles pueden ser las consecuencias normativas y procesales, de la vulneración de la garantía a la presunción de inocencia del procesado, en la comisión flagrante del delito de asesinato.
- Definir los vacíos normativos del artículo 529.1, en cuanto a la configuración y naturaleza de la comisión flagrante del delito de asesinato y la vulneración de la garantía a la presunción de inocencia del procesado.
- Analizar las posturas jurídico-doctrinarias, penales y constitucionales, del artículo 529.1 del Código Orgánico Integral Penal.
- Precisar que tipos penales son más recurrentes en cuanto a su comisión flagrante, en el cantón Otavalo, provincia de Imbabura, durante el periodo de junio de 2020, a febrero de 2021.

1.5. Justificación.

Es indudable que el tema de investigación propuesto, busca orientar una respuesta a la situación de hecho que se ha generado con la entrada en vigencia del artículo 529.1 del Código Orgánico Integral Penal, puesto que dicha reforma lleva implícita, a criterio propio, la vulneración de la garantía a la presunción de inocencia del procesado, en la comisión de delitos flagrantes. El presente estudio posee alto grado de relevancia, e importancia a la vez, por ser novedoso dentro del medio, en virtud de que es un problema actual, que con certeza causará controversia en los procesos penales de esta naturaleza. Es evidente que los beneficiarios directos en un primer momento, son todas aquellas personas que son parte de esta sociedad y su constructo ideal, puesto que esta sociedad del riesgo; como la denomina el sociólogo alemán Ulrich Beck; nos ata a una ficticia y aleatoria ruleta de la suerte, en donde los riesgos están a la orden del día, y de la cual ninguno de los individuos que forman parte de la misma, están exentos de un hecho que ponga en entre dicho, sus derechos fundamentales y garantías constitucionales al debido procesos, siendo una de estas, la presunción de inocencia.

Con exactitud, otro beneficiario de primer orden, será la Academia Universitaria. El aporte académico investigativo, fortalecerá el conocimiento en uno de los tópicos importantes del Derecho Penal, que sin duda alguna; y ahora se entiende mejor la razón por la que Claus Roxin arguye que el Derecho Penal es el sismógrafo del Derecho Constitucional; guarda coyuntura en cuanto a la vulneración de derechos fundamentales y garantías básicas del debido proceso. Fortalecerá además el interés investigativo de estudiantes de pre grado, y porque no también de pos grado; de académicos y profesionales del derecho, así como de los distintos operadores de justicia, y todas aquellas personas apasionadas por el inquietante y amplio espectro jurídico penal.

El aporte teórico; con el antecedente expuesto; se focalizará en la doctrina jurídico-penal, normativa y académica. *Prima facie*, en el ámbito doctrinario, puesto que del análisis y aporte crítico de los académicos y expertos en de derecho penal, así como también, del aporte del titular de la presente investigación, se logrará demostrar que existen fundamentos teórico-doctrinarios penales, e incluso constitucionales, que justifiquen que la afectación de la garantía a la presunción de inocencia con el artículo ya mencionada. En segunda instancia, del estudio investigativo, y de los resultados obtenidos, se pondrá en evidencia, la inconstitucionalidad del mencionado artículo, que puede ser *a posteriori*, tomado como planteamiento para una urgente y necesaria derogatoria del artículo 529.1 del Código Orgánico Integral Penal. De los resultados que se esperan obtener, innegablemente, habrá un aporte, al sistema de justicia penal ecuatoriano, frente al momento de procesar y resolver la comisión flagrante de los delitos contenidos en la reforma señalada *ut supra*.

Con este preámbulo, estamos seguros que existe un aporte también al Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021, enmarcado en el “Eje 3: Más sociedad, mejor Estado”, estrictamente en el “Objetivo 7: Incentivar una sociedad participativa, con un Estado cercano al servicio de la ciudadanía”, y en la política 7.9, que menciona: “Promover la seguridad jurídica y la defensa técnica del Estado”. El que haya un aporte de esta naturaleza, hace posible que mejore el sistema de justicia penal, y por consiguiente la garantía de cumplimiento de los derechos fundamentales, y las garantías básicas del debido proceso de las partes, que se encuentran en un proceso penal. Esto mejoraría también la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva y; siendo reiterativo; el debido proceso en sus distintas garantías. Por último, el presente proyecto también enmarca su contenido en la “Línea de investigación Nro. 8, que corresponde al “Desarrollo social y del comportamiento humano”, aprobado por la Universidad Técnica del Norte.

CAPÍTULO II

MARCO REFERENCIAL

2.1. Marco Teórico.

1. LA GARANTÍA DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DEL PROCESADO EN EL DERECHO PENAL.

1.1. Garantías básicas del derecho al debido proceso; contexto histórico.

El debido proceso legal, o *due process of law*, históricamente tiene su génesis en 1215 en la tradición jurídica anglosajona, *stricto sensu* cuando se expide la Carta Magna Inglesa exigiendo al monarca; Juan I de Inglaterra; se respete y proteja la libertad y la vida de los barones ingleses, frente a los atropellos autoritarios de quienes ostentaban poder y ejercían autoridad. Adquiere la denominación de derecho al debido proceso legal ya para 1354, año en el que el Rey Eduardo III dicta la Carta Magna Inglesa, cuyo contenido señalado fue positivizado en el mencionado antecedente normativo.

Pérez Luño, se refiere al respecto:

En el Medievo europeo aparecen una serie de cartas de franquicias que tienen como denominador común el reconocimiento de algunos derechos, tales como: el derecho a la vida y la integridad física, a no ser detenido sin causa legal, a la propiedad, a la libre elección del domicilio y a su inviolabilidad (paz de la casa); derechos que eran reconocidos a quienes formaban parte de un determinado grupo o estamento. (Pérez Luño, 2001, p. 33)

De acuerdo a la corriente constitucionalista, las primeras peticiones, declaraciones, o como se las quiera llamar, contenían exigencias que; a decir de algunos tratadistas; eran peticiones primigenias de derechos que, sumado al malestar latente del pueblo y las nacientes clases burguesas, germinarían la voluntad popular que conllevó a las revoluciones de corte liberal. Ejemplo de estas, el *Bill of Rights*, hasta la “*Declaration des droits del homme et du citoyen de 1789*”, en Francia. Acerca de este tema se podría argumentar en extenso, no obstante, seremos breves en cuanto a la explicación de este primer apartado.

La historia de las declaraciones de derechos está íntimamente ligada a la historia del constitucionalismo, es decir, a aquella corriente de pensamiento que propugna la limitación y el

control del poder político por medio del derecho. Esto es claro ya en las primeras declaraciones de derechos; reiterando el ejemplo; el *Bill of Rights* de 1689, en Inglaterra; las declaraciones de las ex colonias norteamericanas; sobre todo, la de Virginia de 1776; y las primeras diez enmiendas a la Constitución federal, en los Estados Unidos; así como la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en Francia. Todas ellas fueron producto de las grandes revoluciones liberales que, frente al absolutismo, dieron vida al constitucionalismo moderno.

Entonces, de las revoluciones liberales nacen las primeras declaraciones o cartas de derechos que; pese a ser derechos dirigidos para una determinada clase social como la burguesía; eran por su naturaleza civiles y políticos. Sin embargo, no cuestionamos, mucho menos ponemos en tela de juicio el origen de estos derechos y los que vendrían luego, sino el debido proceso legal, que nace como un derecho complejo y que se positiviza desde mucho antes que las denominadas cartas de derechos, constituciones o declaraciones. El debido proceso entonces, empieza a definirse como:

El debido proceso se entiende como un proceso judicial justo, que es aplicable no sólo a los procesos penales, sino además a todos los procesos sancionadores judiciales o administrativos. El debido proceso no es ni más ni menos que el proceso que respeta sus propios principios. (Medina Quiroga, 2005, p. 78)

Se observa entonces una definición bastante general, pero concreta. Empero, es menester que destaquemos a posteriori otra definición, con un carácter complementario e inclusive necesario, para determinar sin más, una definición adecuada de debido proceso penal. Ahora bien, este debido proceso, estas primeras reglas del proceso judicial, se encuentran integradas de un conjunto de garantías que hacen posible la aplicación efectiva del mismo. Nos explicamos con un ejemplo lúdico que permita entender lo antes referido.

Imaginemos que el debido proceso es como un vehículo; automotor si se quiere ser más específico. Este vehículo requiere de componentes técnicos, mecánicos e incluso estéticos, para cumplir con la finalidad para la cual ha sido fabricado. Esta finalidad puede ser de transporte, uso particular, comodidad, entre otras, pero la utilidad objetiva del ejemplo va más allá cuando reemplacemos estos elementos por los jurídicos. Concluyendo, entenderíamos que el vehículo necesita obligatoriamente de estos componentes para que pueda funcionar y, sobre todo, para que brinde seguridad y cumpla con la finalidad de fabricación y uso. Lo mismo sucede en el basto

mundo jurídico. El debido proceso como un derecho, cuyo contenido es amplio, cuya finalidad es revestir al ciudadano de las potestades de ese derecho, para que, en un eventual proceso judicial, este no se vea en posición de desventaja frente al *Ius Puniendi* del Estado.

Pero, regresemos a seguir discutiendo el ejemplo. El debido proceso, decíamos, posee un contenido normativo e interpretativo bastante amplio, lo cual se subsana lógicamente, buscando los mecanismos idóneos, las vías, los medios, o llámese los dispositivos; en palabras de Alexy; para que se efectivice el debido proceso. A estos medios, se les conoce como garantías. O como diría el Juez constitucional Ramiro Ávila, son los mecanismos con los cuales hacemos efectivos los derechos. Sin embargo, ya nos referiremos luego acerca de esta distinción que más allá de ser gramatical, es un problema hermenéutico. Entonces, el debido proceso está conformado por algunas garantías.

La presunción de inocencia, la proporcionalidad entre el hecho y la sanción al momento de ejecutar la mismas, el principio de legalidad, e incluso la motivación, son garantías que forman parte de este debido proceso. Ricardo Vaca Andrade, indica que: “En términos concretos, podrá decirse 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 Andrade, 2011). Esta definición es más amplia, pues nos habla de un conjunto de derechos y garantías que protegen a la persona, por lo que, se entiende como en el ejemplo lúdico, que para hacer efectivo este derecho, debemos encontrar los mecanismos idóneos de aplicación.

Oyarte, manifiesta:

Hay normas relativas al debido proceso que consagran principios y otras que establecen reglas, como son los casos de los principios de igualdad o de seguridad jurídica y las reglas *stare decisis* o la *non bis in idem*. Asimismo, hay derechos -como la presunción de inocencia- y garantías -como la legalidad de la prueba-, así como normas que consagran mixturas, como ocurre con la proporcionalidad. (Oyarte Martínez, 2016b, p. 138)

Entendiendo que, el debido proceso es un conjunto de garantías procesales que tienen por objeto asistir a los individuos durante el desarrollo del proceso, y así protegerlos de los abusos de las autoridades y permitirles la defensa de sus derechos. Lo que nos lleva a pensar que, del derecho al debido proceso legal, se desprenden normas y garantías, algunas con estructura de regla y otras

con estructura de principio, por lo que sería desacertado pensar que puede haber una clasificación ortodoxa de las garantías, principios y reglas que pueden estar contenidas en el derecho al debido proceso legal. No obstante, determinar e identificar las mismas no es que no sea importante, sino que para efectos de la presente investigación carecería de finalidad. De todos modos, en un acápite posterior nos referiremos con mayor detenimiento al respecto.

1.2. La presunción de inocencia a través de la historia.

Como ya se explicó en líneas anteriores, el debido proceso legal contiene algunas garantías, normas con estructura de reglas y con estructura de principios, de las cuales anotamos muy someramente *ut supra*. Verbigracia, indicamos: (i) la proporcionalidad; (ii) el principio de legalidad; (iii) la presunción de inocencia, entre otras. Es de esta última, la garantía a la presunción de inocencia, de la cual nos vamos a referir a continuación.

La presunción de inocencia tiene su origen en el derecho romano, aunque para varios tratadistas indican que esta regla pudo haberse originado incluso con los babilónicos. Por lo pronto, nos ocupa explicar de manera sucinta como a través del tiempo se fue estableciendo esta garantía. Stumer, indica:

La idea de que la acusación debe encargarse de probar sus afirmaciones es un concepto que puede encontrarse ya en tiempo de los romanos. El Código de Justiniano afirmaba: «Que todos los acusadores entiendan que sus cargos no serán preferidos a menos que puedan ser probados por testigos probos o por documentos concluyentes, o por evidencias circunstanciales que equivalgan a pruebas indubitadas y claras como el día». (Stumer, 2018, p. 23)

Parecería que la idea de una regla que permita al individuo ser considerado inocente antes de que pueda ser condenado, además de que sea el rey, la autoridad, el Estado, o quién ostente el *ius puniendi* como aparato persecutor del Estado, sea quien deba desvanecer este principio, y no por el contrario, que el acusado deba demostrar su inocencia, en la legislación romana que data de más de 2000 a.C., haya sido consagrada ya como una regla, y que, *a posteriori*, dicha regla, se haya revestido normativamente; y por qué no como precedente jurisprudencial; de tal forma que su reconocimiento y aplicación sea principio *sine qua non* el debido proceso ampare los derechos de las personas. Lamentablemente, no fue así. Entrado el medioevo, y por lo que vamos a exponer

a continuación, no solo las ciencias, la filosofía y las artes, se estancaron en el oscurantismo divino y el simplonazgo religioso, que asumió la batuta e impuso a través de la voz del monarca y la iglesia, el hilo conductor de los imperios de aquel entonces, sino, además, vemos que las ciencias jurídicas también se vieron afectadas por ese revés evolutivo de la historia. Luigi Ferrajoli, al respecto indica:

Aunque se remonta al derecho romano, el principio de presunción de inocencia hasta prueba en contrario fue oscurecido, cuando no simplemente invertido, por las prácticas inquisitivas desarrolladas en la Baja Edad Media. Baste recordar que en el proceso penal medieval la insuficiencia de prueba, cuando dejaba subsistente una sospecha o una duda de culpabilidad, equivalía a una semi-prueba, que comportaba un juicio de semi-culpabilidad y la semi-condena a una pena leve. (Ferrajoli, 1995, p. 384)

Con el advenimiento de la modernidad y con las corrientes de pensamiento ilustradas que empezaban a nacer y alcanzarían su apogeo en el siglo XVIII, es que pensadores e intelectuales como Thomas Hobbes, Cesare Bonesana; marqués de Beccaria; Montesquieu, por citar algunos, retoman dicho principio. Ahora bien, necesario resulta precisar que fue difícil que este principio sea aceptado en la práctica jurídica del derecho. Por un lado, algunos magistrados; del derecho anglosajón, sobre todo; no consideraban pertinente aplicar la presunción de inocencia como principio procesal y menos aún como principio fundamental. Empero, pese a que merece capítulo aparte analizar la crítica de las escuelas penales y criminológicas al postulado de la presunción de inocencia, si podemos indicar que fue otro factor por el cual tanto los magistrados, como los académicos del derecho penal de la época, consideraban inaplicable este principio.

Empero, la existencia de detractores conlleva a que exista un criterio de oposición, dado, sobre todo, por los ilustrados del siglo XVIII. Stumer, por ejemplo, grafica lo siguiente:

A mediados del siglo XVIII, al hacerse más común la representación legal en los procesos penales, los abogados defensores comenzaron a emplear la noción de la presunción de inocencia para articular la necesidad de una prueba incriminatoria. Por ejemplo, en el caso Murphy de 1753, el abogado defensor afirmó: «[T]odo hombre, Señoría, debe por ley ser presumido inocente, hasta que se demuestre su culpabilidad». Los jueces tardaron en aceptar este principio, o incluso en reconocer que el acusado debía recibir el beneficio de cualquier duda relativa a su culpabilidad. (Stumer, 2018, p. 23)

Es interesante observar como el autor no solo proporciona un argumento teórico-doctrinario, sino, además, grafica la praxis jurídica de aquel entonces, al exponer un extracto del caso *Murphy* de 1753. Termina la idea reafirmando lo que en líneas anteriores expusimos, esto es, el argumento de cuán difícil fue asumir como parte del derecho al debido proceso la garantía a la presunción de inocencia. Consecuentemente con lo dicho, cabe indicar que la presunción de inocencia del imputado fue finalmente sancionada por el art. 8 de la Constitución de Virginia y por los arts. 7 y 9 de la Declaración de derechos del hombre de 1789.

Sin embargo, el hecho de que se haya instituido en algunos cuerpos normativos de la época; verbigracia, en la Declaración de derechos de 1789; no hizo posible que dentro de las garantías procesales del debido proceso; redundando; se hayan aplicado tal cual hoy las conocemos, y para ser exactos en el argumento, nos referimos a la carga de la prueba. Importante que observemos lo que señala Lozano Guerrero:

Atento al sistema inquisitivo prerrevolucionario, el inculpado no era considerado un simple sospechoso, se le detenía para investigar considerándosele culpable, a éste, le correspondía la carga de la prueba para destruir su presunta culpabilidad y demostrar su inocencia; en este modelo de enjuiciamiento, se invirtió el axioma *actori incumbit probatio*, al actor le incumbe probar, aun así, cuando el inculpado lograba demostrar su inocencia, como consecuencia natural el acusador proveía medidas cautelares de carácter personal, para quebrantar voluntades. (Lozano Guerrero, 2012, p. 52)

A esto, como ya lo indicamos en párrafos anteriores, se encontraba el problema de la crítica de la Escuela Positivista Criminológica. Traemos a colación la afirmación de Aguilar García, que indica:

[...] el Positivismo Criminológico [...] llegó a definir como absurda esta garantía de la seguridad individual, al menos en ciertos casos (confesión, delito en flagrante, delincuentes habituales, reincidentes o por tendencia); para ellos, la hipótesis sólo sería admisible si se trata de un delincuente ocasional que ha rechazado la imputación, y, aun en ese caso, durante cierto periodo del procedimiento, porque el encarcelamiento preventivo, fundado en la sospecha evidente o en la probabilidad de que la imputación sea cierta, la remisión a juicio del acusado, la sentencia no firme, y hasta la misma imputación fundada que abre

una persecución penal, revelan que al imputado no se lo presume inocente sino, antes bien, culpable. (Aguilar García, 2015, p. 73)

De ahí, situados ya en el siglo XIX y XX, no hay duda que la teoría jurídica doctrinaria del derecho penal, así como la evolución normativa es innegable, no obstante, hay un capítulo dedicado al análisis de la presunción de inocencia en el derecho penal contemporáneo. Creemos que es sumamente importante terminar con la reflexión de Julio Maier en cuanto al pensamiento liberal postrevolucionario naciente y el aporte de este al derecho penal. La explicación; recapitulando lo que se desarrolló en el apartado primero del presente estudio; la esencia y posterior consecuencia de estas revoluciones fue el liberalismo y la expansión del pensamiento liberal. Por eso, Maier menciona que: “El pensamiento liberal, aprecia la máxima como elemento fundante del proceso penal y le otorga un contenido material indiscutible, que influye sobre las principales instituciones procesales (la prueba, la sentencia, la situación del imputado, las medidas de coerción)” (Maier, 2004, p. 490).

1.3. Presunción de inocencia, ¿garantía o principio?

Más allá del concepto, no puede ser tratada como símil la garantía y el principio, de ahí que debemos hacer una distinción en cuanto al significado y la naturaleza de cada una. Son varios los autores que se han referido tanto a las garantías, como a los principios. La discusión doctrinaria ha intentado lograr un consenso en cuanto a la distinción conceptual; al menos; empero, es imprescindible para el presente estudio, en virtud de que la presunción de inocencia es parte del derecho al debido proceso, por lo que la claridad en cuanto a la naturaleza de esta figura jurídica debe ser notoria. Como es lógico, empezaremos distinguiendo las garantías de los principios, apoyados en criterios doctrinarios, para luego asumir una postura respecto a la definición que más se ajuste al objetivo de estudio del presente trabajo.

Las garantías si bien no son invenciones jurídicas recientes, puesto que su reconocimiento data de la implementación del hábeas corpus en el siglo XVII en el imperio inglés; más aún es considerada una de las primeras garantías, más tarde llamadas garantías constitucionales; no es sino hasta la década de los 70, en donde debido a la irradiación del modelo de Estado Constitucional de Derechos, se buscan mecanismos para hacer efectivos los derechos fundamentales de las personas. Estos mecanismos son las garantías constitucionales; sin olvidar que existe una clasificación propia de este tipo de garantías; y de las cuales nos referiremos de manera general a

las garantías jurisdiccionales. Gerardo Pisarello, verbigracia, se refiere a las garantías como: “mecanismos o técnicas predispuestos para la protección de los derechos” (Pisarello, 2007, p. 86). Por otro lado, Ávila Santamaría, expone:

Las garantías constitucionales son los mecanismos que establece la Constitución para prevenir, cesar o enmendar la violación de un derecho que está reconocido en la misma Constitución. Sin la garantía, los derechos serían meros enunciados líricos que no tendrían eficacia jurídica alguna en la realidad. (Ávila Santamaría, 2008, p. 45)

Coinciden en ver a las garantías como mecanismos de protección de los derechos, que por demás está decir, son derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional. La premisa de cierre con la que termina Ávila Santamaría es precisa para entender la esencia de las garantías, cuando indica que, sin las garantías, los derechos serían meros enunciado líricos, corroborando lo que hemos dicho *ut supra*, esto es, que vienen siendo las vías, los medios; o como coinciden los autores; los mecanismos por los que se protege, se hacen efectivos, se cumplen los derechos.

Ergo, indicamos también que, por cuestiones de didáctica y entendimiento en cuanto a las garantías, después de concertar una definición general se esbozará una explicación de las garantías jurisdiccionales. La razón, puesto que son las que con más recurrencia se accionan y por ende, las de mayor conocimiento público, por así decirlo. Recalcando, que apenas nos referiremos a estas, no con el afán de un tratamiento profundo de estas, por el contrario, muy someramente y con la única finalidad de entender que son estas garantías. Silva Portero, define a las garantías jurisdiccionales como:

Estas garantías pertenecen al Poder Judicial, en virtud de su potestad jurisdiccional, y quizá son las más conocidas en virtud de que la mayoría de ordenamientos contempla este tipo de garantías. Las garantías jurisdiccionales consisten en que un tribunal independiente pueda ejercer un control e imponga las medidas de reparación, ante violaciones o amenazas a los derechos humanos. (Silva Portero, 2008, p. 17)

Un amplio catálogo de definiciones podemos encontrar al respecto, no obstante, siendo reiterativos, no es la finalidad misma del presente estudio. De todas formas, pese a que la definición no resulte tan específica y sea bastante general, consideramos que encierra la naturaleza de una

garantía jurisdiccional, esto es, su potestad jurisdiccional y la implícita protección de los derechos de las personas.

Entendida esta primera arista, conviene referirnos a los principios. Así como abundan los criterios en cuanto a definir las garantías, de la misma forma sucede con los principios. Quizás el más importante de los autores que se ha referido a estos, y a quien atribuimos; entiéndase, no su descubrimiento; sino más bien su tratamiento e incorporación a los sistemas jurídicos occidentales es el teórico del derecho alemán Robert Alexy, el cual indica acerca de los principios:

[...] los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. (Alexy, 2002, p. 65)

Al indicarnos que son mandatos de optimización, entendemos que esta disposición normativa con estructura de principio, debe ser obedecida *stricto sensu*, y que su realización se debe ejecutar en la mayor medida posible, en el escenario fáctico y jurídico en el que se desenvuelvan. Parafraseando a Carlos Santiago Nino, nos referiríamos a los principios como normas téticas. Este autor, dice al respecto:

Los principios son normas téticas, que establecen un mandato de maximización, normalmente constan en el plano constitucional y que tiene una estructura carente de hipótesis y de obligación concreta. Las normas que establecen derechos suelen expresarse en forma de principios. (Nino, 1989, p. 34)

Los principios también tienen características propias, que los hacen distintos de las normas con estructura distinta. El mismo Aarnio, indica que: “los principios solo proporcionan bases o criterios para la decisión. Por esta razón, han sido llamados mandatos de optimización” (Aarnio et al., 1997, p. 18). Como se observa hasta el momento, y no hace falta mayor análisis para entender que la descripción entre lo que es una garantía y lo que es un principio, dista inequívocamente una de otra, entonces, surge la interrogante, ¿por qué dedicar un subcapítulo a tratar de dilucidar esta confusión gramatical entre estos dos términos? La respuesta; en realidad son algunas; pueden

demarcarse en los siguientes tópicos: (i) la heterogeneidad de criterios al momento de estudiar las garantías del debido proceso; (ii) la confusión que resulta del estudio normativo y doctrinario de las garantías, las cuales difieren de conformidad con el criterio que las desarrolla; y, (iii) la obligatoriedad de aproximarnos; al menos eso intentamos; a encontrar una definición que nos permita comprender a la presunción de inocencia como garantía o como principio.

Habiendo definido tanto lo que es una garantía, como lo que es un principio, es momento de destacar a quienes tienen un tratamiento conceptual distinto en cuanto a lo manifestado hasta el momento. Es así que, por ejemplo, Ferrajoli, señala:

En efecto, este principio nos enseña de la jurisdiccionalidad, no permite *latu sensu*, que exista culpa sin juicio, y en *strictu sensu*, ordena que la acusación se someta a prueba y refutación; así entonces, se actualiza la presunción de inocencia del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva que condena; en otras palabras, es la culpa y no la inocencia, la que debe ser demostrada; o sea, es la prueba de la culpa y no la de inocencia, que presumirse está desde el principio, la que constituye el objeto del juicio. (Ferrajoli, 1995, p. 387)

Concordante con este argumento, Maier, también atribuye la condición de principio a la presunción de inocencia. De ahí que, concluye:

La presunción de inocencia tiene como consecuencia que 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. 495)

La concepción de la presunción de inocencia para los dos autores, en efecto, es la de un principio. Aun así, entendemos que los criterios citados que conciben a dicha garantía como principio, guardan estrecha relación con los derechos fundamentales. Es decir, tiene un valor equivalente al de los derechos fundamentales. Por otro lado, a criterio de otros tratadistas; sobre

todo procesalistas; estos entienden a la presunción de inocencia como una garantía. Nos atrevemos a decir que este argumento es mucho más adecuado, por las razones que a continuación se exponen.

El debido proceso está consagrado en el texto constitucional como un derecho, este derecho se conforma por algunas garantías; la presunción de inocencia es una de ellas; siendo estas últimas los mecanismos de protección de los derechos, es lógico pensar que su naturaleza se ajusta más al de una garantía. Protege; *prima facie*; el estatus de inocente del procesado, cuya condición no desaparece hasta que exista una decisión judicial de autoridad competente. Prosiguiendo, protege el derecho a la libertad ambulatoria del procesado y, los conexos por su naturaleza; integridad personal, física, psicológica y sexual, entre otros.

García Ramírez, advierte:

Como garantía procesal, la presunción de inocencia puede ser ilustrada como el derecho fundamental, de toda persona a no ser considerada culpable de la comisión de un delito hasta que no se haya demostrado su compromiso en dicho cometido. Lo anterior en el marco de un proceso ante tribunales imparciales en los cuales se haya verificado el ejercicio del derecho de audiencia que asiste a todo imputado para ser no ser condenado sin antes ser escuchado y vencido en juicio. (García Ramírez, 2006, p. 178)

De ahí que, la presunción de inocencia, es una garantía constitucional, la cual defiende a toda persona que se le haya culpado de algún hecho delictivo, sin tener prueba alguna, es por esto que, en todo Estado de derecho; más aún en un Estado que presume de ser Constitucional de Derechos como el nuestro; se le reconoce a una persona inocente, hasta que no haya una investigación cuya finalidad afirme que es culpable. No obstante, es pertinente recordar lo dicho por Oyarte, cuando manifiesta que el debido proceso consagra tanto reglas como principios, normas que contienen derechos y hasta normas que consagran mixturas. Quizá esa la explicación más razonable para entender que la presunción de inocencia para muchos autores puede ser vista como principio, para otros puede ser un derecho fundamental, y para otros como una garantía de protección de los derechos.

1.4. La presunción de inocencia en el derecho penal contemporáneo.

Una vez que se ha analizado desde la perspectiva histórica, conceptual, e incluso doctrinaria, la garantía a la presunción de inocencia, conviene un análisis de esta, en el derecho

penal contemporáneo. La entrada en vigencia del Estado Constitucional del Derechos; en Europa desde la posguerra y en Latinoamérica como influencia directa del desarrollo jurídico europeo; trajo consigo una nueva teoría del derecho: (i) una nueva teoría de las normas; (ii) una nueva teoría de las fuentes; y, (iii) una nueva teoría de la interpretación y argumentación jurídica. De ahí que, la entrada en vigencia de este modelo de Estado, implementó también un nuevo sistema de justicia, sobre todo en los países en donde sus constituciones asumieron como propio el desarrollo normativo europeo. Producto de esto, la doctrina neoconstitucionalista y garantista; es el rotulo con el que se ha difundido en latinoamérica; tiene un raigambre muy fuerte en países como México, Colombia, Argentina y hasta en Ecuador.

Hoy en día es común escuchar en una plática jurídica que las constituciones son garantistas de derechos, en el quehacer del libre ejercicio como abogado escuchamos también a algunos operadores de justicia argüir que son garantistas de derechos, la doctrina constitucional y penal se ha visto envuelta en este cambio de paradigma de Estado legalista a Estado Constitucional de Derechos. Esto no solo ha hecho que las constituciones de estos países amplíen el catálogo de derechos fundamentales, sino, además, se vean en la necesidad de crear mecanismos de protección de estos derechos, llámense a estos mecanismos, garantías.

Siguiendo la línea de la presente investigación, la presunción de inocencia en el derecho penal contemporáneo tiene como inicio la Revolución francesa de 1789; históricamente es a partir del señalado hito, que empieza la edad contemporánea. Esto lo ratifica Aguilar López, cuando menciona que: “No fue sino hasta la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano elaborada por la Asamblea Constituyente Francesa en 1789, cuando dio inicio la nueva etapa que habría de durar hasta nuestros días” (Aguilar López, 2015, p. 33). Sin embargo, la presunción de inocencia, se vio duramente cuestionada tiempo después, así lo advierte Suárez:

Hacia finales del siglo XIX y principios del siglo XX surgieron corrientes encontradas, sobre todo aquellas que rechazaban en forma absoluta la existencia de tal presunción a favor del imputado, así tenemos a los doctrinarios italianos, entre ellos Garófalo quien consideraba que el principio debilitaba la acción procesal del estado, ya que constituía un obstáculo para volver eficaces las resoluciones en contra de los inquiridos, especialmente en materia de prisión preventiva, que favorecía la libertad de los imputados, aun cuando

ello pudiera constituir un peligro común y una provocación a la víctima del delito, así la culpabilidad fuese evidente por confesión o flagrancia. (Suárez Sánchez, 2001, p. 64)

Las críticas a la presunción de inocencia, vienen dadas de las corrientes criminológicas positivistas, que rechazaron categóricamente la vigencia y validez de esta garantía. No obstante, no podemos ser ajenos a las eventualidades de la historia, el siglo XX, marcó la evolución del derecho constitucional y, por supuesto, del derecho penal. Los acontecimientos como: (i) la Constitución de Queretaro; (ii) La Constitución de Weimar; y posterior Declaración de Derechos Fundamentales en Alemania de la posguerra; (iii) los juzgamientos de Nuremberg; (iv) el positivismo kelseniano; y, (v) las revoluciones sociales; por citar algunos eventos; hicieron que, tanto el catálogo de derechos contenido en las constituciones de la época hasta las que hoy tenemos, se amplíen, por consiguiente, las garantías como instrumentos de efectivización de los mismos, también lo hizo. De ahí que, la presunción de inocencia fue reconocida como garantía y derecho fundamental en las constituciones de los estados democráticos y más aún, en los estados constitucionales. Aguilar López, arguye al respecto:

En los sistemas democráticos de derecho, el debido proceso penal es aquel en el cual se respetan las garantías procesales, las libertades de los ciudadanos, y las exigencias derivadas del principio de presunción de inocencia, donde la dignidad del hombre es el baluarte en el marco de un juicio público y transparente con el que el Estado debe garantizar el actuar de sus operadores. (Aguilar López, 2015, p. 35)

Por supuesto que, en los modelos de control social del delito, en un primer momento se garantizaba la presunción de culpabilidad del sospechoso, sin embargo, como ya se hizo alusión *ut supra*, entrado el siglo XX la presunción de inocencia no solo se concibe como una garantía procesal en materia penal, sino, reiterando lo dicho anteriormente, como un derecho fundamental. El referido autor también indica:

En el proceso penal moderno se distingue entre el modelo de control social del delito (*crime control model*) y el modelo del debido proceso (*due process model*), caracterizándose el primero por la presunción de culpabilidad del sospechoso y considerar los derechos procesales un mal necesario; y, el segundo, por la presunción de inocencia del imputado, por estimar los derechos de éste, cosustanciales al derecho procesal y, por tanto,

irrenunciables por el individuo a quien el Estado garantiza tales derechos a través de una tutela judicial efectiva. (Aguilar López, 2015, p. 36)

Por lo tanto, la presunción de inocencia, como se mencionó, no sólo debe ser una garantía procesal, sino un principio de los sistemas democráticos que limitan el monopolio legítimo de la fuerza, en donde sus sistemas penales deben garantizar mecanismos de defensa que permitan demostrar la inocencia a los acusados.

En las dos últimas décadas, los Estados latinoamericanos han implementado reformas en sus sistemas procesales de justicia penal, sobre la base de la internacionalización de los derechos humanos, cuya finalidad es abandonar sistemas inquisitivos o mixtos por modelos de tipo acusatorio, no obstante, en el principio que nos ocupa, el camino ha sido largo y difícil para su incorporación expresa en los sistemas legales.

1.5. El bloque de constitucionalidad y la presunción de inocencia.

En el acápite anterior, finalizamos hablando de la internacionalización de los derechos humanos, por supuesto que es importante referirnos en un primero momento a este aparatado, es decir, lo que se entiende por bloque de constitucionalidad, previo al análisis de la garantía a la presunción de inocencia dentro de este bloque de normas. Parecería que conocer el tema resulta intrascendente, pero no es así. El contenido material de la Constitución le ha dado valor significativo a las normas que forman parte del denominado bloque de constitucionalidad.

Guerrero del Pozo, indica que:

Las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad son aquellas normas en sentido amplio que, no formando parte de la constitución, tienen rango constitucional o remisión de estas, porque la propia constitución las reconoce como tales. (Guerrero del Pozo, 2020, p. 3)

Lo que se abstrae a simple vista, es el rango jerárquico que la Constitución les ha otorgado a estos instrumentos internacionales, entendiendo que, existe también una clasificación de estos instrumentos y, por ende, no todos son vinculantes, aplicables y de inmediato cumplimiento; no obstante, esa clasificación merece capítulo aparte, y, al menos para el presente apartado, no interesa

del todo. Pero, vamos más allá aún en cuanto a definir quienes conforman las normas de este bloque. Por otro lado, Storini, señala:

Se podría afirmar entonces que en Ecuador ya ni siquiera cabría hablar de un control de convencionalidad, pues los instrumentos internacionales de derechos humanos se encuentran constitucionalizados, son Constitución, por lo que, en lugar de referir a dicho control o al bloque de constitucionalidad, de lo que cabe hablar aquí es de un concepto ampliado de Constitución, es decir, de una Constitución material. (Storini et al., 2019, p. 13)

Es mucho más interesante el criterio de Storini, puesto que lo resume en un solo término, las normas del bloque de constitucionalidad son Constitución, y de ahí no solo se desprende esta divergencia conceptual, sino, además, la aclaración de que estas normas tienen el mismo rango que las que se encuentran en el texto constitucional. Ahora bien, la Constitución promulga lo referido por los autores en el numeral 3 del artículo 11, cuando estipula que el ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (3) Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte [...]. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Hasta aquí, se ha definido qué entendemos por bloque de constitucionalidad, empero, este apartado se dedica a explicarnos como se concibe la garantía a la presunción de inocencia dentro de este denominado bloque. Varios tratados internacionales vigentes a la fecha, tratan sobre la presunción de inocencia, de lo cual se desprende, que existe una tendencia generalizada, a garantizar que a toda persona procesada se le presuma su inocencia hasta que judicialmente se establezca su culpabilidad mediante sentencia en firme. Precisando que los instrumentos internacionales que son de *hard law*; tratados, convenciones, protocolos, son de obligatorio e inmediato cumplimiento, es decir, son vinculantes; la presunción de inocencia se encuentra garantizada como derecho en cada uno de estos instrumentos. Verbigracia, se encuentra reconocida en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, sin embargo, esta declaración no tiene fuerza vinculante, por lo que es un instrumento de *soft law*, se cita solo para situar el contexto. No obstante, el numeral 2 del artículo 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos; instrumento vinculante; promulga: “Artículo 8. Garantías Judiciales [...] 2. Toda persona

inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad [...]” (Convención Americana sobre Derechos Humanos «Pacto de San José de Costa Rica», 1969).

Es decir, es reconocida como un derecho y como una garantía judicial del debido proceso legal. Siendo enfático, como se encuentra dentro de un instrumento internacional vinculante, esta norma tiene rango constitucional. Por otro lado, siendo quizá este el único instrumento de cumplimiento obligatorio en donde se encuentre desarrollada esta garantía, no podemos inobservar el valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), ya que estos pronunciamientos, al desarrollar derechos de la Convención, forman parte también de los denominados instrumentos internacionales de derechos humanos. Así, en el Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, “Fondo”, Sentencia de 18 de agosto de 2000, esta Corte se pronunció al respecto, indicando que:

El principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla. (*Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo.*, 2000)

Bajo esta misma línea, la Corte IDH, en el Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua. “Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones”, señala que:

El derecho a la presunción de inocencia 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 su responsabilidad penal conforme a la ley. Por ello, ese derecho puede ser violado tanto por los jueces a cargo del proceso, como por otras autoridades públicas, por lo cual éstas deben ser discretas y prudentes al realizar declaraciones públicas sobre un proceso penal, antes de que la persona haya sido juzgada y condenada. (*Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.*, 2017)

La Corte IDH, ha reiterado en algunos de sus fallos el derecho a la presunción de inocencia, y a la condición que mantendrá el procesado hasta que no exista prueba suficiente que demuestre

lo contrario, más aún, cuando este derecho también protege al individuo de las decisiones jurisdiccionales y administrativas de toda autoridad judicial o pública que en el marco de sus competencias emita decisión alguna. Como se explicó *ut supra*, la garantía a la presunción de inocencia también se encuentra recogida en instrumentos internacionales de *soft law*, verbigracia, en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el artículo 6 numeral 2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; así como en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XXVI. Por lo que, esta garantía del derecho al debido proceso legal, tiene vigencia internacional formando parte del denominado bloque de constitucionalidad.

Pese a que existe gran controversia respecto a la naturaleza del bloque de constitucionalidad, más cuando a criterio de algunos constitucionalistas es demasiado “riesgoso” para el orden jurídico normativo interno; algo que a criterio del investigador atentaría en contra del derecho a la seguridad jurídica; el que a las normas que forman parte del denominado bloque de constitucionalidad, se las haya tratado de manera muy general como instrumentos internacionales y, además, dotado del mismo valor jurídico y jerarquía que las normas constitucionales, lo que, parafraseando a Storini, las convierte en Constitución. Amplio sería el debate si queremos abordar esta temática, no obstante, es ajena al presente estudio, pero cabe la precisión, ya que tanto quienes nos encontramos en el libre ejercicio profesional, así como los operadores de justicia; jueces y fiscales; a diario interpretamos y aplicamos normativa jurídica interna y del bloque de constitucionalidad para el estudio y resolución de casos.

1.6. Garantía a la presunción de inocencia en el contexto jurídico penal ecuatoriano.

Para finalizar este primer capítulo, nos referiremos a la regulación de la presunción de inocencia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La Constitución, dentro de las garantías básicas al debido proceso, señala: “Art. 76.- Garantías básicas del derecho al debido proceso: Núm. 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Constituyendo una garantía más del debido proceso, por la que todos los ciudadanos inmersos dentro de un proceso de naturaleza penal, tienen la calidad de inocentes, mientras; en el transcurso de este y con las pruebas actuadas; se desvirtúe esta presunción de inocencia. Cabe precisar que es justamente sobre la base de esta garantía constitucional y, de lo

dispuesto en el Código Orgánico Integral Penal, que surge el cuestionamiento que sostiene la tesis de esta investigación.

La normativa específica para el efecto, el Código Orgánico Integral Penal, reconoce esta garantía en el artículo 5, número 4, que indica: “Art. 5.- Principios procesales. - Núm. 4. Inocencia.- Toda persona mantiene su status jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario” Código Orgánico Integral Penal, 2021). Hay que señalar, que, en atención a este principio, el procesado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia, y por el contrario ordena la demostración de culpabilidad del procesado; recordando que para dictar sentencia condenatoria, según dispone el Código Orgánico Integral Penal, el prenombrado artículo, numeral 3, el juzgador debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable.

Es interesante notar lo que Oyarte manifiesta:

Mientras la Constitución ecuatoriana establece que la inocencia se enerva con la resolución en firme o la sentencia ejecutoriada, los instrumentos internacionales establecen que ello se produce cuando se ha provocado la culpabilidad conforme a la ley y asegurando todas las garantías en el proceso. Esas condiciones se deben tener, entonces, como complementarias y, por supuesto, jamás como alternativas y, menos aún, como contradictorias, es decir, se deben cumplir las dos condiciones para desvirtuar la presunción. (Oyarte Martínez, 2016b, p. 137)

En otras palabras, es tan delicada esta garantía, que para desvanecer la misma no solo se debería observar lo que el ordenamiento jurídico nacional menciona, sino, además, la jurisprudencia de la Corte IDH, tal cual demuestra el argumento citado, deben actuar de manera complementaria al momento de ratificar o no el estado de inocencia que les asiste a los ciudadanos. Para finalizar, la presunción de inocencia, es el derecho que tienen todas las personas, a que se considere *a priori* como regla general, que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un juez o jueza competente no adquiera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinado por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso.

2. EL DELITO FLAGRANTE EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA.

2.1. La naturaleza jurídica de la flagrancia y los delitos flagrantes.

En este segundo capítulo, entenderemos qué es la flagrancia, cuál es su naturaleza, qué delitos se configuran como flagrantes, y demás aristas que son propias de este singular tópico penal. De ahí que, en un primer momento definamos que es flagrancia, la misma que es entendida como la situación *de facto*; de hecho; como tal, cuya naturaleza jurídica es la inmediatez de cometimiento de un presunto delito y la aprehensión al presunto infractor. En tal virtud, un delito flagrante es un tipo penal cuya conducta del presunto infractor encaja en el tipo, y que debe cumplir con el presupuesto de inmediatez en la comisión y en la aprehensión.

Franco Cordero define al delito flagrante como: “es delito flagrante que N sea sorprendido cuando comete el hecho” (Cordero, 2000a, p. 410). Por su parte, Zavala Baquerizo, establece:

La flagrancia para poder ser concebida como tal, debe reunir en un mismo momento al acto en sí y a la persona que lo ejecuta, por lo tanto, la relación entre hombre y acto, debe estar acompañada del factor tiempo, en cuanto deben ser descubiertos en el momento en que toma vida el acto, así con hombre – acto – tiempo, queda perfeccionada la flagrancia. (Zavala Baquerizo, 2004b, p. 53)

En el primer párrafo *ut supra*, determinamos ya que la flagrancia es un concepto que debe contener dos elementos: (i) inmediatez de cometimiento; e, (ii) inmediatez de aprehensión. Configurados estos, hablamos de un evento flagrante, lo cual es corroborado por el tratadista Zavala Baquerizo, cuando indica que el acto y quien lo ejecuta, debe ser *ipso facto*, creando un elemento triádico: sujeto, acto, tiempo. A esto, es importante añadir la conducta delictiva con la cual esta se subsume en un delito flagrante, concluyendo que un delito flagrante es aquella conducta; de acción o comisión; provocada por un sujeto X, cuya materialización se da en tiempo y espacio actual. Pero, revisemos un criterio más completo.

Vincenzo Manzini, manifiesta:

La flagrancia propiamente dicha, se configura en el caso que el delito se comete actualmente, el agente – autor, es sorprendido en el acto de cometer el delito; lo cual acontece en los casos de delitos continuados y delitos permanentes; mas no hay flagrancia

si en el caso de los delitos permanentes no se sorprende al delincuente en el acto de mantener, activa o pasivamente el estado de permanencia. (Manzini et al., 1996, p. 190)

La inmediatez en la comisión y la aprehensión configuran la flagrancia y el delito flagrante, es decir, el delito que por su característica es flagrante, se subsume en las condiciones de flagrancia y por ende responde al procedimiento propio para este determinado tipo de delitos. Por último, es menester que reiteremos en la condición *sui generis* de este tipo de delitos, la inmediatez en la comisión, aprehensión, y la persecución ininterrumpida en tiempo y espacio del supuesto individuo infractor. Por delito flagrante, se entiende que es “aquel hecho antijurídico y doloso que se está cometiendo de manera, singularmente ostentosa o escandalosa” (Cordero, 2000b, p. 411). Con más precisión, Edgardo Donna, indica que “la flagrancia es el delito que se comete actualmente, de allí que el delito permanente es flagrante hasta tanto haya cesado la permanencia” (Donna, 1999, p. 78). De esta manera, entendemos, por un lado, qué es la flagrancia y, por otro lado, cuándo y cómo se configura un delito flagrante, siendo un elemento propio, tanto del primer término, como de aquel que nace la conducta, la inmediatez en el cometimiento del ilícito penal, y tomando las palabras de Zavala Baquerizo, el elemento triádico de: sujeto, acto y tiempo. Solo ahí podemos decir que un presupuesto fáctico es flagrante, y la conducta que se subsume en dicho presupuesto constituye delito flagrante.

2.2. La calidad de aprehendido y procesado.

No está por demás especificar cuando un sujeto adquiere la calidad de aprehendido y cuando el mismo sujeto, es procesado. Haciendo uso de la simple lógica de contraste, se puede entender que son términos que difieren en forma y fondo, sin embargo, la legislación es vaga al momento de especificar estos. Se entiende que tiene la calidad de aprehendido todo sujeto al cual el agente aprehensor detiene en el cometimiento de un delito. La aprehensión es propia de los delitos flagrantes y de la flagrancia, de tal forma que el artículo 526 del Código Orgánico Integral Penal, expide: “cualquier persona podrá aprehender a quien sea sorprendido en delito flagrante de ejercicio público y entregarlo de inmediato a la policía nacional”. (Código Orgánico Integral Penal, 2021), es decir, la potestad; por así decirlo; para la aprehensión puede ejercerla cualquier persona, bajo las normas de procedimiento del COIP.

No obstante, el inciso segundo del prenombrado artículo, se refiere de la siguiente forma: “Las y los servidores de la Policía Nacional, del organismo competente en materia de tránsito o

miembros de las Fuerzas Armadas, deberán aprehender a quienes sorprendan en delito flagrante e informarles los motivos de su aprehensión. En este último caso deberán entregarlos de inmediato a la Policía Nacional. (Código Orgánico Integral Penal, 2021). De la inferencia de este artículo, deducimos que, en efecto, cualquier persona puede aprehender al sospechoso, y entregarlo inmediatamente a la Policía.

El artículo 528 *ibidem*, dice que los agentes de la Policía Nacional están facultados para aprehender a una persona sorprendida en delito flagrante o inmediatamente después de su comisión, para ponerla a órdenes del Juez competente. Así también, cualquier persona puede realizar una aprehensión en circunstancia flagrante, pero debe entregar de inmediato al aprehendido a la Policía, que, a su vez, lo traslada a la Unidad de Flagrancia con el respectivo parte policial. No obstante, esta condición de aprehendido se puede desvanecer, por así decirlo. Por citar un ejemplo nada más, mantiene esta condición mientras se califique la flagrancia en la audiencia respectiva, de no ser el caso, es decir, si sucede lo siguiente: (i) Se califica la flagrancia y se apertura la fase de instrucción fiscal y el juez puede: a) Ordenar prisión preventiva, entonces deja de ser aprehendido, y pasa a ser detenido y por tal razón, procesado también, en virtud de lo que manifiesta el artículo 530 del Código Orgánico Integral Penal; y, b) Si ejecuta otras medidas cautelares personales; como el arresto domiciliario, prohibición de salida del país, entre otras; también perdería la condición de aprehendido y sería procesado.

Ahora bien, entendemos que la condición de procesado se adquiere una vez que la o el Fiscal formula cargos, en concordancia de lo que dispone el artículo 440 del Código Orgánico Integral Penal. Es decir, el sujeto solo adquiere la condición de procesado una vez que se formulan cargos y se inicia la etapa de instrucción fiscal. Mientras tanto no, si se trata de un procedimiento ordinario, previa denuncia interpuesta, tendrá la condición de denunciado. Si se trata de un delito flagrante, será aprehendido mientras no se califique la flagrancia como tal.

¿Por qué la necesidad de diferenciar esto? Por el hecho de que el artículo reformado, al cual nos vamos a referir y el que es objeto de esta investigación, a criterio personal del investigador, evidentemente lesiona el principio de inocencia del sujeto activo del presunto cometimiento del ilícito penal. Sin querer adelantar criterios, el artículo es claro cuando dice que mantendrá la condición de aprehendido, que no es lo mismo que procesado, y por el solo hecho de que siga siendo aprehendido, no debería por ningún motivo ser expuesto; su rostro e identidad;

ante la comunidad y los medios de comunicación. Sin embargo, el inciso segundo del reformado artículo, contradice la naturaleza del mismo, y no es que esté haciendo una interpretación teleológica de la norma, sino más bien nos ceñimos por una interpretación gramatical de norma. Nos atrevemos a decir que se contradice, porque promulga lo siguiente: “En estos casos se respetará el derecho constitucional de la persona a que se presuma su inocencia y a ser tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia ejecutoriada” Código Orgánico Integral Penal, 2021).

Contraproducente desde toda óptica, no se puede pretender no vulnerar el principio de inocencia, siendo este un derecho fundamental, si se expone el rostro e identidad del aprehendido sin ni siquiera perder dicha condición, frente a los medios de comunicación y a la comunidad en general. Puesto que aún no es procesado, no se ha ordenado su detención, no se ha calificado la flagrancia y menos aún, no sabemos si las circunstancias de su participación en el hecho son de carácter delictiva.

2.3. La flagrancia en la legislación penal ecuatoriana.

La flagrancia se encuentra recogida en el artículo 527 del Código Orgánico Integral Penal, esta se define como: “Art. 527.- Flagrancia.- 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. Código Orgánico Integral Penal, 2021). La comisión de un delito que se realiza en el instante mismo, y frente a uno o más sujetos que observan o intervienen en dicha comisión, hacen que se configure la flagrancia, y por ende, una conducta flagrante.

En el ámbito del derecho penal, se entiende por delito flagrante a aquel que se está ejecutando en el preciso instante. Lo flagrante, por lo tanto, tiene que ver con la inmediatez y con la posibilidad de detectar el delito en el mismo momento en que se está cometiendo. Un delito flagrante guarda relación con la inmediatez; es decir, se lo considera así hasta 24 horas después de haberse cometido. Además, se debe observar que exista una persona o más aprehendidas, que se

encuentren objetos como armas, instrumentos producto del ilícito y huellas o documentos relativos a la infracción. Un ciudadano se encuentra en situación de flagrancia al cometer un delito en presencia de una o más personas o cuando se la descubre inmediatamente, o como bien reza el citado artículo, hasta 24 horas después de su comisión. Así lo determina el prenombrado artículo del COIP. Por lo tanto, normativamente se encuentra regulada la situación flagrante, tomando en cuenta que, en este presupuesto fáctico la calidad del sujeto es de aprehendido.

Por último, lo flagrante de un delito tiene consecuencias directas sobre el derecho. Ante un caso de delito flagrante, las fuerzas del orden público, tienen atribuciones particulares, verbigracia, pueden ingresar a un domicilio particular sin autorización judicial para evitar que el delito prosiga. Encontrar a un delincuente *infraganti*, por otra parte, facilita el procedimiento penal sobre la culpabilidad del acusado. Por último, la Sentencia No. 53-20-IN/21 de la Corte Constitucional, en el párrafo 28 indica que: “Ser aprehendido en flagrancia no es lo mismo que haber sido declarado responsable” (*Sentencia No. 53-20-IN/21*, 2021). Continúa su análisis indicando a párrafo 29, que: “La aprehensión en flagrancia no tiene características sancionatorias y los procesos penales que se inician con ella no devienen, necesariamente, en la determinación de responsabilidad” (*Sentencia No. 53-20-IN/21*, 2021). Es decir, la aprehensión en delito flagrante no constituye ya una determinación de responsabilidad, en virtud de que la naturaleza de la flagrancia no es sancionatoria.

2.4. El procedimiento flagrante regulado por el Código Orgánico Integral Penal.

En el capítulo anterior, determinamos la flagrancia como figura jurídica penal en el ordenamiento normativo del Ecuador, así como también, nos referimos de manera muy breve a la naturaleza y configuración de los delitos flagrantes. Conviene que analicemos el procedimiento que el Código Orgánico Integral Penal dispone cuando nos encontramos frente a un delito flagrante. Una vez que se haya constatado que existe un delito flagrante, y se haya configurado la conducta delictiva conforme se señala en el artículo 527 del referido cuerpo normativo, se lleva a cabo la aprehensión del sospechoso. Recurramos entonces a lo que se indica en el artículo 526 del COIP. Este artículo indica que cualquier persona podrá aprehender a quien sea sorprendido en delito flagrante de ejercicio público y entregarlo de inmediato a la Policía Nacional. Como se indicó en los capítulos que anteceden, este enunciado normativo advierte que las y los servidores de la Policía Nacional, del organismo competente en materia de tránsito o miembros de las Fuerzas

Armadas, deberán aprehender a quienes sorprendan en delito flagrante e informarles los motivos de su aprehensión. Para, de manera inmediata entregarlos a la Policía Nacional. Menester resulta indicar que; dentro de este mismo artículo; 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.

Entendemos entonces, que cualquier persona puede aprehender a quien sea sorprendido en delito flagrante. Tanto los agentes de tránsito, como los miembros de las fuerzas armadas, pueden también realizar esta aprehensión, no obstante, así como sucedería con los particulares, deben entregar al aprehendido inmediatamente a la Policía Nacional. Consumado el delito flagrante, sea cualquier delito que se encuentre tipificado en el Código Orgánico Integral Penal, la normativa es clara cuando indica que se llevará a cabo la respectiva audiencia de calificación de flagrancia. La audiencia se efectuará según la norma de procedimiento establecido en el artículo 529, *ibidem*. Es decir, en los casos de infracción flagrante, dentro de las veinticuatro horas desde que tuvo lugar la aprehensión, se realizará la correspondiente audiencia oral ante la o el juzgador, en la que se calificará la legalidad de la aprehensión. En esos casos, la o el fiscal, si considera necesario, va a formular cargos en contra de los procesados, y de ser pertinente, va a solicitar las medidas cautelares y de protección que el caso amerite, así como también determinará el proceso correspondiente.

En este acto procesal, como es la audiencia de calificación de flagrancia, tal como se indica en el artículo que antecede, se debe efectuar dentro de las veinticuatro horas en las que se llevó a cabo la aprehensión, caso contrario, no se podría calificar la flagrancia y el sujeto aprehendido debe recuperar inmediatamente la libertad. Tanto en la aprehensión, como en la audiencia de flagrancia se deben respetar los derechos y garantías de lo sujetos aprehendidos. Asunto que es discutible y controvertido; por así decirlo; que puede ser objeto de otro análisis. Prosiguiendo, se califica la legalidad de la aprehensión; esto es, si no se vulneró derecho alguno de los sujetos; y la legalidad de la flagrancia.

En la misma audiencia, se escucha a las partes, Fiscalía ejerciendo el *ius puniendi* estatal y la facultad de perseguir por delitos de acción pública; facultad constitucional y legal; y el aprehendido a través de la Defensoría Pública o en su defecto, acompañado por un defensor

particular de su confianza. En esta audiencia; que por cierto es oral, pública y contradictoria; Fiscalía de encontrar elementos suficientes y de convicción puede: (i) Formular cargos; y, (ii) Solicitar las medidas cautelares dispuestas en el artículo 519 y siguientes del COIP, cuya alegación debe ser debidamente motivada. Generalmente siempre solicitan prisión preventiva; medida cautelar de carácter personal; por lo que el trabajo de la defensa técnica consiste en solicitar una medida alternativa a la prisión preventiva, cualesquiera de las dispuestas en el artículo 522 del referido cuerpo legal.

Otro posible escenario es que Fiscalía no cuente con los elementos suficientes y de convicción para formular cargos, por lo que en este caso se abrirá la etapa de investigación previa, cuyos tiempos se rigen conforme el artículo 585 del Código Orgánico Integral Penal. Finalizada que ha sido esta, se prosigue conforme el procedimiento ordinario que prevé el referido cuerpo legal. Cabe precisar, para no causar equívoco en el lector, que dicho procedimiento no es la regla, pues la naturaleza de estos se ajusta al tipo de delitos que existen dentro del catálogo de conductas punitivas. Por último, a partir de diciembre de 2019, con la entrada en vigencia de la ley reformativa al COIP, se incorporó el artículo 529.1, cuyo contenido indica que en caso de delitos flagrantes el aprehendido o sospechoso podrá ser expuesto a la comunidad y los medios de comunicación, reforma por demás controversial, la misma que ha dado paso a que exista interés en esta investigación, y del cual, nos vamos a referir en el último capítulo del presente marco teórico.

2.5. Delitos flagrantes recurrentes en la provincia de Imbabura durante los años 2020 – 2022.

De la información proporcionada por la Dirección de estadísticas y sistemas de información de la Fiscalía General del Estado, en conjunto con el Sistema integrado de actuaciones fiscales; datos con los cuales se cuenta desde junio de 2020 hasta febrero del presente año, y que fueron consignados en la problematización del presente estudio; los delitos con más recurrencia en la Provincia de Imbabura son: (i) el robo; (ii) el asesinato; y, (iii) el femicidio. Cabe recalcar que dejamos de lado otros tipos penales que quedan fuera de la esfera de protección del artículo reformado 529.1, de ahí que, hagamos referencia a estos tres tipos penales, y sobre la base de los mismos se haya recopilado dicha información. Además, en este apartado se compilan los delitos

flagrantes recurrentes a nivel provincial, hasta el mes de febrero de 2022, para lo cual nos hemos permitido realizar la siguiente tabla para mejor entendimiento de los datos:

Tabla 4.

Delitos flagrantes recurrentes en la Provincia de Imbabura: Junio 2020 – Febrero 2022

AÑO	CANTÓN	TIPOS PENALES RECURRENTE			TOTAL
		ROBO	ASESINATO	FEMICIDIO	
2020	ANTONIO ANTE	9	0	0	9
	COTACACHI	9	0	0	9
	IBARRA	84	0	2	86
	OTAVALO	12	0	2	14
	PIMAMPIRO	1	0	0	1
	SAN MIGUEL DE URCUQUÍ	1	0	0	1
TOTAL 2020					120
2021	ANTONIO ANTE	13	0	0	13
	COTACACHI	6	1	0	7
	IBARRA	125	0	1	126
	OTAVALO	26	0	0	26
	PIMAMPIRO	0	0	0	0
	SAN MIGUEL DE URCUQUÍ	1	0	1	2
TOTAL 2021					174
2022	ANTONIO ANTE	0	1	0	1
	COTACACHI	0	0	1	1
	IBARRA	21	0	0	21
	OTAVALO	5	0	0	5
	PIMAMPIRO	0	0	0	0
	SAN MIGUEL DE URCUQUÍ	0	0	0	0
TOTAL 2022 (FEBRERO)					28

Fuente: Sistema integrado de actuaciones fiscales

La información proporcionada por el Sistema integrado de actuaciones fiscales, refleja que; dentro de los tipos penales recurrentes en la provincia de Imbabura; el robo es el delito que se

comete con más frecuencia. Empero, de la comisión del delito de asesinato de forma flagrante en el cantón Otavalo, no existe registro alguno, es decir, de los 5 asesinatos; 1 en el año 2020 y 4 en el año 2021; ninguno de ellos fue flagrante. Hay que resaltar que este tipo penal se dio en el año 2021 en el cantón Cotacachi; 1 asesinato flagrante; y, en el año 2022 en el cantón Antonio Ante; 1 asesinato flagrante.

Habría que preguntarse si en la comisión de este tipo penal en los prenombrados cantones, se procedió conforme el artículo 529.1 reformado y vigente en el COIP, es decir, si en estos, una vez que el/los procesado/procesados fueron aprehendidos, se les expuso frente a la comunidad y los medios, y sin ellos se respetó la garantía de presunción de inocencia de los mismos. Finalmente, de acuerdo con la información proporcionada por la fuente antedicha, no existe aún sentencia; sea condenatoria o ratificatoria del estado de inocencia; en ninguno de los dos procesos por la comisión del delito flagrante, lo que, sin duda alguna, deja abierta la posibilidad de dar seguimiento a esta investigación, y en efecto, verificar las repercusiones de la aplicación del citado artículo, frente a la garantía a la presunción de inocencia de los procesados.

2.6. Delitos flagrantes recurrentes en el cantón Otavalo durante los años 2020 – 2022.

Las estadísticas permiten que tengamos un panorama más acertado en cuanto a la situación problemática respecto a la recurrencia de delitos y la adecuación de conductas por parte de los procesados, coadyuvará, inclusive, a que sepamos en qué cantones se cometen cierto tipo de delitos con mayor recurrencia.

En el cantón Otavalo, que es campo de acción del presente estudio, valiéndonos de igual manera de la información proporcionada por la Dirección de estadísticas y sistemas de información de la Fiscalía General del Estado, en conjunto con el Sistema integrado de actuaciones fiscales, observamos que los delitos con más recurrencia de cometimiento son: (i) el femicidio; habiéndose cometido dos en el año 2020. Para el año 2021 y lo que va del 2022 no se registran delitos de esta naturaleza; y, (ii) el delito de robo; habiéndose cometido 12 en el 2020, 26 en el 2021, y 5 en lo que va del 2022. Delitos por el tipo penal de asesinato bajo comisión flagrante no se registran. No obstante, asesinatos no flagrantes si se han registrado, por ejemplo, para el 2020 se registró 1 asesinato, para el 2021, 5 asesinatos, y en lo que va del 2022, no se registra alguno. A continuación, graficamos estos datos:

Tabla 5.

Delitos flagrantes recurrentes en el cantón Otavalo en el año 2020 – 2022

CANTÓN/TIPOS PENALES	2020		2021		2022 (FEBRERO)	
	FLAGRANTE	NO FLAGRANTE	FLAGRANTE	NO FLAGRANTE	FLAGRANTE	NO FLAGRANTE
OTAVALO						
ASESINATO	0	1	0	4	0	0
FEMICIDIO	2	1	0	1	0	0
ROBO	12	91	26	192	5	25
TOTAL:	14	93	26	197	5	25
	TOTAL DELITOS FLAGRANTES:					45
	TOTAL DELITOS NO FLAGRANTES:					315

Fuente: Sistema integrado de actuaciones fiscales

Dentro del marco de los delitos tipificados en el artículo 529.1 del Código Orgánico Integral Penal, podemos identificar que el tipo penal asesinato, se configura también en el cantón Otavalo; además de los señalados *ut supra*. Se observa que la comisión del delito de asesinato, no es flagrante en este cantón, sin embargo, entre el 2020 y el 2021, se han producido 5 asesinatos no flagrantes; delito contra de la inviolabilidad de la vida. La totalidad de la comisión flagrante de estos tipos penales en el mencionado cantón es de 45 entre el 2020 y lo que va del presente año. Como se explicó en el párrafo que antecede, asesinatos de naturaleza flagrante se registran en cantones como Antonio Ante y Cotacachi, en este último en el año 2021, y en el anterior, en lo que va del año 2022.

De ahí que, el propósito de esta investigación sea determinar si la reforma al artículo 529.1 vigente en el Código Orgánico Integral Penal, puede o no vulnerar la garantía a la presunción de inocencia del procesado en el cantón Otavalo, ya que, como se observa, la recurrencia en la comisión de estos tipos penales que se encuentran bajo la esfera de protección del señalado artículo *ut supra*, es constante, independientemente de si estos sean flagrantes o no flagrantes. De todas formas, la interrogante queda también abierta, si en estos procesos la identidad del procesado fue expuesta a la comunidad y los medios, y el grado de incidencia o repercusión en los aspectos

sociales, laborales, e incluso familiares, al momento de aplicar esta norma de procedimiento dispuesta en el COIP.

3. TIPICIDAD Y SANCIÓN DEL DELITO DE ASESINATO EN EL DERECHO PENAL ECUATORIANO.

3.1. Contexto histórico de los delitos contra la inviolabilidad de la vida.

La tipificación de conductas es de larga data en la evolución del catálogo normativo penal de los Estados de Derecho; inclusive desde los primeros códigos legales, ejemplos de estos tenemos las primeras leyes de las civilizaciones romana, griega e hindú. La caracterización de estos tipos penales, así como la clasificación de los mismos, ha sido uno de los avances del derecho penal, y por supuesto, de la criminología, con el devenir de los años. Cabe hacer una precisión, el estudio de la tipificación de conductas y de codificación de normas, está ligado al análisis y desarrollo de las penas, no tanto desde la concepción de la Teoría de la Pena, sino más bien, al estudio de la tipificación de conductas y las sanciones que devienen de la transgresión de estas.

A lo largo de la historia hemos visto formas primitivas de punición, no solo por el hecho de atentar en contra de la inviolabilidad de la vida, sino por otras variadas formas de afectación de los bienes jurídicos. Estas formas de punición pueden ser, por ejemplo, “el talión, la venganza divina, la composición, la venganza pública, el destierro, entre otras”. (Quisbert, 2008, p. 18) El derecho penal romano, el derecho penal germánico, los primeros *codex* punitivos, contemplan ya una pena de muerte; por supuesto muy ligada a los delitos en contra de la vida; que se sancionaban de acuerdo a la gravedad de los mismos. El derecho penal moderno se positiviza con la influencia de los pensadores de la ilustración y los académicos del siglo XVIII; Beccaria, Feuerbach, Bentham, Carrara; entre penalistas y criminólogos, terminan de estructurar normativamente el derecho penal contemporáneo.

Pero vamos al tema que nos ocupa, García Falconí:

En Roma, el primer delito castigado con la pena de muerte fue el conocido como de perduellio, esto es por traición a la patria; la Ley de las XII Tablas, también estableció la pena de muerte para otros delitos, especialmente para el homicidio, delitos sexuales, delitos contra la salud, delitos de orden político y militar, etc. (García Falconí, 2011)

Como se observa, el homicidio, así como el parricidio; recogido en el *codex* punitivo romano; constituyen una primera construcción histórica de los tipos penales en contra de la inviolabilidad de la vida. Como estos, los cuerpos legislativos modernos sancionan códigos penales para tipificar conductas penalmente relevantes que atentan contra la inviolabilidad de la vida por la perpetración de diversos delitos que, dependiendo del medio de comisión del hecho punible y la relación causal, se encuadran dichas acciones u omisiones en los tipos penales que se fueron instituyendo a través de la evolución normativa, tales como: (i) el asesinato; (ii) el homicidio; (iii) el sicariato; (iv) el femicidio; (v) el aborto con muerte; así como otros delitos que atentan en contra de la vida humana como: (i) el Genocidio; (ii) los Crímenes de Guerra; y, (iii) el exterminio; delitos que son considerados de lesa humanidad. Para terminar, la doctrina también reconoce a las lesiones como parte de los delitos que atentan en contra del bien jurídico vida.

Ya en el marco del ordenamiento jurídico penal ecuatoriano, es importante referirnos a lo manifestado por Araujo Granda, quien aduce:

Los delitos contra la vida que se contemplaron en el ex Código Penal se centraron básicamente en las figuras del homicidio (ex Art. 449) y de asesinato (ex Art. 450); sin embargo, dentro del Título VI, de su Capítulo I, se describieron las distintas formas punibles y excusables de aborto (Arts. 441 a 447). (Araujo Granda, 2019, p. 223)

Por su parte, el Código Orgánico Integral Penal, tipifica nuevas formas de delitos contra la vida, entre ellos se encuentra: (i) el asesinato; (ii) el femicidio y sus formas agravadas; nuevo tipo penal; (iii) el sicariato; también como nuevo tipo penal; (iv) las varias formas de homicidio; y, las modalidades de abortos punibles y no punibles. Por último, puede ser puesto a consideración del lector crítico también, la reforma instituida en el 2019 al Código Orgánico Integral Penal, esto es la tipificación de la instigación al suicidio, que consta en el artículo 154. 1 del referido cuerpo normativo, que reprime con pena de privación de la libertad de uno a tres años a quien adecue su conducta al tipo penal descrito.

3.2. Bien jurídico protegido por los tipos penales contra la inviolabilidad de la vida.

El bien jurídico protegido es un concepto que viene siendo acuñado desde mediados del siglo XIX, y que, sin dudas, ha sido objeto de uno de los tópicos de mayor análisis y contribución

en el desarrollo del derecho penal moderno, siendo conceptualizado como un derecho intrínseco que protege la norma. Cobo del Rosal y otros, mencionan:

El concepto de bien jurídico fue acuñado por Birnbaum en 1834. Se le ha identificado como derecho subjetivo. No obstante, para Mezger existen numerosos delitos en los que no es posible demostrar la lesión de un derecho subjetivo. Se ha identificado al bien jurídico con la idea de interés, que en su sentido más propio importa la idea de utilidad. (Cobo del Rosal & Vives Antón, 1999, p. 98)

Sin embargo, el bien jurídico protegido, a lo largo de la evolución normativa penal, ha recibido varias denominaciones conceptuales, para lo cual, vamos a recurrir al criterio de Reinhart Maurach, quien se refiere al respecto:

El bien jurídico se denomina de formas diversas, tales como: derecho protegido, bien garantizado, interés jurídicamente tutelado, objeto jurídico, núcleo del tipo, objeto de protección. No puede surgir el delito cuando por inexistencia del objeto de tutela o por falta de idoneidad de la acción es imposible la lesión de un bien jurídico, el cual se presenta en las formas más diversas debido a su pretensión de garantizar los derechos de toda persona, como pueden ser entre otros: reales, jurídicos, psicológicos, físicos, etcétera. (Maurach & Zipf, 1994, p. 168)

Concluyendo que, de las conceptualizaciones expuestas, por razones didácticas, se puede entender que bien jurídico es el derecho subjetivo o intrínseco, del cual el sujeto es titular del mismo, aclarando que esta definición viene dada de manera general, puesto que existe distinción entre bien jurídico y bien jurídico penal. Concepto al cual nos referiremos a continuación. Santiago Mir Puig, define de mejor manera qué es un bien jurídico penal, citando al mismo comprendemos que: “Para que un bien jurídico (en sentido político criminal) pueda considerarse, además, un bien jurídico penal (también en sentido político criminal), cabe exigir en el dos condiciones: suficiente importancia social y necesidad de protección por el Derecho Penal” (Mir Puig, 1991, p. 164). Añadiendo este último, la necesidad de ser relevante en la sociedad, así como a protección de este por las normas penales.

Una vez esbozado a breves rasgos qué es un bien jurídico y qué es un bien jurídico penal, es necesario referirnos al bien jurídico protegido por los tipos penales contra la inviolabilidad de

la vida. La doctrina jurídico-penal enseña; por mayoría; que el bien jurídico protegido en este tipo de delitos es, obviamente, la vida humana, entendiendo que los delitos contra la inviolabilidad de la vida son aquellas infracciones penales que desembocan en la extinción de una o varias vidas humanas.

Francisco Muñoz Conde, se refiere al respecto:

El bien jurídico protegido en todos los delitos contra la vida es la vida humana misma. El Derecho penal protege la vida sin consideración a la voluntad del individuo, que no puede disponer de ella, aunque sea su titular, y que, por tanto, tampoco puede consentir válidamente para que se le prive de ella. (Muñoz Conde, 2019, p. 79)

No obstante, la doctrina es clara cuando indica que uno de los límites de la protección de la vida, es la temporalidad de esta. Explicándonos, no se puede proteger una vida que no existe aún; particular problema que es analizado en la tipificación de delitos como el aborto; así como también, una vida que dejó de existir; en este último no se genera mayor problema. Por eso, siendo consecuentes con el argumento del autor citado, existen razones jurídicas y jurídicas penales, que obligan a distinguir la protección jurídica; valga la redundancia; a la vida humana según esta haya alcanzado o no, ciertas condiciones que le permitan ser consideradas como tal. De ahí que, la problemática actual de la protección a este derecho debe tener en cuenta tres puntos fundamentales: alcance, extensión y límites del concepto vida humana.

De esta manera, los tipos penales que protegen el bien jurídico vida; de manera general y en la legislación penal ecuatoriana; sean estos: (i) el asesinato; (ii) el femicidio y sus formas agravadas; (iii) el sicariato; (iv) las varias formas de homicidio; y, las modalidades de abortos punibles y no punibles; tienen como núcleo de protección el bien jurídico penal vida. Empero, cabe aclarar que algunos de ellos también contienen otros bienes jurídicos, llámense integridad física e incluso psicológica, y los bienes jurídicos conexos que de la comisión del delito puedan desprenderse.

3.3. El tipo penal asesinato en la legislación penal ecuatoriana.

El capítulo segundo del Código Orgánico Integral Penal se titula “Delitos contra los derechos de libertad”, y empieza tipificando el delito de asesinato en el artículo 140. Esto se debe a que el derecho a la vida, se está consagrado como un derecho de libertad en la Constitución del

Ecuador, específicamente en el numeral 1 del artículo 66, que reza: “Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 1. El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Entendemos que el legislador comprendió que este derecho preferentemente entraña una dimensión de libertad del individuo, pero puede tener asimismo otras dimensiones complementarias; sin que por esto se entienda que la vida es complementaria a la libertad, todo lo contrario, la libertad en su dimensión subjetiva del individuo, se encuentra revestida del derecho a la vida.

Sin embargo, analicemos lo que nos ocupa en este capítulo una vez aclarada la arista del derecho a la vida como derecho de libertad. El asesinato puede ser entendido como aquel delito que consiste en dar muerte a otra persona con la concurrencia de circunstancias especialmente graves, estas pueden ser: (i) la alevosía; (ii) a través de precio, recompensa o promesa; (iii) con ensañamiento; o, (iv) encubrimiento; para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que un delito se descubra. Pero recurramos a la doctrina y observemos la definición que nos ofrece.

Osorio de la Torre, indica:

Por tanto, el asesinato es “la muerte ilegítima, prevista y querida de un hombre por parte de otro hombre” en concurrencia, claro está, de alguna circunstancia que incrementa la crueldad o la malicia del agente activo en los términos previstos en el artículo 450 del Código Penal. (Osorio de la Torre, 2012, p. 73)

Claro está que la definición se ajusta a lo dispuesto en el ya derogado Código Penal, no obstante, no por eso deja de ofrecer una idea clara de lo que es el asesinato. Los términos crueldad y malicia corresponden a las circunstancias especiales que contiene este tipo penal, y que por supuesto, diferencian a este, del tipo penal homicidio. Sin querer adelantar un criterio general, la postura que se ajusta para esta investigación, es la que indica que el asesinato es un delito autónomo y no una figura agravada del homicidio.

Prosiguiendo, Muñoz Conde, señala:

La muerte de una persona a consecuencia de la acción realizada por otra, valiéndose de medios especialmente peligrosos o revelando una especial maldad o peligrosidad, ha sido tradicionalmente castigada más severamente que el simple homicidio, constituyendo el delito llamado asesinato. (Muñoz Conde, 2019, p. 80)

De esta forma el autor define el tipo penal asesinato, enfatizando de igual manera de las circunstancias especiales; maldad o peligrosidad; para que se configure como un delito autónomo. Ahora bien, antes de entrar al análisis de este tipo penal en la legislación penal ecuatoriana, es necesario que aclaremos por cuestiones didácticas si el delito de asesinato puede ser considerado como autónomo o en su defecto como una circunstancia agravante del homicidio. El autor citado *ut supra*, Muñoz Conde, es uno de los que concibe al asesinato como un delito autónomo, en cambio, San Millán, arguye:

De un lado está el sector que defiende la autonomía del asesinato frente al homicidio. Aquí encontramos autores como Muñoz Conde, quien defiende su autonomía en base a razones penológicas, pues solo al asesinato se le aplicaba la pena de muerte antes y la prisión permanente revisable ahora. También encuentra el mismo autor razones para pensarlo por motivos sociológicos y lingüísticos. (San Millán Fadrique, 2020, p. 110)

Y es que la calidad de ser un delito autónomo, no solo opera desde la interpretación literal del tipo penal; lo que para el autor son razones lingüísticas; o desde el estudio penológico; porque cada tipo penal tiene una pena privativa de libertad diferente; sino, además, el que exista la concurrencia de elementos fácticos nuevos, que coadyuven y afecten al derecho a la vida, ya lo hace un delito autónomo, la premeditación y la alevosía; por citar algunos; aportan elementos nuevos que distinguen el homicidio del asesinato. Pero veamos que dice Zavala Egas al respecto:

El delito de asesinato, como delito autónomo, se estructura con elementos objetivos y subjetivos, a más de los normativos. Los elementos objetivos del asesinato son: el acto de matar, el resultado muerte y las situaciones materiales que, como forma o modo, acompañan como elementos del acto de matar. El elemento subjetivo está dado por el dolo, esto es, la voluntad intencionalmente dirigida a matar a una persona. Pero, además, en ciertos casos de asesinato, también pueden existir otros elementos subjetivos como el motivo y el fin del agente para matar. (Zavala Baquerizo, 2003, p. 96)

Es una definición que diferencia de tipo a tipo, ya no solo por las consideraciones antes expuestas, sino además desde los elementos doctrinarios de las categorías dogmáticas del delito. De esta se desprende ya una clasificación de los elementos del tipo objetivo y subjetivo del asesinato, considerando, que dichos elementos serán diferentes para el homicidio. Si cabe aclarar que esta discusión la dejamos de manera bastante somera y superficial, ya que no constituye el

punto medular de este trabajo, nada más aporta al mejor entendimiento de las temáticas que vamos desarrollando. Continuando entonces, otro grupo defiende la postura de considerar al asesinato como un homicidio agravado, por lo que no sería un delito autónomo, y más bien, sería solo una figura agravada del homicidio. Comparte este criterio Paulina Araujo, quien indica: “Al hablar de asesinato, nos remitimos al hecho de dar la muerte a una persona, es decir, al homicidio, pero con ciertas circunstancias que lo agravan, y que toman el nombre de agravantes constitutivas o modificatorias de la infracción” (Araujo Granda, 2019, p. 223).

Una vez que se ha dado una definición de asesinato, así como también se ha tratado muy someramente la discusión de la autonomía del tipo penal, conviene analizar el asesinato en la legislación penal ecuatoriana. El artículo 140 del Código Orgánico Integral Penal recoge este tipo penal, señalando que: “Art. 140.- Asesinato.- La persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años, si concurre alguna de las siguientes circunstancias [...]” (Código Orgánico Integral Penal, 2021). Lo que en doctrina jurídico-penal se conoce como homicidio calificado, por las circunstancias expuestas en los numeral del referido artículo y la adecuación de la conducta del individuo a estas, dicho análisis después de haber definido el tipo, realizamos en los capítulos subsiguientes.

3.4. Agravantes constitutivas del tipo penal asesinato.

Determinar la definición de agravante de manera general, para luego diferenciar entre una agravante constitutiva de la infracción y una agravante genérica. No obstante, terminaremos refiriéndonos a las agravantes constitutivas del tipo penal de asesinato contemplado en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 140. Guillermo Cabanellas define a las agravantes como “aquel elemento que torna más grave algún hecho o cosa. En Derecho Penal, cada una de las circunstancias agravantes” (Cabanellas de Torres & Cabanellas de las Cuevas, 2008, p. 28). Cabe precisar que las agravantes; así como también las atenuantes; en la doctrina jurídico penal son consideradas circunstancias modificativas o modificatorias de la responsabilidad penal, de ahí que, Muñoz Conde, manifieste:

Las circunstancias modificativas son, pues, situaciones que rodean «circum-stare»: estar alrededor) a la realización del hecho o que suponen especiales condiciones del autor, determinando la modulación de la pena aplicable. Por tanto, su toma en consideración

exige, obviamente, la previa comprobación de la existencia del delito con todos sus elementos. (Muñoz Conde et al., 2019, p. 454)

Dicho esto, conviene referirnos solamente a las circunstancias agravantes de la infracción, en un primer momento a las circunstancias genéricas y, posteriormente a las circunstancias constitutivas. Por agravantes genéricas se entienden que son aquellas que concurren con el hecho como situaciones o elementos accidentales y sin las cuales ese delito existiría igual. Paulina Araujo dice al respecto que: “agravantes genéricas son las que, sin ser constitutivas o modificatorias del hecho punible, aumentan la malicia del acto y la alarma que la conducta genera en la sociedad [...]” (Araujo G., 2019, p. 31) Comprendemos que estas agravantes no forman parte del tipo penal, sin embargo, modificarían la sanción al momento de determinar responsabilidad penal.

En el contexto legal ecuatoriano, las agravantes genéricas se encuentran dispuestas en el artículo 47 y 48 del COIP, y son tomadas en cuenta; como se dijo *ut supra*; al momento de imponerse la pena al sentenciado, orientando al juzgador en la aplicación y modificación de la condena. En nuestra legislación penal, el mecanismo de aplicación; tanto de atenuantes como de agravantes; se encuentra dispuesto en el artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal, indicando que, si existe al menos una agravante genérica, se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio. Con esta precisión, procedemos al estudio de las agravantes constitutivas de la infracción penal, en el delito de asesinato.

En breves términos, con circunstancias agravantes constitutivas de la infracción, aquellas que condicionaron la existencia del hecho delictivo y que posteriormente es condenado. Utilizando la simple lógica de contraste, se observa que, mientras en las genéricas estas circunstancias eran ajenas al tipo penal, pero si contribuían a la determinación de responsabilidad penal, en las constitutivas, forman parte del tipo penal, por lo que, sin la concurrencia de estas, la conducta no se subsume al tipo, o, por otro lado, se subsume, pero en un tipo penal distinto al que se presumía haber realizado. Siguiendo la misma línea de Araujo Granda, las agravantes constitutivas de la infracción son “todas aquellas que el legislador ha colocado dentro del propio tipo penal para su completa y correcta configuración” (Araujo Granda, 2019, p. 30).

Esto corrobora el análisis previo a la cita, en razón de que, si estas agravantes constitutivas no estuviesen inmersas en el tipo penal, este simplemente no se activaría con la conducta del sujeto activo, o en su defecto, perdería su naturaleza y se hablaría de un tipo penal distinto al imputado

en un inicio. Prosiguiendo, el delito de asesinato, es uno de los tipos penales que contiene agravantes constitutivas dentro del mismo, dicha conducta se encuentra tipificada en el artículo 140 del COIP, y sus agravantes constitutivas corresponden a los diez (10) que acompañan dicho artículo. A continuación, citamos y analizamos cada una de estas circunstancias:

Art. 140.- Asesinato. - La persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

1. A sabiendas, la persona infractora ha dado muerte a su ascendiente, descendiente, cónyuge, conviviente, hermana o hermano.

Esta primera circunstancia constitutiva hace alusión a la muerte que el sujeto activo o procesado le da a un pariente próximo, conociendo del parentesco que une al procesado con la víctima, y, que la intención de causar la muerte de este último sea en beneficio personal o de una tercera persona. El perjuicio entonces se configura con la relación de parentesco entre víctima y victimario, y el beneficio varía en función de los elementos dispuestos en el enunciado normativo. Además, cabe precisar que este primer numeral abarca los delitos que; en doctrina jurídica penal, y hasta antes de la entrada en vigencia del COIP; constaban en el Código Penal, verbigracia, el parricidio. Por último, cabe precisar este numeral del femicidio y no confundir la relación de parentesco, con la relación de poder adicional que contiene el tipo penal del femicidio, entre otros elementos propios de este.

2. Colocar a la víctima en situación de indefensión, inferioridad o aprovecharse de esta situación.

La circunstancia constitutiva contenida en el numeral 2, hace referencia al momento de la comisión del delito, es decir, al momento en el que el sujeto activo o victimario, está por consumar el delito, y lo termina haciendo, hacia la víctima o sujeto pasivo. Colocar a este último en una situación de indefensión, inferioridad y debilidad, y aprovecharse de esta circunstancia constituye una agravante que, en efecto, configura el tipo penal de homicidio calificado. Ahora bien, existe una infinidad de presupuestos fácticos en los que el procesado pueda aprovecharse de esta situación, verbigracia, si la víctima está sujeto a obedecer por alguna razón al victimario, o, si este último posee un arma de fuego, un arma blanca, o de cualquier tipo, al momento de cometer el ilícito penal.

3. Por medio de inundación, envenenamiento, incendio o cualquier otro medio se pone en peligro la vida o la salud de otras personas.

Por otro lado, el tercer numeral indica: “Por medio de inundación, envenenamiento, incendio o cualquier otro medio se pone en peligro la vida o la salud de otras personas”; es importante señalar que el legislador ecuatoriano tipifica el asesinato por el empleo de medios capaces de causar grandes estragos, tal como envenenar a una persona, o aprovecharse de un incendio para la consumación del hecho. No obstante, el contenido del presente numeral aun cuando contiene un error de redacción, puesto que el enunciado normativo no es claro, suponemos; haciendo uso de la interpretación gramatical; extiende su esfera de protección a la salvaguarda del bien jurídico vida, no solo de la víctima, sino de terceros. La doctrina indica al respecto: “es el caso que el asesino coloque una bomba capaz de causar grandes estragos; o que incendia instalaciones para matar a alguien, que inunde un local impidiendo que la víctima escape” (Donoso Castellón, 2007, pág. 58).

4. Buscar con dicho propósito, la noche o el despoblado.

La situación de ventaja que tiene el delincuente o sujeto activo frente a la víctima, valiéndose de un elemento del medio, como buscar la noche o el despoblado; también es actuar con premeditación. El presupuesto de hecho contenido en el numeral 4 del artículo 140 del Código Orgánico Integral Penal, se configura con recurrencia en la comisión de la conducta típica de asesinato, ya que las estadísticas y la información proporcionada mediáticamente demuestran que los asesinatos ocurren en la noche o en zonas despobladas. Sin embargo, el enunciado normativo es bastante abierto y da paso a interpretaciones que pueden generar confusión, en razón de que no siempre se puede afirmar que a causa del elemento fáctico; verbigracia el despoblado; se deba configurar un asesinato, cuando bien la conducta pudo recaer en el tipo de homicidio.

5. Utilizar medio o medios capaces de causar grandes estragos.

Utilizar medio o medios capaces de causar grandes estragos, es el numeral 5 del artículo 140 del citado cuerpo legal. Creemos que la voluntad del legislador se encaminaba a complementar los elementos del numeral 3, puesto que estos son provocados directamente por el sujeto activo. ¿Cuál es la diferencia con el numeral 5 cuando los dos refieren implícitamente el término grandes estragos? Pues bien, como se indicó, en el numeral 3 los hechos son provocados por el sujeto activo

o victimario, en cambio, en el numeral 5, los presupuestos de hecho están dados por una circunstancia o evento ajeno, o por una tercera persona, y el sujeto activo se aprovecha de los mismos para causar perjuicio a la víctima.

6. Aumentar deliberada e inhumanamente el dolor a la víctima.

Por otro lado, el numeral 6 del enunciado normativo de las circunstancias agravantes para el asesinato, corresponde a aumentar deliberada e inhumanamente el dolor a la víctima; entendiendo que el fin del sujeto activo es hacer padecer a la víctima hasta que termine con su vida, el dolor es el principal requisito para la consumación del asesinato por este numeral. Este enunciado normativo también es de bastante abierto, en virtud de que el dolor es un elemento de índole subjetivo que no puede ser verificado objetivamente. Entendemos que se puede probar que la conducta del sujeto activo se adecua a este numeral si en el examen médico legal de la víctima se encuentran signos de maltrato y tortura, que se presume contribuyeron a la afectación del bien jurídico vida.

7. Preparar, facilitar, consumir u ocultar otra infracción.

La circunstancia constitutiva determinada en el numeral 7 del Código Orgánico Integral Penal, corresponde a preparar, facilitar, consumir u ocultar otra infracción. La adecuación de la conducta del sujeto activo en este numeral se configura cuando el sujeto activo comete el ilícito penal si concurren cualesquiera de los cuatro verbos rectores del tipo. Preparar; si el sujeto activo premedita la consumación de otra infracción, y es necesario asesinar a la víctima previamente. Facilitar; si a través de la comisión del delito en el sujeto pasivo del ilícito penal, facilito el cometimiento de otra infracción. Consumar; en realidad este tipo penal no merece mucho análisis, la consumación del tipo penal previo a consumir otro, puede derivarse de algunos presupuestos de hecho. Por último; ocultar; el sujeto activo ejecuta el tipo penal para ocultar un delito anterior a la comisión de este último. *Contrario sensu*, de lo determinado en el numeral octavo del referido artículo.

8. Asegurar los resultados o impunidad de otra infracción.

Terminamos el numeral anterior indicando que, en sentido contrario, el contenido de este actúa en la adecuación de la conducta del sujeto activo al tipo penal. Asegurar los resultados, la comisión, o impunidad de otra infracción, constituyen también agravantes propias del tipo penal

asesinato. El verbo rector es, en un primer momento, asegurar los resultados de otra infracción, es decir, que, a través de la comisión del asesinato de la primera víctima, se asegure la comisión de otra infracción, verbigracia, victimo al sujeto (A) a sabiendas de que es guardia de seguridad de un Banco. Victimado este último, proceso a la comisión de otro tipo penal, que puede ser robo. cuando el sujeto activo comete el ilícito con el afán de cubrir otro delito. De la misma manera, si aseguro la impunidad de otra infracción, asesinando al único testigo del ilícito penal previo.

9. Si la muerte se produce durante concentraciones masivas, tumulto, conmoción popular, evento deportivo o calamidad pública.

La circunstancia del numeral 9 del artículo 140 es bastante clara, e inclusive se puede distinguir con más objetividad. Si la muerte de la víctima se produce durante concentraciones masivas, tumulto, conmoción popular, evento deportivo o calamidad pública, o, en presupuestos de hecho que involucren un conjunto de personas ajenas a la infracción, se configura un homicidio calificado; asesinato. La comisión de este delito se debe realizar aprovechando la concentración masiva de personas, actuando con premeditación y a sabiendas del daño que está causando. Ejemplo de aquello, si un sujeto (A) vulnera el bien protegido vida del sujeto (B) en una protesta de cualquier naturaleza, estaría adecuando su conducta a lo dispuesto en el enunciado normativo de este numeral.

10. Perpetrar el acto en contra de una o un dignatario o candidato a elección popular, elementos de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, fiscales, jueces o miembros de la Función Judicial por asuntos relacionados con sus funciones o testigo protegido.

La calidad del sujeto pasivo o víctima para que se configure la adecuación de la conducta del tipo penal del procesado a lo dispuesto en este numeral, es la condición de servidor público de las fuerzas del orden; Policía Nacional o Fuerzas Armadas; de la función judicial; jueces, juezas y demás servidores de esta función, entendiéndose que incluso estarían dentro de este ámbito de protección aquellos que cumplen funciones en los órganos autónomos y administrativos de la referida función; y, se incluyen también los testigos protegidos, dicho esto, la comisión del delito debe observar esta condición para que se configure un asesinato por este numeral. Sin dejar de lado la calidad de ser dignatario o candidato de elección popular también.

El tipo penal de asesinato está integrado por estas circunstancias agravantes constitutivas de la infracción, por lo que, en la delgada línea demarcatoria se observa si una de estas no se configura, pero de igual forma se da muerte al sujeto pasivo. Entendiendo este presupuesto, estaríamos frente a un homicidio u homicidio culposo, más no frente a un asesinato, y es aquí en donde revive la discusión que dejamos sentada en los capítulos anteriores, si el asesinato puede ser un delito autónomo o una figura agravante del homicidio, empero, no recapitularemos lo ya dicho hasta aquí. De todas formas, la discusión que nos ocupa en los posteriores capítulos guarda estrecha relación con el análisis de estos elementos constitutivos del delito de asesinato, en virtud de que procederemos al análisis de la sanción en el delito de asesinato, y la aplicación de atenuantes en el mismo tipo penal.

Hasta aquí, la tipificación en la legislación penal ecuatoriana y las circunstancias que concurren; y que a la vez son circunstancias agravantes constitutivas; para que la conducta del sujeto se adecue a la comisión del delito y al tipo penal descrito en el catálogo penal. Por último, el asesinato es un delito contra la inviolabilidad de la vida, por lo que su tratamiento tanto por los operadores de justicia, como por los abogados en libre ejercicio de la profesión, debe ser especial y cuidadoso, observando las reglas de trámite constitucionales y normativas, y, sobre todo, salvaguardando los derechos de los sujetos procesales.

3.5. Sanción del delito de asesinato en el Código Orgánico Integral Penal.

Luego de haber revisado la tipificación normativa y las agravantes constitutivas del delito de asesinato, debemos analizar la sanción que se impone para este tipo penal. *Ergo*, de manera general nos vamos a referir a lo que se entiende por sanción, para luego determinar la pena aplicable por este delito. No obstante, es importante que consideremos las agravantes y atenuantes que pueden se pueden emplear si los presupuestos fácticos permiten aquello. Por sanción entendemos que se denomina a la pena que establece una ley o norma para quien la viole o la incumpla, para el presente caso, la norma es el Código Orgánico Integral Penal.

Ahora bien, las sanciones pueden ser de diferente naturaleza y por diferente materia, encontramos así: (i) sanciones administrativas; amonestaciones, destituciones, entre otras; (ii) sanciones tributarias; imposiciones de pago, multas por falta de declaraciones en impuestos, entre otras; (iii) sanciones civiles; pérdida de los derechos personales por insolvencia; reparación en daños y perjuicios; entre otras. Nos extenderíamos hablando de algunas de las sanciones que

pueden existir en el amplio espectro jurídico. Es más, podemos aducir inclusive la naturaleza misma del derecho, es sancionatoria, y para quien piense que no, debería entender que la convivencia solo es dada por la imposición pre existente de sanciones que se activarán si no se alcanza dicho pacifismo colectivo social. Julio Altmann, indica:

La norma jurídica determina que algunos actos humanos dan lugar a una coacción, impuesta por el Estado, aplicable al autor de una conducta ilícita. Al acto coactivo se le llama sanción". Consiguientemente, se la puede definir diciendo que es el acto coactivo, dispuesto y ejecutado por específicos organismos del Estado, dirigido contra el autor de una conducta señalarle. por la norma legal como condicionante de tal apremio. (Altmann Smythe, 1966, p. 41)

Empero, como veníamos refiriéndonos en el primer párrafo de este capítulo, las sanciones que nos ocupan son las que tienen su génesis en el *ius puniedi* estatal, en el poder persecutor del Estado frente al incumplimiento de las normas de conducta que rigen en la sociedad, y frente al socavamiento de los bienes jurídicos tutelados por los tipos penales descritos en el catálogo penal normativo. La sanción o pena; término empleado en el Derecho Penal; es “siempre la consecuencia jurídica. específica del delito y constituye el medio con el que el cuerpo social, representado por el Estado, pretende defenderse de los fenómenos delictivos” (Altmann Smythe, 1966, p. 42). Así mismo, las penas o sanciones en el derecho penal no solo recaen en la privación de libertad del individuo; aunque esta es la más recurrente; existen también sanciones pecuniarias; las multas al Estado, verbigracia; las medidas de seguridad, e inclusive; sin que se quiera tergiversar la esencia de esta institución y solo con fines meramente didácticos; la reparación integral a la víctima.

Una vez entendido que sanción equivale a pena en el derecho penal, revisemos una definición proporcionada por la doctrina acerca de lo que es la pena. Cobo del Rosal y Vives Antón, definen a la pena como: “El castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien, tras el debido proceso, aparece como responsable de una infracción del derecho, y a causa de dicha infracción” (Cobo del Rosal & Vives Antón, 1999, p. 723). De esta forma, la pena siempre va acompañada de la comisión del tipo penal, y es destacable que los autores se refieren a que, *ex ante* de la imposición de la pena o sanción, se deba observar el debido proceso. Cabe recalcar que, por la naturaleza de la investigación no es menester que analicemos exhaustivamente la teoría de la pena, puesto que conllevaría hablar de un capítulo

completo analizando cada una de las teorías, sin embargo, explicar y entender que la sanción y la pena son elementos autónomos, pero interdependientes, es importantes previo al siguiente análisis. Paulina Araujo, menciona que “se han identificado tres grandes grupos de teorías que intentan explicar la finalidad o propósito de las penas: las absolutas, las relativas y las eclécticas o de la unión”(Araujo Granda, 2019, p. 698). Cada una de ellas con sus características y particularidades que las definen, y cumpliendo con el objeto para el cual fueron instituidas. Reiterando que, al no ser un punto neurálgico del presente estudio, tan solo se dejan citadas textualmente estas teorías.

Ya entrando a la determinación de la sanción del tipo penal de asesinato en el Código Orgánico Integral Penal, debemos remitirnos al artículo 140 del mencionado cuerpo legal, en el encontramos la sanción que se impone para el asesinato, la cual; textualmente reza; es sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años. Entiéndase que la norma indica que será impuesta esta sanción siempre que concurren las agravantes constitutivas de este tipo penal. Lo que nos lleva a la reflexión de que, si no se encuentran estas agravantes constitutivas del tipo, no recaería en asesinato, sino más bien, puede ser homicidio. La sanción está determinada, la conocemos, la interrogante surge cuando nos preguntamos, ¿Cómo cambia la pena con la aplicación de atenuantes en el tipo penal de asesinato? Y, ¿Cómo cambia la pena con la aplicación de agravantes no constitutivas del tipo penal de asesinato?

En cuanto a la modificación de la pena con la aplicación de atenuantes, el artículo 44, en su inciso 2, manifiesta: “Si existen al menos dos circunstancias atenuantes de la pena se impondrá el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción” (Código Orgánico Integral Penal, 2021). Precizando lo siguiente: (i) Para que se aplique la reducción de la pena por la atenuante, deben ser dos (2) circunstancias que operen *ex post* a la comisión del delito; (ii) No deben existir agravantes no constitutivas de la infracción; (iii) Si el precepto normativo dice que se aplicará la pena mínima reducida en un tercio, entendemos que el mínimo es veintidós (22) años, con la reducción del tercio serían catorce (14) años con seis (6) meses.

De la misma manera, con este simple ejercicio de cálculo se puede determinar la pena que se impondría al tipo penal de asesinato en el caso de que opere una agravante. El inciso tercero del artículo 44 del COIP, indica: “Si existe al menos una circunstancia agravante no constitutivas o modificatorias de la infracción, se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada

en un tercio” (Código Orgánico Integral Penal, 2021). Precisando las siguientes aristas: (i) Para que se aplique agravantes a la comisión del delito, esta debe ser no constitutiva del tipo penal; (ii) En función de lo que indica el precepto normativo, se impondrá el máximo de la pena que es veintiséis años (26), aumentando en un tercio, es decir, ocho (8) años y seis (6) meses más. Siendo el máximo de la sanción treinta y cuatro (34) años y tres (3) meses.

Hasta aquí el estudio de lo que es la sanción y la pena, desde el criterio doctrinario y normativo, la identificación de la sanción del asesinato en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y la modificación de la pena con la aplicación de las circunstancias modificatorias de la infracción, atenuantes y agravantes.

3.6. Aplicación de atenuantes en el delito de asesinato en la legislación penal ecuatoriana.

Al igual que el análisis de la aplicación de agravantes de la infracción para el delito de asesinato, conviene en este apartado referirnos a las circunstancias atenuantes para el tipo penal asesinato en la legislación penal ecuatoriana regulada en el Código Orgánico Integral Penal. *Prima facie*, abordaremos el estudio doctrinario de las atenuantes, su definición y alcance, para luego centrar nuestro estudio en la regulación para el efecto dispuesta en el COIP. Por atenuante se entiende que es la circunstancia, reconocida legal y normativamente, que modifica la responsabilidad penal ante la comisión de un delito. El efecto del reconocimiento y aplicación es la disminución de la pena conforme a las reglas jurídicas determinadas en el cuerpo normativo penal vigente de un Estado. Para Roberto Prado, estas circunstancias modificatorias de la infracción poseen:

Una función principal, por tanto, no es otra que coadyuvar a la graduación o determinación del quantum o extensión de la pena concreta aplicable al hecho punible cometido. [...] Y cuando auspician una penalidad conminada o pena concreta menor, son llamadas atenuantes. (Prado Saldarriaga, 2016, p. 34)

Contrario sensu de las agravantes, las atenuantes permiten que cuando se esté por determinar la responsabilidad penal del infractor, la pena que se impute sea reducida conforme lo determine el Código Penal a aplicarse, siendo que, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es el COIP el que contempla la aplicación de atenuantes conforme el artículo 44 del referido cuerpo legal, en donde la aplicación de atenuantes reduce la pena hasta en un tercio del mínimo establecido

para el tipo penal. Ahora bien, existe una clasificación de las circunstancias atenuantes de la infracción penal, verbigracia, para Muñoz Conde, las atenuantes pueden ser: (i) Eximentes incompletas; y, (ii) Ordinarias; esta última abarca: a) Circunstancias que disminuyen la culpabilidad; b) Comportamientos posteriores al hecho delictivo; c) Atenuante de dilaciones indebidas; y, d) Atenuantes análogas. (Muñoz Conde et al., 2019, p. 453)

Sin embargo, no entramos en detalle en la explicación de estas, en virtud de que no son objeto de estudio de la presente investigación, por lo que solo se las menciona por cuestiones didácticas. Una vez que se ha definido qué es una atenuante, nos ocupa el análisis de las atenuantes frente a una comisión del delito de asesinato. Para esto, debemos observar en un primer momento la regla general de aplicación dispuesta en el artículo 44 del COIP, cuyo inciso segundo indica que frente a la existencia de al menos dos circunstancias atenuantes de la pena se impondrá el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción penal.

Siendo así; como ya se ejemplificó en el apartado que antecede *ut supra*; la aplicación de la atenuante para el delito de asesinato se reduciría sobre la base de los veintidós (22) años, menos el tercio de la pena, que constituye siete (7) años y cuatro (4) meses. Computando un total de catorce (14) años y seis (6) meses, frente a la comisión del delito de asesinato. Esto observando la regla general de aplicación de atenuantes del inciso segundo del artículo 44 del COIP. Ahora bien, frente a los numerales dispuestos en el artículo 45 del referido cuerpo legal, en donde se especifican las circunstancias atenuantes de la infracción, cabe analizar cuál de estas; hipotéticamente; pueden ser aplicadas frente a la comisión del ilícito penal de asesinato. Por un lado, el numeral 1 es inaplicable, puesto que el bien jurídico protegido es la propiedad.

El numeral 2, por su parte, puede ser aplicado como atenuante en cuanto indica que el actuar de la persona infractora, puede ser por temor intenso o bajo violencia. Empero, este numeral es discutible, en razón de que debe ser objeto de un minucioso análisis al momento de aplicar las categorías dogmáticas del delito. El numeral 3, el cual se refiere a la voluntad de disminuir las consecuencias del delito o brindar auxilio y ayuda inmediatos a la víctima, puede también ser considerado si se llegarán a materializar los presupuestos fácticos de la comisión del delito. Por otro lado, el numeral 4, consideramos improcedente por su naturaleza, ya que, reparar o indemnizar a la víctima en este tipo de delito, no es coherente y mucho menos objetivo.

Los dos últimos numerales, el 5 y el 6, guardan estrecha relación entre sí, y consideramos que pueden ser atenuantes ante la comisión del asesinato. El primero de ellos que corresponde a la presentación voluntaria ante la justicia, sin haberse fugado u ocultado; y el segundo, que corresponde a la colaboración eficaz con las autoridades. Empero, surgen algunas aristas por discutir. Una de ellas es, si en este delito cabe aplicar estas atenuantes frente a la concurrencia de las agravantes constitutivas del asesinato, por obvio que resulte, observamos que, tanto por los presupuestos fácticos, como por los normativos, es incompatible y de difícil interpretación y aplicación, sin embargo, conviene pronunciarnos al respecto en un espacio analítico y decisorio adecuado.

Finalizando, para la aplicación de estos mecanismos modificativos de las circunstancias de la infracción; circunstancias atenuantes; que no solo modifican la pena, sino la responsabilidad criminal del autor, el Juez o Tribunal deberá tomar en cuenta para la cuantificación de pena, la naturaleza de las circunstancias atenuantes, y por supuesto, los hechos que configuren la conducta del tipo penal que se está procesando.

4. VULNERACIÓN DE LA GARANTÍA A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DEL PROCESADO, CON LA IDENTIFICACIÓN FRENTE A LA COMUNIDAD Y LOS MEDIOS EN LA COMISIÓN DE DELITOS FLAGRANTES.

4.1. Análisis del artículo 529.1 del Código Orgánico Integral Penal.

El 24 de diciembre de 2019, se publicó en el Registro Oficial Suplemento 107, la Ley Orgánica Reformativa al Código Orgánico Integral Penal, misma que entraba en vigencia en 180 días a partir de su publicación, es decir, el 22 de junio de 2020. En esta Ley se agregó el artículo 529.1 del Código Orgánico Integral Penal; actualmente vigente en el COIP; el mismo que indica lo siguiente:

Art. 529.1.- Identificación en caso de delito flagrante.- La persona aprehendida por delitos contra la inviolabilidad de la vida, delitos contra la integridad sexual y reproductiva, delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y los delitos de robo con muerte, sicariato, trata de personas y tráfico de migrantes, podrá ser identificada físicamente ante la comunidad y ante los medios de comunicación, única y exclusivamente

en su calidad de aprehendido y siempre y cuando se haya calificado la legalidad de la aprehensión por delito flagrante.

En estos casos se respetará el derecho constitucional de la persona a que se presuma su inocencia y a ser tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia ejecutoriada. (Código Orgánico Integral Penal, 2021)

De esta manera se agregó el artículo 529.1 al texto normativo del COIP. Ahora bien, el legislador determina en qué tipo de delitos se puede identificar al procesado, siendo estos: a) Delitos contra la inviolabilidad de la vida; homicidio, femicidio, asesinato, entre otros; b) Delitos contra la integridad sexual y reproductiva; acoso, estupro, violación; c) Delitos de violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar; violencia física, psicológica o sexual; d) Delitos de robo con muerte, sicariato, trata de personas y tráfico de migrantes.

Por lo que podemos señalar que solo si la conducta del aprehendido se adecua al tipo penal de cualesquiera de los antes mencionados, podrá ser exhibida públicamente. En un primer momento se han determinado los tipos penales en los cuales se procede de acuerdo al artículo agregado. Argumentaremos luego al respecto. Por otro lado, el legislador condiciona la procedencia de la reforma en los siguientes puntos: a) El sujeto mantendrá su calidad de aprehendido; y, b) Siempre y cuando se haya calificado la legalidad de la aprehensión por delito flagrante. Con este preámbulo legal, ratificamos la postura de que el referido artículo lesiona el principio de inocencia, desde varios escenarios en los que claramente se puede observar dicha vulneración, no obstante, es materia del último apartado de este capítulo.

4.2. Implicaciones de la identificación física del aprehendido; impacto mediático y judicial.

La reforma y posterior entrada en vigencia del artículo 529.1 del Código Orgánico Integral Penal, tiene efectos; y por ende consecuencias; no solo en el ámbito jurídico o situación legal del procesado, varias son las implicaciones y repercusiones que contiene la prenombrada reforma, de tal manera que, se ven también afectadas sus relaciones sociales, laborales e incluso familiares. En este apartado, nos alejamos un poco del aspecto jurídico, para hacer énfasis en otras esferas de potencial afectación de los sujetos aprehendidos en delito flagrante, y hayan sido expuestos a la comunidad y a los medios luego de la presunta comisión del tipo penal.

Las implicaciones de carácter social son visibles a todas luces, un sujeto aprehendido en un presunto delito flagrante llevará consigo el estigma, el prejuicio y el posterior rechazo social, de la comunidad en la cual se desenvuelvan sus relaciones interpersonales, con la agravante de que dicho reconocimiento negativo trascienda el medio local a un contexto social macro. El estigma social se lo puede definir como:

Un atributo que desacredita a un individuo, que lo reduce de una persona completa y común a una marcada y disminuida. La estigmatización ocurre cuando una persona posee o cree poseer alguna característica que le confiere una identidad social que es devaluada en un contexto social particular. (Goffman, 1974, p. 505)

Esta condición que adquiere el procesado; y no solo el delincuente; minimiza el valor de ser humano que posee el individuo. Para el presente caso, el estigma se acompaña del prejuicio y reproche social del cual es objeto el individuo. En palabras de Catalina Pérez Correa: “la estigmatización está aparejada con una devaluación de la persona en cierto contexto social” (Pérez Correa, 2013, p. 8). Y es que el contexto social trasciende esta dimensión hacia el contexto familiar y laboral; que son propias también del entorno social; que serán abordadas *a posteriori*. El estigma y rechazo social perjudica en suma también al ámbito laboral del individuo, puesto que se ha demostrado que quien se ha visto involucrado en asuntos de índole jurídica; enfatizando el aspecto penal; le es más difícil conservar, acceder y hasta ofertar un empleo, pese a que este tipo de discriminación se encuentra prohibida por norma constitucional. Catalina Pérez, nuevamente nos ilustra al respecto: “Solemos pensar en los criminales como personas riesgosas (peligrosas) y de poco fiar. Prueba de ello son las pocas probabilidades que tiene un excarcelado para conseguir empleo legal” (Pérez Correa, 2013, p. 296).

Estos prejuicios forman estereotipos, de tal forma que el delincuente; para el caso en análisis, el presunto infractor; queda marcado por la sociedad en un determinado tiempo y espacio. Como decíamos, no solo en las relaciones sociales y laborales es en donde se ve afectada la imagen y reputación del aprehendido en delito flagrante, sino, además, las implicaciones también repercuten en las relaciones familiares del individuo. La imagen estereotipada que se crea del sujeto, hace que la esfera subjetiva de convivencia con la familia sea trastoque en múltiples aristas; (i) la pérdida de autoridad y respeto frente a los suyos; (ii) el dejar de pertenecer al entorno familiar

por vergüenza, rechazo o descontento; (iii) incluso, el alejamiento de los miembros cercanos de su entorno familiar, entre otras formas de afectación.

Bien lo manifiesta, Peter Burke:

[L]os estereotipos toman a menudo la forma de inversión de la imagen de sí mismo que tiene el espectador. Los estereotipos más crueles se basan en la simple presunción de que “nosotros” somos humanos o civilizados, mientras que “ellos” apenas se diferencian de animales tales como el perro o el cerdo (...). De ese modo los otros se convierten en “el Otro”. Se convierten en seres exóticos, distantes de uno mismo. Incluso pueden ser convertidos en monstruos. (Burke & Lozoya, 2002, p. 159)

Quizá sirva el símil que puede surgir del presente tópico con los primeros estudios criminológicos positivistas, en donde la teoría del delincuente nato “*lombrosiana*”, imperaba y era instrumental al momento de identificar un potencial delincuente, ¿acaso no sucede lo mismo hoy a través de la estigmatización social? Por supuesto, lo señalamos *a priori*, y lo identificamos como delincuente *a posteriori*. Especial atención merece este capítulo, y las aristas que muy someramente se han tratado en este subcapítulo, ya que creemos que el derecho penal guarda estrecho vínculo con la sociología jurídica, no obstante, al menos intentamos sembrar la duda en los lectores, para que este apartado pueda ser considerado para una futura investigación.

Por otro lado, el impacto mediático que se genera en este tipo de acontecimientos es de alto impacto, el rol de los medios de comunicación en la difusión de información en la sociedad debe ser tratado con bisturí, en razón de que el poder mediático es capaz de incidir en la psiquis de la sociedad, en el prejuizamiento que hace la misma en delitos de naturaleza flagrante, lo que guarda relación con el estigma social y el prejuicio que fue tratado en líneas anteriores. Xosé Soengas Pérez, se refiere al respecto:

Los medios de comunicación son necesarios para el desarrollo de la democracia y tienen un papel fundamental en el funcionamiento del Estado de derecho porque les corresponde ejercer de observadores permanentes de las instituciones y denunciar posibles abusos de poder. Tener acceso a la información es un derecho básico, por eso una sociedad libre necesita una prensa independiente que permita a los ciudadanos conocer en todo momento lo que sucede en su entorno para actuar en consecuencia. Los medios de comunicación

siempre han tenido gran influencia en la sociedad, pero también hay que relativizar su poder porque están condicionados por una serie de factores, políticos y económicos, que limitan su independencia, restringen sus funciones y los hacen vulnerables. (Soengas Pérez, 2018)

No podía ser más claro, y creemos que no solo la independencia de los medios de comunicación ve en entredicho al respecto, sino, además, la imparcialidad de los medios. Ya lo dice el mismo Ferrajoli en la “Crisis de la democracia constitucional”, que el poder mediático es un “poder salvaje”, y que los efectos de este poder en la sociedad son atroces, sino se ejerce un contrapeso o un contrapoder que, más que limitar, observe y garantice un adecuado papel en la transmisión de información de estos medios. El sensacionalismo y la crónica roja también forman parte del trabajo de estos medios, y entendemos que lo hacen por un asunto de carácter pecuniario antes que informativo.

Por último, los efectos de los medios de comunicación van más allá de la incidencia en la sociedad, ya que también repercuten en la decisión de los operadores de justicia. Este criterio es compartido también por algunos de los académicos que coadyuvaron a la construcción de este trabajo investigativo, ya que, muchos de ellos, siendo ex jueces de diferentes instancias, reconocen que en ocasiones pueden formarse criterios anticipados, es decir, van con una decisión preconcebida del sujeto activo que fue detenido en delito flagrante, y esto es también por la difusión inadecuada de la información de parte de los medios de comunicación. Sin duda alguna, cuando se dan estos eventos, pensamos que seguimos en un sistema en el que impera el derecho penal de autor y no de acto, se pone en riesgo el debido proceso penal, y más aún, la garantía a la presunción de inocencia del procesado.

4.3. Vulneración de la garantía a la presunción de inocencia del aprehendido.

El presente apartado no constituye una práctica reiterativa del argumento, sino más bien, tomamos como punto de partida la premisa que la reforma al artículo 529.1 vulnera la presunción de inocencia del procesado en delito flagrante, no obstante, los acápites que anteceden y relativamente se refieren al respecto, han sido justificados desde una posición eminentemente normativa, de ahí que, sea menester hacer uso del argumento crítico reflexivo para sustentar este capítulo. Sin más preámbulos, deducimos a continuación como corresponde.

Una primera posición, es asumir el hecho de que la reforma vulnera la garantía a la presunción de inocencia del procesado en delito flagrante, es decir, damos por hecho que es así. La justificación de aquello sería la consecuencia que se desprende de la interpretación literal del enunciado normativo del artículo 529.1, del Código Orgánico Integral Penal. Como señalamos *ut supra*, el enunciado normativo resulta ser claro respecto a lo que pretende, pero a la vez contradictorio. En un primer momento determina los tipos penales en los cuales procede la aplicabilidad del mencionado artículo, así, se tiene que no son todos los tipos penales los que se someterán al procedimiento indicado en dicho enunciado. Algo que, desde la teoría de la norma propuesta por Alexy, es improcedente, en razón de que esta norma con estructura de regla contiene una garantía implícita, la cual se puede ver vulnerada por la sola aplicación de esta regla de procedimiento; algunos incluso la conciben como principio antes que garantía, discusión que intentamos resolver en los primeros acápites del capítulo de inicio de la presente investigación. Empero, trataremos con mayor detalle este tópico en los capítulos siguientes.

Ergo, el enunciado normativo analizado indica que, en la comisión de los tipos penales antes descritos, el sujeto será expuesto ante la comunidad y los medios, en calidad de aprehendido, y siempre y cuando se haya calificado la legalidad de la aprehensión y la flagrancia. Sobre este tópico, el último acápite de este capítulo hace un análisis minucioso al respecto, por demás está decir, de mucha valía e interés. El segundo inciso del artículo 529.1 indica que se respetará la presunción de inocencia del sujeto y será tratado como tal, surge entonces la interrogante, después de ser aprehendido, ¿sigue la garantía a la presunción de inocencia manteniéndose intacta? ¿Acaso no acabamos de revisar en el capítulo que antecede el problema de la etiqueta, estigma, prejuicio y rechazo social? Parece que el legislador no considero los elementos fácticos y la mutabilidad del derecho. Pero, más que del derecho, de los presupuestos fácticos que a la larga son los que sostendrán la determinación de la responsabilidad del procesado en la comisión, o no, del delito.

Ahora bien, nos hemos referido con amplitud a los criterios normativos, jurisprudenciales y doctrinarios que reconocen y fundamentan la garantía a la presunción de inocencia, desde la jurisprudencia constitucional, sentencias como la No. 14-15-CN/19, en cuyo párrafo 17 indica que:

17. La presunción de inocencia es un derecho fundamental para diferenciar un sistema inquisitivo de uno acusatorio. En el primero se presume la culpabilidad de las personas y en el segundo la inocencia. Por este principio, se protege a las personas del uso arbitrario

y autoritario del poder punitivo del Estado, que a lo largo de la historia ha producido graves y reiteradas violaciones a los derechos humanos. (*Sentencia No. 14-15-CN/19*, 2019)

Este argumento permitirá que en el capítulo en donde se hace uso del derecho comparado con la legislación penal colombiana, observemos que la categoría de derecho absoluto de la presunción de inocencia en Colombia. Por su parte, la Corte Constitucional del Ecuador eleva a la categoría de derecho fundamental a la garantía objeto de estudio, siendo instrumento de protección del excesivo *ius puniendi* estatal. La misma sentencia a párrafo seguido indica:

18. Del derecho a la presunción de inocencia se derivan algunos efectos jurídicos importantes: i) la presunción de inocencia es derecho que limita al poder punitivo, tanto en lo legislativo como en lo procesal; ii) se debe presumir la inocencia de cualquier persona y, en consecuencia, se le debe tratar como inocente antes y durante el proceso penal; iii) la presunción de inocencia debe vencerse mediante pruebas lícitas de culpabilidad y se la debe declarar en sentencia; y, iv) la carga de la prueba la tiene quien ejerce las funciones de fiscal o la persona que acuse. (*Sentencia No. 14-15-CN/19*, 2019)

Los efectos jurídicos que contiene la presunción de inocencia se decantan en el límite al *ius puniendi* estatal, la presunción de inocencia stricto sensu, la veracidad de las pruebas, y la carga probatoria por parte del Estado. La sentencia No. 14-19-CN/20 del 12 de agosto de 2020, puntualiza:

17. De lo dicho, existen básicamente dos reglas que surgen del principio de presunción de inocencia: i) la regla de tratamiento procesal y ii) la regla de juicio. La primera, exige no adoptar decisiones que impliquen asunción de culpabilidad antes de una condena. Esto obliga a toda autoridad pública (jueces, fiscales, policía, etc.), a abstenerse de prejuzgar el asunto, antes de que concluya el juicio con una sentencia condenatoria ejecutoriada. Incluye, además, la obligación que tienen dichas autoridades de prevenir que los medios de comunicación o ciertos sectores sociales, puedan influir en la decisión judicial al pronunciarse sobre la responsabilidad de la persona procesada o acusada. (*Sentencia No. 14-19-CN/20. CASO No. 14-19-CN.*, 2020)

Como observamos, existe abundante jurisprudencia constitucional que contiene del desarrollo de la garantía a la presunción de inocencia en el marco normativo interno. Empero, la

Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha desarrollado esta garantía y derecho fundamental, así, hemos referido ya algunas de las sentencias de la Corte IDH que constan en el acápite 2.5 de esta investigación. Por citar algunas, en el Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, “Fondo”, Sentencia de 18 de agosto de 2000, la Corte IDH se pronunció al respecto, indicando que:

El principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla. (*Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo.*, 2000)

La sentencia promulgada en el Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua. “Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones”, desarrolla también esta garantía, indicando que:

El derecho a la presunción de inocencia 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 su responsabilidad penal conforme a la ley. Por ello, ese derecho puede ser violado tanto por los jueces a cargo del proceso, como por otras autoridades públicas, por lo cual éstas deben ser discretas y prudentes al realizar declaraciones públicas sobre un proceso penal, antes de que la persona haya sido juzgada y condenada. (*Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.*, 2017)

La responsabilidad no solo recae en las autoridades a cargo del proceso judicial, sino en otras autoridades públicas también, por lo que exige que estas deban ser prudentes al emitir declaraciones públicas sobre el estado de la causa, y la condición del procesado. Al parecer, la interpretación de este criterio de la Corte IDH, debería verse extendido también a quienes ostentan el poder mediático, debido a que a través de los medios de comunicación el colectivo humano puede formarse criterio al respecto, anticipando y siendo prejuiciosos con el argumento, lo que vulnera la garantía a la presunción de inocencia del procesado. Además de la jurisprudencia dictada por las altas cortes, lo estipulado en la Constitución de la República del Ecuador, en los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado, respecto de esta garantía, hasta los cuerpos legislativos orgánicos vigentes en el Ecuador, observamos el

reconocimiento y desarrollo de la presunción de inocencia. En todas ellas tiene un elemento común, el respeto a la condición de inocente que tiene el procesado frente a la posible determinación de responsabilidades en la comisión de un ilícito penal. Nada dicen acerca de los parámetros en los cuales puede operar esta garantía, quizá por eso es que el legislador no observó la naturaleza de la misma, y legisló de manera tal que pone en entredicho la validez de esa garantía. Por lo visto, es bastante general y abstracta, y eso conlleva a que se generen aristas de naturaleza interpretativa, y consecuentemente, de validez y eficacia.

Desconocer la validez de la garantía no podemos, está creada y está vigente, pero ¿qué pasa con la eficacia de la presunción de inocencia? Consideramos que con la reforma propuesta y vigente esta garantía se ve vulnerada siempre que se proceda conforme a la regla de procedimiento determinada para el efecto. Si bien no es una crítica directa al legislativo, empero, la reforma instituida por esta función, es inconstitucional y atentatoria a los derechos fundamentales de los ciudadanos, en este caso, el derecho a ser tratado como inocente mientras no se demuestre lo contrario, considerando que mientras se resuelve la situación jurídica del individuo, se deben respetar las reglas básicas del debido proceso legal y penal.

Por último, coincidimos plenamente con la tesis principal que sostiene esta investigación, la reforma vulnera; y lo seguirá haciendo; la presunción de inocencia del procesado. Enfatizamos la inquietud que aquí se ha propuesto, en razón de que en los capítulos subsiguientes; sobre todo en el último; proponemos un estudio de los elementos de facticidad que el legislador debió tomar en cuenta para dar paso a la reforma que hoy en día se encuentra vigente y es objeto de controversia.

4.4. Análisis jurídico-doctrinario desde la óptica del derecho penal y constitucional.

De toda la simbiosis; por así decirlo; que existe entre las diversas ramas del derecho, y entendiendo que la más importante de ellas es el Derecho Constitucional, creemos que no hay mayor vínculo que con el Derecho Penal. Quizá y esta posición suene algo ostentosa para quienes ven con mayor importancia a la fuente jurídica penal, no obstante, no se trata de controvertir el asunto, puesto que, el presente apartado pretende justificar las implicaciones de la reforma al artículo 529.1 del COIP desde la posición jurídica constitucional y, por supuesto, la vinculatoriedad de esta con la posición jurídica penal.

Es menester apreciar lo que Roxin, refiriéndose así:

[...] el Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado. Reside en ello su actualidad política, la cual significa, al mismo tiempo, que cada cambio esencial en la estructura política (sobre todo una modificación de la estructura del Estado) también conduce a transformaciones del procedimiento penal. (Roxin, 2000, p. 13)

Entender que es el sismógrafo de la Constitución va más allá del plano de las transformaciones al catálogo penal y al procedimiento penal. No es posible concebir un cambio meramente normativo, de ser el caso, el sismógrafo solo se activaría en procesos de reformas; verbigracia, al Código Orgánico Integral Penal; o en su defecto, cuando entre en vigencia un nuevo código penal y de procedimiento penal por derogatoria del anterior.

Consideramos que el sismógrafo se mantiene activo permanentemente, ¿debido a qué? Debido al sistema de garantías que forman parte también del procedimiento penal, hablamos del *non bis in idem*, la garantía del doble conforme; pese a que esta no es exclusiva del derecho penal; más aún, de la presunción de inocencia. Siendo así, la “relación sismográfica” es permanente, es gradual y, sobre todo, es necesaria. De este escueto análisis, es necesario entrar en materia, por así decirlo. El primer tópico por el cual esta reforma es inconstitucional deviene de la doctrina más pura y contemporánea propuesta por Alexy. Para este, cuando hace la distinción entre reglas y principios, determina varios criterios, uno de ellos, el criterio de generalidad.

Alexy, menciona:

Según este criterio, los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, mientras las reglas, de un nivel relativamente bajo. Un ejemplo de una norma con un nivel relativamente alto de generalidad es aquella que establece que todos gozan de libertad religiosa. En cambio, una norma según la cual todo preso tiene el derecho a convertir a otros presos, tiene un grado relativamente bajo de generalidad. (Alexy, 2002, p. 65)

Ahora bien, surgirá la interrogante de, ¿qué tiene que ver la posición de Alexy? Mucho, la verdad. Si concebimos a la presunción de inocencia no solo como garantía, sino como principio; tal cual lo entiende el constitucionalismo contemporáneo; entenderemos que el elemento doctrinario de generalidad de los principios es inobservado por el legislador, en razón de que el tipo penal reformado indica que ciertos tipos penales serán objeto del procedimiento establecido

en el 529.1. ¿Es posible dividir a los principios? ¿Se está dividiendo el principio o garantía a la presunción de inocencia? Por supuesto, la generalidad de este principio no le permite dividir su esfera de reconocimiento, en virtud de que el espectro de protección de esta garantía es sumamente amplia y general, y lo que está causando el legislador con esta reforma, es que el espectro de este principio o garantía se divida a ciertos tipos penales bajo las condiciones fácticas en las que se originan.

Por esta primera arista, es que catalogamos a la presunción de inocencia como vulnerada frente a la reforma al 529.1 del Código Orgánico Integral Penal. La doctrina jurídica constitucional consagra a la garantía a la presunción de inocencia como un principio con rango constitucional, lo que, sin duda alguna, hace que cualesquier reforma o inobservancia al mismo, atente en contra de su naturaleza constitucional. Como hemos revisado en varios acápite que anteceden a este capítulo, es amplia la discusión doctrinaria respecto a la posición que ocupa la presunción de inocencia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, de ahí que, todos estos argumentos coincidan en el reconocimiento de este principio o garantía desde el texto constitucional hacia el resto de normas que regulen el mismo.

Por supuesto, como empezamos este acápite, la estrecha relación que existe entre el derecho constitucional y penal hace que el contenido del tipo penal, o en este caso, de la norma de procedimiento, debe evitar contravenir el contenido de la Constitución, más aún en materia de garantías. La presunción de inocencia se encuentra como un principio del procedimiento penal en el COIP. En palabras de Gloria Acevedo Bernal, “las normas rectoras son preceptos que poseen un rango superior de orden Constitucional, lo que significa que toda la legislación penal está subordinada a ellas, prevaleciendo sobre cualquier otra disposición, constituyéndose en la esencia y orientación del sistema punitivo” (Bernal Acevedo, 2015, p. 220).

Por consiguiente, la esfera jurídico penal se ve también afectada con la reforma que ha dispuesto el legislador al artículo 529.1. Confluyen muchos criterios que justifican la aseveración que hemos dado por hecho en varios subcapítulos de este trabajo, esto es la evidente vulneración de la garantía a la presunción de inocencia del procesado en delitos contenidos en el referido artículo *ut supra*; para el presente caso, en la comisión del delito de asesinato en las circunstancias dadas, y bajo la adecuación de la conducta de los sujetos activos en el tipo penal dispuesto en el artículo 140 del Código Orgánico Integral Penal.

4.5. Análisis de derecho comparado; legislación penal colombiana.

Cada vez es más habitual el uso de la metodología jurídica de análisis de derecho comparado, al ser parte del conjunto de métodos para investigaciones de carácter social, como es el caso del presente estudio. Analizar qué es lo que dice la legislación y la jurisprudencia colombiana respecto a la garantía a la presunción de inocencia, puede que resulte complicada *in extremis*, no obstante, la lógica de contraste de este acápite hace posible que los criterios que se deduzcan de la comparación de contenido indicado *ut supra*, entre la legislación penal ecuatoriana y colombiana, sirvan como fundamento para entender el alcance de esta garantía del debido proceso penal.

La presunción de inocencia en el derecho penal colombiano se encuentra en el artículo 7 del Código de Procedimiento Penal, el cual reza lo siguiente:

Artículo 7o. Presunción de inocencia e *in dubio pro reo*. - Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.

Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda. (*Código de Procedimiento Penal de Colombia (Ley 906 de 2004)*, 2019)

De la simple lectura e interpretación gramatical de este artículo se observa como la presunción de inocencia va conjunta al principio *in dubio pro reo*, y esto, tiene su justificación. Este artículo explica como principio del proceso penal que toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. Por ende, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. Además, en la legislación colombiana existe jurisprudencia de Corte Constitucional que se refieren a la necesidad de una sentencia o decisión judicial definitiva, ejecutoriada, y por supuesto, con certeza probatoria en la determinación de

responsabilidad del procesado. Por citar algunas de estas sentencias: (i) Sentencia C-003 de 2017 C. C.; Sentencia C-276 de 2019 C. C.; y, (iii) Sentencia C-495 de 2019 C. C.

Ahora bien, antes de entrar al contraste con lo que dispone al respecto la legislación penal ecuatoriana, es también menester que identifiquemos a esta garantía en la Constitución Política de Colombia. El Título II; de los derechos, las garantías y los deberes, en su artículo 29 contiene el derecho al debido proceso, dentro del cual, en el inciso 4 se indica:

ARTÍCULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.
(*Constitución Política de Colombia, 1991*)

De ahí que, se presumirá la inocencia del procesado hasta cuando sea declarado judicialmente culpable. El análisis del artículo 7 del Código de Procedimiento Penal y del artículo 29 de la Constitución de Colombia, versa sobre el contenido gramatical de estos. Las palabras que acompañan al enunciado normativo; “decisión judicial definitiva” y “declarado judicialmente responsable”, contiene un elemento subjetivo de valoración más allá del simple hecho de que se presuma su inocencia, ya que dicha calidad permanecerá intacta mientras no exista una decisión judicial definitiva en firme. ¿Qué entendemos por eso? Que la decisión no admita recurso alguno

quizá, y salvo haya dicha resolución, solo ahí se desvanece la presunción de inocencia del procesado. ¿Qué dice al respecto el ordenamiento jurídico penal y constitucional del Ecuador? Interrogantes sin duda que se irán contestando a continuación.

Como se infiere del artículo 29 del texto constitucional de Colombia, la inocencia apenas logra desvirtuarse con sentencia judicial de culpabilidad. No se intenta defender la presunción de inocencia luego de que un juez o tribunal determine la responsabilidad del procesado, por supuesto que no. Lo absoluto de este derecho llega hasta que un órgano competente establezca la autoría de la infracción. Y es que en Colombia a la presunción de inocencia se la ha catalogado como un derecho absoluto, bien lo indica Juan Sebastián Tisnés Palacio:

La presunción de inocencia, erigida como principio constitucional en el artículo 29 de la Carta Política, ha sido considerada por el Tribunal Constitucional como un derecho absoluto no sujeto a ponderación. Lo anterior, teniendo en cuenta que la Sentencia C-774 de 2001, entre otras, señala que la presunción de inocencia no admite excepción y permanece incólume durante toda la etapa de investigación y de juicio. (Tisnés Palacio, 2012, p. 53)

Carlos Bernal Pulido, se refiere al respecto:

Con la declaratoria de derecho absoluto, quiere decirse que no es susceptible de ponderación, y, por tanto, no hay necesidad de ésta como forma de aplicación de principios para establecer esa mayor medida en que deben realizarse, confrontándolo obviamente, con los principios opuestos. (Bernal Pulido, 2005, p. 324)

Sin admitir ponderación alguna frente a la aplicación de otros principios, es como se declara a la presunción. Entendemos que, en un momento histórico de Colombia, la vulneración a esta garantía en procesos penales era recurrente, obviamente, con matices diferentes a los de la realidad ecuatoriana, de ahí que la Corte Constitucional de Colombia conciba esta garantía como un derecho absoluto. Tal cual lo indicamos en los párrafos que anteceden, son algunas las sentencias del Tribunal Constitucional de Colombia que han desarrollado la presunción de inocencia y han elevado esa garantía al rango de considerarla como derecho absoluto.

Por el contrario, en el Ecuador tanto la normativa orgánica y específica; Código Orgánico Integral Penal, así como la jurisprudencia constitucional, no han desarrollado esta garantía, quizá

porque consideren que no existe necesidad de hacerlo, o en su defecto, porque creen que el enunciado; normativo y constitucional; es completo y concreto. Nada se dice del desvanecimiento de la presunción de inocencia solo con decisión ejecutoriada, al contrario, se legisla vulnerando este derecho y garantía, se inobserva el rango constitucional que tiene e introducen reformas atentatorias a esta garantía, o acaso el que se exponga a la comunidad y los medios no es sinónimo de resquebrajar el estatus de inocencia que a todos nos corresponde.

Más aún, se abusa de la prisión preventiva; algo que en el derecho procesal penal colombiano no sucede, y si pasa, no es recurrente como aquí; puesto que la presunción de inocencia no está sujeta a ponderación frente a otros derechos. He ahí la importancia del desarrollo jurisprudencial colombiano respecto a considerar a la presunción de inocencia como un derecho absoluto, no existe necesidad de abusar de la figura de la prisión preventiva, y, por ende, no se da en mayor medida el problema de los hacinamientos carcelarios. Parecería una respuesta tan simple, no obstante, el trasfondo es sumamente importante y complejo, sin hacinamientos, incluso podríamos alegar un régimen verdadero de rehabilitación. Sin ser tan optimistas, y siendo objetivo y coherente con el argumento, el solo hecho de que no exista hacinamiento, es un logro, se respetan las garantías y derechos de los privados de libertad, y no se congestionaría el sistema de justicia penal en el Ecuador. Como estas, muchas son las aristas que se pueden derivar del análisis comparado de ordenamientos jurídicos que provienen de las mismas familias, de los mismos sistemas, sin embargo, tienen un tratamiento distinto desde la praxis jurídica interna de los ordenamientos que regulan.

4.6. Distintos escenarios en los que se vulnera la presunción de inocencia.

Cuando hablamos de escenarios, lo hacemos metafóricamente, por así decirlo; conviene en este punto ejecutar el análisis teórico a varios presupuestos fácticos en los que se puede ver vulnerada la presunción de inocencia, y es que, no contemplamos escenarios sumamente hipotéticos, en donde casi sea imposible la realización de estos, sino más bien, partimos de una hipótesis con coherentes y reales bases de ejecución fáctica, por lo que, nos alejamos de las meras expectativas poco realizables, para aterrizar en aquellas que son realizables. Con esta introducción, procedemos al análisis propuesto:

- a. A este primer escenario lo vamos a denominar **comisión individual con ratificación del estado de inocencia**: Tomemos como punto de partida el delito de asesinato, un tipo penal

tipificado y sancionado en el artículo 140 del Código Orgánico Integral Penal. Este es un delito contra de la inviolabilidad de la vida. Un sujeto A provoca la muerte del sujeto B, adecua su conducta al tipo penal asesinato: “La persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años, si concurre alguna de las siguientes circunstancias [...] y a continuación de describen las agravantes constitutivas del tipo penal en los diez numerales que siguen”.

Este presupuesto fáctico se configuró en plena vía pública; Calles González Suárez y Luis Freile de la Ciudad de Tabacundo, frente a algunos transeúntes que caminaban por las referidas avenidas. El sujeto X lo detiene con la ayuda de otra persona, de inmediato llaman a la Policía la cual procede a su aprehensión. Configurado el presupuesto fáctico de la flagrancia, se lleva a cabo la audiencia de calificación de la misma. Se califica, se ordena prisión preventiva y se abre la etapa de instrucción fiscal por asesinato. Hasta ahí, nada que difiera del cometimiento típico de este ilícito penal.

El sujeto activo ha sido expuesto a la comunidad, a la prensa local y demás, se inobservó el principio de presunción de inocencia por el agregado artículo 529.1, ya que el presupuesto fáctico encaja en lo que dispone dicho artículo. Pero, sucede que mientras avanzan las investigaciones, se determina que el sujeto A mató a B en legítima defensa. Lo último es una causal de justificación de la Antijuridicidad, por lo que no se le atribuye responsabilidad penal y se ratifica el estado de inocencia de A. Sin embargo, la presunción de inocencia de A se desvaneció al momento mismo de la aprehensión en delito flagrante. Para la comunidad y los medios, A fue expuesto como responsable directo de la muerte de B, más aún, para su entorno familiar y el de la víctima. ¿Se vulneró la presunción de inocencia de A? Por supuesto que sí, pese a que se ratificó estado de inocencia a su favor, para el resto quedó como responsable del asesinato en contra de B.

- b. Este escenario se va a denominar **comisión conjunta con ratificación del estado de inocencia individual**: En el mismo caso, pero con el agregado de que son cuatro personas las que se encuentran libando en vía pública; A, B, C y D. Después de una discusión uno de ellos saca un arma de fuego y mata a B. Los vecinos de inmediato llaman a la Policía Nacional, los detienen a todos en delito flagrante, se lleva a cabo la audiencia de

calificación de flagrancia. A, C y D son expuestos a la comunidad y a los medios, como responsables de asesinato de B, para colmo su defensa técnica no logra justificar que dos de ellos; C y D; no fueron los que dispararon y se ordena prisión preventiva para todos. Con el transcurso de las investigaciones se dicta auto de sobreseimiento a favor de C y D y solo A es llamado a juicio. Pero la presunción de inocencia se desvaneció nuevamente en el momento que deciden exponerlos a la comunidad y los medios porque se supone que todos ellos fueron parte del ilícito penal en calidad de flagrancia.

- c. Vamos con el mismo ejemplo, pero mucho más sencillo. Los mismos libadores: A, B, C y D, en la misma discusión y el mismo presupuesto fáctico. Y digo que es más fácil porque sucede que son terceros; que bien pueden ser vecinos; quienes alertan a la Policía, hacen uso de sus teléfonos móviles, graban el hecho, lo difunden en redes sociales, peor aún, llegan los medios de comunicación, son aprehendidos y expuestos a la comunidad y los medios mucho antes de que se realice y califique la audiencia de calificación de flagrancia. Bueno, la norma dice que mantienen su condición de aprehendidos, y no solo aquello, dice además en su inciso segundo, que se seguirá presumiendo su inocencia. Pero eso dejó de ser así desde que fueron expuestos e identificados. Y notemos que esta vez sucedió antes de que se lleve a cabo la audiencia respectiva. A este escenario le podemos denominar **comisión *ex ante* de la calificación del tipo penal**.
- d. Ahora, el mismo presupuesto fáctico, pero con el siguiente cambio; advertimos que este presupuesto tiene mucha carga subjetiva filosófica-moral, antes que jurídica, pero vale la pena leerlo: El sujeto A venía persiguiendo al sujeto B, porque encontró a este violando a su hija C. En la persecución A toma un arma de fuego y obnubilado por lo que acaba de observar dispara a B, este muere y A es detenido en delito flagrante. A criterio de muchos; quizá de la gran mayoría; el argumento vendrá dado por el hecho de que hace siglos ya que no existe la justicia por propia mano, pero, bajo los mismos términos del artículo 529.1, como regla de procedimiento, es expuesto a la comunidad y a los medios como asesino. La imposición de una pena privativa de libertad en el evento de ser encontrado culpable, no está en discusión, pero no sabemos tampoco que motivó a que A atente contra la vida de B. Simplemente para su entorno quedará como un delincuente, como un asesino. No

obstante, en el trascurso del juicio puede; como no; determinarse la culpabilidad de A por el delito procesado, quizás en la audiencia de formulación de cargos se le imputa un delito menos gravoso que el asesinato, verbigracia, un homicidio. Quizás una buena defensa técnica logra que al sujeto A se le ratifique el estado de inocencia, existe un abanico; aunque no ilimitado; de posibilidades en cuanto a determinar o no la responsabilidad del procesado, y en todas ellas, sino existe la debida diligencia se corre el riesgo de traspasar la delgada línea que supone la garantía de la presunción de inocencia. Por último, este presupuesto se denominará como **comisión *ex ante* al conocimiento de la *ratio delictum***.

- e. Por último, un ejemplo con un delito de igual magnitud, la violación. Precisemos la justificación para aplicar el análisis con un tipo penal de diferente naturaleza, la misma que versa sobre el contenido del artículo 529.1 del COIP, en virtud de que dicha disposición normativa integra también a los delitos en contra de la integridad sexual y reproductiva, de ahí que, sea necesaria la explicación. Proseguimos entonces, un grupo de jóvenes, X, Y y Z, en una reunión de amigos, de los cuales X es de género femenino y es menor de edad, y los otros dos; Y y Z, de 20 y 24 años respectivamente. Después de varias horas consumiendo alcohol, Y) se queda dormido por el consumo excesivo de esta sustancia, mientras que X) y Z) empiezan una discusión a causa de que este último se propasó con X. Pese a la resistencia de X), Z) accede carnalmente a X), los gritos y el forcejeo hacen que los vecinos del departamento de junto se despierten y llamen a la Policía Nacional.

Al sentirse alertados por los vecinos los dos chicos huyen del departamento. Una hora más tarde llega la Policía, la víctima da la descripción de los chicos y son detenidos una hora más tarde en delito flagrante; no olvidemos que la flagrancia se mantiene por un periodo de 24 horas siguientes al cometimiento del ilícito penal. Al ser detenidos los dos en delito flagrante, son expuestos a los medios y a la comunidad como presuntos responsables del delito de violación en contra de X). Aun cuando sabemos que Y) no cometió el delito, sino fue Z) quien lo hizo, Y) también fue expuesto como presunto responsable.

Llevadas a cabo las diligencias se determina la responsabilidad de Z), y Y) es ratificado en estado de inocencia, pese a aquello, la identificación y exposición plena frente a la comunidad y los medios de Y), vulneró la presunción de inocencia del mismo, eso es

innegable. A este último escenario podemos denominarle **comisión individual con afectación conjunta**.

En cualesquiera de los escenarios expuestos para el ejemplo anterior: a, b, c, d, o e, el principio de presunción de inocencia se vulneró; y cabe la precisión, no se desvaneció, porque para que este último caso proceda se debió llevar a cabo todas las fases del proceso penal, y observamos que no en todos los casos se llegó al menos a la audiencia de juicio, práctica de pruebas y decisión con base a los elementos probatorios aportados.

Para el presente estudio, a través de la aplicación y explicación de varios presupuestos fácticos, se ha observado como esta entrada en vigencia del artículo 529.1, es atentatoria al principio de inocencia de los seres humanos. Ahora es preciso que nos remitamos a la incongruencia del inciso segundo del referido artículo. Dicho agregado indica que: “En estos casos se respetará el derecho constitucional de la persona a que se presuma su inocencia y a ser tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia ejecutoriada” (Código Orgánico Integral Penal, 2021).

La objeción cognitiva es simple y evidente, ¿cómo se espera seguir manteniendo y garantizando la presunción de inocencia de una persona, cuando ya lo expuse a la comunidad y a los medios, previo a la audiencia de calificación de flagrancia, y aun cuando ya se haya calificado la misma? Además, bien sabemos que para que exista responsabilidad, y *a posteriori*, se dicte sentencia condenatoria en contra de una persona, solo ahí dicha persona pierde y se desvanece su estado de inocencia. Pero, si antes sin tener sentencia ya lo expuse a los medios y a la comunidad, es evidente que la garantía a la presunción de inocencia del sujeto se verá afectada.

Concluiría este acápite manifestando que el artículo 529.1, de Código Orgánico Integral Penal - COIP es atentatorio y vulnera la garantía de presunción de inocencia de los sujetos aprehendidos en comisión flagrante del delito, en los tipos penales que se han determinado para el efecto. Es decir, es discutible la legalidad y más aún la constitucionalidad del vigente artículo, por lo que contar con el criterio de operadores de justicia; jueces y fiscales; así como de aquellos que hacen del libre ejercicio su práctica diaria, es fundamental para que no sea imperante solo un argumento que contenga una sola postura, y se cuente con argumentos varios que fortalezcan el debate en el amplio mundo jurídico.

2.2. Marco Legal.

Este apartado justifica la pertinencia de la investigación desde la base normativa y jurisprudencial que sustenta y desarrolla la garantía de la presunción de inocencia, por lo que, se han considerado los todos los instrumentos que forman parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano; internos e internacionales. En virtud de lo manifestado, a continuación, se exponen en el siguiente orden:

2.2.1. Constitución de la República del Ecuador:

El texto constitucional recoge en su contenido dogmático la presunción de inocencia como una de las garantías que forman parte del derecho al debido proceso legal y debido proceso penal. El numeral 2 del artículo 76 de la Constitución, indica:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. (Constitución de la República del Ecuador, 2020)

La presunción de inocencia es una garantía que tiene toda persona, hasta cuando no se demuestre su responsabilidad en un proceso legal. Esta garantía reconocida en la Constitución de la República, guarda estrecha relación con los procedimientos que implican determinar responsabilidades por la adecuación de presuntas conductas a tipos penales, sobre actos ejecutados por personas naturales. La investigación no solo atiende al formalismo normativo en cuanto a la construcción del marco legal del presente estudio, puesto que el análisis va más allá, en virtud de que constituye un eje medular de este trabajo, de modo que, el objetivo es determinar si el artículo 529.1 del Código Orgánico Integral Penal, vulnera la garantía a la presunción de inocencia del aprehendido en delito flagrante.

Sin duda alguna, el texto constitucional representa la base jurídica más importante en el desarrollo de la presente investigación, puesto que, en estricta observancia del artículo 424 y 425 ibidem, y el principio de supremacía constitucional, es la Constitución la norma fundamental del Estado y sus disposiciones prevalecen sobre el resto de normas del ordenamiento jurídico.

2.2.2. Bloque de constitucionalidad:

Capítulo aparte merece el análisis del denominado bloque de constitucionalidad, aludiendo a que es imprescindible para la presente investigación, en razón de que la Constitución del Ecuador, en el numeral 7 del artículo 11, reconoce como fuente de derechos también al bloque de constitucionalidad. El jurista Julio César Trujillo, indica: “El bloque de constitucionalidad está compuesto por el conjunto de normas que no constando en la Constitución formal [...] forman parte de esta porque la misma Constitución les reconoce ese rango y papel” (Trujillo, 2009, p. 67). Por lo que, los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, se entiende forman parte del denominado bloque de constitucionalidad.

Con esta aclaración, tenemos a bien manifestar que la presunción de inocencia se encuentra declarada en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana sobre Derechos Humanos «Pacto de San José de Costa Rica», 1969). Precizando que, la disposición normativa hace alusión a toda persona que se encuentre inculpada en un proceso penal, observando la naturaleza *in stricto sensu* en los procesos penales. Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, replica el criterio de la Convención Americana de Derechos Humanos de manera íntegra en cuanto al contenido literal de lo que constituye la presunción de inocencia (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, art. 14.2). Por último, la Declaración Universal de Derechos Humanos, menciona que toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, respetando las reglas del debido proceso (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, art. 11.1).

No obstante, cabe mencionar también que la presunción de inocencia se encuentra desarrollada en varias sentencias provenientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), por lo que su contenido forma parte de la jurisprudencia interamericana; por citar algunos ejemplos: (i) Caso Acosta Calderón vs. Ecuador consideraciones, (fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 24 de junio de 2005, párr. 74; en donde no solo se desarrolla el criterio de la prisión preventiva, sino además la importancia de la garantía a la presunción de inocencia del procesado; (ii) Caso Suárez Rosero vs. Ecuador (fondo). Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 74, inciso d; en donde la garantía a la presunción de inocencia tiene un desarrollo pleno. Y

así podríamos citar otras normas que regulan el desarrollo de esta garantía judicial. La garantía a la presunción de inocencia se encuentra también; como se ha podido notar; en el bloque de constitucionalidad reconocido por la Constitución, además de ser considerada como fuente de los derechos fundamentales de los cuales todos los ciudadanos somos titulares, por lo que, justifica de igual manera la pertinencia y el sustento legal del presente trabajo de investigación.

2.2.3. Ordenamiento jurídico interno; Código Orgánico Integral Penal:

La presunción de inocencia se encuentra contenida en el numeral 4 del artículo 5 del Código Orgánico Integral Penal, el mismo que indica:

Art. 5.- Principios procesales. - El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios: 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. (Código Orgánico Integral Penal, 2021)

Merece especial atención esta disposición normativa del COIP, puesto que sobre la base de la tipificación del tipo penal contenido en el artículo 140 *ibidem*, así como del artículo 529.1, es que se ha podido problematizar la investigación en curso. El análisis de la construcción normativa dispuesta en el código referido *ut supra*, constituye también un instrumento que sostiene la base legal del presente estudio, en virtud de que la presunción de inocencia se encuentra recogida como un principio procesal, en estricta concordancia con lo dispuesto en el texto constitucional, y por supuesto también, en la jurisprudencia de la Corte IDH, y; como veremos más adelante; de las altas cortes del país también.

2.2.4. Jurisprudencia.

Existen precedentes jurisprudenciales de Corte Nacional de Justicia y de Corte Constitucional que desarrollan la garantía de la presunción de inocencia y, por supuesto, forman parte del marco legal que sostiene la necesidad de la presente investigación. Verbigracia, la Resolución 1082-2019, dentro de la causa 09123-2012-0406, desarrolla el contenido formal de la garantía tratada, apoyados en criterios de la Corte IDH, desarrollando también la naturaleza jurídica de esta garantía; sin olvidar que esta resolución constituye jurisprudencia vinculante. Por

otro lado, la Corte Constitucional en su fallo jurisprudencial, Sentencia No. 14-19-CN/20, cuyo Juez ponente es el Dr. Agustín Grijalva Jiménez, de fecha 12 de agosto de 2020, desarrolla también la garantía a la presunción de inocencia, refiriéndose a párrafo 16 de la siguiente manera:

Del derecho a la presunción de inocencia se derivan algunos efectos jurídicos importantes: i) la presunción de inocencia es derecho que limita al poder punitivo, tanto en lo legislativo como en lo procesal; ii) se debe presumir la inocencia de cualquier persona y, en consecuencia, se le debe tratar como inocente antes y durante el proceso penal; iii) la presunción de inocencia debe vencerse mediante pruebas lícitas de culpabilidad y se la debe declarar en sentencia; y, iv) la carga de la prueba la tiene quien ejerce las funciones de fiscal o la persona que acuse. (*Sentencia No. 14-19-CN/20. CASO No. 14-19-CN., 2020*)

Como los citados, existen varios fallos de triple reiteración que corresponden a la Jurisprudencia vinculante, tanto de la Corte Nacional de Justicia, como de la Corte Constitucional. Sin lugar a dudas, la utilización de estas fuentes; como se dijo en un inicio; justifica y sostiene la problemática propuesta como trabajo investigación.

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1. Descripción del área de estudio.

La naturaleza de la presente investigación es de carácter cualitativo, en virtud de que se valoran los argumentos de todos aquellos sujetos que forman parte de esta investigación. No obstante, la investigación cualitativa nos permitió valorar el criterio de: (i) Un conjuer de la Corte Nacional de Justicia; (ii) Un agente fiscal de fiscalía provincial de Imbabura; (iii) el criterio de un destacado jurista en materia penal; y, (iv) dos académicos, profesores universitarios del área de las ciencias penales. Los criterios de los entrevistados, permitieron obtener información relevante acerca del tratamiento de la presunción de inocencia en el contexto jurídico penal ecuatoriano.

El nivel de investigación es de carácter descriptivo y exploratorio. En cuanto al primero, en razón de que permitió describir cómo la entrada en vigencia del artículo 529.1 del COIP, hizo posible que, tanto operadores de justicia, abogados en libre ejercicio de la profesión, así como académicos en materia jurídica penal, se pronuncien respecto de la naturaleza jurídica de la presunción de inocencia. Por último, es exploratoria, puesto que se efectuó con el objetivo de examinar un problema de investigación poco estudiado hasta el momento.

3.2. Enfoque y tipo de investigación.

3.2.1. Enfoque de la investigación.

El enfoque de la investigación es eminentemente cualitativo, en virtud de que la recolección de datos se orientó a la obtención de criterios axiológicos, normativos y críticos, en relación a la problemática propuesta. Los operadores de justicia, abogados expertos en el área penal, y académicos universitarios, conformaron el grupo sobre el cual se efectuó la recolección de datos cualitativos. Rosario Quecedo y Carlos Castaño, se refieren a la investigación cualitativa como: “en sentido amplio, puede definirse la metodología cualitativa como la investigación que produce datos descriptivos: las propias palabras de las personas, habladas o escritas, y la conducta observable” (Quecedo & Castaño, 2002, p. 7). Entendemos, entonces, que la investigación cualitativa al ser una investigación social, permitió valorar los criterios de quienes aportaron al

presente estudio, para el efecto, los prenombrados sujetos descritos en líneas anteriores. Carlos Sandoval, indica:

La investigación cualitativa trata de identificar la naturaleza profunda de las realidades, su estructura dinámica, aquella que da razón plena de su comportamiento y manifestaciones. De aquí, que lo cualitativo (que es el todo integrado) no se opone a lo cuantitativo (que es sólo un aspecto), sino que lo implica e integra, especialmente donde sea importante. (Sandoval Casilimas, 1996, p. 33)

Por lo tanto, el enfoque cualitativo se justifica mediante la utilización metodológica propia de este tipo de estudios, de conformidad con la naturaleza de la investigación que es de carácter social, característica de las ciencias jurídicas.

3.2.2. Tipo de investigación.

La investigación en curso, en cuanto a la tipología conceptual contiene los siguientes caracteres:

a. Documental.

Es de tipo documental, en virtud de que se orientó a resolver una situación problémica y a obtener información mediante la recopilación, análisis, e interpretación de fuentes de naturaleza documental; sobre todo para la construcción de los capítulos y subcapítulos que conforman el marco teórico. Hernández Sampieri, indica que:

La investigación documental consiste en: detectar, obtener y consultar la bibliografía y otros materiales que parten de otros conocimientos y/o informaciones recogidas moderadamente de cualquier realidad, de manera selectiva, de modo que puedan ser útiles para los propósitos del estudio. (Hernández Sampieri et al., 2014, p. 50)

Es decir, el carácter de documental es dado por cumplir con los requisitos que tiene este tipo de investigación, esto es, reunir y compilar información que proviene de fuentes primarias y secundarias; para el presente caso, fuentes jurídico doctrinales, procesales y, por supuesto, de normativa legal vigente; a las cuales se recurrió en esta investigación, *ergo*, se contrastó la misma, con el fin de obtener el argumento crítico valorativo que sostiene la tesis principal de la investigación.

b. De campo.

La investigación de campo se realiza extrayendo datos e información a través del uso de técnicas específicas de recolección de datos; tales como las entrevistas o encuestas; de quienes participaron directa e indirectamente del proceso investigativo. Para el caso concreto, la entrevista se aplicó a los operadores de justicia; jueces y fiscales; y a los abogados expertos en el tema, en conjunto con académicos universitarios. La investigación *in situ*; como también se la conoce; contribuyó de manera fundamental para la realización de este trabajo. Hernández Sampieri, manifiesta que:

Es el proceso que, utilizando el método científico, permite obtener nuevos conocimientos en el campo de la realidad social (investigación pura), o bien estudiar una situación para diagnosticar necesidades y problemas a efectos de aplicar los conocimientos con fines prácticos (investigación aplicada). (Hernández Sampieri et al., 2014, p. 88)

La utilización de esta tipología permitió para el presente caso que el investigador profundice la problemática cuestionada, por consiguiente, la información recabada constituyó el elemento importante para la construcción del argumento final.

c. Empírica.

La investigación empírica permitió planificar etapas preestablecidas para la ejecución adecuada de la misma; elemento característico de los estudios empíricos. A través de esta, se observó y recolectó evidencias del estudio en cuestión; (i) datos obtenidos respecto de la recurrencia en cuanto a la comisión de delitos en el cantón Otavalo; y, (ii) criterios de los operadores de justicia, abogados expertos en el tema y académicos universitarios, que intervinieron en la presente investigación. Con la implementación de este tipo de estudio, se buscó dar respuesta a la hipótesis contenida en la problematización del presente estudio. Verbigracia, se analizaron los casos en los que hubo comisión flagrante del delito de asesinato, con el fin de precisar si en estos existió vulneración de la garantía de la presunción de inocencia del procesado.

d. Descriptiva.

Prima facie, este trabajo, reúne los elementos de una investigación descriptiva, puesto que, en esta, se describe la realidad de situaciones, eventos, personas, grupos o comunidades, que fueron

objeto de análisis. Para el presente caso, el foco de estudio se centró en la búsqueda de criterios de parte de los operadores de justicia, profesionales del derecho expertos en el tema, y académicos universitarios, ya que, una vez que se obtuvo y procesó los datos recopilados, se procedió al análisis de los mismos. Hernández, se refiere al respecto:

En un estudio descriptivo se seleccionan una serie de cuestiones, conceptos o variables y se mide cada una de ellas independientemente de las otras, con el fin, precisamente, de describirlas. Los estudios descriptivos sirven para analizar cómo es y se manifiesta un fenómeno y sus componentes; ejemplo, el nivel de aprovechamiento de un grupo, el nivel de conocimiento de este acerca de un tema en particular. (Hernández Sampieri et al., 2014, p. 65)

En conclusión, se describió la situación problemática y los elementos descriptivos de estas, a través de la recopilación de datos con fuentes bibliográficas; entrevistas; que contienen criterios de los operadores de justicia, profesionales del derecho expertos en el tema, y académicos universitarios, cuya experticia es significativa en el Derecho Penal.

e. Explicativa.

Este tipo de investigación se utilizó de la siguiente manera. Una vez descrito el problema, es procedente explicar las causas que originaron la situación analizada. En otras palabras, es la interpretación de la realidad misma de la situación que es objeto de estudio, y la explicación del por qué y para qué la necesidad de investigar aquello. Por lo que el procedimiento indagatorio que se tomó para la realización de esta investigación, cumple con los requisitos de un trabajo de naturaleza explicativa. De ahí que, se analizó tanto las causas, como las consecuencias que se derivan de la vulneración a la presunción de inocencia de los procesados en la comisión flagrante del delito de asesinato, partiendo de la recopilación previa de información, como se describe en el párrafo anterior.

3.3. Procedimientos.

3.3.1. Métodos.

Los métodos, así como las técnicas e instrumentos que se utilizaron, guardan correspondencia con la naturaleza de la investigación. Para esto es necesario definir qué es método,

para luego explicar cada uno de los que fueron aplicados en la presente investigación, así como las técnicas e instrumentos de recolección de datos. En términos sencillos, el método es un procedimiento riguroso, formulado lógicamente, para lograr la adquisición, organización, sistematización, e incluso la exposición de conocimientos que se han ido compilando a través del desarrollo de la investigación. De ahí que, Ander-Egg, señala que: “El método es el camino a seguir mediante una serie de operaciones, reglas y procedimientos fijados de antemano de manera voluntaria y reflexiva, para alcanzar un determinado fin que puede ser material o conceptual” (Ander Egg, 2011, p. 24).

Con esta acertada precisión, los métodos que se emplearán en esta investigación son:

a. Método científico:

No obstante, el método cumple un papel fundamental en la realización de cualquier tipo de investigación que tenga como fin la búsqueda de conocimientos nuevos, es por eso que el presente estudio ajustó su contenido dentro de los parámetros del método científico. Según Hernández Sampieri, el método científico es:

Un rasgo característico de la ciencia pura o de la ciencia aplicada. Es la manera sistemática de adquirir conocimientos con exactitud siguiendo procedimientos para descubrir las conclusiones en que se presentan ciertos fenómenos de manera tentativa y verificable mediante la observación empírica. El método científico es un instrumento que emplea el investigador para resolver varios tipos de problemas que se le plantean. (Hernández Sampieri et al., 2014, p. 112)

La construcción del capítulo cuarto de la investigación, así como los resultados y las conclusiones referidas en el presente trabajo, son producto de la utilización del método científico. Los conocimientos nuevos vienen dados de la recopilación de información de las fuentes bibliográficas y entrevistas, que se aplicaron a los sujetos que contribuyeron a la investigación.

b. Método exegetico:

Otro método que coadyuvó a la investigación es el método exegetico, este conlleva diferentes pasos o momentos que dependen o se condicionan a partir de la situación específica a la que hizo frente la investigación. En un primer momento, la investigación jurídica conllevó un

simple trabajo de descripción, dado que el derecho no es más que lo que la norma establece, entonces, ante la claridad del texto legal, la investigación tuvo como tarea reproducir e interpretar lo que esta establece. Para el presente caso, se interpretaron las disposiciones de la Constitución, del Código Orgánico Integral Penal, de la jurisprudencia ordinaria y constitucional, así como de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Sin olvidarnos, por supuesto, del aporte de la doctrina jurídico penal. En un segundo momento, cuando la norma no fue clara, es decir, resultó oscura o incompleta, se procedió al análisis exegético, sistemático e histórico como métodos de interpretación de la voluntad del legislador en la naturaleza de la norma. Para el presente estudio, la norma que fue objeto de interpretación fue el artículo 529.1 del Código Orgánico Integral Penal.

c. Método sistemático:

A través de este método, y con la ayuda de la investigación sistemática, logramos que la construcción teórica; tanto del nudo crítico de la investigación, así como de los resultados y conclusiones; sea ordenada y sistémica. En este trabajo, la sistematización de contenidos se realizó a través de cada una de las etapas de la investigación, mediante la cual se obtuvo la información pertinente, en un primer momento a través de la recolección de datos con la aplicación de entrevistas a los operadores de justicia, abogados expertos en el tema y académicos universitarios, para luego ordenar y contrastar estos criterios que permitieron la construcción de las conclusiones.

3.3.2. Técnicas.

Importante empezar definiendo que la técnica es un conjunto de mecanismos, medios y sistemas de dirigir, recolectar, conservar, reelaborar y transmitir datos sobre algún tema que se encuentre en proceso de investigación.

Las técnicas están referidas a la manera como se van a obtener los datos y los instrumentos son los medios materiales, a través de los cuales se hace posible la obtención y archivo de la información requerida para la investigación. (Ander Egg, 2011, p. 149)

En cuanto a lo que es un instrumento, se puede decir que es cualquier recurso del que pueda valerse el investigador para acercarse a los fenómenos y extraer de ellos información, tal como señala el autor anterior. De este modo, el instrumento sintetiza en si toda la labor previa de la investigación, resume los aportes del marco teórico al seleccionar datos que corresponden a los indicadores y, por lo tanto, a las variables o conceptos. Ander-Egg, considera que: “los medios e

instrumentos de investigación son los elementos que facilitan, amplían o perfeccionan la tarea de la observación” (Ander Egg, 2011, p. 204) En realidad, la utilización de las diferentes técnicas con sus respectivos instrumentos, hacen que la ejecución de la investigación sea factible y da la posibilidad de estructurar el trabajo de mejor manera.

Para el presente trabajo se utilizaron técnicas como el análisis de contenidos, y la entrevista a expertos; recalcando que son varios aquellos que serán entrevistados. Cada una de las mencionadas técnicas acompañadas de su respectivo instrumento.

a. Análisis de contenidos:

Respecto al análisis de contenidos, se utilizó esta técnica para el análisis de la normativa jurídica; Código Orgánico Integral Penal; así como también de la doctrina jurídico-penal y la jurisprudencia que emana de las altas cortes; Corte IDH y Corte Constitucional. Empero, el estudio minucioso de los mismos permitió obtener después del ejercicio de contraste, conclusiones que permitieron formar un criterio que corroboró la tesis planteada.

b. Entrevista a expertos:

La entrevista consiste en la obtención de información oral de parte de una persona que responde al apelativo de entrevistado, lograda por el entrevistador directamente, por lo tanto, una entrevista es una conversación entre el investigador y una persona que responde a preguntas orientadas a obtener información exigida por los objetivos específicos de un estudio. Hernández y otros comentan que: “La entrevista, desde el punto de vista del método es una forma específica de interacción social que tiene por objeto recolectar datos para una investigación [...]” (Hernández Sampieri et al., 2014, p. 157). La entrevista se aplicó a los operadores de justicia; jueces y fiscales, abogados en el libre ejercicio de la profesión expertos en el tema; y, por supuesto, académicos universitarios que se dediquen a la docencia superior, especializados en la rama jurídica-penal del derecho.

3.3.3. Instrumentos.

Por último, en cuanto a los instrumentos de cada una de las técnicas, se deduce lo siguiente:
(i) Para la entrevista, el guion de preguntas como instrumento de recolección de datos. Esta entrevista se realizará a un conjuer de la Corte Nacional de Justicia; un agente fiscal de la fiscalía

de Imbabura; un abogado litigante experto en materia penal; y, dos académicos universitarios. (ii) Para el análisis de contenidos, los registros de observación, resúmenes y fichas. Cabe recalcar que, tanto las técnicas como los instrumentos utilizados, permitieron obtener la información necesaria para el desarrollo de la presente investigación.

3.4. Consideraciones bioéticas.

La investigación propuesta no requiere explicar este acápite, puesto que no se trata de una investigación de nivel experimental, sino más bien analítica, crítica y comparada, propia de las ciencias sociales y jurídicas.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. Entrevista.

Para la obtención de datos, con los cuales podemos obtener resultados y analizar los mismos, se aplicó la técnica de la entrevista a expertos, dirigida a: (i) Un conjuer de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito; (ii) Un agente fiscal de la Fiscalía de Imbabura; (iii) Un abogado litigante experto en el área penal y docente universitario; y, (iv) Dos destacados académicos del área penal; el primero de ellos funge como Decano de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador, y el otro, es docente del área penal de la misma casa de estudio.

4.1.1. Entrevista realizada al Dr. Luis Adrián Rojas Calle.

Cargo: Conjuer de la Corte Nacional de Justicia de la República del Ecuador, integrante de la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado.

Lugar/medio: Reunión virtual vía plataforma digital zoom.

Fecha: 01 de junio de 2022.

Duración: 13 minutos con 28 segundos.

Desarrollo:

Con fecha 22 de mayo de 2022 se realiza la petición verbal a través del Dr. Max Petronio Bustamante Bustamante, quien funge como asesor jurídico de la Corte Nacional de Justicia, para que a través de su persona solicitar una entrevista de carácter académico con el Dr. Luis Adrián Rojas Calle, quien actualmente es Conjuer de la Corte Nacional de Justicia de la República del Ecuador, integrante de la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado, obteniendo una respuesta favorable para llevar a cabo la entrevista por medios telemáticos el día miércoles 01 de junio de 2022, a las 15:00.

A continuación, el desarrollo de la entrevista aplicada al Dr. Luis Adrián Rojas Calle, quien actualmente es Conjuer de la Corte Nacional de Justicia de la República del Ecuador, integrante

de la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado.

1. A su criterio, ¿cómo se configura la presunción de inocencia? ¿Cómo garantía del debido proceso penal o cómo principio?

Si nosotros establecemos el texto constitucional dentro de los derechos de protección, encontramos en el artículo 76 que el debido proceso es el conjunto de garantías que asisten a una persona sometida a un proceso penal que aseguran a lo largo del mismo una recta, pronta y cumplida administración de justicia garantizando la legalidad de las resoluciones apegadas al derecho. En este orden de ideas nosotros encontramos estructurado, dentro del debido proceso, dentro de las garantías de los derechos fundamentales en el artículo 76 numeral 2, se presumirá la inocencia de toda persona y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución penal en firme, entonces nos obliga a establecer dentro de los principios procesales, la inocencia como garantía del debido proceso. Le encontramos siendo parte integrante del debido proceso más, sin embargo, este es un principio de carácter universal. La presunción de inocencia conforme lo encontramos en los tratados internacionales, por eso es que esta garantía nos establece entonces una dualidad, si es parte integrante del debido proceso, conforme a las garantías establecidas en el artículo 76, no obstante, de aquello no deja de ser un principio de carácter universal.

2. ¿Considera que exponer a los aprehendidos en delito flagrante, frente a la comunidad y a los medios, puede vulnerar la presunción de inocencia de estos?

Bueno, el país ha mutado, lo que antes ocurría dentro de un sinnúmero de garantías que asisten a personas procesadas precisamente es la garantía del estatus de inocencia, ese estatus que debe ser resquebrajado, o roto; si cabría otro término; por parte de la Fiscalía General del Estado, una vez que se ha evacuado todos los recaudos procesales y que la sentencia se encuentre ejecutoriada. ¿Qué es lo que está ocurriendo ahora frente a lo que pasa en el país? La imperiosa necesidad de algunos, que dicen ser expertos, de ubicar a las personas que cometen una infracción flagrante frente a las cámaras, para establecer un cierto tipo de responsabilidad, hace que se vulnere la garantía del debido proceso a la presunción de inocencia, yéndose incluso en contra del artículo 11.2, de la Constitución, y desarrollado como principio en el artículo 5.4 del Código Orgánico

Integral Penal. Se vulneraría el principio de inocencia, e incluso, daña la imagen e integridad de la persona, mientras no exista una sentencia ejecutoriada y en firme.

3. A su criterio, ¿cuáles son los "escenarios" en los que la garantía a la presunción de inocencia de los aprehendidos puede ser vulnerada?

Primero definamos lo que establece el artículo 529.1 del Código Integral Penal, la persona aprehendida por delitos de violencia intrafamiliar, miembros del grupo familiar, los delitos de robo, muerte o sicariato, trata de personas y migrantes, podrá ser identificada físicamente ante la comunidad, ante los medios para la comunicación, única y exclusivamente en su calidad de aprehendido, siempre cuando sea calificada la legalidad de la contravención por delito flagrante. Es decir, presentar a los presuntos infractores frente a los medios de comunicación social como antes vengo manifestando y en la línea que vengo siguiendo, vulnera el principio a la honra y el buen nombre de las personas, ¿qué ocurre si el escenario adverso? La persona por más delito flagrante en el que ha sido aprehendida, y si estamos frente a una persona equivocada, su imagen ya se ha visto afectada, entonces, si bien es cierto, esta reforma se establece dentro de los principios de política que estructura el Estado, para mí es atentatoria a los mismos derechos de la libertad que se encuentran establecidos en el artículo 76 de la Constitución de la República.

4. La Corte Constitucional en el desarrollo de su jurisprudencia ha indicado que la presunción de inocencia es un derecho fundamental, ¿cuál es su criterio al respecto?

La presunción de inocencia establece precisamente que es un derecho universal mientras no exista una sentencia ejecutoriada y en firme que declare a una persona como responsable de una infracción, todos los ciudadanos nacionales y extranjeros gozamos del derecho a la presunción de inocencia.

5. Por otro lado, el Tribunal Constitucional de Colombia, de igual forma en su desarrollo jurisprudencial, ha señalado que la presunción de inocencia es un derecho absoluto no sujeto a ponderación. ¿Cuál es su criterio al respecto?

Es que la presunción de inocencia no es sujeta a ponderación, ¿cuándo nosotros ponderamos? Cuando hacemos nosotros una fórmula de peso para establecer qué derecho o qué principio tiene más peso que el otro. La presunción de inocencia es un estatus que tienen todos los ciudadanos, insisto mientras no exista una sentencia ejecutoriada y en firme, no hay con qué

ponderar. Esto se establece de nuevo de que la fiscalía o el titular en ejercicio de la acción penal, rompa ese principio como lo establece, a través de los medios probatorios que llevan a un juzgador a establecer que la persona presuntamente cometió la infracción penal más allá de toda duda razonable.

6. A su criterio, ¿qué consecuencias se pueden derivar del acto de exponer a la comunidad y a los medios al aprehendido en delito flagrante, conforme indica la regla de procedimiento del artículo 529.1 del COIP?

Haber, es que tendría que ser más allá de la jurídica y más allá de la social. Pensemos en que la acusación particular sea declarada de tal forma, precisamente porque se toma el buen nombre de las personas para establecer que cometió o no un injusto penal. El art 66 hace referencia a: “el Estado reconoce y garantiza a las personas el derecho a la integridad personal, integridad física, psíquica, moral y sexual, a una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad, entre otras”; todas estas garantías, de igualdad formal y material a una persona por el hecho de que según se retiene sin que exista sentencia ejecutoriada, poniéndole, pero ya al albedrío público. El artículo 11.2 de la Constitución de la República, dice: nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, entre otras, o cometiendo nosotros una discriminación.

Discusión:

La presunción de inocencia puede ser vista como una dualidad normativa; en palabras del Dr. Luis Adrián Rojas Calle; debido a que es reconocida como una garantía dentro del derecho al debido proceso; y más si hablamos del debido proceso penal; y también como un principio universal. Por otro lado, es interesante el argumento del jurista, en cuanto a la segunda interrogante que se planteó, ya que, a criterio de este, cuando se expone, tanto a la comunidad y a los medios, a todos aquellos que hayan sido aprehendidos en delito flagrante, si se está vulnerando la garantía a la presunción de inocencia. Entendemos que en el argumento se centra en la garantía desde la dimensión procesal de la misma, no como principio dentro del proceso penal. ¿Por qué indicamos

esto? Porque vamos a ver como en la entrevista que se aplicó al abogado litigante, determina cuando la vulneración puede darse al estatus de inocente, como una garantía del debido proceso y, como un principio universal. Empero, ratificando quizá la postura de inicio de este trabajo de investigación, si se vulnera el estatus de inocencia, además de, dañar la imagen e integridad personal del aprehendido.

El escenario en el que se enfoca el entrevistado es, *stricto sensu*, el jurídico. Indica que con vehemencia que exponer al aprehendido, es inclusive, atentatorio en contra de los derechos de libertad del sujeto, ratificando el hecho de que la praxis de la regla de procedimiento 529.1, daña también la imagen de todo aquel que se presume, subsuma su conducta en este artículo. Cuando interrogamos respecto al desarrollo jurisprudencial que ha tenido la Corte Constitucional en sentencia No. 14-15-CN/19, el operador de justicia se allana al criterio de la Corte, al considerar también a la presunción de inocencia, además de un principio y garantía, como un derecho universal también. Sobre la base de esta premisa, reflexionaremos en las conclusiones, ya que no existe un criterio uniforme hasta hoy, de lo que puede ser tomado como confusión elemental, ¿qué es principio y qué es garantía? Y no nos referimos a la distinción conceptual que de sobre manera conocemos, la que nos da la doctrina y la teoría, sino la que se controvierte en la praxis jurídica del derecho.

Por último, indica que está de acuerdo con lo que dispone el derecho comparado colombiano, en virtud de que el Tribunal Constitucional de Colombia, en sentencia C-774 de 2001, ha indicado que la presunción de inocencia es un derecho absoluto, el cual no está sujeto a ponderación. Y quizá, volviendo aquí a la reflexión anterior, caemos nuevamente en el terreno oscuro de saber si la presunción de inocencia se configura como un derecho entonces. Dejamos sentada la duda para la reflexión en las conclusiones. Advierte que, de las consecuencias de exponer a la comunidad y a los medios a los aprehendido en delito flagrante, se desprenden de una causa jurídica, trayendo a colación, inclusive, lo dispuesto por el artículo 11.2 de la Constitución, y el derecho a la integridad en todas sus dimensiones del artículo 66 *ibidem*.

Sin lugar a dudas, una entrevista que lejos de guardar estrecha relación con el objetivo de este trabajo de investigación, ha brindado criterios fundados en la experticia de un operador de justicia de la más alta Corte en justicia ordinaria del Ecuador, razón por la cual son bien valorados sus aportes, los cuales serán sujetos de ponderación en el último capítulo de este estudio.

4.1.2. Entrevista realizada al Dr. Darwin Pablo Sigüenza Sánchez.

Cargo: Agente Fiscal de la Fiscalía Especializada en Delincuencia Organizada Transnacional e Internacional de Imbabura (FEDOTI).

Lugar/medio: Reunión personal en el despacho del Fiscal.

Fecha: 26 de mayo de 2022.

Duración: 5 minutos con 13 segundos.

Desarrollo:

Con fecha 26 de mayo de 2022, se procede a entrevistar al Dr. Darwin Sigüenza, quien funge actualmente como agente fiscal en la provincia de Imbabura. La entrevista se realiza de manera personal en el despacho del agente fiscal, y se obtienen criterios realmente valiosos, en virtud de que su experiencia en la práctica como fiscal, hace que las respuestas tengan contenido de carácter pragmático antes que teórico. A continuación, el detalle de la entrevista que se mantuvo con el agente fiscal, de la fiscalía de Imbabura:

1. A su criterio, ¿cómo se configura la presunción de inocencia? ¿Cómo garantía del debido proceso penal o cómo principio?

Bueno, contestando a la pregunta, la presunción de inocencia está establecida procesalmente en el Código Orgánico Integral Penal, así como también en la Constitución, en tal sentido, estimo que se tendría como una garantía, porque es una garantía que usted tiene de que el Estado debe por medio de un sistema judicial y de un debido proceso, establecer que usted es responsable o no de una infracción, mientras no exista ese debido proceso y no exista las justificaciones de elementos constitutivos de tipo penal de responsabilidad y de existencia de infracción, usted sigue siendo inocente.

2. ¿Considera que exponer a los aprehendidos en delito flagrante, frente a la comunidad y a los medios, puede vulnerar la presunción de inocencia de estos?

Efectivamente, sí se vulnera el principio de inocencia, pero yo indicaría que tal vez existiría una permisividad a la prensa de que cubra una noticia de un delito que indique que haya aprehendidos, pero obviamente ellos tienen la posibilidad de saber si técnicamente se puede cubrir

una noticia de ese tipo y otras no, mientras no se compruebe que efectivamente ellos son, no se debería exponerlos, pero sí se puede cubrir haciendo énfasis al lugar de los hechos, a la evidencia que se encontró y en cuanto a los rostros se debería cubrirlos, en tal sentido, para que no se vulnere el principio de inocencia. Pero en este sentido, si a usted le sacan en un noticiero indicando que usted cometió un ilícito que todavía no sea claro, es obviamente que se le está vulnerando su derecho.

3. A su criterio, ¿cuáles son los “escenarios” en los que la garantía a la presunción de inocencia de los aprehendidos puede ser vulnerada?

Hay delitos en los cuales nosotros necesariamente necesitamos realizar pericias, como en el ejemplo que le indicaba, si a usted le aprehenden con un arma de fuego y ya lo sacan en la prensa indicando que a usted le encontraron con un arma de fuego y todo, y que luego de una pericia realizada por criminalística se llega a establecer que es un arma de fuego, vemos que nunca se rompió el principio de inocencia, usted tenía el derecho o en nuestra norma usted puede portar un arma de fuego pero con permiso que le dan administrativamente, pero eso no se sanciona penalmente, entonces si usted tiene un arma de fuego, sí, pero si es un arma de fuego o armas traumáticas o armas neumáticas, eso no está prohibido, no está penado por la ley, digamos.

4. La Corte Constitucional en el desarrollo de su jurisprudencia ha indicado que la presunción de inocencia es un derecho fundamental, ¿cuál es su criterio al respecto?

Al nombrar derecho fundamental quiere decir que todos los ciudadanos tienen derecho, o sea, es algo implícito, no es declarativo, no es necesario que a usted como ciudadano le digan que usted tiene derecho a la presunción de inocencia, sino, es algo que todo mundo lo tiene, así lo entiendo yo.

5. Por otro lado, el Tribunal Constitucional de Colombia, de igual forma en su desarrollo jurisprudencial, ha señalado que la presunción de inocencia es un derecho absoluto no sujeto a ponderación. ¿Cuál es su criterio al respecto?

Al decir que no es sujeto de ponderación, quiere decir que yo como ciudadano, tal vez profesional, o usted, tendría más derecho de inocencia que yo, o que de cualquier otro ciudadano no tiene derecho de inocencia. Si es un derecho que no se puede ponderar y por lo tanto les corresponde a todos, o sea, es algo que no le puedo dar en mayor o menor medida a cada ciudadano.

6. A su criterio, ¿qué consecuencias se pueden derivar del acto de exponer a la comunidad y a los medios al aprehendido en delito flagrante, conforme indica la regla de procedimiento del artículo 529.1 del COIP?

Consecuencias legales, indicaría yo pues, o sea, si yo fuera la víctima de haberme publicado en la prensa o talvez salió en un noticiero, yo podría hacer una acción de daños y perjuicios al medio de comunicación o a la persona que expuso esa comunicación. Esa sería la garantía que yo tendría para resarcir el daño que me han hecho.

Discusión:

Como era de esperarse, si el entrevistado era un operador de justicia del organismo que tiene el monopolio del poder de persecución, como lo es la Fiscalía, el criterio de este debía ser más práctico, con un enfoque más procesal, y no nos equivocamos, ya que sus respuestas fueron más de índole pragmático. El fiscal Darwin Sigüenza, indica que la presunción de inocencia es una garantía del debido proceso penal, puesto que indica que si un sujeto, dentro de un proceso penal, debe ser sometido a las reglas del debido proceso, y si a pesar de esto, no existen justificaciones de elementos constitutivos de la infracción y por ende de responsabilidad, el sujeto sigue siendo inocente. Es más enfático al mantener su postura de que la presunción de inocencia se configura como garantía.

Concuera con la discusión anterior, en vista de que manifiesta que la exposición a la comunidad y a los medios, de los individuos aprehendidos en delito flagrante, vulnera la presunción de inocencia, *ergo*, es interesante observar que el operador de justicia está de acuerdo con que la prensa pueda cubrir hechos delictivos, pero, mientras no exista certeza de que los aprehendidos son, o no son, responsables del ilícito penal, sugiere se deben mantener sus rostros cubiertos, de lo contrario, si se les expone, y luego se llega a determinar que no tienen responsabilidad ni grado de participación en el delito, se vería vulnerada la presunción de inocencia de los sujetos aprehendidos. En relación con lo expuesto, el siguiente criterio, incluso, sostiene que, un posible escenario fáctico en el que se vulnera esta garantía, tiene que ver con la actividad investigativa del fiscal. En un primer momento indica que los procesos penales se ayudan de pericias, las mismas que reflejan criterios técnicos de una determinada cuestión, sin embargo, puede ser que en un delito de porte de armas, se detenga a alguien, se lo exponga a los medios, y luego de realizada la pericia, se determine que el arma no era de fuego, sino de fogeo,

indistintamente de la calificación y sanción del tipo penal; aunque en el ejemplo sería de tipo administrativo; el que se le haya expuesto a la comunidad y a los medios al sujeto aprehendido, ha provocado que la presunción de inocencia de este se vea soslayada.

En cuanto a lo que la jurisprudencia constitucional y de derecho comparada colombiano han desarrollado respecto de la presunción de inocencia, indica que todas las personas somos titulares del derecho a que se nos presuma inocentes mientras no se demuestre lo contrario, y que esta garantía o derecho, tiene igual valor y medida para todas las personas. Quizá el argumento resulte básico, no obstante, creemos que la actividad fiscal al ser más práctica, hace que no el contenido de este sea de carácter procesal antes que teórico. Por último, cuando se le plantea la interrogante acerca de si considera se desprenden consecuencias de la exposición a la comunidad y a los medios de los aprehendidos, indica que sí, y siendo el caso, sugiere los que se hayan visto perjudicados, podrían seguir una acción civil de reparación por daños y perjuicios en contra del medio de comunicación que expuso deliberadamente al sujeto, sin antes haber tenido certeza del cometimiento del ilícito penal.

4.1.3. Entrevista realizada al Ab. Miguel Ángel Angulo Gaona Msc.

Cargo: Abogado litigante en libre ejercicio y docente del área penal de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador.

Lugar/medio: Reunión virtual vía plataforma digital zoom.

Fecha: 19 de mayo de 2022.

Duración: 14 minutos con 35 segundos.

Desarrollo:

Con fecha 19 de mayo e 2022, siendo las 18:00, se procede a realizar la entrevista al Ab. Miguel Ángel Angulo Gaona Msc, la misma que se realiza mediante plataforma virtual zoom. De la aplicación de esta entrevista se obtienen también criterios bastante prácticos, en razón de que el entrevistado ejerce como abogado en libre ejercicio de la profesión, más aún, cuando su postura se enmarca en el fundamento que sostiene esta tesis. A continuación, el desarrollo de la entrevista realizada al profesional del derecho:

1. A su criterio, ¿cómo se configura la presunción de inocencia? ¿Cómo garantía del debido proceso penal o cómo principio?

Una de las características del principio es que sirve como una especie de titular respecto de la configuración de otros derechos y garantías, es decir, el principio emana, o de la naturaleza de un principio emana, la configuración de otros derechos que pueden ayudar a que este principio sea respetado. En el caso de la presunción de inocencia, que básicamente es considerada una persona como inocente dentro de un proceso penal hasta que se demuestre lo contrario, es precisamente eso, considerar a una persona con su naturaleza o características de inocente hasta que su proceso termine y este proceso que termine con una sentencia condenatoria. Ahora, si es que nos enfocamos desde la presunción de inocencia podemos ver que este principio desliga varios derechos que hacen efectivo justamente la presunción de inocencia y entre ellos hay algunos: el derecho a la defensa, el derecho al debido proceso, el derecho a contar con un abogado defensor, el derecho a no estar privado de la libertad de forma ilegal, ilegítima o arbitraria, el derecho a que las decisiones respecto de un tema o respecto de un caso sean debidamente motivadas, entonces, siempre tenemos esa división entre garantía, derecho y principio. Entonces, yo creo que la presunción de inocencia se configura como principio, así lo considera la Convención Interamericana de Derechos Humanos y también, por otro lado, la Constitución.

2. ¿Considera que exponer a los aprehendidos en delito flagrante, frente a la comunidad y a los medios, puede vulnerar la presunción de inocencia de estos?

Haber, yo creo que sí, depende también el lenguaje con el que se utilice la exposición en determinada noticia, siempre, bueno, ahora, ya los medios de comunicación se cuidan más, justamente para respetar esta presunción, en donde un titular o una presentación puede estar enfocada como la presunción, es decir, el presunto partícipe o responsable de tal delito, pero no es solo eso, sino que ya se da un impacto mediático a una persona que ha sido detenida o que ha sido capturada en flagrancia respecto del cometimiento de un delito, ya se lo pone a escrutinio público a la persona que se le haya detenido, en ese momento, a pesar de que está iniciando un proceso penal ya se lo mediatiza y, en cierta manera, se le da la calidad a una persona de haber participado en el cometimiento de un delito a pesar de que después, procesalmente, incluso, pueda obtener su libertad y su ratificación de inocencia y eso no lo exponen los medios, o sea, los medios se limitan a exponer la detención en flagrancia y después a medida de que pasa el proceso penal, a pesar de

que existe en muchos casos que se detienen a personas que no tienen absolutamente nada que ver, ninguna responsabilidad, eso ya queda plasmado en la sociedad, y no solo queda plasmado en la sociedad, sino también a nivel de los órganos jurisdiccionales. Yo creo que, efectivamente, si se vulneraría el principio de inocencia en un sentido no procesal, pero si en torno al peso mediático que esta noticia pueda tener, en torno a la sociedad y también a los jueces que van a hacerse cargo de determinada causa, y también, obviamente, porque eso ya dejó precedente en las características de tal y cual persona que ha sido detenida, lo cual no es subsanado después por los medios de comunicación a pesar de que jurídicamente no pueda tener ninguna clase de responsabilidad, entonces, ya se le sitúa en el hecho de que una persona ya esté inmiscuida dentro de un proceso penal, ya implica una limitación del derecho a la presunción de inocencia desde el inicio, incluso antes de la formalización del proceso penal que es una etapa de investigación previa, o sea, ya es sometida a una justicia penal, ya es sometido a varias restricciones de derechos fundamentales en donde eso después lamentablemente el Estado ecuatoriano, a pesar de tener sentencia ratificatoria de inocencia, no son subsanados.

Entonces, yo creo que más que todo es para tratar de satisfacer de cierta manera lo que se conoce como populismo penal, o sea, la exposición de los ciudadanos presuntos que han cometido tal o cual delito, en cierta manera, no soluciona ningún problema que tenemos ahora en la sociedad, más lo contrario, procesalmente puede darle la situación y el lugar de que una persona puede ser considerada como peligrosa o como culpable, incluso, a pesar de que no, a pesar de que su proceso está iniciando.

3. A su criterio, ¿cuáles son los “escenarios” en los que la garantía a la presunción de inocencia de los aprehendidos puede ser vulnerada?

Por supuesto, claro, o sea, el impacto que tiene una noticia respecto a la publicación de una persona que ha sido detenida en flagrancia más que las consecuencias en el ámbito jurídico, tiene consecuencias en el ámbito social, entonces jurídicamente con la noticia no debería repercutir con nada en el proceso, incluso el mismo día que puede ser detenido una persona en flagrancia, ese mismo día puede salir en libertad con una medida alternativa a la prisión preventiva y después a lo largo del proceso se puede identificar que una persona no tiene absolutamente nada que ver, pero ya la exposición ya hace un daño a esa persona justamente por la mediatización, la estigmatización que puede haber en la sociedad, por las consecuencias que puede generar en su

trabajo, en su familia, entonces, y claro si uno se pone a pensar detenidamente, la presunción de inocencia no solo tiene que regir o tiene que tener vigencia en el ámbito procesal, o en el caso estrictamente jurídico, sino que también esto tiene que repercutir y tiene que representar en todos los ámbitos de un ciudadano. En el momento en que se publica una noticia de esta naturaleza, incluso en el ámbito jurídico, tal vez no deba tener mucha repercusión, pero en el ámbito social sí, o sea, una persona que se la publique y se la exponga de esta manera definitivamente va a ser tratado de formas diferente en todos sus ámbitos. Entonces yo creo que en cierta manera podría ser incluso injusto e inconstitucional.

4. La Corte Constitucional en el desarrollo de su jurisprudencia ha indicado que la presunción de inocencia es un derecho fundamental, ¿cuál es su criterio al respecto?

Bueno, la Corte Constitucional tiene varios fallos en los cuales plantea una progresión de derechos muy buena, muy fuerte, y sobre todo esta Corte Constitucional se ha caracterizado evidentemente por plantear lineamientos, límites, diques, a la utilización arbitraria del derecho penal, entonces, si la Corte determina que es un derecho fundamental, entonces le da un abanico de posibilidades de protección muy fuertes, entre ellas garantías jurisdiccionales y también el respeto de ciertas normas muy fuertes en el debido proceso de naturaleza penal, entonces, como le digo, o sea, la presunción de inocencia desliga varios derechos y varias garantías, y en el momento en que se vulnera cualquiera de estos derechos de forma directa se va a vulnerar la presunción de inocencia y esto no tiene que pasar, entonces, si la Corte plantea ese lineamiento también me imagino que esa sentencia establece ciertos pasos para que este derecho no sea vulnerado.

5. Por otro lado, el Tribunal Constitucional de Colombia, de igual forma en su desarrollo jurisprudencial, ha señalado que la presunción de inocencia es un derecho absoluto no sujeto a ponderación. ¿Cuál es su criterio al respecto?

Para mí, la presunción de inocencia es un principio y al ser un principio es no inadecuado, pero si sería una forma errónea de establecer una ponderación porque se supone que un principio está por encima de varios derechos, entre ellos, por ejemplo la presunción de inocencia está por encima del derecho a la defensa porque abarca el derecho a la defensa, entonces, si la Corte determina que es un derecho fundamental, perfecto, hay varios mecanismos para efectivizarlo, pero si ya te determina que es un derecho absoluto o se lo eleva a categoría de principio, pues

estamos hablando de otra cosa, porque no solo es un aspecto entorno a un procedimiento, sino, en todo aspecto desde la propia creación de la norma penal, entonces si hay una diferencia.

6. A su criterio, ¿qué consecuencias se pueden derivar del acto de exponer a la comunidad y a los medios al aprehendido en delito flagrante, conforme indica la regla de procedimiento del artículo 529.1 del COIP?

El principio de la presunción de inocencia con la publicación de este artículo, puede por ejemplo, por parte de un órgano jurisdiccional, en este caso un juez que conoce la audiencia de calificación de flagrancia, puede verse llevado a aplicar una medida cautelar de carácter personal como la prisión preventiva en razón de un postulado que no tiene que ser aplicado y que ya el sistema interamericano de derechos humanos ha considerado y ha dicho que es arbitrario, pero lamentablemente acá en el escenario ecuatoriano vemos que todavía existen decisiones en la cual se dictan medidas de prisión preventiva, justificándose bajo ese escenario, el escenario de que un delito tiene repercusión social, o sea, tiene alarma social. Entonces, en el momento en que un juez conoce una determinada audiencia de calificación de flagrancia, puede haberse contaminado en cierta manera de esta noticia y puede justificar una medida de prisión preventiva justamente con este tema, con esta justificación, que el delito cometido repercute o ha provocado alarma social, lo cual, como le digo, ya es negado por el sistema interamericano de derechos humanos, entonces puede darse ese escenario, puede darse el escenario en el cual una persona sin tener ninguna clase de intervención en un acontecimiento delictivo, ya tenga que someterse a un escrutinio penal y al cumplimiento de una medida restrictiva de libertad, entonces ese es el primer escenario.

Y claro, de ahí jurídicamente no se me ocurre otra cosa tan fuerte pero, como le decía, socialmente si, por ejemplo puede una persona ser detenida y ese mismo día ponerse en libertad y su empleador al ver esa noticia puede correrle del trabajo o lo que suele suceder con los servidores policiales generalmente, los servidores policiales a veces con aprehendidos por un presunto cometimiento del delito y ese mismo día salen en libertad, se desarrolla la etapa investigativa o de instrucción fiscal y se llega a obtener un sobreseimiento, sin embargo, a pesar del impacto mediático, en sus instituciones como policías, como militares, les siguen los sumarios administrativos para después destituirlos. Entonces, puede repercutir jurídicamente sí, puede repercutir en el caso de que un juez sea vea presionado para dictar una medida de prisión preventiva y por otro lado también en su vida laboral, en su vida familiar.

Discusión:

Los criterios que forman parte de esta discusión provienen de un abogado en libre ejercicio de la profesión, es decir, de un abogado litigante. Cabe señalar que los argumentos del entrevistado también son concordantes con la línea investigativa que se planteó al inicio de este trabajo de titulación, más aún, cuando el aporte de estas ideas enriquece la teoría y el debate académico. Sin más preámbulos, estos son los resultados que se discuten como respuesta a las interrogantes propuestas.

La presunción de inocencia es un principio, del cual se desprenden algunos derechos, como el derecho a la defensa, a no ser privado de la libertad de manera injusta, a contar con un abogado, entre otros derechos que son parte del debido proceso. Ese es el argumento que sostiene el entrevistado. De ahí que, ratifique el hecho de que las personas mantiene la presunción de inocencia mientras no se demuestre lo contrario. Es enfático cuando indica que exponer a la comunidad y a los medios a los aprehendidos en delito flagrante vulnera el principio a la presunción de inocencia, pese a que los medios de comunicación hoy en día se mantienen alerta cuando abordan la noticia un ilícito penal, por lo que la reforma del artículo 529.1 del Código Orgánico Integral Penal, abre las puertas a que los órganos mediáticos atenten en contra de esta garantía del debido proceso. Para el jurista, se estaría vulnerando a presunción de inocencia, no desde el ámbito procesa, sino más bien, desde el problema socio-mediático, por el estigma que eso va a provocar en la sociedad, al exponer a una persona a la comunidad y a los medios, con la calidad de aprehendido, aun cuando con el devenir de la prosecución penal se llegue a determinar que no tiene participación activa en el ilícito penal. Termina esta idea, vinculando la reforma a un posible escenario de populismo penal, puesto que al estado le interesa eso, mediatizar los casos antes que ofrecer una respuesta objetiva y eficaz para frenar los índices delictivos del país.

En cuanto a los posibles escenarios fácticos en los que puede vulnerarse la presunción de inocencia, considera que más que jurídicos, pueden ser de carácter social, laboral y familiar. Reitera el estigma social que se crea en torno al aprehendido, sugiere que en el ámbito jurídico no habría mayor problema, ya que en la misma audiencia de calificación de flagrancia el sospechoso puede ser puesto en libertad, empero, el que vaya a ser tratado de forma diferente por la sociedad, bajo el estigma de que se presume culpable, incluso, a criterio del jurista, bordea la inconstitucionalidad. Un ejemplo de lo dicho hasta aquí, es el caso en donde están involucrados

los servidores policiales, en donde, una vez que están siendo procesados por el presunto cometimiento de un delito, y aun siendo sobreesidos, la repercusión de exponerles a la comunidad y a los medios, se extiende incluso a la posible pérdida de sus plazas de trabajo, puesto son sumariados administrativamente en las dependencias públicas a las cuales pertenecen.

Respecto de que la Corte Constitucional ha declarado a la presunción de inocencia como un derecho fundamental, indica que los posibles efectos son entonces, el que se abra un abanico de posibilidades de protección muy fuertes, en virtud de que, a criterio del jurista, esta Corte ha realizado una tarea de progresión de derechos bastante importante, estableciendo, incluso, diques que contengan el actuar arbitrario de los operadores de justicia en los procesos penales. Además, indica que esta Corte, también ha desarrollado en materia de garantías jurisdiccionales, algunos criterios jurisprudenciales que desarrollan este principio. En cuanto al criterio del Tribunal Constitucional colombiano, indica que sería inadecuado hablar de una ponderación, puesto que el principio; como lo es la presunción de inocencia, está por encima de los derechos, refiriéndose, en este caso, a los derechos que forman parte del debido proceso penal y los cuales, se desprenden del principio objeto de discusión.

4.1.4. Entrevista realizada al Dr. José Luis Terán Suárez PhD.

Cargo: Decano de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador.

Lugar/medio: Reunión personal en el despacho del decanato.

Fecha: 18 de mayo de 2022.

Duración: 10 minutos con 57 segundos.

Desarrollo:

El día 18 de mayo del presente año, se llevó a cabo la entrevista con el Decano de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador; Dr. José Luis Terán Suárez PhD.; quien, desde un enfoque académico, contribuyó con argumentos teóricas y dogmáticos, que permitieron fomentar la discusión y, a la vez, justificar la necesidad imperativa de esta investigación. A continuación, la entrevista que se aplicó al prenombrado jurista, destacando, en un primer momento, los argumentos más importantes del conversatorio

practicado, para luego ponderar estas respuestas, permitiéndonos así, que tengamos una conclusión más objetiva de la problemática en cuestión.

1. A su criterio, ¿cómo se configura la presunción de inocencia? ¿Cómo garantía del debido proceso penal o cómo principio?

La presunción de inocencia es una garantía del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la Republica del Ecuador, es decir, es un mecanismo que tienen las personas para que justamente se respete el derecho dentro del proceso penal.

2. ¿Considera que exponer a los aprehendidos en delito flagrante, frente a la comunidad y a los medios, puede vulnerar la presunción de inocencia de estos?

Depende si no se respeta la regla, la regla del 529 es clara, de que la identificación de la persona aprehendida, primeramente, se la puede realizar en casos claramente establecidos en la norma, esto es en infracciones flagrantes pero que tengan relación con ciertos tipos de delitos, inviolabilidad de la vida, delitos contra la integridad sexual y reproductiva, delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y delitos de robo con muerte y sicariato, trata de personas y tráfico de migrantes, es decir, solamente en estos casos se puede identificar físicamente ante la comunidad y siempre y cuando dicha identificación se realice luego de que el juez haya calificado la flagrancia, si se procede conforme establece la norma, el juez procede conforme a la norma, no existe ninguna vulneración a la presunción de inocencia.

3. A su criterio, ¿cuáles son los “escenarios” en los que la garantía a la presunción de inocencia de los aprehendidos puede ser vulnerada?

Es que no se da ningún escenario fáctico, la vulneración de derechos simplemente afecta al debido proceso y por lo tanto tendría que declararse la nulidad procesal y, lógicamente, si una persona se siente afectada por los derechos pues existen ya las vías legales pertinentes para que se respeten sus derechos, entonces, básicamente, al ser la presunción de inocencia una garantía de las personas aprehendidas pues tendrían que seguirse las acciones ya sea por la vía constitucional o por la vía ordinaria a través del mismo proceso penal, en donde la vulneración de derechos justamente afecta al proceso y por lo tanto este ya nace viciado.

4. La Corte Constitucional en el desarrollo de su jurisprudencia ha indicado que la presunción de inocencia es un derecho fundamental, ¿cuál es su criterio al respecto?

Es que la presunción de inocencia no es un derecho, es una garantía. Porque el derecho es el debido proceso, de acuerdo al artículo 76 de la Constitución, si nosotros nos vamos al texto de la Constitución, claramente establece que el derecho al debido proceso se rige por varias garantías básicas, dentro de las garantías del derecho al debido proceso, una de las garantías importantísimas es la presunción de inocencia. Ahora, lógicamente que la presunción de inocencia también puede ser considerada como un principio porque siempre hay el principio de presunción de inocencia, pero ahí hay que entender, los principios aplican el Estado, es decir, quien es el obligado a aplicar el principio de presunción de inocencia es el juez. Ahora, la presunción de inocencia también puede ser un derecho, en el momento en que toda persona goza justamente de derechos consagrados en la Constitución, pero el derecho viene a ser la materialización del principio, pero lógicamente, cómo hago efectivo ese derecho, a través de la garantía, y la garantía ya es el mecanismo, ya es la herramienta por la cual la persona que ha sido vulnerada en el derecho puede garantizar, entonces, pero si me está hablando de la persona aprehendida, aquí tendremos que ver que si se vulnera un derecho hay una garantía para hacer respetar ese derecho y justamente hay garantías constitucionales, hay garantías jurisdiccionales y por lo tanto la vía correcta es la que establece la misma Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

5. Por otro lado, el Tribunal Constitucional de Colombia, de igual forma en su desarrollo jurisprudencial, ha señalado que la presunción de inocencia es un derecho absoluto no sujeto a ponderación. ¿Cuál es su criterio al respecto?

Haber, es que la ponderación es un método de interpretación constitucional, aquí estamos hablando de una norma legal, lo que pasa que aquí me da la impresión de que estamos confundiendo lo que es materia constitucional con lo que es la materia penal. ¿Cuándo procede la ponderación? La ponderación justamente procede cuando hay colisión entre principios o derechos, aquí no hay una colisión de la norma, no hay una colisión de un derecho con otro derecho para que se aplique ponderación, jamás puede aplicarse aquí ponderación y tampoco puede aplicarse aquí una interpretación constitucional porque no estamos interpretando una norma constitucional, aquí lo que tiene que hacerse es una interpretación legal, una interpretación jurídica y los métodos de interpretación jurídica son diferentes a los métodos de interpretación constitucional, entonces,

jamás podríamos hablar aquí de una ponderación porque no se está discutiendo la colisión de derechos, principios o valores, sino, justamente cómo debe aplicarse correctamente una norma o una regla de carácter legal, entonces, el problema es legal dentro del proceso penal, cómo afecta esta norma al proceso penal y justamente el proceso en el sistema, ahora, también existe la obligación de los jueces de garantizar los derechos de las partes y si se vulnera el derecho dentro del proceso penal, simplemente eso puede ser alegado como uno de los vicios del procedimiento dentro de la etapa de evaluación y preparatoria de juicio.

6. A su criterio, ¿qué consecuencias se pueden derivar del acto de exponer a la comunidad y a los medios al aprehendido en delito flagrante, conforme indica la regla de procedimiento del artículo 529.1 del COIP?

Bueno, como les manifesté anteriormente habría de definir o diferenciar el tema netamente en el ámbito constitucional o los efectos dentro del ámbito constitucional y los efectos dentro del tema legal, lógicamente dentro del ámbito constitucional esta de que todas las personas tenemos derechos y cuando se vulneran los derechos justamente yo puedo acudir a los mecanismos y a las soluciones que me da la materia constitucional, por lo tanto, yo podría interponer ahí una acción jurisdiccional, un habeas data, aquí quizá una acción incluso de responsabilidad en contra del Estado por vulneración de derechos, podría llegar incluso hasta a la Corte Interamericana cuando se vulneran los derechos, derechos constitucionales, pero eso es una línea constitucional, pero ya dentro del ámbito netamente penal, la vulneración de derechos lo que provoca es la nulidad del proceso, la nulidad del procedimiento, porque justamente existe una vulneración al derecho del debido proceso.

Discusión:

La entrevista se realizó al Dr. José Luis Terán, quien en la actualidad funge como Decano de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador. En su carrera profesional también ha sido juez de la Corte Nacional de Justicia, de la sala de lo penal, por lo que los criterios que son objeto de discusión en este apartado; pese a que se mantienen al margen de la línea investigativa que estamos manejando; contribuyeron al debate y a la controversia, en razón de que son contrarios a las ideas que se han sostenido hasta el momento, la línea argumentativa de las entrevistas. A continuación, el desarrollo de la entrevista que se llevó a cabo en virtud del análisis del artículo 529.1 del Código Orgánico Integral Penal.

La presunción de inocencia es un principio que se consagra en el artículo 76 de la Constitución de la República, así es como concibe el entrevistado al estatus de inocente. Siendo así, y más aún, cuando el criterio es estrictamente positivista, ajustado al tenor literal de la norma, a tal punto de considerar que la Corte Constitucional concibió un equivocó en la decisión de la Sentencia No. 14-15-CN/19, en donde se declara como derecho absoluto a la presunción de inocencia. Empero, al respecto nos vamos a referir posteriormente. En un escenario en el que se les expone a la comunidad y a los medios a los aprehendidos, no existe vulneración del estatus de inocente, si el juez observa el cumplimiento irrestricto del artículo 529.1. Lo que quizá el entrevistado no considera, es que de plano el trabajo en curso refuta la legitimidad de la norma, y más aún, la constitucionalidad de la misma.

No existen escenarios fácticos en los que pueda vulnerarse la presunción de inocencia, ya que la vulneración de los derechos afecta al debido proceso y es consecuente que se declare la nulidad del proceso penal. No toma en cuenta que previo a la configuración de un elemento normativo vulnerado, existe un escenario de hecho, y en este estudio hemos dedicado un capítulo completo a los posibles escenarios de hecho en los que la garantía a la presunción de inocencia se puede ver afectada. La respuesta se limita a mencionar que, si una persona se ve violentada en sus derechos, esta debe seguir las acciones necesarias para el resarcimiento de los mismos. Pero, la siguiente respuesta genera más discusión aún, la literalidad de la respuesta fue: “es que la presunción de inocencia no es un derecho, es una garantía”; seguido de aquello, procedimos a preguntar, “Entonces, ¿el criterio de la Corte Constitucional es errado? Sí, está mal”. No estamos para calificar el argumento del entrevistado, sin embargo, sabiendo que aún es una discusión que está lejos de terminarse; derechos, principios y garantía; si causa zozobra un criterio tan cerrado y positivo, que al parecer no acoge; siquiera; las premisas del garantismo penal y del Estado Constitucional de Derechos.

Pese a que más tarde intentó resarcir lo dicho, puesto que indicó que la presunción de inocencia puede ser un principio y un derecho, el primer término de ellos debido a que es el Estado; entendemos a través de los jueces y juezas; el que aplica los principios, y es un derecho, debido a que se encuentra consagrado en la Constitución y, por ende, es para todas las personas, enfatizando que el derecho viene a ser la materialización del principio, que se hace efectivo a través de una garantía. Quizá y nos apeguemos más a este criterio, ya que tiene fundamento en una posición

doctrinaria jurídica constitucional, que, por supuesto, tiene especial alcance al ámbito del derecho penal. Como era de suponerse, también sería nulo el criterio vertido de derecho comparado del Tribunal Constitucional de Colombia, y enfáticamente indica que, la ponderación es un método de interpretación constitucional *stricto sensu*, y advierte que en el presente trabajo confunde el ámbito penal con el constitucional. Sostenemos el argumento de que, si bien es cierto, en un primer momento pueden ser diferentes, a criterio del investigador, son las que más relación tienen. En este caso, no se podría ponderar porque no existe colisión de derechos o principios, claramente no considera los escenarios de hecho, y se limita al análisis y discusión normativo en todo sentido.

Concluyendo, en cuanto a si existen consecuencias que se pudieran derivar de la aplicación de esta regla de procedimiento, arguye que se debería distinguir si estas son en materia penal o en materia constitucional, y termina indicando que si el aprehendido siente vulnerado sus derechos, puede acudir al ámbito constitucional a través de las acciones jurisdiccionales, y hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puesto que si la discusión es netamente normativa, la vulneración de derechos; entendemos aquellos que conforman el debido proceso penal y legal; conlleva la nulidad del proceso, que debe ser declarada por el juez.

4.1.5. Entrevista realizada al Dr. Mauricio Enrique Pacheco PhD.

Cargo: Docente de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador.

Lugar/medio: Reunión personal en la sala de profesores.

Fecha: 18 de mayo de 2022.

Duración: 12 minutos con 02 segundos.

Desarrollo:

Con fecha 18 de mayo de 2022, se realiza la entrevista acerca de la problemática propuesta, con el Dr. Mauricio Enrique Pacheco, quien desde su experticia como académico y docente universitario, así como también desde la praxis jurídica como litigante, aportó con argumentos sólidos la discusión respecto de si la regla de procedimiento contenida en el artículo 529.1 del Código Orgánico Integral Penal, vulnera o no la garantía de presunción de inocencia del procesado. A continuación, el desarrollo de la entrevista con el Dr. Mauricio Pacheco:

1. A su criterio, ¿cómo se configura la presunción de inocencia? ¿Cómo garantía del debido proceso penal o cómo principio?

Bueno, el principio de presunción de inocencia, más que una garantía es un principio del que se deriva una garantía, la garantía es establecida como un mecanismo a través del cual se puede concretar la defensa o la vulneración de los principios, entonces más que una garantía es un principio fundamental que quedaría a nivel de principios, si es que no hubiere una garantía que asegure su cumplimiento, entonces, si es una garantía establecida, y eso está establecida no solo en la Constitución de la República, está establecida en los convenios internacionales sobre derechos humanos, está establecida en la Convención Americana de los Derechos Humanos, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y en el resto de convenios internacionales. Algo que se ha venido trabajando desde la revolución francesa, es decir, desde el derecho penal liberal, precisamente para evitar lo que eran los procesos de doble principio de presunción y culpabilidad, eran realmente graves y serios, se comenzaba primero torturando para después averiguar si es que esa persona tenía o no tenía responsabilidad, es decir, había una vulneración al principio de dignidad.

2. ¿Considera que exponer a los aprehendidos en delito flagrante, frente a la comunidad y a los medios, puede vulnerar la presunción de inocencia de estos?

Claro que vulnera la presunción de inocencia, el exponer a las personas que han sido detenidas en delito flagrante, no es, ni siquiera podríamos llamarle en delito flagrante, porque si fuera delito flagrante para qué estarían realizando el proceso si ya considera delito flagrante. Es una situación de flagrancia como dice el 527 del Código Orgánico Integral Penal, entonces, exponer a las personas es violar el principio de presunción de inocencia porque de alguna manera la exposición de los medios de comunicación a la comunidad lo hacen en función de que han sido aprehendidos delincuentes, ni siquiera se los dice presuntos delincuentes, se los dice delincuentes, es decir, ya existe una valoración condenativa de los hechos que han cometido sin ni siquiera ser sujetos a ningún proceso penal, es decir, existe una especie de codena sin proceso, violando incluso el principio de culpabilidad. Ahora, exponerle a la prensa o a la comunidad aludiendo que son presuntos inocentes también es una violación al principio de presunción de inocencia porque este principio opera de manera integral, no puede operar por partes. De manera integral no solo significa que esa persona es inocente hasta que no se demuestre lo contrario mediante sentencia

ejecutoriada, sino que también se tiene que hacerle ver y presentar a la comunidad como tal, como presunto, no tiene que hacerse ver como un culpable. ¿Cuál es el objetivo de presentar a la prensa a las personas que han sido detenidas en delito flagrante? No es sino consideraciones de carácter preventivo, y el carácter preventivo funciona cuando una persona cometió un delito y quiere que el resto de personas no cometan ese delito porque les van a exponer a la palestra pública. Entonces, ya están ahí asumiendo la condición de delincuente o la condición de condenado que le están utilizando como mecanismo instrumental para hacer prevención general al resto de la población.

3. A su criterio, ¿cuáles son los “escenarios” en los que la garantía a la presunción de inocencia de los aprehendidos puede ser vulnerada?

Bueno, el artículo 527 es fundamental en el escenario de delitos flagrantes, uno de los primeros escenarios de delitos flagrantes. El delito flagrante está mal llamado delito flagrante, el delito en esas condiciones se llama más una situación de flagrancia tal como lo establece el Código Orgánico Integral Penal, ahora no habla de delito flagrante, habla de situación de flagrancia. La situación de flagrancia corresponde a que esa persona todavía no ha sido considerada judicialmente como delincuente, sino como presunto delincuente y en función de eso tiene que darles todas las garantías en el momento en que se realice la audiencia de calificación de flagrancia, la audiencia de formulación de cargos e incluso la audiencia que se realiza ahí mismo de acuerdo al 529 la de exposición de medidas cautelares y en esas condiciones no debe ser tratado como un delincuente, debe ser tratado como alguien que ya *per se*, por el hecho de la detención en situación de flagrancia y no en situación de delincuente, porque la situación de flagrancia debe ser calificada y eso califica el juez, el cumplimiento de los requisitos del 527, porque caso contrario, esa persona no sería procesada penalmente como delito flagrante, se dejaría en investigación previa, un escenario.

El otro escenario en donde se tiene que tener en cuenta mucho el principio de presunción de inocencia es cuando va acompañado del principio de *indubio pro reo*, y el *indubio pro reo* es una situación en la cual el juez en el momento de dictar sentencia tiene que tener la certeza de que esa persona es culpable del delito, certeza quiere decir el grado máximo de convencimiento y de conocimiento más allá de la duda, más allá de cualquier situación tiene que tener la certeza. En caso de que el juez no tenga la certeza en el momento de dictar sentencia de que esa persona cometió un delito o de la misma existencia del delito, no tenga los elementos de convicción suficiente, el juez debe optar por confirmar el estado de inocencia, confirmar el estado de inocente,

es más, ni siquiera en algunas legislaciones de algunos doctrinarios establecen que ni siquiera se debe utilizar la palabra presunción de inocencia. La persona es inocente es un estado de hecho que está considerado como inocente, hasta que esta inocencia no es destruida, lógicamente por los elementos de convicción que pueda presentar el fiscal para que sea condenado o sea sentenciado.

4. La Corte Constitucional en el desarrollo de su jurisprudencia ha indicado que la presunción de inocencia es un derecho fundamental, ¿cuál es su criterio al respecto?

Es un derecho fundamental, por qué se llama derecho fundamental, porque son derechos que no pueden ser alienados, es decir, derechos que no pueden ser relativizados, o es inocente una persona o es culpable, no puede haber términos medios o términos ambiguos. Antes en el Código Penal de hace unos 20 años atrás había, por ejemplo, los auto de sobreseimientos y había, por ejemplo, auto de sobreseimiento provisional, auto de sobreseimiento parcial, auto de sobreseimiento definitivo, y que eran esos autos de sobreseimiento, el juez decía, bueno, aparentemente no ha demostrado totalmente el fiscal la culpabilidad, ha demostrado parcialmente, por lo tanto, vamos a suspenderle durante dos años mientras no se meta usted en otro proceso penal, no le llamamos a auto de llamamiento a juicio, pero es que eso fue una aberración, es producto del derecho penal contrario al derecho penal garantista, porque al ser un derecho absoluto, o se es culpable o no se es culpable, y el no se es culpable, es el término que utiliza la inocencia.

Una persona es inocente o culpable, no puede haber medios inocentes, no puede haber un cuarto de inocentes, no puede haber tres cuartos de inocentes o lo es o no lo es, entonces, el garantismo penal, el derecho constitucional, la constitucionalización de los derechos, forma parte de este nuevo enfoque, bueno no tan nuevo, pero es un enfoque en el cual el principio de presunción esta sobre un derecho fundamental, no es un derecho relativo, no es un derecho que se puede relativizar en forma parcial, incluso no se puede ponderar.

5. Por otro lado, el Tribunal Constitucional de Colombia, de igual forma en su desarrollo jurisprudencial, ha señalado que la presunción de inocencia es un derecho absoluto no sujeto a ponderación. ¿Cuál es su criterio al respecto?

Bueno, entendemos nosotros que la ponderación es la atribución de efectividad de un derecho en relación con otro derecho constitucional, dos derechos constitucionales que de acuerdo a la circunstancia concreta del hecho fáctico se puede en algún momento determinar cuál derecho

es más aplicable o menos aplicable que el otro, es decir, la máxima realización de un derecho con disminución del otro. Y la ponderación quiere decir que puede haber un escogimiento, nunca un juez puede escoger entre declarar un culpable o inocente en función de ningún interés social, jamás, porque no se puede relativizar la situación de culpabilidad de una persona. En el momento en el que existe la persecución penal son dos opciones las que tiene que cumplir un tribunal penal, o le declara inocente o le declara culpable. No puede encontrar medio culpable o medio inocente, por lo tanto, no se puede relativizar, peor aún se puede ponderar, la ponderación sirve para lograr disminuir un poco, por lo menos para tratar de atenuar la vulneración del otro derecho. ¿Frente a qué se puede ponderar el derecho de presunción de inocencia o el derecho a ser inocente? ¿Contra qué otro derecho? ¿El derecho a la culpabilidad? ¿En qué sentido la sociedad puede resultar afectada declarándole culpable a una persona y disminuyendo o afectado el derecho de inocencia de la misma persona en el proceso? Eso sería instrumentalizar, Kant, en su tiempo, decía, el ser humano es un fin en sí mismo y quiere decir que no puede prestarse para ser sujeto de políticas o intereses que puedan tener el estado en el momento de dictar sentencia.

6. A su criterio, ¿qué consecuencias se pueden derivar del acto de exponer a la comunidad y a los medios al aprehendido en delito flagrante, conforme indica la regla de procedimiento del artículo 529.1 del COIP?

Bueno, la consecuencia más grave es de que esas personas ya vienen condicionadas al proceso penal, ya ingresan estereotipadas al proceso penal, ya ingresan con alta dosis de presunción de culpabilidad, ni siquiera presunción de inocencia, el ponerles ante la opinión pública significa que los jueces van a estar sujetos a las presiones mediáticas, esto quiere decir que, no se van a exponer a una crítica en el momento en que confirme la inocencia de una persona, la consecuencia es realmente seria, si eso se eleva a nivel de política criminal de parte de todo el Estado, vamos a tener jueces en todos lados de la república utilizando este principio, es decir, los jueces como instrumento de política criminal ayudando; entre comillas; a combatir la delincuencia, cosa que no pueden hacer, ellos tienen que responder a la realidad de un proceso, tienen que responder a la realidad fáctica de lo que ha demostrado el fiscal o no ha demostrado el fiscal en relación con la culpabilidad de la persona, no en función de la necesidad de tener más sentencias condenatorias o de contribuir con el Estado a que una persona sea declarada culpable solo por conveniencias, nada más, de decir que la justicia está actuando correctamente y de ahí las consecuencias son graves.

Discusión:

La entrevista fue apoyada por el catedrático universitario, PhD. Mauricio Pacheco, quien aportó con su conocimiento a la construcción y discusión de esta conversación académica. Sin más preámbulos, en seguida el análisis de las interrogantes objeto de controversia.

La presunción de inocencia es un principio del cual se deriva una garantía, ratificando la posición del reconocimiento de esta en la Constitución y en los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos, que tiene su génesis desde la Revolución Francesa, en donde primaba el principio de culpabilidad antes que el de inocencia. Exponer a la comunidad y a los medios a los aprehendidos en delito flagrante, efectivamente vulnera la presunción de inocencia, en donde el criterio del entrevistado resulta importante al indicar que ni siquiera se podría llamar delito flagrante, porque si fuera delito flagrante, ¿para qué estarían realizando el proceso si ya lo consideran como delito flagrante? Manifiesta que lo adecuado es llamarle situación de flagrancia, en estricto apego a las normas de procedimiento del COIP. Enfatiza que exponer a la comunidad y a los medios a los aprehendidos es vulnerar la presunción de inocencia, porque el objetivo de presentar a la prensa a las personas que han sido detenidas en delito flagrante, tiene consideraciones de carácter preventivo, de ahí que se le exponga a la palestra pública, siendo el aprehendido utilizado como un medio instrumentalizador de la prevención general; propia de la teoría de la pena.

En cuanto a los escenarios en los que se puede ver vulnerada la presunción de inocencia, en un primer momento indica que son estrictamente normativos, reiterando que se debería ser enfático en cuanto al delito flagrante y la situación de flagrancia, siendo esta última la manera correcta de entender el contexto, por eso es que sostiene que la persona debe ser considerada como presunto delincuente y no como delincuente. Otro escenario que identifica; si bien igualmente normativo; es la aplicación de los principios de *in dubio pro reo* y la duda razonable, en donde; lo dice con total aplomo; el juez en el momento de dictar sentencia debe tener certeza de la culpabilidad del procesado, es decir, debe tener el grado máximo de convencimiento, y este debe ser más allá de toda duda razonable, para que la presunción de inocencia, de ser el caso, tenga que ser destruida, pero de manera lógica y vehemente.

Para el entrevistado, la presunción de inocencia es un derecho fundamental puesto que los derechos no pueden ser relativizados; y se comparte plenamente con lo que indica el jurista, ya

que el mismo Robert Alexy, habla de que los principios son altamente generales, y no pueden ser divididos; indicando que no cabe la apreciación de la existencia de términos medios, dándonos un ejemplo no ilustra diciendo que no puede un sujeto ser “medio culpable o medio inocente”. Indica que, en virtud de lo dicho, comparte el criterio de derecho comparado que estamos utilizando, puesto que la ponderación no tendría cabida, salvo se esté frente a otro derecho o principio, puesto que, si se intentara ponderar la presunción de inocencia, se estaría relativizando la culpabilidad de la persona.

Por último, quizá uno de los criterios más importantes que nos aportó el entrevistado, es el que atañe su contenido a las consecuencias que se pueden derivar de la aplicación de la regla de procedimiento del artículo 529.1 del COIP. A criterio del jurista, las personas ya van condicionadas al proceso penal, ingresan con un cartel de estereotipo por delante que hace que el operador de justicia tenga una idea marcada de culpabilidad del procesado, más aún cuando la opinión pública o poder mediático ejerce presión sobre la decisión de los juzgadores. Las consecuencias pueden ser serias, puesto que los juzgadores a nivel nacional estarían aplicando este principio, como instrumento de política criminal, lo cual está totalmente alejado de la realidad fáctica en la que se produce el hecho delictivo, algo que también, se guarda relación con la línea investigativa que se ha trabajado en este estudio.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

a. Conclusiones:

- De la investigación realizada se puede concluir que, en efecto, existen consecuencias jurídicas para todos aquellos que han sido aprehendidos en comisión flagrante del delito, cuando se procede a exponerlos a la comunidad y a los medios, tal cual dispone el artículo 529.1 del Código Orgánico Integral Penal. En un primer momento, las consecuencias jurídicas versan sobre la afectación directa a la presunción de inocencia, criterio que incluso es compartido por algunos académicos y juristas conocedores del derecho penal. La afectación al derecho a la honra y buen nombre, reconocido por la Constitución de la República en el artículo 66, también es otra consecuencia jurídica que se puede derivar de la aplicación de esta regla de procedimiento. En cuanto a las consecuencias de carácter procesal, pese a que la discusión se enmarca en la estricta observancia al debido proceso penal, pueden estas garantías que conforman el referido derecho verse vulneradas en algún momento de la etapa pre-procesal penal y procesal penal. De ahí, inclusive, se ponga en riesgo la situación jurídica del aprehendido, ya que, al ser expuesto, los operadores de justicia pueden formarse al respecto un criterio preconcebido, de la culpabilidad del sujeto activo. Ergo, de la mano de las anteriores se encuentran las consecuencias de carácter social, y queremos ser enfáticos en este apartado, en razón de que en el desarrollo de la presente investigación, hemos tratado también el problema del estigma social que se crea sobre el nombre del que ya se le ha expuesto como posible responsable de un ilícito penal, teniendo como repercusión inmediata el rechazo y el pre-juicio de la sociedad, lo que a su vez, implica un grave perjuicio en el ámbito laboral y, por consiguiente, económico del aprehendido. Como estas, son algunas las consecuencias que se derivan de la vulneración a la presunción de inocencia del sujeto activo, las cuales se encuentran ampliamente puestas a consideración en la discusión del análisis y el resultado.
- El artículo 529.1 contiene, más que vacíos normativos, errores en cuanto a la determinación del ámbito formal y material que el legislador pretendía introducir en el Código Orgánico Integral Penal. La comisión de cierto tipo delitos en los que entra en juego esta regla de procedimiento, no tiene asidero razonable; por así decirlo; para que

haya sido considerada en el catálogo de reformas que se dio en el año 2019. El legislador debió ponderar la esfera de protección que tienen los principios y las garantías, pues de ellos dependen la materialización de los derechos, y en este caso, aquellos que forman parte del debido proceso. Con este criterio coinciden algunos de los argumentos que aportaron a la construcción de este estudio, por lo que, son conscientes de la importancia que tiene este principio y garantía, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. La doctrina nos enseña que los principios y garantías son altamente indeterminados, y es eso, básicamente, que no se toma en cuenta al momento de proponer esta reforma. Todo lo contrario, se empieza a “estandarizar estos principios”, y solo se vuelve aplicable a ciertos tipos penales, desconociendo a todas luces la naturaleza jurídica de las garantías del debido proceso, y también de las normas adjetivas penales.

- Para varios tratadistas del derecho penal, la presunción de inocencia es una garantía y un principio, los cuales gozan de rango constitucional, por lo que esta no puede ser vulnerada por ningún motivo, mucho menos a través de una reforma de carácter normativo como en el caso que nos ocupa. Y es que el derecho penal se caracteriza por su actividad severa y punitiva, y al parecer, en nuestro país, todavía no acabamos de entender la premisa del garantismo penal, y es por eso, precisamente, que se cometen todo tipo de atropellos a las garantías y derechos del procesado, y con suficientes razones, a la inobservancia del debido proceso penal. Más aún, a la luz del derecho constitucional, son varias las sentencias que provienen de Corte Constitucional; verbigracia, la sentencia No. 14-15CN/19, que declara a la presunción de inocencia como un derecho fundamental, o la sentencia No. 14/19/CN/20, en donde se determina la regla de tratamiento y la regla de juicio que forman parte de esta garantía; que analizan a profundidad el estatus de inocencia del procesado, y que ha sido inobservada cuando se dio paso a la entrada en vigencia del artículo 529.1 del COIP. No basta con solo citar lo que dice la jurisprudencia constitucional del país, ya que, haciendo uso del derecho comparado propio de las investigaciones jurídicas, hemos abordado el criterio del Tribunal Constitucional de Colombia, que en sentencia C-744 de 2001, declaró a la presunción de inocencia como un derecho absoluto, no sujeto a ponderación. ¿Por qué esta conclusión guarda un argumento más constitucional que legal? Porque, como bien

indica la tratadista Gloria Bernal Acevedo, la legislación penal debe estar sujeta y subordinada a los preceptos que tiene rango constitucional. De ahí que, desde la óptica del derecho penal y constitucional, la prenombrada reforma legal vulnera la presunción de inocencia de los aprehendidos, aunque quienes defienden esta postura indiquen que solo tienen esa condición, la de aprehendidos, sin percatarse que la comunidad y los medios no distinguen conceptos, solo hacen uso del prejuicio social, que indudablemente tachará al sujeto activo, como responsable del ilícito penal, antes que como presunto responsable del hecho.

- Por supuesto, si bien el campo que delimita el tema de tesis estaba enfocado al conocimiento en cuanto a la recurrencia del cometimiento del delito de asesinato en el cantón Otavalo, este solo fue el punto de partida para alcanzar un enfoque más general al respecto. De todas maneras, en la recolección de datos pudimos observar que la comisión flagrante del delito de asesinato, para el año 2021 se dio en el cantón Cotacachi, y para el presente año en el cantón Antonio Ante. De la información proporcionada por la Fiscalía Provincial de Imbabura, se sabe que la comisión del asesinato fue flagrante, por lo que se debió aplicar la regla de procedimiento 529.1 del Código Orgánico Integral Penal. Empero, de los mismos datos, se deduce que los delitos con más recurrencias son los que atentan al bien jurídico propiedad; robo en modalidad flagrante sobre todo, y, por razones del trabajo de investigación, los delitos en contra de la inviolabilidad de la vida; femicidio y asesinato.
- Por último, los aportes de los entrevistados permitieron que el análisis vaya enfocado en una línea de discusión tanto dogmática, como normativa. El criterio de los operadores de justicia guarda relación con lo que se pretendía conocer en este trabajo de investigación, y al ser jueces y fiscales, los argumentos vienen dados desde quien juzga; por el primero de ellos; y quien es titular de ejercer el poder punitivo del estado; por el segundo. La práctica jurídica del derecho, la que es llevada a cabo por los abogados litigantes, es la que entiende de mejor forma que antes de una configuración normativa, existe un presupuesto de hecho, un presupuesto fáctico, por eso es que concluye que esta reforma puede ser objeto de una acción pública de inconstitucionalidad, al vulnerar la garantía a la presunción de inocencia del procesado.

b. Recomendaciones:

- Si bien en esta investigación se dedica un capítulo exclusivo a los escenarios fácticos en los que se puede vulnerar la presunción de inocencia, es menester que se realicen investigaciones afines al tema que se indagó en esta ocasión, ya que; sin querer sonar reiterativos; es de un presupuesto de hecho que se configura la adecuación de una conducta a la normativa penal vigente. No es posible concebir que sin haberse actuado se configure un tipo penal, pues ya no estamos en el ámbito del derecho penal de autor, sino de acto. Por lo que es recomendable que a través de este tipo de espacios académicos y de investigación jurídica, se dé la importancia meritoria a los temas que de aquí puedan desprenderse, con el objeto de fomentar el debate y la discusión académica y, sobre todo, el conocimiento jurídico en el derecho penal.
- Mientras se iba desarrollando este estudio, se pudo notar que las reformas propuestas y que entraron en vigencia en el año 2019, tienen un tinte marcado del denominado populismo penal. Una corriente; por así decirlo; que para nada se mantiene al margen de las posturas políticas de un gobierno de turno, en un Estado determinado. Ahora todo se pretende resolver con reformas que a primera vista satisfacen los problemas de seguridad de la ciudadanía, o que pretenden resolver la inseguridad, la crisis carcelaria, y reduce el índice de conductas delictivas en el Ecuador, y todo a través de reformas que no tienen un estudio socio-jurídico previo, mucho menos una base dogmática para ser propuestas. Por eso creemos fehacientemente que fueron producto del populismo penal, por lo que se sugiere que, desde estos espacios, nuevamente, se proponga una verdadera construcción jurídica-normativa, dejando de lado posturas político-jurídicas, propias del denominado populismo penal.
- Quizá esta recomendación sea tomada en “términos negativos”, siendo algo coloquial, ya que se dirige a la capacitación de todos quienes hemos decidido ser parte del fascinante mundo del derecho. Pero no está por demás que, como abogados en libre ejercicio, operadores de justicia, investigadores jurídicos, servidores públicos, y demás, nos ocupemos por la preparación constante; doctrinaria y normativa; en función de la realidad social que constantemente está sujeta a cambio, y más aún, cuando sabemos que de esos cambios se desprenden también los de orden normativo. Recordando las

clases de pregrado, se escuchaba con recurrencia el adagio que indica que “una buena práctica jurídica, viene acompañada de un buen estudio teórico”, de un buen entendimiento normativo y, por supuesto, de la formación profesional crítica constructiva.

- El hablar de reformas constantes al ordenamiento jurídico interno, hace notar que nuestro sistema de justicia pende de un hilo, de la intromisión y decisión de quienes gobiernan o ejercen poder; cualquier tipo de poder es perverso cuando no tiene un dique de contención. El mismo Luigi Ferrajoli hablaba de los tres poderes “salvajes” en donde uno de ellos era el mediático. Por eso, esta recomendación va enfocada a la propuesta de limitar la intromisión de los medios de comunicación cuando aún no se hayan esclarecido los hechos, regular la actividad comunicativa; cuidado que no estamos hablando de limitar, sino de regular; a un actuar ético que haga que los encargados de difundir la información, tengan certeza y conocimiento de si los sujetos activos pueden o no ser responsables. No se trata de exponerles a la comunidad y a los medios diciendo que se presumen ser responsables, puesto que se atenta en contra del honor y buen nombre, y se deja en tela de juicio a la presunción de inocencia.
- Como recomendación última, y que bien puede ser tomada como investigación posterior conexas a este primer estudio, se debería dar seguimiento a los procesos abiertos, así como también a quienes se hayan visto involucrados en estos, a través del análisis minucioso de la etapa pre-procesal y procesal penal, en donde se configuró la comisión del delito de asesinato como flagrante, esto es, en el cantón Cotacachi en el 2021, y en el cantón Antonio Ante en el 2022. Sería interesante y práctico observar cómo se aplicó la regla de procedimiento 529.1 del COIP, y que repercusiones de carácter legal, procesal y laboral, se han dado para con los aprehendidos y posibles involucrados.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

- Aarnio, A., Garzón Valdés, E., & Uusitalo, J. (Eds.). (1997). *La normatividad del derecho* (1. ed.). Gedisa.
- Aguilar García, A. D. (2015). *Presunción de inocencia*.
- Aguilar López, M. Á. (2015). *Presunción de inocencia derecho humano en el sistema penal acusatorio. Apéndice de jurisprudencia relacionada* (Primera edición). Instituto de la Judicatura Federal.
- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Araujo G., M. P. (2019). *Consultor Penal - COIP: Actualizado, con doctrina y jurisprudencia* (Cuarta edición). Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ávila Santamaría, R. (Ed.). (2008). *Neoconstitucionalismo y sociedad* (1ra ed.). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Bernal Acevedo, G. L. (2015). *Derecho penal general: Concepto, justificación, límites y esquemas del delito*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Bernal Pulido, C. (2005). La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales. En *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho* (1. ed., p. 944). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Burke, P., & Lozoya, T. de. (2002). *Visto y no visto: El uso de la imagen como documento histórico*. Crítica.
- Cabanellas de Torres, G., & Cabanellas de las Cuevas, G. (2008). *Diccionario jurídico elemental*. Heliasta.
- Cordero, F. (2000). *Procedimiento penal*. Editorial Temis.
- Donna, E. A. (1999). *Derecho penal: Parte especial*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Donoso Castellón, A. J. (2007). *Derecho penal: Parte especial: delitos contra las personas*. Cevallos Editora Jurídica.
- Cobo del Rosal, M., & Vives Antón, T. S. (1999). *Derecho penal: Parte general* (5. ed., corr.aum.actualizada). Tirant Lo Blanch.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Trotta.

- García Ramírez, S. (Ed.). (2006). *La reforma a la justicia penal: Quintas jornadas sobre justicia penal*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Goffman, E. (1974). *Stigma: Notes on the management of spoiled identity*. J. Aronson.
- Guerrero del Pozo, J. F. (2020). *Las Garantías Jurisdiccionales Constitucionales en el Ecuador* (Primera). Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Pilar Baptista Lucio, M. (2014). *Metodología de la investigación*. McGraw-Hill.
- Maier, J. (2004). *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*. Editorial del Puerto.
- Manzini, V., Melendo, S. S., & Redín, M. A. (1996). *Tratado de derecho procesal penal* (Número v. 1). Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Maurach, R., & Zipf, H. (1994). *Derecho penal. 1: Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible / actualiz. por Heinz Zipf*. Ed. Astrea.
- Medina Quiroga, C. (2005). *La convención americana: Teoría y jurisprudencia: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos.
- Mir Puig, S. (1991). *Estudios penales y criminológicos. Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite del «Ius puniendi»*. (A. Beristain, Ed.). Univ.
- Muñoz Conde, F. (2019). *Derecho penal: Parte especial* (22ª edición, revisada y puesta al día). Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F., García Arán, M., & García Álvarez, P. (2019). *Derecho penal: Parte general* (10a edición, revisada y puesta al día). Tirant lo Blanch.
- Nino, C. S. (1989). *Ética y derechos humanos: Un ensayo de fundamentación* (2a ed. ampliada y rev.). Editorial Astrea.
- Osorio de la Torre, R. (2012). *Diccionario de derecho penal*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Oyarte Martínez, R. (2016). *Debido proceso* (2da ed.). Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Quisbert, E. (2008). *Historia del derecho penal a través de las escuelas penales y sus representantes*. CED - Centro de Estudios de Derecho.
- Pérez Luño, A. E. (2001). *Derechos humanos, estado de derecho y constitución* (7 ed.). Tecnos.
- Pisarello, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción*. Trotta.

- Roxin, C. (2000). *Derecho procesal penal*. Ed. del Puerto.
- Sandoval Casilimas, C. A. (1996). *Investigación cualitativa*. Icfes.
- Silva Portero, C. (2008). Las garantías de los derechos ¿invención o reconstrucción? En *Neoconstitucionalismo y sociedad* (1ra ed., p. 355). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Stumer, A. C. (2018). *La presunción de inocencia: Perspectiva desde el derecho probatorio y los derechos humanos*. Marcial Pons.
- Suárez Sánchez, A. (2001). *El debido proceso penal* (2a. ed.). Universidad Externado de Colombia.
- Trujillo, J. C. (2009). El Ecuador como Estado Plurinacional. En *Plurinacionalidad: Democracia en la diversidad*. Abya Yala.
- Vaca Andrade, R. (2011). *Manual de derecho procesal penal* (4. ed. actualizada). Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Zavala Baquerizo, J. (2003). *Delitos contra las personas: Asesinato—Parricidio—Uxoricidio: Vol. Volumen 2*. Edino.
- Zavala Baquerizo, J. (2004). *Tratado de Derecho Procesal Penal* (Vol. 6). Edino.

Revistas académicas:

- Altmann Smythe, J. (1966). El delito y la sanción penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú*, No. 25. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/12859>.
- Lozano, F., Reséndez, C., & Fernández, M. (2012). *Revista Jurídica de la UNAM*. 318.
- Lozano Guerrero, F. (2012). La presunción de inocencia. *Revista Jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*.
- Pérez Correa, C. (2013). Marcando al delincuente: Estigmatización, castigo y cumplimiento del derecho. *Revista mexicana de sociología*, No. 75(No. 2), 25.
- Prado Saldarriaga, V. R. (2016). Las circunstancias atenuantes genéricas del artículo 46 del código penal. *Revista de Derecho THEMIS*, No. 68.
- Quecedo, R., & Castaño, C. (2002). Introducción a la metodología de investigación cualitativa. *Revista de Psicodidáctica*. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=17501402>.

Soengas Pérez, X. (2018). Los medios de comunicación en la sociedad actual: Crisis, negocio y politización. *Revista Internacional de Comunicación de la Universidad Santiago de Compostela*. <https://institucionales.us.es/ambitos/los-medios-de-comunicacion-en-la-sociedad-actual-crisis-negocio-y-politizacion/>.

Storini, C., Guerra Coronel, M., & Yépez, N. (2019). La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el matrimonio de las parejas del mismo sexo en Ecuador: Una lectura desde un concepto material de la Constitución. *FORO. Revista de Derecho*, 7-25. <https://doi.org/10.32719/26312484.2019.32.1>

Tisnés Palacio, J. S. (2012). PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: PRINCIPIO CONSTITUCIONAL ABSOLUTO. *Revista Ratio Juris*, Vol. 7(Nº 14).

Documentos jurídicos:

Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas., Serie C No. 334. ____ (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2017).

Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo., Serie C No. 69 ____ (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2000).

Código de Procedimiento Penal de Colombia (Ley 906 de 2004). (2019).

Código Orgánico Integral Penal, (2021). *Código orgánico integral penal: Concordancias, tabla comparativa, legislación conexas, comentarios doctrinarios* (Edición: primera). CEP: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Constitución Política de Colombia. (1991).

Constitución de la República del Ecuador, (2008). (2020). *Constitución de la República del Ecuador, Comentarios, Legislación Conexas, Concordancias* (Primera edición). CEP: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Convención Americana sobre Derechos Humanos «Pacto de San José de Costa Rica», (1969).

Convención Americana sobre Derechos Humanos «Pacto de San José de Costa Rica», (1969). <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html> [Accesado el 17 Abril 2021]

Declaración Universal de Derechos Humanos, (1948). <https://www.refworld.org/es/docid/47a080e32.html> [Accesado el 17 Abril 2021]

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, (1966). <https://www.refworld.org/es/docid/5c92b8584.html> [Accesado el 17 Abril 2021]

Sentencia No. 14-15-CN/19, (Corte Constitucional del Ecuador 14 de mayo de 2019).

Sentencia No. 14-19-CN/20. CASO No. 14-19-CN., (Corte Constitucional del Ecuador 12 de agosto de 2020).

Sentencia No. 53-20-IN/21, (Corte Constitucional del Ecuador 1 de diciembre de 2021).

Netgrafía:

Ander Egg, E. (2011). *Aprender a investigar: Nociones básicas para la investigación social*. Brujas. <http://site.ebrary.com/id/10526796>

García Falconí, J. (2011, mayo 16). DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LA VIDA. *DerechoEcuador.com*. <https://derechoecuador.com/derecho-a-la-inviolabilidad-de-la-vida/>

San Millán Fadrique, G. (2020). *Los delitos de asesinato*. <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/47025>

ANEXOS

a. Guion de preguntas.



UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE



INSTITUTO DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO, MENCIÓN DERECHO PENAL

ENTREVISTA

Objetivo: La presente entrevista tiene como objetivo obtener criterios acerca de la garantía a la presunción de inocencia en la legislación penal ecuatoriana, haciendo énfasis en el contenido de la regla de procedimiento del artículo 529.1 del Código Orgánico Integral Penal.

GUIÓN DE PREGUNTAS:

1. A su criterio, ¿cómo se configura la presunción de inocencia? ¿Cómo garantía del debido proceso penal o cómo principio?
2. ¿Considera que exponer a los aprehendidos en delito flagrante, frente a la comunidad y a los medios, puede vulnerar la presunción de inocencia de estos?
3. A su criterio, ¿cuáles son los “escenarios” en los que la garantía a la presunción de inocencia de los aprehendidos puede ser vulnerada?
4. La Corte Constitucional en el desarrollo de su jurisprudencia ha indicado que la presunción de inocencia es un derecho fundamental, ¿cuál es su criterio al respecto?
5. Por otro lado, el Tribunal Constitucional de Colombia, de igual forma en su desarrollo jurisprudencial, ha señalado que la presunción de inocencia es un derecho absoluto no sujeto a ponderación. ¿Cuál es su criterio al respecto?
6. A su criterio, ¿qué consecuencias se pueden derivar del acto de exponer a la comunidad y a los medios al aprehendido en delito flagrante, conforme indica la regla de procedimiento del artículo 529.1 del COIP?

b. Certificados de constancia de entrevistas.



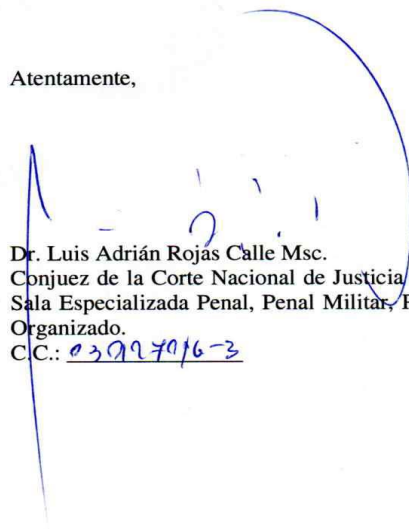
Quito, 01 de junio de 2022

A quien corresponda:

A petición verbal del interesado, certifico que Yo, LUIS ADRIÁN ROJAS CALLE, con cédula de ciudadanía 030127216-3, colaboré con la entrevista del trabajo de titulación del señor SEGUNDO ALFREDO GUALAPURO FLORES, que lleva como título "LA COMISIÓN FLAGRANTE DEL DELITO DE ASESINATO Y LA GARANTÍA A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA".

Todo lo que he mencionado en honor a la verdad, le permito al interesado el uso de este certificado como crea conveniente.

Atentamente,


Dr. Luis Adrián Rojas Calle Msc.
Conjuez de la Corte Nacional de Justicia de la República del Ecuador, integrante de la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado.
CC.: 030127216-3



Ibarra, 26 de mayo de 2022

A quien corresponda:

A petición verbal del interesado, certifico que Yo, DARWIN PABLO SIGÜENZA SÁNCHEZ, con cédula de ciudadanía 0/028/4001, colaboré con la entrevista del trabajo de titulación del señor SEGUNDO ALFREDO GUALAPURO FLORES, que lleva como título “LA COMISIÓN FLAGRANTE DEL DELITO DE ASESINATO Y LA GARANTÍA A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA”.

Todo lo que he mencionado en honor a la verdad, le permito al interesado el uso de este certificado como crea conveniente.

Atentamente,

Dr. Darwin Pablo Sigüenza Sánchez Msc.
Agente Fiscal de la Fiscalía Especializada en Delincuencia Organizada Transnacional e Internacional de Imbabura (FEDOTI)
C.C.: 0/028/4001



Quito, 19 de mayo de 2022

A quien corresponda:

A petición verbal del interesado, certifico que Yo, MIGUEL ÁNGEL ANGULO, con cédula de ciudadanía 171448259-1, colaboré con la entrevista del trabajo de titulación del señor SEGUNDO ALFREDO GUALAPURO FLORES, que lleva como título “LA COMISIÓN FLAGRANTE DEL DELITO DE ASESINATO Y LA GARANTÍA A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA”.

Todo lo que he mencionado en honor a la verdad, le permito al interesado el uso de este certificado como crea conveniente.

Atentamente,

Dr. Miguel Ángel Angulo Msc.
Abogado Litigante
Docente de Derecho Penal de la Universidad Central del Ecuador
C.C.: 171448259-1



Quito, 18 de mayo de 2022

A quien corresponda:

A petición verbal del interesado, certifico que Yo, MAURICIO ENRIQUE PACHECO, con cédula de ciudadanía 0501153076 colaboré con la entrevista del trabajo de titulación del señor SEGUNDO ALFREDO GUALAPURO FLORES, que lleva como título "LA COMISIÓN FLAGRANTE DEL DELITO DE ASESINATO Y LA GARANTÍA A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA".

Todo lo que he mencionado en honor a la verdad, le permito al interesado el uso de este certificado como crea conveniente.

Atentamente,

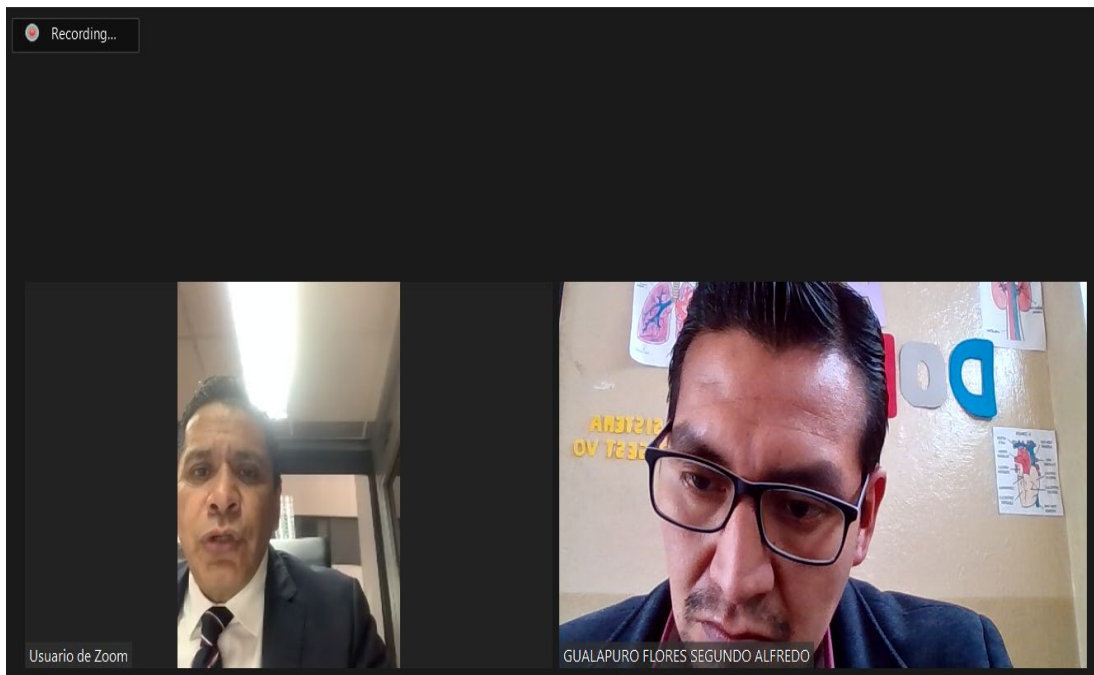
Dr. Mauricio Enrique Pacheco PhD
Docente de Derecho Penal de la Universidad Central del Ecuador
C.C.: 0501153076

FIGURAS

c. Imágenes de los entrevistados.

Figura 1

Entrevista con el Dr. Luis Adrián Rojas Calle Msc. Conjuez de la Corte Nacional de Justicia de la República del Ecuador, integrante de la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado.



Nota: Esta entrevista se realizó mediante reunión virtual vía plataforma digital zoom, con fecha 01 de junio de 2022, la cual tuvo una duración de 13 minutos con 28 segundos. (Se adjunta certificado de constancia de entrevista suscrito por el entrevistado)

Figura 2

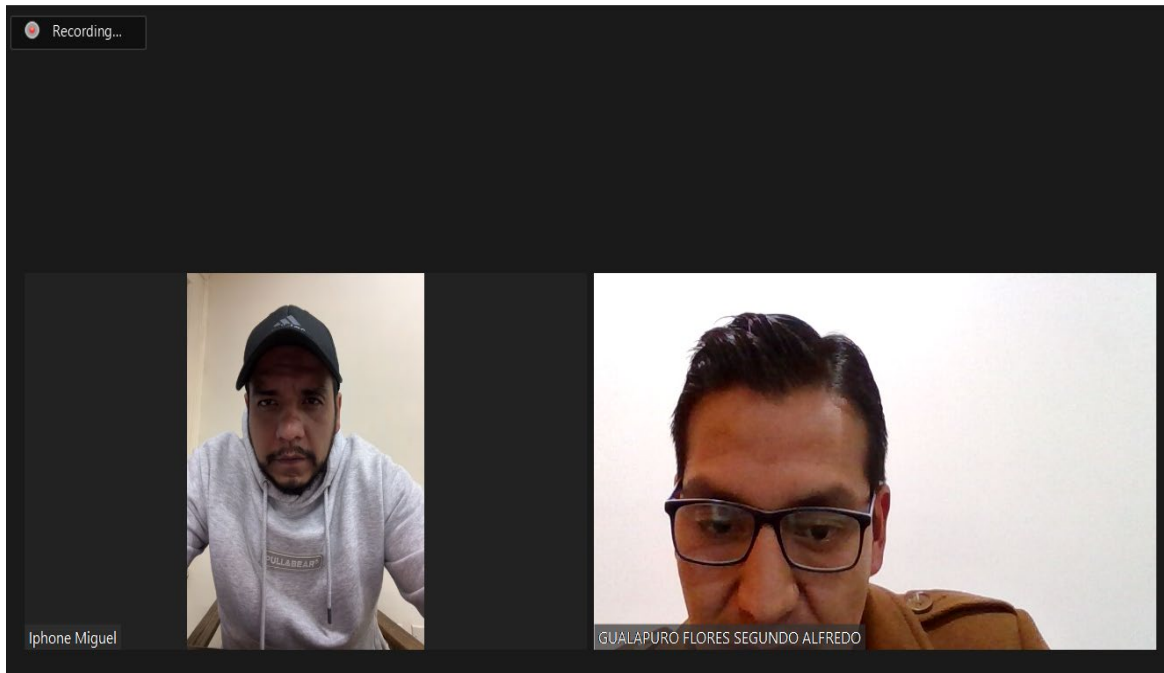
Entrevista con el Dr. Darwin Pablo Sigüenza Sánchez Msc. Agente Fiscal de la Fiscalía Especializada en Delincuencia Organizada Transnacional e Internacional de Imbabura (FEDOTI)



Nota: Esta entrevista se realizó de manera personal en el despacho del Fiscal, el 26 de mayo de 2022, con una duración de 5 minutos con 13 segundos. (Se adjunta certificado de constancia de entrevista suscrito por el entrevistado)

Figura 3

Entrevista con el Dr. Miguel Ángel Angulo Msc. Abogado Litigante y docente de Derecho Penal de la Universidad Central del Ecuador.



Nota: La discusión se llevó a cabo mediante reunión virtual vía plataforma digital zoom, el 19 de mayo de 2022, con una duración de 14 minutos con 35 segundos. (Se adjunta certificado de constancia de entrevista suscrito por el entrevistado)

Figura 4

Entrevista con el Dr. José Luis Terán Suárez PhD. Decano de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador.



Nota: La discusión se llevó a cabo a través de una reunión personal en decanato, con fecha 18 de mayo de 2022, la cual tuvo una duración de 10 minutos con 57 segundos. Cabe recalcar que el jurista entrevistado, es experto en materia penal y procesal penal.

Figura 5

Entrevista con el Dr. Mauricio Enrique Pacheco PhD. Docente de Derecho Penal de la Universidad Central del Ecuador.



Nota: La entrevista se realizó por medio de una reunión personal en la sala de profesores, el día 18 de mayo de 2022, con una duración de 12 minutos con 02 segundos. (Se adjunta certificado de constancia de entrevista suscrito por el entrevistado)