

JUEZAS Y JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

I

Datos de la demandante

Ingrid Lizeth García Minda, con cédula de ciudadanía No.1724991805, con domicilio en la ciudad de Quito, en calidad de coordinadora ejecutiva de la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos INREDH, organización no gubernamental reconocida por el gobierno ecuatoriano mediante Acuerdo Ministerial No. 5577 de 28 de septiembre de 1993; amparada en el artículo 436 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) y en concordancia con los artículos 74 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC), comparezco con la siguiente **ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD** de la “Ley Reformativa a varios cuerpos legales para el fortalecimiento de las capacidades institucionales y la seguridad integral” publicada en el Registro Oficial No. 279 del 29 de marzo de 2023, sobre la base de los siguientes fundamentos:

II

Norma respecto de la cual se demanda la inconstitucionalidad

Se impugnan los artículos 21, 22, 53, 60, 67, 68, 69, 70, 71, 73, 74, 76, 77, 78, 79, 83, 84, 85, 103 y 127 de la “Ley Reformativa a varios cuerpos legales para el fortalecimiento de las capacidades institucionales y la seguridad integral” publicada en el Registro Oficial No. 279 del 29 de marzo de 2023.

III

Fundamentos de la demanda

3.1. Disposiciones constitucionales infringidas

3.1.1. Artículo 76 numeral 2 de la Constitución que garantiza el derecho al debido proceso en cuanto al principio de inocencia:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

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.

3.1.2. Artículo 77 numeral 1 de la Constitución que garantiza el derecho a las garantías judiciales:

Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

1. La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona

detenida sin formula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.

3.1.3. Artículo 82 de la Constitución que garantiza el derecho a la seguridad jurídica:

Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes

3.1.4. Artículo 11 numeral 8 de la Constitución que garantiza el principio de progresividad y no regresividad:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:
8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

3.1.5. Artículo 3 numeral 8 de la Constitución referente al deber del Estado de garantizar seguridad:

Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado: 8. Garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción.

3.1.6. Artículo 158 párrafo 3 de la Constitución referente a la obligación de la Policía Nacional de mantener el orden público:

Art. 158.- Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional son instituciones de protección de los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos
La protección interna y el mantenimiento del orden público son funciones privativas del Estado y responsabilidad de la Policía Nacional.

3.1.7. Artículo 163 párrafo 1 de la Constitución referente a la misión de la Policía Nacional:

Art. 163.- La Policía Nacional es una institución estatal de carácter civil, armada, técnica, jerarquizada, disciplinada, profesional y altamente especializada, cuya misión es atender la seguridad ciudadana y el orden público, y proteger el libre ejercicio de los derechos y la seguridad de las personas dentro del territorio nacional.

3.1.8. Artículo 86, numeral 1 de la Constitución que garantiza el derecho a proponer garantías jurisdiccionales.

Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:

1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.

3.1.9 Artículo 87 de la Constitución referente a la aplicación de medidas cautelares.

Art. 87.- Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho.

3.1.10. Artículo 88 de la Constitución que garantiza el derecho a proponer la acción de protección como garantía jurisdiccional.

Art. 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

3.1.11. Artículo 89 de la Constitución que garantiza el derecho a proponer habeas corpus como garantía jurisdiccional.

Art. 89.- La acción de hábeas corpus tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad.

Inmediatamente de interpuesta la acción, la jueza o juez convocará a una audiencia que deberá realizarse en las veinticuatro horas siguientes, en la que se deberá presentar la orden de detención con las formalidades de ley y las justificaciones de hecho y de derecho que sustenten la medida. La jueza o juez ordenará la comparecencia de la persona privada de libertad, de la autoridad a cuya orden se encuentre la persona detenida, de la defensora o defensor público y de quien la haya dispuesto o provocado, según el caso. De ser necesario, la audiencia se realizará en el lugar donde ocurra la privación de libertad.

La jueza o juez resolverá dentro de las veinticuatro horas siguientes a la finalización de la audiencia. En caso de privación ilegítima o arbitraria, se dispondrá la libertad. La resolución que ordene la libertad se cumplirá de forma inmediata.

En caso de verificarse cualquier forma de tortura, trato inhumano, cruel o degradante se dispondrá la libertad de la víctima, su atención integral y especializada, y la imposición de medidas alternativas a la privación de la libertad cuando fuera aplicable.

3.1.12. Artículo 11, numerales 2, 3, 4 y 5, que garantiza el principio de igualdad, la aplicación de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos

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

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

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, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

3.1.13. Artículo 35 de la Constitución que reconoce los derechos de las personas que pertenecen a grupos de atención prioritaria

Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad

3.1.14. Artículo 44 de la Constitución referente al interés superior de niñas, niños y adolescentes

Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

3.1.15. Artículo 175 de la Constitución que reconoce que las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, así como a operadores de justicia debidamente capacitados.

Art. 175.- Las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, así como a operadores de justicia debidamente capacitados, que aplicarán los principios de la doctrina de protección integral. La administración de justicia especializada dividirá la competencia en protección de derechos y en responsabilidad de adolescentes infractores.

3.1.16. Artículo 51, numeral 6 de la Constitución que reconoce a los adolescentes el derecho a recibir un tratamiento preferente y especializado

Art. 51.- Se reconoce a las personas privadas de la libertad los siguientes derechos:
6. Recibir un tratamiento preferente y especializado en el caso de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, adolescentes, y las personas adultas mayores, enfermas o con discapacidad.

3.1.17. Artículo 77, numeral 13, de la Constitución que garantiza un sistema de medidas socioeducativas proporcionales a la infracción en el caso de adolescentes infractores.

Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

13. Para las adolescentes y los adolescentes infractores regirá un sistema de medidas socioeducativas proporcionales a la infracción atribuida. El Estado determinará mediante ley sanciones privativas y no privativas de libertad. La privación de la libertad será establecida como último recurso, por el periodo mínimo necesario, y se llevará a cabo en establecimientos diferentes a los de personas adultas.

3.1.18. Artículo 66 numeral 19 de la Constitución sobre el derecho a la protección de datos personales.

Art.66.- Se reconoce y garantizará a las personas

19. El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución, o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley.

3.1.19. Artículo 66 numeral 20 de la Constitución que garantiza el derecho a la intimidad:

Art.66.- Se reconoce y garantizará a las personas
20. El derecho a la intimidad personal y familiar.

3.1.20. Artículo 66 numeral 18 de la Constitución que reconoce el derecho al honor y buen nombre

Art.66.- Se reconoce y garantizará a las personas
18. El derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona

3.1.21. Artículo 66 numeral 28 de la Constitución que prevé el derecho a la identidad

Art.66.- Se reconoce y garantizará a las personas
28. El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad tales como la nacionalidad, la procedencia, familiar, manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales.

3.1.22. Artículo 75 de la Constitución que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva

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

3.1.23. Artículo 76 numeral 4, 7 de la Constitución respecto al derecho al debido proceso en sus garantías de validez probatoria y derecho a la defensa

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:

4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

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

3.1.24. Artículo 11, numeral 7 de la Constitución que garantiza el principio de dignidad humana, la aplicación de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos:

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

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás

derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

3.1.25. Artículo 66, numeral 3 literal b de la Constitución que garantiza el principio de dignidad humana, la aplicación de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: El derecho a la integridad personal, que incluye: 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 y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual.

3.2. Argumentos claros, ciertos, específicos y pertinentes, por los cuales se considera que exista una incompatibilidad normativa

1. Vulneración al debido proceso en su principio de inocencia

El artículo 85 de la *Ley Orgánica Reformatoria a Varios Cuerpos Legales para el Fortalecimiento de las Capacidades Institucionales y la Seguridad Integral*, la cual sustituye el art. 529.1 del COIP, establece en su reforma que:

*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, delincuencia organizada, tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, terrorismo, actividad ilícita de recursos mineros, secuestro, trata de personas, tráfico ilícito de personas, pornografía infantil, asesinato, tráfico ilícito de armas, armas químicas, nucleares o biológicas y lavado de activos, **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.** (énfasis añadido)*

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

Este artículo se considera que vulnera garantías judiciales en cuanto al debido proceso y su respeto irrestricto a la presunción de inocencia, el cual se encuentra establecido en el art. 76, núm.2 de la Constitución de la República del Ecuador, manifestando que;

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: Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.¹

¹ Constitución de la República del Ecuador. Registro oficial 449. 20 de octubre del 2008

El hecho que se pretenda exhibir públicamente a una persona aprehendida que no ha tenido aún una sentencia ejecutoriada destruye la presunción de inocencia de la misma, porque pese a que judicialmente no ha existido un dictamen de culpabilidad, a nivel social con la exposición de dicha persona quedará estigmatizada, lo cual afecta directamente a la dignidad de la misma al violentar su derecho a la privacidad y confidencialidad, el cual se encuentra amparado por el propio COIP, en su art. 5, sobre los principios procesales, los cuales estipulan que; *“Se prohíbe divulgar fotografías o cualquier otro dato que posibilite su identificación en actuaciones judiciales, policiales o administrativas y referirse a documentación, nombres, sobrenombres, filiación, parentesco, residencia o antecedentes penales.”*²

Hay que considerar que dicha estigmatización puede tener un alcance más allá de la persona implicada, es así que en el *Caso Manuel Cepeda Vargas vs Colombia* ocurre que *“fueron particularmente graves, ya que además de fomentar el odio, el desprecio público, y la persecución, tuvieron y tienen el efecto de incitar la violencia contra la víctima y sus familiares.”*³ De manera análoga se relata el *Caso Yarce y Otros vs Colombia*, donde la exposición pública en su comunidad tuvo repercusiones considerables en cuanto al honor y su dignidad, ya que fueron *“estigmatizadas, lo cual las expuso a amenazas, insultos y prácticas humillantes.”*⁴

La jurisprudencia citada otorga los suficientes indicios para demostrar que, la exposición mediante los medios de comunicación o frente la comunidad no ha tenido efectos positivos, sino que su repercusión ha sido negativa, es por ese motivo que a nivel nacional esta misma corte se ha pronunciado sobre la exposición de datos sensibles, los cuales han sido definidos de la siguiente manera: *“[...] son aquellos que afectan la intimidad del titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación.”*⁵ Frente a esto, la propia Constitución en su art. 66, núm.18 menciona que: *“Se reconoce y garantizará a las personas: el derecho a la integridad personal, que incluye: el derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona”*.

Bajo esta línea argumentativa, es evidente que una exposición física de una persona aprehendida puede tener efectos discriminatorios frente a la sociedad, lo cual afectaría a los derechos que ya han sido previamente mencionados. En este sentido hay que prestar especial consideración 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”*⁶ y el exponerlos de esa manera puede dar una falsa idea al colectivo social del cometimiento irrefutable de un hecho del cual no se tiene una sentencia ejecutoriada.

Si bien la norma impugnada pretende establecer la legalidad de su articulado amparándose en el correcto cumplimiento de la aprehensión durante el delito flagrante, no hay que dejar de lado que eso bajo ningún concepto constituye algún tipo de juzgamiento que elimine la presunción de inocencia de la persona. El hecho que se

² Código Orgánico Integral Penal. Registro oficial 180. 10 de febrero del 2014

³ Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas vs Colombia, párr. 203. Sentencia de 26 de mayo de 2010

⁴ Corte IDH. Caso Yarce y Otros vs Colombia, párr. 163. Sentencia de 22 de noviembre de 2016

⁵ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 2064-14-EP/21, párr.151. 27 de enero de 2021

⁶ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 53-20-IN/21, párr. 29. 01 de diciembre 2021

pretenda exponer públicamente una persona basándose en la legalidad de la aprehensión resulta insuficiente e ilegal, además que se debe considerar hechos ocurridos en la sentencia No. 14-15-CN/19, en donde primó en la aprehensión la llamada selectividad del sistema penal,

El poder punitivo criminaliza seleccionando, por regla general, a las personas que encuadran en los estereotipos criminales y que por ello son vulnerables, por ser sólo capaces de obras ilícitas toscas y por asumirlas como roles demandados según los valores negativos —o contravalores— asociados al estereotipo... Muy excepcionalmente, criminaliza a alguien que, hallándose en una posición que lo hace prácticamente invulnerable al poder punitivo, lleva la peor parte en una pugna de poder hegemónico y sufre por ello una caída en la vulnerabilidad

Es así que esta misma corte a modo ejemplificativo menciona que *“Podría suceder que una persona sea aprehendida en flagrancia, pero luego demuestre que actuó de conformidad con las reglas del estado de necesidad o la legítima defensa, por lo que su conducta, en ese caso, no debería ser sancionada, dada la existencia de causas de exclusión la antijuridicidad de la conducta.”*⁷ En casos como aquellos cabe preguntarse qué ocurriría si aquella persona que fue detenida en delito flagrante es posteriormente identificada físicamente ante la comunidad y medios de comunicación destruyendo su presunción de inocencia, y durante el proceso se determina que actuó bajo una causal de exclusión de antijuridicidad. Cómo se puede reparar la dignidad y honra a una persona que fue expuesta públicamente. Por tal motivo, se observa la potencial vulneración de derechos por lo cual resulta inconstitucional su aplicación.

En cuanto a la dignidad se ha de decir que tal ha sido la preocupación de protección que, múltiples ordenamientos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos la han positivizado en su norma. Así es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 1 promulga el respeto a la dignidad de todas las personas, el cual guarda amplia relación con lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto a especificar que la dignidad y la honra son derechos conexos que deben ser precautelados, respetados y protegidos.

Es así que la CADH, en su artículo 11, num.1-3 expresa que: *“Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”* y *“Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”*

Por lo tanto, el Estado como garante de derechos, no solo se encuentra en la posición de respetar, sino también de proteger que terceros pueden atentar contra la dignidad de cualquier persona independientemente de su situación jurídica, de este modo el que una ley permita que una persona aprendida sea expuesta ante la comunidad y los medios de comunicación contraviene a su obligación de proteger la reputación de las personas frente a la colectividad, en este mismo sentido se ha afirmado que la dignidad y el derecho a la honra y buen nombre se encuentran intrínsecamente relacionados. *“Tiene por lo tanto una cercana relación con la dignidad humana, en la medida que protege a las personas contra ataques que restrinjan la proyección de la persona en el ámbito público o colectivo”*⁸

⁷ Ibid., párr. 31

⁸ Corte IDH. Caso Flor Freire vs Ecuador, párr. 155. Sentencia 31 de agosto de 2016

Todo lo expuesto, conlleva a observar la manera en la que la Corte IDH ha desarrollado la presunción de inocencia como regla de trato en casos específicos donde se ha difundida la imagen de una persona en medios de comunicación. Es así que en el caso *Cantoral Benavides vs Perú*⁹, así como también en *Lori Berenson Mejía vs Perú* la Corte observó una clara vulneración al derecho de presunción de inocencia de estas personas cuando fueron exhibidas en medios de comunicación. Por lo tanto, “la Convención, exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella”¹⁰

Lo expuesto por la Corte reafirma el hecho de que, la exposición en medio de comunicación de una persona aprehendida en flagrancia constituye una vulneración a la presunción de inocencia, pese a que esta no se infrinja en el campo judicial, sino en otros contextos, como los comunicacionales puede menoscabar este derecho. Por lo que no debería existir una normativa que permita que bajo ningún concepto se vulnere derechos.

A más de lo ya expresado hay que considerar las repercusiones en el proyecto de vida que puede traer una vulneración de esta magnitud y por ende la dificultad de repararlo a posteriori, ya que una vez que haya sido expuesto en la sociedad va a crear una estigmatización en el imaginario social difícil o casi imposible de borrar y resarcir su presunción de inocencia.

Bajo esta línea argumentativa se observa que el artículo 85 de la *Ley Orgánica Reformatoria a Varios Cuerpos Legales para el Fortalecimiento de las Capacidades Institucionales y la Seguridad Integral* vulnera el derecho a la presunción de inocencia y por lo tanto resulta inconstitucional al contravenir a la norma suprema, así como también a múltiples ordenamientos internacionales de derechos humanos.

2. Vulneración al debido proceso, seguridad jurídica y principio de progresividad y no regresividad al suprimir la temporalidad para resolver la situación jurídica de una persona aprehendida en delito flagrante.

El artículo 60, numeral 9 de la *Ley Orgánica Reformatoria a Varios Cuerpos Legales para el Fortalecimiento de las Capacidades Institucionales y la Seguridad Integral*, que sustituye el numeral 9 respectivamente del artículo 444 del Código Orgánico Integral Penal, atenta a las garantías del debido proceso y la seguridad jurídica contempladas en la Constitución de la República del Ecuador.

La reforma estipula: “Disponer que la persona aprehendida en delito flagrante sea puesta a órdenes del órgano judicial correspondiente, a fin de que resuelva su situación jurídica”, suprimiendo el rango de tiempo correspondiente a 24 horas que estaba determinado en el COIP, lo que abre un espectro de tiempo indefinido para que la situación jurídica de la persona aprehendida sea resuelta.

⁹ Corte IDH. Caso Cantoral Benavides vs Perú, párr. 119. Sentencia 18 de agosto del 2000

¹⁰ Corte IDH. Caso J. vs Perú, párr. 235. Sentencia 27 de noviembre de 2013.

Cabe recalcar que el COIP en cuanto a las garantías en caso de privación de libertad, es claro al señalar lo siguiente:

Artículo 6.- Garantías en caso de privación de libertad. - En todo proceso penal en el que se prive de la libertad a una persona, se observarán las garantías previstas en la Constitución y a más de las siguientes: 1. En delitos flagrantes, la persona será conducida de inmediato ante la o el juzgador para la correspondiente audiencia que se realizará dentro de las veinticuatro horas siguientes a la aprehensión.

Esta reforma contraviene a la norma expresa en el artículo 77, numeral. 1 de la Constitución de la República del Ecuador, la misma que estipula que:

Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

*1. La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. **Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin formula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.** (énfasis añadido)*

Este tipo de reformas, no solo vulneran la norma suprema, sino además ordenamientos internacionales, como lo es la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo art. 8, num.1 señala que:

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

Bajo esa misma línea argumentativa se encuentra la jurisprudencia de la Corte IDH, la cual se fundamenta no solo en el articulado de la Convención Americana de Derechos Humanos, sino también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De esta manera, específicamente en el caso Tibi vs Ecuador, se manifiesta expresamente la preocupación de la Corte que las personas permanezcan privadas de libertad de manera indefinida, ya que aquello contraviene las garantías mínimas del debido proceso.

la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludiré la acción de la justicia. En este sentido, la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva¹¹

Como se denota de los estándares interamericanos es imperante la existencia de límites al restringir la libertad de una persona, los cuales se encontraban definidos previos a la reforma, sin embargo, al momento de suprimir el rango de las 24h y permitir que el

¹¹ Corte IDH. *Caso Tibi vs Ecuador*, párr. 180. Sentencia de 07 de septiembre de 2004

tiempo de la aprehensión dependa únicamente de la capacidad de resolver la situación jurídica de una persona excede de manera desproporcionada el objetivo de la privación de libertad en los delitos flagrantes. Lo expresado se encuentra en conformidad con el caso *Suárez vs Ecuador*, “Se incurriría en una violación a la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos”¹²

Hay que considerar las afectaciones que pueden producirse a partir de una vulneración a las garantías del debido proceso, el sometimiento innecesario a una privación de libertad prolongada puede tener implicaciones en la integridad de una persona, así como también una afectación a su proyecto de vida, ya que mientras se resuelva su situación jurídica, que es lo que pretende la reforma, aquella persona puede perder su trabajo, sus estudios, a su familia, etc.

Por lo tanto, al introducir el nuevo articulado se ha pretendido que una norma jerárquicamente inferior reforme normativa que se encuentra estipulada en la Constitución e Instrumentos Internacionales. Esta inobservancia atenta contra el debido proceso y la seguridad jurídica de las personas detenidas en flagrancia, ya que al suprimir el tiempo en el que se pueda resolver su situación jurídica, abre la posibilidad de que la misma pueda permanecer privada de su libertad por un tiempo incierto.

Del mismo modo la reforma planteada también contraviene lo determinado por la Constitución respecto a la seguridad jurídica prevista bajo los siguientes términos:

Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes

En la sentencia No. 045-15-SEP-CC ya la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre lo que implica el derecho a la seguridad jurídica:

*[...] la expectativa razonable de las personas respecto a las consecuencias de los actos propios y de ajenos en relación a la aplicación del Derecho. Para tener certeza respecto a una aplicación de la normativa acorde a la Constitución, las normas que formen parte del ordenamiento jurídico deben estar determinadas previamente, teniendo que ser claras y públicas, solo de esta manera se logra crear certeza de que la normativa existente en la legislación será aplicada cumpliendo ciertos lineamientos para el respeto de los derechos consagrados en el texto constitucional*¹³

Lo cual guarda estricta relación con el artículo 82 de la Constitución, donde se establece que el eje fundamental de la seguridad jurídica se basa en que cualquier norma se encuentre apegada a lo señalado en la Constitución y que, además, sea previa, clara y pública, además de estable y coherente. En el caso en concreto, si bien se puede señalar que es previa y pública, es cuestionable su claridad ya que resulta difusa en cuanto a los tiempos establecidos, porque estos justamente son inexistentes.

¹² Corte IDH. *Caso Suárez vs Ecuador*, párr.77. Sentencia de 12 de noviembre de 1997

¹³ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No 045-15-SEP-CC. CASO No 1055-11-EP, pág. 8, 25 de enero del 2015

Por otro lado, el espectro indefinido de tiempo para resolver la situación jurídica de una persona aprehendida en delito flagrante da paso a una actuación arbitraria por parte del órgano judicial y órganos auxiliares, lo que lesiona el derecho a la seguridad jurídica en su dimensión de confianza legítima en el Estado y las instituciones, que consideran incluye un ámbito de certeza para que no se cometan abusos y arbitrariedades.

La Corte IDH ha establecido ciertos criterios que deben ser tomando en consideración al momento de determinar la razonabilidad de plazos, las cuales deberían haberse planteado en la reformatoria para justificar la supresión de las 24 horas. Los criterios estipulados son los siguientes; a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales¹⁴

Para abordar la complejidad del asunto, el cual es el primer estándar, se debe considerar; “la complejidad de la prueba, la pluralidad de sujetos procesales o la cantidad de víctimas, el tiempo transcurrido desde la violación, las características del recurso consagradas en la legislación interna y el contexto en el que ocurrió la violación”.¹⁵ Siguiendo este análisis, en el caso presente no existiría complejidad en la prueba, ya que al ser un delito flagrante quiere decir que existen hechos que prueban el cometimiento de un delito ya sea con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos a la infracción, además que el hecho ocurriría en presencia de más personas.

Del mismo modo, sobre el *tiempo transcurrido desde la violación*, no es un supuesto que se cumple en el caso, debido a que es una infracción reciente que se descubre inmediatamente. Por lo tanto, no existe la complejidad del asunto que requiere la Corte para determinar una ampliación indefinida.

En cuanto a la actividad procesal del interesado se refiere a la cantidad de recursos procesales que pueden ser interpuestos dentro de la legislación interna y cuyo proceso puede extender un poco la situación jurídica de una persona. No obstante, en los delitos flagrantes no existe un recurso que pueda ser interpuesto mientras se resuelve la situación jurídica de la persona, la única salvedad es la interposición de un habeas corpus como garantía jurisdiccional, la cual por su naturaleza es rápida y no conlleva una dilatación en el proceso. Es así que el segundo estándar tampoco cabe.

Finalmente, en cuanto a la conducta de las autoridades judiciales, la falta de debida diligencia y efectividad no puede ser considerada dentro del plazo razonable. Aún menos en este tipo de casos donde no existe complejidad según se lo ha visto.

Esta Corte ha dicho que para determinar la razonabilidad del plazo también se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de la controversia. Así, el Tribunal ha establecido que si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve

¹⁴ Corte IDH. *Caso Bayarri vs Argentina*, párr. 107. Sentencia de 30 de octubre del 2008

¹⁵ Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares vs Argentina*, párr. 156. Sentencia de 31 de agosto de 2012

La reforma que se pretende introducir tiene un impacto considerable en la situación jurídica del individuo, ya que su aprehensión restringe directamente su libertad personal de manera indefinida pese a gozar de presunción de inocencia. Y una vez que se ha realizado un análisis de los presupuestos dados por la Corte IDH para determinar el plazo razonable, se puede colegir que la ampliación en referencia al tiempo en el que una persona pueda ser detenida en flagrancia a fin de que se resuelva su situación jurídica del artículo 60, núm. 9 de la Ley Reformatoria constituye una clara vulneración a la seguridad jurídica.

Además, también existirían implicaciones frente al principio de progresividad y no regresividad de derechos, con la introducción de la reforma del artículo 60, núm. 9 de la Ley Orgánica Reformatoria a varios cuerpos legales para el fortalecimiento de las capacidades institucionales y la Seguridad Integral.

Es así que la Constitución, en su artículo 11, numeral 8 establece claramente que:

*El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. **Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.** (el énfasis nos pertenece)*

Bajo esta misma línea argumentativa se halla jurisprudencia que manifiesta que ninguna “ley, política pública, ni la jurisprudencia, podrán menoscabar un derecho previamente reconocido, ni privar a las personas de condiciones de protección adquiridas o colocarlos en condiciones de marginalidad y/o vulnerabilidad”.¹⁶ Evidentemente, la introducción de un artículo como el 60, numeral 9 de la Ley Reformatoria, el cual no muestra una adecuación correcta de lo estipulado en la Constitución ni los demás Instrumentos Internacionales que se han señalado previamente, omite el resguardar la dignidad del ser humano al momento de constituir situaciones que suprimen la seguridad jurídica de la persona al otorgar la posibilidad de que un ciudadano permanezca de manera indefinida coartando su libertad personal, se configura en una situación altamente vulneradora de derechos, lo cual se encuentra expresamente prohibido. “[...] en ningún caso, la reforma a la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”.¹⁷

Cuando existen normas con estas características atentatorias de derechos, la Corte Constitucional ha dicho que se “convierte en inconstitucional [...] Es así que la regresividad está prohibida, a menos que exista un estricto escrutinio de sus causas y consecuencias”¹⁸

El que la Constitución expresamente haya estipulado una temporalidad para la aprehensión de 24 horas constituye el nivel de protección que se ha alcanzado en cuanto a las garantías judiciales, las mismas que no pueden ser menoscabadas por una ley reformatoria, cuyo límite es el respeto a este principio de no regresividad, caso contrario se configura una inconstitucionalidad.

¹⁶ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 008-13-SIN-CC, pág. 12-13

¹⁷ Corte Constitucional del Ecuador, pág. 13. Sentencia No. 037-16-SIN-CC. 15 de junio del 2016

¹⁸ Ibid., pág. 13

Dado que no existe ninguna justificación por la cual se ha extendido del tiempo en flagrancia no se cumple con el escrutinio que debería tener tal grado de análisis para aceptar que una ley orgánica se encuentre por encima de la supremacía constitucional. Es así que en referencia al artículo 60, numeral 9 de la *Ley Orgánica Reformatoria a Varios Cuerpos Legales para el Fortalecimiento de las Capacidades Institucionales y la Seguridad Integral* es imperante declarar su inconstitucionalidad, debido a que vulnera el debido proceso, la seguridad jurídica y principio de progresividad y no regresividad.

3. Desnaturalización de la flagrancia

El artículo 83 de la *Ley Orgánica Reformatoria a Varios Cuerpos Legales para el Fortalecimiento de las Capacidades Institucionales y la Seguridad Integral*, sustituye el artículo 527 del Código Orgánico Integral Penal, referente a la flagrancia, bajo los siguientes términos:

“Art. 527.- Flagrancia. - Se entiende que se encuentra en situación de flagrancia:

- 1. La persona que comete el delito en presencia de una o más personas;*
- 2. La persona que se encuentre con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos que hagan presumir el cometimiento reciente de un delito; y,*
- 3. La persona en persecución ininterrumpida, de forma física o por medios tecnológicos, desde el momento de la supuesta comisión de un delito hasta la aprehensión, aun cuando durante la persecución se haya despojado de los objetos, documentos o contenido digital relativo a la infracción recientemente cometida. No se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de **cuarenta y ocho horas** entre la comisión de la infracción y la aprehensión.” (énfasis propio)*

Previo a argumentar la inconstitucionalidad de este artículo es menester tener en consideración lo que reza actualmente el COIP:

Artículo 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.¹⁹

En ese sentido, se evidencia que en el régimen procesal penal, la flagrancia se caracteriza por ser un procedimiento especial, el cual a diferencia del proceso ordinario disminuye los tiempos de la actuación jurisdiccional, cuyo objeto es concentrar las etapas de un procedimiento para que estas sean sustentadas en el menor tiempo posible. Por ello, es importante que se tome en consideración lo señalado por la Corte IDH en el caso *López Álvarez vs. Honduras*, cuando expresa que si bien el concepto de flagrancia “no tiene un alcance uniforme en todas las legislaciones ni caracterización única y pacífica en la doctrina y la jurisprudencia”, sin embargo, la labor del legislador debe procurar “dar a aquélla

¹⁹ Código Orgánico Integral Penal, COIP. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014 Última modificación: 17 de febrero de 2021. Art. 527.

[norma] el significado que permita alcanzar, en la totalidad o por lo menos en la gran mayoría de los casos, habida cuenta de las condiciones de la realidad, el fin que se persigue”²⁰.

Dentro del delito flagrante existen ciertos principios que pueden ser aplicables, uno de estos es el principio de taxatividad, el cual menciona que el legislador debe usar técnicas que permitan la creación de normas donde su lectura sea clara, unificada y que pueda informar y explicar los objetivos de esta.²¹ Hay que considerar que todo lo referente a procedimiento es taxativo, el delito flagrante como ya se mencionó es un procedimiento especial es decir que debe ser cumplida en su integralidad, y al ser cometido en ese momento el delito, debe ser leído en su taxatividad, porque es una norma procedimental, una norma penal y que produce efectos sobre la persona detenida.

Por tanto, este principio es aplicado porque al cambiar el tiempo que puede pasar detenida una persona por un delito flagrante, conociendo que este debe ser leído en su integralidad se desnaturaliza este procedimiento especial porque existen normas y jurisprudencia donde se menciona que la detención no puede durar más de 24 horas.

Así lo establece la Constitución de la República del Ecuador en su Art.77 numeral 1, cuando menciona que:

“...Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin formula de juicio por más de veinticuatro horas.....”

La normativa ecuatoriana define formalidades que permiten determinar si el actuar de una persona está vinculado a una situación de flagrancia, para que ante la supuesta comisión de un delito pueda ser considerada como tal. Dichos requisitos se encuentran expresados en el art. 527 del COIP, que en virtud del principio señalado, se deben entender e interpretar de manera íntegra y sin realizar una división de lo establecido en la norma. En ese sentido, se debe velar por cumplir con el principio de legalidad en materia penal, conforme lo señala la Sentencia No 047-13-SNC-CC de la Corte Constitucional:

“el principio de legalidad se configura necesariamente por un orden formado y basado en un orden legislativo. [...] El principio de legalidad impone necesariamente que los tipos penales que elabora el legislador sean claros, expresos y concisos, en relación a la conducta que se le da relevancia penal como también respecto a la pena con la cual se la conmina, ya que ésta es precisamente una de las derivaciones más importantes del principio, pues a los fines de saber si una conducta humana está castigada como delictiva será menester que su descripción sea lo más determinada posible [...]”²²

En este sentido, la flagrancia se constituye como una figura especial, que al ser reformada respecto del tiempo que conlleva su ejecución se deriva como una medida punitiva injustificada. Ahora bien, la reforma prevé que la persecución ininterrumpida que da pie

²⁰ Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana De Derechos Humanos sobre el CASO LÓPEZ ÁLVAREZ VS. HONDURAS, del 1 de febrero de 2006. Párr. 13.

²¹ Flores, F. (2010). La flagrancia como presupuesto para la detención. [Tesis de grado publicada]. Universidad San Francisco de Quito.

²² Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No 047-13-SNC-CC. CASO No 0605-12-CN, pág. 11, 21 de agosto de 2013.

a una situación de flagrancia no debe superar las 48 horas entre la comisión de la infracción y la aprehensión. La ampliación de tiempo de 24 horas a 48 horas respecto a la persecución ininterrumpida constituye un elemento de prejuzgamiento que desnaturaliza la flagrancia. Dicha extensión de tiempo da lugar a una persecución indebida que recae en la persona que puede o no ser quien cometió una infracción, provocando así una vulneración al debido proceso. Es decir, que implica el cumplimiento de formalidades en cualquier proceso legal con el objetivo de garantizar los derechos humanos. Respecto a la situación de flagrancia, un debido proceso se garantizará mediante el acceso a la justicia, el ser juzgado por una autoridad competente y estar al frente de un proceso célere.

En virtud de lo señalado, por los argumentos dados el incrementar el tiempo en la ejecución de la persecución infringe los siguientes derechos: a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 75 de la Constitución y al debido proceso reconocido en el artículo 76 de la Constitución.

4. Sobre la audiencia de calificación de flagrancia

El artículo 84 de la *Ley Orgánica Reformatoria a Varios Cuerpos Legales para el Fortalecimiento de las Capacidades Institucionales y la Seguridad Integral*, agrega los siguientes párrafos al artículo 529 del Código Orgánico Integral Penal, referente a la audiencia de calificación de flagrancia:

“En los casos de aprehensiones en situación de flagrancia en zonas de difícil acceso o en altamar, la audiencia de calificación de flagrancia tendrá lugar dentro de las veinte y cuatro horas subsiguientes del arribo a un centro poblado o puerto seguro. En este caso, el juzgador verificará que la intervención de los funcionarios aprehensores se haya dado en cumplimiento del plazo que razonablemente se requiere para su desplazamiento desde el lugar de aprehensión hasta el centro poblado o puerto seguro, con observancia de los derechos y garantías consagradas en la Constitución e instrumentos internacionales, conservando la escena del hecho tal como fue encontrada al momento de la intervención en lo que fuere posible, así como los indicios encontrados.

*La **audiencia oral se realizará hasta cuarenta y ocho horas** posteriores a la aprehensión cuando esta se realice en zonas fronterizas de difícil acceso o en caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados que imposibilite el traslado de la persona aprehendida.”* (el énfasis nos pertenece).

Tomando en consideración que la reforma a la “persecución ininterrumpida” de 24 a 48 horas entre la comisión de la infracción y la aprehensión en la flagrancia, da pie a un aumento de tiempo, igual de arbitrario, para la audiencia de calificación de flagrancia en las siguientes circunstancias particulares: 1) cuando la aprehensión se realiza en zonas fronterizas de difícil acceso; y, 2) en caso fortuito o de fuerza mayor.

El aumento arbitrario de veinticuatro horas²³ a cuarenta y ocho horas posteriores a la aprehensión para la ejecución de la audiencia oral configura una inconstitucionalidad que vulnera las garantías en caso de privación de libertad y el derecho a la dignidad humana:

²³ Código Orgánico Integral Penal, COIP. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014 Última modificación: 17 de febrero de 2021. Art. 529.

Sobre las garantías en caso de privación de libertad

El generar un aumento en la temporalidad para ejecutar la audiencia oral posterior a la aprehensión vulnera el artículo 77 de la Constitución ya que se priva de libertad a la persona por más de aquel tiempo establecido en la norma, siendo el tiempo de veinticuatro horas una de las garantías que goza quien ha perdido su libertad, lo cual se constituye como una antinomia ya que una norma inferior contradice a la Constitución, norma de rango supranacional.

El objetivo de este aumento es otorgar más discrecionalidad al titular de la acción penal pública para investigar y encontrar nuevos elementos para calificar a la flagrancia como tal. De tal modo que, al no encontrar los requisitos para que se califique una flagrancia, es mejor dar lugar a una investigación dentro de un proceso ordinario y no generar aumentos arbitrarios que desembocan en la vulneración de principios y garantías básicas de las personas privadas de la libertad.

Es así que este tiempo en la privación de libertad y búsqueda de elementos que determinen la responsabilidad a toda costa de la persona provoca una afectación a la garantía de inocencia. Dicha garantía, se entiende como una regla general que da lugar a reconocer que una persona mantiene su calidad de inocente desde que se inicia un proceso en su contra, hasta la culminación del proceso con la ratificación de su inocencia o la declaración de su culpabilidad.

Dicha determinación tiene lugar cuando las pruebas presentadas en el caso concreto, son valoradas por el juez competente conforme su sana crítica, las cuales deben guardar relación con el procesado y el actuar objeto de disputa. Es así que el procesado no tiene obligación para afirmar su inocencia con pruebas, pues por la existencia de esa garantía, se supone que lo es.

Dicha garantía se encuentra reconocida por la normativa a nivel nacional e internacional. Primero, se constituye como una garantía básica al debido proceso que debe respetarse para la resolución de una causa con el objetivo de impedir arbitrariedades dentro del proceso, por lo tanto, según el ordenamiento jurídico ecuatoriano la presunción de inocencia es de rango constitucional, determinado en el artículo 76 numeral 2 de la Constitución de la República. Además, en el Código Orgánico Integral Penal establece que toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia mientras no se ejecutorie la sentencia que determina su culpabilidad, en el artículo 5 numeral 4.

Segundo, a nivel internacional los instrumentos jurídicos relacionados a la presunción de inocencia son: a) Declaración Universal de Derechos Humanos artículo 11; b) Convención Americana de Derechos Humanos artículo 8 numeral 2; c) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 14.2. Es así que estos instrumentos internacionales manifiestan que exclusivamente la determinación de culpabilidad, es el momento donde la calidad de inocente, se destruye siempre que se haya cumplido dentro del juicio con las garantías para la defensa del procesado.

En virtud de lo expuesto, la presunción de inocencia no solo debe ser aplicada para la resolución del caso, pues el procesado debe ser tratado como inocente durante todo el proceso. Dentro de un caso de flagrancia, se atenta con la presunción de inocencia ya que

se buscar determinar la responsabilidad mediante la búsqueda de elementos que contribuyan a calificar el cometimiento de un delito como flagrante, objetivo que se puede cumplir con el aumento del tiempo para el desarrollo de la flagrancia. Por lo tanto, la flagrancia no puede ser utilizada como una herramienta para desarrollar investigaciones por largo plazo. En virtud de lo señalado, por los argumentos dados se infringe el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 76 numeral 2.

Derecho a la dignidad humana

Un aumento del tiempo resulta atentatorio al derecho a la dignidad humana, el cual se encuentra reconocido en la Constitución de la República en el artículo 11 numeral 7. Situación que responde a que hasta la espera de las cuarenta y ocho horas la personas pasará privada de su libertad, dicha reforma no ha considerado la situación del país. Es decir, no se ha tomado en cuenta las olas de violencia que tienen como resultado la muerte de personas que están a la espera de un proceso judicial; el hacinamiento que se incrementado por factores como la prolongación indefinida de la prisión preventiva o la reforma al Código Orgánico Integral Penal que endureció, alargó e incrementó las penas; así como la falta de condiciones dignas para la vida en los diferentes lugares de privación de libertad, que se ve reflejado en los siguientes datos: el 42% de los presos duerme en el suelo, el 20% no tiene acceso regular a agua potable, y menos de la mitad de los internos participa en algún tipo de actividad educativa en las cárceles de la región.²⁴

Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas señala que toda persona privada de libertad deberá ser *“tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”*²⁵.

De igual forma todo *tipo de amenazas y actos de tortura, ejecución, desaparición forzada, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, violencia sexual, castigos corporales, castigos colectivos, intervención forzada o tratamiento coercitivo, métodos que tengan como finalidad anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental de la persona”*²⁶, situaciones ante las cuales la persona privada de libertad se encuentra expuesta.

De modo que, una restricción mayor de la libertad de la persona es colocar a una persona ante situación que pueden generar la vulneración de otros derechos tales como la salud, integridad física y psicológica. Bajo esta línea la sentencia No. 365-18-JH/21 de la Corte Constitucional, señala lo siguiente:

[...] se establece como una obligación estatal el prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial aquella que se ejerce sobre grupos de atención

²⁴ Kaleidos Centro de Etnografía Interdisciplinaria. Diagnóstico del Sistema Penitenciario del Ecuador. Octubre 2021. Pág.11

²⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Resolución 1/08. Principio I. párr. 1.

²⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Resolución 1/08. Principio I. párr. 3.

*prioritaria y otros grupos en desventaja, como es el caso de las personas privadas de libertad.*²⁷

Por lo tanto, es la obligación del Estado el precautelar la integridad física y psicológica de quienes se encuentran privados de su libertad, para que se garantice durante su detención un entorno libre de violencia. En virtud de lo señalado, por los argumentos dados se infringe el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 11 numeral 7.

5. Sobre el deber de los Estados de garantizar la seguridad ciudadana

El artículo 53 de la *Ley Orgánica Reformatoria a Varios Cuerpos Legales para el Fortalecimiento de las Capacidades Institucionales y la Seguridad Integral*, sustituye al artículo 360 del Código Orgánico Integral Penal, bajo los siguientes términos:

Art. 360.- Tenencia y porte no autorizado de armas. - La tenencia consiste en la posesión de un arma de uso civil adquirida lícitamente con fines de defensa personal, deportivo o de colección, que puede estar en determinado lugar, dirección particular, domiciliaria o lugar de trabajo, para lo cual se requiere autorización de la autoridad competente del Estado. La persona que, adquiriendo de manera lícita un arma, tenga o posea armas de uso civil sin autorización de la autoridad competente del Estado será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año.

El porte consiste en llevar consigo o a su alcance un arma permanentemente dentro de una jurisdicción definida, para lo cual se requiere autorización de la autoridad competente del Estado. La persona que porte armas de fuego sin autorización será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

El deber del Estado ecuatoriano de garantizar la seguridad ciudadana, una cultura de paz y seguridad integral. Este deber se encuentra reconocido en el art. 3 de la Constitución de la República del Ecuador, y se ve reforzado con el art. 158 de la Constitución de la República del Ecuador. Estos dos artículos en conjunción desprenden que el deber del Estado de garantizar la seguridad ciudadana y el mantenimiento del orden público son funciones privativas del Estado ecuatoriano, y la responsabilidad de mantener estas funciones recae en la Policía Nacional del Ecuador. Se reconoce así también en el artículo 163 que la misión de la Policía Nacional es mantener el orden público y atender la seguridad ciudadana. Este criterio se encuentra apoyado por el criterio expuesto por la Corte Constitucional del Ecuador, al haber prescrito en la Sentencia No. 33-20-IN/21, que las labores referentes al deber de mantenimiento del orden público son competencia exclusiva de la Policía Nacional²⁸.

Cabe partir desde la definición de ciertos conceptos que son de utilidad para comprender el motivo por el cual se alega la inconstitucionalidad del presente artículo. El Plan Estratégico de Seguridad Pública y Ciudadana 2019-2030 define a la seguridad ciudadana como el conjunto de acciones que tienen por finalidad consolidar la convivencia pacífica, el respeto a los derechos humanos y la prevención de todo tipo de violencia²⁹.

²⁷ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No 365-18-JH/21. CASO No 365-18-JH, pág. 21, 24 de marzo del 2021.

²⁸ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 33-20-IN/21. Párrafo 18.

²⁹ Gobierno Nacional del Ecuador. *Plan Específico de Seguridad Pública y Ciudadana 2019-2030*. 2019.

Ahora bien, el artículo que presenta incompatibilidad con las disposiciones de la Constitución de la República del Ecuador es el art. 53 de La Ley Orgánica Reformativa a Varios Cuerpos Legales para el Fortalecimiento de las Capacidades Institucionales y la Seguridad Integral aprobada el 29 de marzo de 2023, que incluye dentro de sus reformas al cambio del art. 360 del Código Orgánico Integral Penal, suprimiendo entonces el párrafo que establecía que *“la tenencia consiste en el derecho a la propiedad legal de un arma,”*³⁰ mientras que la reforma prescribe que *“la tenencia consiste en la posesión de un arma de uso civil adquirida lícitamente con fines de defensa personal, deportivo o de colección”*³¹

Este cambio en el Código Orgánico Integral Penal establece que el presupuesto normativo prescribe que la tenencia de un arma servirá para la defensa personal, trasladando a la ciudadanía la responsabilidad de su seguridad, cuando la defensa, garantía y seguridad ciudadana son facultades del Estado, las cuales de acuerdo con la Constitución de la República del Ecuador constituyen un deber privativo, es decir, corresponde netamente al Estado.

Es un aspecto fundamental de la responsabilidad Estatal el proteger y promover el bienestar de sus ciudadanos. Es importante destacar que el deber de los estados de garantizar la seguridad ciudadana no debe comprometer los derechos y libertades individuales de los ciudadanos, ni tampoco debe ser utilizado como una excusa para la violación de los derechos humanos. Por el contrario, el Estado debe respetar y proteger los derechos humanos de todos sus ciudadanos mientras implementa medidas para garantizar su seguridad.

Entre las principales responsabilidades del Estado en este ámbito se encuentran la prevención del delito, la investigación y el castigo de los delitos cometidos, así como la protección de las víctimas de delitos y la rehabilitación de los delincuentes. Para lograr estos objetivos, el Estado puede implementar diversas medidas, como el fortalecimiento de las fuerzas de seguridad, el aumento de la vigilancia, la mejora del sistema de justicia penal y la promoción de la participación ciudadana en la prevención del delito.

En este sentido, se ha interpretado de forma errónea la promoción de la participación ciudadana en cuanto a la prevención de delitos, pues el hecho de que las personas naturales puedan tener y portar un arma refleja la negligencia del Estado en poder mantener y cumplir sus funciones referentes a seguridad ciudadana, y la responsabilidad de la Policía Nacional de cumplir las mismas.

La transferencia de las facultades de la defensa personal mediante un arma de fuego a los ciudadanos refuerza un diálogo establecido por el Estado, en el que se establece que este ha perdido control sobre los actos violentos que pueden poner en peligro a la población civil, y requiere que sean los ciudadanos quienes tomen control de las situaciones violentas que el Estado se ha visto incapaz de controlar. Al transpolar estas facultades a la población civil, el Estado se encarga de poner en peligro el derecho a la integridad personal, que consagra dentro del texto constitucional el derecho a una vida digna y libre

³⁰ Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento N° 20. 16 de marzo de 2022.

³¹ Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 279 de 29 de marzo de 2023.

de violencia, consagrado dentro del texto constitucional y en estándares internacionales. Así entonces, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que:

*Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna (...)*³²

Razón por la cual, cabe tener en consideración que, en una sociedad como la ecuatoriana, en la que el aumento de violencia se ha visto en un crecimiento constante dentro de los reportes de organizaciones de la sociedad civil, el flexibilizar los requisitos para la tenencia y porte de armas es una medida irresponsable al no tomar en consideración el contexto social y la realidad ecuatoriana. De acuerdo con cifras de la Policía Nacional, hasta agosto de 2022 se registraron 2.509 homicidios intencionales en el país, dentro de los cuales el 86% fueron cometidos con armas de fuego³³.

En este sentido, cabe tener en consideración los estudios realizados por países que tienen una legislación más flexible sobre la tenencia y porte de armas de fuego. Así entonces, la experiencia fáctica ha demostrado que existe una relación entre la legislación sobre armas de fuego y la tasa de mortalidad por armas de fuego, y que las leyes más estrictas sobre armas de fuego están asociadas con tasas más bajas de mortalidad por armas de fuego.³⁴ Sin obviar que se expone a un peligro exponencial a mujeres y miembros del núcleo familiar a fallecer a causa de un arma de fuego. Pues, la evidencia empírica ha logrado demostrar que la tenencia de armas de fuego puede aumentar el riesgo de violencia basada en género.

Se toma en consideración el estudio de ONU Mujeres "Homicidios Femicidas Íntimos y otras formas de Violencia Letal contra las Mujeres: Una revisión de la evidencia global" del año 2017. Este estudio analiza la relación entre la violencia de pareja íntima y la disponibilidad de armas de fuego, y concluye que la presencia de armas de fuego en el hogar aumenta significativamente el riesgo de homicidio femicida. En la mirada nacional, se revisan las estadísticas presentadas por Fundación Aldea, las cuales demuestran que, de los 332 femicidios ocurridos en el año 2022, un 32% fueron cometidos con un arma de fuego.³⁵

³² Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125. Párrafo 162.

³³ GK. Homicidios en Ecuador se han duplicado en 2022. 11 de agosto de 2022.

³⁴ Fleegler EW, Lee LK, Monuteaux MC, Hemenway D, Mannix R. Firearm Legislation and Firearm-Related Fatalities in the United States. JAMA Intern Med. 2013;173(9):732–740. doi:10.1001/jamainternmed.2013.1286

³⁵ Fundación Aldea. 2022, año mortal para las mujeres en Ecuador con 332 casos de femi(ni)cidio. 17 de enero de 2022.

En conclusión, mantener el orden público y garantizar la seguridad ciudadana son una función privativa, es decir exclusiva, del Estado ecuatoriano, quien traslada esta competencia a los ciudadanos mediante la reforma planteada al Código Orgánico Integral Penal. La libre tenencia y porte de armas de fuego por parte de los ciudadanos representa una amenaza para el derecho a la integridad y la vida, consagrados tanto en la Constitución como en estándares internacionales de derechos humanos. Aunque se argumenta que esta medida podría contribuir a la seguridad ciudadana, la evidencia empírica demuestra que las leyes más estrictas sobre armas de fuego están asociadas con tasas más bajas de mortalidad por armas de fuego, y que la presencia de armas de fuego en el hogar aumenta significativamente el riesgo de femicidio. Es por eso que el Estado tiene la obligación de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, se requiere una política pública integral que aborde las causas estructurales de la violencia y fortalezca las capacidades institucionales del Estado para garantizar la seguridad ciudadana y proteger los derechos humanos.

6. Sobre las actuaciones especiales relativas a contenido digital

La *Ley Orgánica Reformatoria a Varios Cuerpos Legales para el Fortalecimiento de las Capacidades Institucionales y la Seguridad Integral*, entre las varias reformas al Código Orgánico Integral Penal, incluye en el capítulo segundo respecto a las actuaciones y técnicas especiales de investigación, una sección denominada como *Actuaciones especiales relativas a contenido digital*. De ahí que, la inconstitucionalidad identificada se evidencia en un bloque de artículos que dieron pie a la reforma del COIP que versa alrededor de las actuaciones especiales de investigación y su implicación en la protección de datos:

El artículo 67 de la Ley Reformatoria sustituye el Art. 477.1 por el Art.477.1 (numerales 1, 2, y 3) respecto al **aseguramiento de datos**, que en su parte pertinente versa sobre la conservación de datos sin la necesidad de autorización judicial por parte de Fiscalía, Policía Nacional, las personas naturales o jurídicas y proveedores de servicio de comunicación que puedan preservar datos cuando haya motivos para sospechar que los datos son especialmente vulnerables a la pérdida o a la modificación.

El artículo 68 de la Ley Reformatoria añade el Art.477.2 que versa alrededor de la **orden de presentación**. El inciso primero del artículo determina que, mediante la orden de un juez podrá ordenar que *“presente, remita o entregue datos de contenido alojados en un sistema informático o en un dispositivo de almacenamiento”*, mientras que el segundo inciso preve que un Fiscal puede hacerlo también sin autorización judicial, añade además que *“La orden podrá contener la indicación de que la medida deberá mantenerse con confidencialidad bajo el apercibimiento de sanción penal”*.

El artículo 69 de la Ley Reformatoria añade el Art. 477.3 con sus respectivos numerales 1,2 y 3, los cuales regulan la **búsqueda, registro, acceso y secuestro de datos informáticos** almacenados en un sistema informático, así como otras acciones que permiten *“Incautar y secuestrar los componentes físicos del sistema”*, *“obtener copia íntegra de los datos”* o incluso, realizar *“acciones que permitan hacer inaccesibles los datos informáticos o eliminar los mismos”*.

El artículo 70 de la Ley Reformatoria añade el Art. 477.4 respecto a la **cooperación internacional** bajo los siguientes términos *“Las autoridades nacionales competentes*

cooperarán con las autoridades extranjeras competentes en las investigaciones o procedimientos en caso de delitos relacionados con las tecnologías de la información y comunicación, así como para la obtención o tratamiento de evidencia digital; o requerir esta información a las autoridades extranjeras, de conformidad con los instrumentos internacionales suscritos por el Ecuador y la ley.”

Sobre la misma temática, el artículo 71 de la Ley Reformatoria añade el Art. 477.5 respecto a las **Reglas para la preservación y divulgación expedita de contenido digital en la cooperación internacional**, en la integralidad de sus 7 numerales y literales. Asimismo, el artículo 73 de la Ley Reformatoria añade el Art. 477.7 sobre la **Búsqueda registro acceso y secuestro de contenido digital en cooperación internacional**; mientras que el artículo 74 de la Ley Reformatoria incorpora el Art. 477.8, que en su misma línea en el art 75 de la Ley Reformatoria incorpora la regulación sobre **Punto de contacto permanente para la cooperación internacional**.

Adicionalmente, sobre el **Acceso transfronterizo a contenido digital de acceso público o con consentimiento**. Bajo la misma línea, el artículo 76 de la Ley Reformatoria incorpora el Art 477.10 respecto a la **Intercepción de las comunicaciones en la cooperación internacional**.

También se determina la inconstitucionalidad de los artículos 77 de la Ley Reformatoria ya que incorpora el Art. 483.1, referente al **Agente encubierto informático**; y 78 que incorpora el artículo 484 sustituyendo así los numerales 3 y 4 bajo los siguientes términos:

3. No será permitido al agente encubierto, persona jurídica encubierta y agente encubierto virtual impulsar delitos que no sean de iniciativa de los investigados, salvo en el caso de compras controladas, para lo cual el fiscal tendrá la facultad de definir la proporcionalidad y cantidad de la sustancia o bien a adquirir.

4. La identidad otorgada al agente encubierto, persona jurídica encubierta y agente virtual encubierto será mantenida hasta después de la audiencia de juicio en el proceso. La autorización para utilizar la identidad no podrá extenderse por un período superior a dos años, prorrogable por dos años más mediante debida justificación. El agente encubierto y el agente encubierto informático podrá desarrollar compras controladas de sustancias catalogadas a fiscalización; dentro de un proceso investigativo el fiscal a través del sistema especializado de investigación podrá disponer la práctica de compras controladas de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, a persona o personas que oferten estas sustancias.

Finalmente, el artículo 79 de la Ley Reformatoria que añade el Art. 484.1 respecto a las **Compras controladas de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, flora y fauna silvestre, falsificación de moneda, falsificación de medicamentos u otros a consideración del agente fiscal**, también se alega inconstitucional.

Ahora bien, una vez detallada la normativa impugnada como inconstitucional, a continuación, se expondrán los argumentos que se fundamentan dentro de esta acción de inconstitucionalidad argumentada en dos puntos, en el primero se analizará la contradicción a la norma Constitucional en la vulneración a la protección de datos y el derecho a la autodeterminación informativa, contenidas en reformas realizadas al COIP, en cuanto al tratamiento y protección de datos personales en y su consecuencia de la denominado como “*Actuaciones relativas al contenido digital*”, contenidos en los arts. 67,68,69, 70, 71, 73, 74, 75, y 76.

Adicional aquello, desde los artículos 77, 78 y 79, de la presente Ley Reformatoria que corresponden a la regulación del agente encubierto informático, sin excluir el manejo de datos y cooperación internacional del articulado citado arriba, se pretende evidenciar la incompatibilidad normativa, en cuanto a la vulneración derecho a la tutela judicial, efectiva debido proceso, e igualdad y no discriminación; todo esto en virtud de, evidenciar la arbitrariedad de las autoridades judiciales nacionales e internacionales en el uso discrecional de datos para generar categorías sospechas ya declaradas como inconstitucionales en la normativa ecuatoriana.

En ese sentido, cabe empezar con el primer punto de esta arfumentación, de conformidad a lo determinado en el artículo 66 numeral 9, al referirse a este tipo de protección sobre los datos, es necesario conceptualizar al dato incluido como un soporte, físico, o virtual, todo tipo de manifestación gráfica acústico-fotográfica, una pauta de expresión numérica o alfabética, que por su asociación a la fuente del individuo de igual forma se toma en cuenta datos en sitios web y demás.

De ahí que, la Corte Constitucional del Ecuador en su sentencia Nro. 001-14-PO-CC, señala como umbral de protección a esta gama de conceptos sobre un dato en la siguiente forma:

El dato solamente es relevante para la protección, en la medida en que sea susceptible de cumplir una función informativa [...] Es difícil que, por sí solo, pueda tener una incidencia grande o grave en la llamada privacidad. Esto es, mientras el dato no resuelva una consulta determinada, no sirva a un fin, no dé respuestas o no oriente la posible solución a un problema, es el antecedente o punto de partida para la investigación de la verdad; pero, en el momento en que ese mismo dato da respuesta a una consulta determinada, o sirve a un fin, o se utiliza para orientar la solución de un problema, se ha convertido en información. ³⁶

Como conclusión, los datos están protegidos siempre que cumplan con una función informativa respecto de las personas y sus bienes y, por ende, su comunicación, interpretación o tratamiento afecta en mayor o menor medida los derechos de aquel a quien se refieren.³⁷

Es así que, el alcance de esta resolución en cuanto a protección de datos determina que este derecho no se ve limitado o restringido a proteger información personal, si no que se evidencia un régimen de protección integral, puesto que deben salvaguardarse también datos personales por sí mismos, incluso si de forma subjetiva son considerados como irrelevantes, esto en el sentido de que estos datos pueden o tienen la potencialidad de ser sometidos a un tratamiento que podría proporcionar un perfil completo de los ciudadanos.³⁸

Este razonamiento jurisprudencial implica que, la protección de datos personales tiene como objetivo prevenir posibles tratamientos que pudieran generar un daño, por lo que es indispensable que dentro de este umbral la norma y actuación de funcionarios públicos, sea la de implementar mecanismos preventivos como: registro de la existencia de bases de datos, finalidades, y cesiones, así como controles de verificación a los

³⁶ Corte Constitucional Sentencia No. 001-2014-PJO-CC, 3 de julio de 2014, párr. 46.

³⁷ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 001-2014-PJO-CC, 23 de abril de 2014, párr.21-23

³⁸ Naranjo L., *El dato personal como presupuesto del derecho a la protección de datos personales y del hábeas data en Ecuador*, Revista de Derecho Foro, Nro.27, UASB, 2017, p.73.

responsables de ficheros respecto del cumplimiento de los principios como, calidad, consentimiento informado y seguridad de la información.³⁹

De tal forma que, la valoración y tratamiento de datos personales, mediante una normativa que pretenda regular estas características especificadas; y además cualquier tipo de soporte físico o digital en los que se puedan almacenar estos datos, también debe evidenciarse que, su ámbito de protección permita, la tutela y garantía de otros derechos fundamentales como el honor, el buen nombre, la intimidad personal y familiar, derechos que engloban a una protección dentro de la auto determinación informativa.

De modo que, los ciudadanos al tener esta autonomía, la tutela de este derecho debe garantizar a sus titulares la libertad de como disponer de sus datos personales, de cualquier naturaleza, no solo aquellos en el ámbito de su intimidad o privacidad, incluso aquellos aparentemente irrelevantes, puesto que dicha libertad sobre estos datos permite desarrollar la autoconstrucción de la personalidad y la información dentro de una sociedad democrática.

Para ello, el deber del Estado se manifiesta en una obligación en sentido abstentivo, es decir, evitar y prevenir injerencias, arbitrarias, ilegales ilegítimas, a causa de esta relación directa del derecho a la protección de datos, su autodeterminación, y la garantía de otras derechos fundamentales como los citados en líneas anteriores, criterio que es desarrollado por la Corte IDH, de conformidad a lo siguiente: *“el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública”*.⁴⁰

Esta línea jurisprudencial de la Corte IDH determina la pauta concreta en cuanto a tratamiento de datos para los Estados, por lo que en la sentencia 2064-14-EP/21, de la Corte Constitucional del Ecuador, se identifica esta tutela y tratamiento de datos a lo determinado en el art. 66.19 de la Constitución bajo lo siguiente:

El Constituyente le ha otorgado al acto de la recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de datos personales, el carácter de tratamiento de datos, por lo que todas esas actuaciones requieren de la autorización legal de la persona titular, quien la puede revocar en cualquier momento porque no pierde nunca la titularidad del derecho.

A partir de aquello la Corte Constitucional establece una serie de pautas para guiar la labor jurisdiccional y judicial, con la finalidad de garantizar el adecuado tratamiento de datos (a efectos de la sentencia operación sobre el dato) y protección de los mismos, dotando a dicha operación la condición de razonable con la finalidad de suprimir injerencias arbitrarias, de acuerdo con lo siguiente:

*Debe ser aproximado por la autoridad judicial que examine el acceso en el caso concreto, a la luz de las potenciales implicaciones en el caso específico, al momento de efectuar una determinación jurisdiccional caso por caso, la autoridad judicial deberá también considerar todos los posibles factores relevantes, como pueden ser el tipo de información de que se trate, el contexto en el que se da el acceso, la duración, o el potencial abuso que se pueda producir a raíz del acceso.*⁴¹

³⁹ Ibidem, 2017, p.75.

⁴⁰

⁴¹ Ibidem, párr.86

Con base a lo expuesto por la Corte Constitucional, la operación sobre datos por parte de las autoridades públicas y privadas debe realizarse bajo los siguientes requisitos: un consentimiento previo, específico, inequívoco e informado del titular de estos datos para que sea eficaz dicho tratamiento u operación sobre los mismos, lo cual necesariamente debe cumplir con lo siguiente:

En cuanto al tipo de tratamiento que autoriza el titular y el dato personal sobre el cual lo autoriza, así como a los sujetos que pueden realizar el tratamiento sobre los datos personales. Es decir, que la manifestación de voluntad exprese concretamente el o los tipos de tratamiento que se autorizan y específicamente con respecto a qué dato personal del titular se está autorizando dicho uso, así como el sujeto o los sujetos autorizados a realizar dicho tratamiento a los datos personales del titular [...] Adicionalmente se requiere conocer a detalle el uso que se va a dar al dato personal, además de conocer la finalidad que persigue el tercero mediante ese uso.⁴²

De lo descrito por este criterio jurisprudencial, los alcances del tratamiento de datos, están definidos por el núcleo duro de los derechos fundamentales en cuanto a las características de irrenunciabilidad e inalienabilidad, por lo que, en esta sentencia resulta enfático el control y fiscalización por medio de autoridades judiciales dicho tratamiento, de conformidad con lo siguiente:

Así, en aras de garantizar los derechos constitucionales de las personas, el rol del juez dentro de estos escenarios presupone que, aun cuando verifique que ha mediado una autorización por parte del titular atinente al tratamiento de sus datos, efectúe el análisis correspondiente en cuanto al alcance del consentimiento supuestamente otorgado; de que el mismo esté completo en los términos establecidos en la Sección 5.1.4 de la presente sentencia; y, del carácter mutable del libre desarrollo de la personalidad y sus implicaciones en el caso concreto.⁴³

De tal forma, se destaca que el tratamiento u operación sobre datos en la esfera del derecho a la privacidad en tutela hacia otros derechos fundamentales como la intimidad, identidad, honra, buen nombre e igualdad, tiene un umbral de protección con lo analizado en este apartado, no impide una posible intromisión o injerencia por parte del Estado o de terceros en dicha información, todo esto al momento en que un cuerpo normativo regule dicha injerencia, la cual es recogida por la justicia Constitucional de acuerdo al estándar de la Corte IDH desarrollado en el razonamiento a continuación:

El derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.⁴⁴

De igual forma en el Caso Artavia Murillo se evidencia la necesidad de estas condiciones citadas en el párrafo bajo el razonamiento de este derecho en la siguiente forma:

La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo por ejemplo la capacidad para desarrollar la

⁴² Ibidem, párr.104

⁴³ Ibidem, párr.143

⁴⁴ Corte IDH. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 56.

*propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior.*⁴⁵

La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona.⁴⁶

Por lo que, el Estado debe asumir un compromiso de optimización de estos derechos fundamentales con la finalidad de adecuar a los tiempos actuales las formas tradicionales de protección de derecho a la vida privada y protección de datos personales⁴⁷, todo esto en armonía con mecanismos normativos dentro de la esfera de la estricta legalidad, razonabilidad y proporcionalidad, tal y como lo expone la sentencia en el caso Tristán Donoso vs. Panamá:

El ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a invasiones agresivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública". Además, establece que las injerencias en la vida privada de las personas deben: (1) estar previstas en ley, (2) perseguir un fin legítimo, y (3) ser idóneas, necesarias y proporcionales. En otras palabras, los requisitos que han de cumplir los límites al derecho a la vida privada comprenden tanto el principio de proporcionalidad en términos de Alexy (compuesto por sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto)⁴⁸

Dentro de este marco normativo y jurisprudencial señalado, al relacionarlo con el objeto de las reformas en la sección de esta ley reformativa denominada como Actuaciones especiales relativas contenido digital", se debería cumplir con los precedentes de la corte Constitucional y los estándares desarrollados dentro de las sentencias de la Corte IDH con la finalidad de que tenga eficacia y validez dentro del ordenamiento jurídico.

Pero al analizar los artículos 477. 5 a 477.10, exceptuando el art. 477. 6, se evidencia que la justificación para solicitar, divulgar, almacenar y mantener soportes físicos, digitales y de cualquier otro tipo no cumplen con estos principios. puesto que, en razón de la legalidad de dicha medida, no se cuenta con una previsión legal previa que contenga una especie de remisión normativa en compatibilidad con la Ley Orgánica de Protección de Datos; y mucho menos aun con lo establecido en el art. 66.19 acompañado del precedente obligatorio en la sentencia 2064-14-EP/21, en cuanto a un adecuado tratamiento de datos, control judicial de los mismos, temporalidad de la medida e interés público de dicha actuación sobre los datos a proteger.

⁴⁵ CIDH, Caso Artavia Murillo y Otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica, Sentencia de Fondo (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), de 28 de noviembre de 2012, párr. 143.

⁴⁶ CIDH, Caso Artavia Murillo y Otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica, Sentencia de Fondo (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), de 28 de noviembre de 2012, párr. 143

⁴⁷ CIDH, Caso Escher y Otros vs. Brasil, Sentencia de Fondo (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), de 6 de julio de 2009, párr. 114

⁴⁸ CIDH. Caso Tristán Donoso vs. Panamá, Sentencia de Fondo (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), de 27 de enero de 2009, párrs. 55 y 76

Por otro lado, en cuanto al principio de necesidad, de conformidad con la sentencia de la Corte IDH en el caso Alariffo y Niñas vs. Chile. Este tipo de medidas en cuanto a injerencia en el tratamiento de datos o interceptación de los mismos; debe y puede usarse de manera razonable para identificar a una persona en un contexto en particular, siempre y cuando los fines constitucionales permitidos se hayan agotado y se debe habilitar un mecanismo excepcional.

En el contexto de estas actuaciones especiales dentro de la ley reformativa, este principio tampoco se cumple puesto que dentro del COIP, se evidencia la especificidad y finalidad de las técnicas especiales de investigación las cuales podrían auxiliar a la ciber vigilancia en la investigación de un delito, debido a que están específicamente diseñadas para el espíritu de esta normativa reformativa la cual presuntamente tiene la finalidad de combatir el crimen organizado; además de que se cuenta de forma prototípica con el juzgamiento de jueces especializados para este tipo de criminalidad.

Lamentablemente la voluntad del Ejecutivo está encaminada a la instrumentalización de *prima ratio* de estas medidas excepcionales, con la finalidad de incluir normas penales en blanco y con una alta carga de populismo penal, lo cual desdibuja la justificación de estas actuaciones especiales en la protección y tutela a otros derechos fundamentales.

Por último, en cuanto al principio de proporcionalidad, al no cumplirse los primeros dos principios por una cuestión de argumentación legislativa es notable que este principio tampoco se cumpliría puesto que las medidas superan el régimen Constitucional propio de un Estado de Derecho, ya que este principio confugura su aplicación al momento en que, una medida o injerencia estatal se encuentra justificada o no supera la esfera de lo indecible en un regimen democratic, si aquello no vulnera derechos fundamentales ⁴⁹

Por ello en cuanto al cumplimiento de una finalidad legítima dentro de la normativa Constitucional e internacional no se evidencia su aplicación en la presente Ley Reformativa puesto que, las medidas presuntamente excepcionales son inversamente proporcionales entre las garantías de protección de derechos fundamentales y los mecanismos de política de seguridad implementados; esto significa que de forma directa se sacrificaría derechos fundamentales para suplir una situación de violencia e inseguridad supuesta emergente lo cual resultaría en una construcción legislativa desproporcionada y contraría a la Constitución.

Por ende, esta sección se materializa como una medida además de lo descrito; como un mecanismo securitista de la norma, lo cual significa que una autoridad en una esfera de poder dirimente y decisorio de la estructura gubernamental desobedece esta obligación al Estado de abstenerse de este tipo actuaciones y activa el Derecho Penal como medida presuntamente proporcional a los índices de criminalidad.

Dando como efecto de aquello la desnaturalización y el incremento de facultades sobre datos personales, a discrecionalidad del titular de la acción penal pública, lo cual representaría una transgresión arbitraria y desproporcionada en la privacidad, intimidad, esto en cuanto a que se generaría una vigilancia descontrolada y tendiente a criminalizar con base a categorías sospechosa, lo cual ya ha sido declarado como inconstitucional en la sentencia 080-13-SEP-CC, esto de igual manera en estricta vulneración en la autodeterminación de la información de los ciudadanos puesto que el discurso internalizado de "0 tolerancia al crimen organizado", mantendría en una

⁴⁹ Alexy R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 1993, pp.146-147

permanente supresión de derechos en aras de proteger la seguridad y el orden público , política propia de un Estado Policia.

Por lo que, con todo lo expresado en esta primera parte, dicha sección relativa a estas actuaciones especiales de vigilancia en el marco de ciber vigilancia y tratamiento de datos personales se encuentra en total incompatibilidad e incumplimiento con los precedentes Constitucionales, norma Constitucional; y por ende los instrumentos y compromisos internacionales a los que se debe el Estado Ecuatoriano dentro de obligaciones contempladas en el bloque de convencionalidad.

Esto en razón de lo determinada en, al art. 66.19 de Constitución, derechos conexos a protección de datos e intimidad como derecho a la honra , buen nombre e identidad, esto en conjunción a la inobservancia del art. Art11.2 de la CADH, además de precedentes obligatorios de la Corte IDH y Corte Constitucional en cuanto a prevención de injerencia arbitraria del Estado en datos e información sujeta a protección, por lo que debería ser analizada por este órgano de Justicia Constitucional para evitar y su primir reformas legislativas y políticas de seguridad vulneratorias de estos derechos.

En el segundo punto de este bloque de normas, hay que referirse a los art 483.1, "*Agente encubierto informático*", en concordancia con la sustitución a los numerales 3 y 4 del artículo 484 y artículo 484.1, sin excluir lo determinado en cuanto a regulación de cooperación internacional en los arts. 477.4, identificados en los arts. 70,71,73,74,75,76,77,78, y 79 de la Ley Reformatoria, y su directa incompatibilidad con los derechos a la tutela judicial efectiva debido proceso y derecho a la defensa lo cual será analizado a continuación.

En el marco de protección de datos y la potencial vulneración de otros derechos fundamentales, el rol del agente informático basa su actividad conferida por un agente fiscal para interceptar, realizar de forma genérica, cualquier gestión investigativa ocultando su identidad, y consecuentemente penetrar en sistemas de información, y acceder a la información son la autorización de los titulares de estos datos, por lo que resulta cuestionable su compatibilidad normativa con derechos en el contexto del proceso en especial si se trata de un proceso penal.

Por ello, cabe iniciar con el precedente obligatorio expresando en la sentencia a sentencia Nro. 035-10-SEP-CC, que determina las aristas de protección sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, de acuerdo a los siguientes elementos:

*El derecho de toda persona "a que se le haga justicia", mediante un proceso que reconozca un conjunto de garantías básicas, como son: a) A ocurrir ante los tribunales de justicia y a obtener de ellos una sentencia útil; b) A acceder a una instancia judicial ordinaria y a lograr un control judicial suficiente sobre lo actuado ...; e) A un juez natural e imparcial; d) A la eliminación de las trabas que impidan u obstaculicen este acceso al sistema de justicia.*⁵⁰

En cuanto al literal b de esta resolución al referirse a que se logre un control judicial suficiente sobre lo actuado, la actividad jurisdiccional, que abarca las atribuciones a la Función Judicial del Ecuador, justamente este control debe ser aplicado de forma integral a lo dispuesto en esta Ley reformativa relativa a la utilización de un agente encubierto informático; en virtud de que este control debe ser una herramienta para el cumplimiento

⁵⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 035-10-SEP-CC, 24 de agosto de 2010, pp.11.13.

de derechos fundamentales y aquellos contenidos en instrumentos internacionales, tal como lo establece el criterio jurisprudencial del caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala

La Corte considera que los jueces como rectores del proceso tienen el deber de dirigir y encausar el procedimiento judicial con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso legal en pro del formalismo y la impunidad. De este modo, si las autoridades permiten y toleran el uso de esta manera de los recursos judiciales, los transforman en un medio para que los que cometen un ilícito penal dilaten y entorpezcan el proceso judicial. Esto conduce a la violación de la obligación internacional del Estado de prevenir y proteger los derechos humanos.⁵¹

En el mismo sentido la Corte Constitucional dota de este rol a los jueces en el control, cumplimiento y control del debido proceso, al punto de que en la Sentencia Nro. 472-16-EP/21, determina que una de las formas en que la tutela judicial efectiva en cuanto al control de lo actuado en el marco de debida diligencia y supresión de indefensión se debe observar de igual forma el cumplimiento del debido proceso con los máximos umbrales de garantía incluso a nivel internacional.⁵²

Por lo que, en un primer momento al existir esta vulnerabilidad y discrecionalidad sobre datos personales y tratamiento de los mismos, las atribuciones de un agente informático centralizados desde la Fiscalía General del Estado, podrían vulnerar este derecho y quienes se encuentran dentro del proceso como sujetos procesales. Puesto que las garantías básicas de objetividad, imparcialidad y obtención legal de indicios en la investigación se podrían encontrar viciados, al momento en que una autoridad investigativa, sin un rol, atribuciones, facultades legalmente establecidas podría incidir de forma negativa en el ejercicio de este derecho.

De forma que, al existir un control incompleto y centralizado en un solo órgano judicial, se incurría igualmente en la vulneración de otros derechos fundamentales como el debido proceso, derecho a la defensa y el principio de presunción de inocencia, además del derecho a ser juzgado dentro de un sistema de justicia imparcial contenidos en los arts. 75,76 y 77 de la Constitución.

Esta afirmación tiene su asidero, ya que de acuerdo a lo dispuesto en el art. 25. 1 de la CADH, también se evidencia que la actividad jurisdiccional tiene un rol de protección contra actos que violen derechos fundamentales. Debido a que, al no existir un control de legalidad en un proceso penal sobre los supuestos indicios producto de la actividad investigativa de un agente encubierto informático tanto en la etapa pre procesal como procesal, representaría la desnaturalización directa de lo comprende la institución en si misma del poder punitivo del Estado.

Por otro lado, para identificar la afectación a derechos conexos a la tutela judicial efectiva es necesario analizar la implicación de la figura del agente encubierto informático y el derecho al debido proceso de acuerdo a los siguientes elementos contenidos en el art. 76 de la Constitución:

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:

⁵¹ Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr.211

⁵² Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 472-16-EP/21, 23 de junio de 2021,párr.51

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.
4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.⁵³

En ese sentido lo expuesto por la norma Constitucional determina el principio de presunción de inocencia y la garantía de legalidad de la prueba, lo cual tiene una estrecha relación con la actividad de investigación, debida diligencia y adecuada imputación dentro de un proceso penal. De ahí que, las autoridades estatales no solo deben limitarse a un control de legalidad en las atribuciones de un presunto órgano investigativo como es el caso de un agente informático investigativo si no también procurar por que los supuestos indicios, elementos de convicción incluso pruebas recadas cumplan con estos principios y garantías del debido proceso tal como lo que se evidencia en el caso Zegarra Marín Vs. Perú:

El principio de presunción de inocencia requiere que nadie sea condenado salvo la existencia de prueba plena o más allá de toda duda razonable de su culpabilidad, tras un proceso sustanciado de acuerdo a las debidas garantías. Por lo que, sí “obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”.

Debe recordarse que “[l]a falta de prueba plena de la responsabilidad en una sentencia condenatoria constituye una violación al principio de presunción de inocencia”. En este sentido, cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado⁵⁴

Por ende, la Corte IDH resalta que el principio de presunción de inocencia es un eje rector en el juicio y un estándar fundamental en la apreciación probatoria que establece límites a la subjetividad y discrecionalidad de la actividad judicial. Así, en un sistema democrático la apreciación de la prueba debe ser racional, objetiva e imparcial para desvirtuar la presunción de inocencia y generar certeza de la responsabilidad penal.⁵⁵

De lo que se desprende de este criterio jurisprudencial, se configura en la existencia de una complementariedad entre los elementos recabados y la materialización de una imputación penal, esto significaría que, en la norma examinada al momento que no se cumplen estándares mínimos, o se cuestiona la legalidad de dichos elementos probatorios o indicios, no es posible establecer o llevar a cabo en un proceso penal dichos elementos como nexo causal para determinar la responsabilidad y materialidad de un delito.

En la misma línea se encuentra el razonamiento de la Corte Constitucional al, determinar el alcance del debido proceso, en cuanto a la garantía de cumplimiento de las normas y los derechos de las partes lo cual de acuerdo a las sentencias Nro. 1898-13-EP⁵⁶/ y Sentencia Nro. 1077-16-EP/21, que dertminan lo siguiente

Asamblea Nacional del Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 7653

⁵⁴ Caso Zegarra Marín Vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de febrero de 2017, Serie C Nro.331, párr. 188

⁵⁵ Corte IDH. Caso Zegarra Marín Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C No. 331.párrs. 124-127

⁵⁶ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia Nro. 1898-13-EP, 18 de diciembre de 2019, párr.26.

El artículo 76 de la Constitución contiene también las que podemos denominar garantías impropias: las que no configuran por sí solas supuestos de violación del derecho al debido proceso (entendido como principio), sino que contienen una remisión a reglas de trámite previstas en la legislación procesal. Las garantías impropias tienen una característica en común: su vulneración tiene, básicamente, dos requisitos: (i) la violación de alguna regla de trámite y (ii) el consecuente socavamiento del principio del debido proceso.

De lo cual se desprende que existe la vulneración al debido proceso cuando una regla de trámite fue inobservada y por ende, dentro de la normativa en concreto esto afecta directamente a una infracción o regresión al principio de inocencia y debido proceso. Es decir, que si aquel elemento que es incluido como legal en materia probatoria o como parte de la prueba, -como los elementos obtenidos de un actividad investigativa encubierta informática- vulneraría inmediatamente los derechos de las partes en un proceso mucho más si aquello tiene influencia directa en la decisión jurisdiccional, nos enfrentaríamos a la vulneración al art 76 de la Constitución en su integralidad.

Por último, en cuanto al derecho a la defensa, dentro de la norma constitucional citada la incompatibilidad se identifica al momento que las actividades encubiertas de este tipo de investigación podrían llegar a menoscabar el derecho a la defensa puesto que la supuesta actividad de investigación podría ser indefinida, por su naturaleza encubierta. De igual manera generaría una situación de indefensión al no dar conocimiento al sospechoso o procesado la base o los elementos por los que es imputado investigado; y por ende no contar con las herramientas suficientes para enfrentar un proceso penal.⁵⁷

Este tipo de actividades presuntamente investigativas propias de un agente encubierto representaría una total discrecionalidad en el dominio de información protegida, atribuciones ilimitadas por los sistemas auxiliares de investigación; y por sobre todo una actividad de investigación indefinida sobre cualquier tipo de ciudadano supuestamente peligroso, lo cual a criterio de la Corte IDH vulnera el derecho a la defensa bajo el siguiente razonamiento:

Uno de esos derechos fundamentales es el derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, previsto en el artículo 8.2.c de la Convención, que obliga al Estado a permitir el acceso del inculcado al conocimiento del expediente llevado en su contra. Asimismo, se debe respetar el principio del contradictorio, que garantiza la intervención de aquél en el análisis de la prueba. Si el Estado pretende limitar este derecho, debe respetar el principio de legalidad, argüir de manera fundada cuál es el fin legítimo que pretende conseguir y demostrar que el medio a utilizar para llegar a ese fin es idóneo, necesario y estrictamente proporcional. Caso contrario, la restricción del derecho de defensa del individuo será contraria a la Convención.⁵⁸

Por lo que, si se llega a impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos, esto significa potenciar los poderes investigativos del Estado en

⁵⁷ Rodríguez F., *El agente infiltrado en el Estado de Derecho u de (In) seguridad*, Quito, 2012, p. 146.

⁵⁸ Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr.54

desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada, de tal forma que para criterio de la Corte incluso se debe garantizar lo siguiente:

Por todo ello, el artículo 8.2.b convencional rige incluso antes de que se formule una “acusación” en sentido estricto. Para que el mencionado artículo satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que la notificación ocurra previamente a que el inculpado rinda su primera declaración ante cualquier autoridad pública.

Evidentemente, el contenido de la notificación variará de acuerdo al avance de las investigaciones, llegando a su punto máximo, expuesto en el párrafo 28 supra, cuando se produce la presentación formal y definitiva de cargos. Antes de ello y como mínimo el investigado deberá conocer con el mayor detalle posible los hechos que se le atribuyen.⁵⁹

Este mismo razonamiento se encuentra en la sentencia Nro.4-19-EP/21 de la Corte Constitucional que establecen que: “ninguna persona puede ser privada de su defensa en ninguna etapa del procedimiento, además de que debe contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar su defensa en igualdad de armas y en contradicción al encontrarse en posición de sospechoso o procesado”.⁶⁰

En así que de estos precedentes jurisprudenciales, la posibilidad para limitar el derecho a la defensa tendría que de igual manera someterse al test de proporcionalidad utilizado en el primer apartado de esta acción por inconstitucionalidad, lo cual al caso del agente encubierto informático tampoco cumpliría con los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, ya que adicionalmente a lo expuesto el individuo sometido a un proceso penal se encuentra en total desigualdad e indefensión sobre los elementos que podrían resultar de esta técnica de investigación.

Por lo tanto, este tipo de actuaciones investigativas encubiertas en el ámbito informático sobre las partes procesales o preprocesales tendría una suerte de lo que se conoce como la falacia del árbol envenenado, ya que, todos los indicios recabados de dicho agente no tendrían validez alguna y convertirían al proceso penal en un escenario de juzgamiento de delitos de peligro abstracto.

Lo cual significa un prejuzgamiento, sin conocimiento de los sujetos procesales, y desprovisto de cualquier criterio de razonabilidad en cuanto a su actuación, temporalidad, o garantías básicas de protección de datos en cooperación internacional, lo cual pretende justificarse como un criterio de proporcionalidad aparente bajo una motivación nefasta al priorizar orden público y suprimir el crimen organizado, en sacrificio de derechos fundamentales, vulnerando los art.s 75,76 y 77 de la Constitución del Ecuador.

7. Sobre la interposición de garantías jurisdiccionales de las personas privadas de libertad

El artículo 103 de la *Ley Orgánica Reformatoria a Varios Cuerpos Legales para el Fortalecimiento de las Capacidades Institucionales y la Seguridad Integral*, agrega a continuación del artículo 668.1 del Código Orgánico Integral Penal lo siguiente:

⁵⁹ Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párrs.194-195

⁶⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro.4-19-EP/21, 21 de julio de 2021, párrs. 25-27

Art. 668.2.- Apelación judicial de traslado. - La persona privada de libertad sentenciada podrá apelar la decisión de traslado ordenada o negada por el organismo técnico del Sistema Nacional de Rehabilitación Social y de Atención Integral a Adolescentes Infractores en el término de diez días contados a partir de la ejecución del traslado, ante el juez de garantías penitenciarias del lugar al que ha sido trasladado, por cualquiera de las siguientes causas:

- 1. Acercamiento familiar;*
- 2. Padecimiento de enfermedad catastrófica, rara o huérfana, que implique peligro para su vida o incapacidad permanente;*
- 3. Necesidad de tratamiento psiquiátrico, previa evaluación de un perito;*
- 4. Seguridad de la persona privada de libertad o del centro; y,*
- 5. Condiciones de hacinamiento.*

En todos los casos de apelaciones a traslados, los jueces de garantías penitenciarias solicitarán al organismo técnico del Sistema Nacional de Rehabilitación Social y de Atención Integral a Adolescentes Infractores los informes correspondientes relacionados con la circunstancia por la cual se presenta la apelación de traslado. Las personas privadas de libertad procesadas no podrán apelar traslados por acercamiento familiar.

*Las apelaciones de traslados se realizan vía judicial ante jueces de garantías penitenciarias, y **no se podrá utilizar las garantías jurisdiccionales de hábeas corpus, de acción de protección ni las medidas cautelares constitucionales para apelar traslados, ni para pretender ordenar traslados de personas privadas de libertad***⁶¹. (Énfasis propio)

Ante esto es importante señalar que el Ecuador ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos el 28 de diciembre de 1977, y posteriormente el 24 de julio de 1984, el Estado reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de acuerdo con los artículos 45º y el 62º de la Convención.

La Convención Americana de Derechos Humanos, determina en su artículo 25 el derecho a la **protección judicial**, el cual se desarrolla de la siguiente manera:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.⁶² (Énfasis propio)

Además, la CADH, establece que los Estados Parte, se comprometen a *desarrollar las posibilidades del recurso judicial*⁶³. Asimismo, la Corte IDH ha determinado, dentro del *Caso Noguera y otra Vs. Paraguay*, que las obligaciones específicas de los Estados respecto a este derecho se dividen en dos:

*La primera, consiste en **reconocer normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que***

⁶¹ Ley Orgánica Reformativa a Varios Cuerpos Legales para el Fortalecimiento de las Capacidades Institucionales y la Seguridad Integral 2023

⁶² Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por el Ecuador en 1977

⁶³ Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por el Ecuador en 1977

amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos. ⁶⁴ (Énfasis propio)

En la misma línea, en el caso *Liakat Ali Alibux Vs. Surina*, la Corte ha mencionado que:

*116. En este sentido, la Corte Interamericana ha señalado que el artículo 25.1 de la Convención contempla **la obligación de los Estados Partes de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales.** Dicha efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes.*⁶⁵ (Énfasis propio)

De esto se advierte que, la protección judicial asegura derecho al acceso a la justicia y el debido proceso, a fin de que exista un control judicial efectivo frente al ejercicio del poder público, se convierte por lo tanto en un control sobre actuaciones administrativas que puedan perjudicar a los ciudadanos con lesión en sus derechos, de la misma manera se establece la obligación que tiene el Estado de contar con los mecanismos suficientes y necesarios para asegurar lo antedicho.

Ahora bien, los derechos humanos colectivos e individuales se encuentran en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y son parte del bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad, que los definen como principios inalienables, universales, irrenunciables e inembargables que tienen las personas desde su nacimiento hasta su fallecimiento, y por otro lado son las garantías las que permiten que estos derechos se puedan hacer eficaces.

En este sentido la Constitución ecuatoriana ha determinado la existencia de las garantías jurisdiccionales, como mecanismos para hacer efectivos los derechos y que pueden ser activadas, como expresión del derecho de acceso a la justicia, frente a amenazas o violaciones a los derechos de cualquier persona.⁶⁶

De acuerdo con el artículo 86, numeral 1, de la norma suprema *cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.*⁶⁷ De igual forma que la CADH, la Constitución ecuatoriana establece que en la interposición de garantías el procedimiento debe ser sencillo, rápido y eficaz, se consideraran hábiles todos los días y horas, y estas pueden ser propuestas oralmente o

⁶⁴ Corte IDH. Caso Noguera y otra Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2020. Serie C No. 401., Párrafo 79

⁶⁵ Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276

⁶⁶ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR (2014) Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Ecuador/2014/9962.pdf>

⁶⁷ Constitución del Ecuador 2008, art. 86#1

por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. Asimismo, señala que no es indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción.⁶⁸

De esta manera, el artículo 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece que las garantías jurisdiccionales tienen como propósito *“la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación”*⁶⁹

La Corte Constitucional en la sentencia N° 013-13-SEP-CC dictada dentro del caso N.º 0991-12-EP, determinó que: *“Cabe resaltar que la Constitución de la República es el instrumento que reconoce los derechos constitucionales de las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, y para tutelar efectivamente esos derechos reconocidos se ha provisto de las garantías jurisdiccionales, no puede ser concebida para fundar o declarar derechos, sino para tutelar y reparar integralmente cuando exista vulneración ya sea por acción u omisión de las autoridades no judiciales o de los particulares”*.⁷⁰

Por lo tanto, es menester señalar la importancia de contar con la existencia de las garantías constitucionales y que su interposición constituye un derecho humano relativo a la dignidad de la persona. En el caso específico de las personas privadas de libertad, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

*la Corte concluye que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano el hábeas corpus es la garantía constitucional jurisdiccional idónea para la protección directa, inmediata y eficaz, del derecho a la integridad personal, especialmente de aquellas que se encuentran privadas de su libertad.*⁷¹

La acción de hábeas corpus consagrada en el artículo 89 de la Constitución del Ecuador señala que: *La acción de hábeas corpus tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, **así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad.** (Énfasis propio).* Por lo que, la aplicación de esta garantía es de suma importancia para las personas privadas de libertad.

En cuanto a la acción de protección, la Constitución en su artículo ha señalado que esta tiene por objeto *el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.*⁷²

⁶⁸ Constitución del Ecuador 2008, art. 86 #2, literales a,b,c.

⁶⁹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

⁷⁰ Corte Constitucional sentencia N° 013-13-SEP-CC 09 de mayo de 2013

⁷¹ Corte Constitucional Sentencia No. 365-18-JH/21 y acumulados (Integridad personal de personas privadas de libertad), marzo de 2021

⁷² Constitución del Ecuador 2008, art. 88

Es así que, la Corte Constitucional señala que:

*la acción de protección surge “ante la inadecuación o ineficiencia de la justicia ordinaria, el legislador ha optado por considerar a la vía constitucional como el mecanismo último para resolver un conflicto que, pudiendo solucionarse en la vía ordinaria, no lo ha hecho por inadecuación o ineficacia de la misma o porque el asunto controvertido carece de vía en la justicia ordinaria”*⁷³

Asimismo, la Corte Constitucional ha señalado que *la acción de protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución; pues constituye una acción directa e independiente, que bajo ningún concepto puede ser residual y exigir el agotamiento de otras vías o recursos para poder ser ejercida.*⁷⁴

En ese sentido, resulta importante señalar que la Corte Constitucional fue clara al señalar que la subsidiariedad de la acción de protección surge “ante la inadecuación o ineficiencia de la justicia ordinaria, el legislador ha optado por considerar a la vía constitucional como el mecanismo último para resolver un conflicto que, pudiendo solucionarse en la vía ordinaria, no lo ha hecho por inadecuación o ineficacia de la misma o porque el asunto controvertido carece de vía en la justicia ordinaria”⁷⁵

El hecho de que la Corte Constitucional señale que la acción de protección es un “mecanismo último” no debe entenderse como que la persona cuyo derecho constitucional ha sido vulnerado tiene la obligación de agotar previamente todas las distintas instancias decisorias antes de acceder a la justicia constitucional, ya que, esto provocaría la ordinarización de la justicia constitucional. Por lo tanto, la acción de protección se caracteriza por no ser residual, sino directa y eficaz.

Además, al ser una garantía jurisdiccional, debe ser resuelta de manera ágil y práctica, para garantizar el respeto y protección de los derechos garantizados en la Constitución, convirtiéndola en un mecanismo necesario de los derechos de las personas y de la efectiva aplicación de las garantías en un Estado Constitucional, como es el caso del Ecuador. Por tanto, el juez constitucional tiene la obligación de, tras un ejercicio analítico, señalar si existió o no la vulneración del derecho. No se puede pretender que el legislativo irrumpa en las competencias que tiene un juez y que la proscriba de manera expresa el acceso a garantías jurisdiccionales a un grupo de atención prioritaria como son las personas privadas de libertad, eso desnaturaliza la intención de las garantías jurisdiccionales y el acceso a la justicia

En este sentido resulta necesario señalar que la CIDH ha determinado que toda persona privada de libertad será igual ante la ley, y tendrá derecho a igual protección de la ley y de los tribunales de justicia. Tendrá derecho, además, a conservar sus garantías

⁷³ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No.001-16-PJO-CC en el Caso No.0530-10-JP de fecha 22 de marzo de 2016, párr.82

⁷⁴ Corte Constitucional sentencia 175-13-EP/19, de noviembre de 2019

⁷⁵ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No.001-16-PJO-CC en el Caso No.0530-10-JP de fecha 22 de marzo de 2016, párr.82

fundamentales y ejercer sus derechos.⁷⁶ Esto incluye la interposición de garantías jurisdiccionales en el caso de vulneraciones a sus derechos.

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en la Resolución 1/08, sobre Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, ha señalado el principio VII, lo siguiente:

Petición y respuesta

Las personas privadas de libertad tendrán el derecho de petición individual o colectiva, y a obtener respuesta ante las autoridades judiciales, administrativas y de otra índole. Este derecho podrá ser ejercido por terceras personas u organizaciones, de conformidad con la ley.

Este derecho comprende, entre otros, el derecho de presentar peticiones, denuncias o quejas ante las autoridades competentes, y recibir una pronta respuesta dentro de un plazo razonable. También comprende el derecho de solicitar y recibir oportunamente información sobre su situación procesal y sobre el cómputo de la pena, en su caso.⁷⁷ (el énfasis me pertenece)

La reforma al señalar que “***no se podrá utilizar las garantías jurisdiccionales de hábeas corpus, de acción de protección ni las medidas cautelares constitucionales para apelar traslados, ni para pretender ordenar traslados de personas privadas de libertad***”.⁷⁸ No solo infringe lo desarrollado en párrafos anteriores, sino que también, va en contra de lo estipulado en el artículo 11 de la Constitución ecuatoriana, el cual señala que:

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

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades (...)

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

*Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.
(...)*

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.⁷⁹ (Énfasis propio)

Por lo tanto, el artículo 103 de la *Ley Orgánica Reformatoria a Varios Cuerpos Legales para el Fortalecimiento de las Capacidades Institucionales y la Seguridad Integral* no puede

⁷⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Resolución 1/08, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, 13 Marzo 2008, No. 1/08, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/487330b22.html> [Accesado el 30 Abril 2023]

⁷⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en la Resolución 1/08, sobre Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas

⁷⁸ Ley Orgánica Reformatoria a Varios Cuerpos Legales para el Fortalecimiento de las Capacidades Institucionales y la Seguridad Integral 2023

⁷⁹ Constitución del Ecuador 2008, art. 11

coartar o restringir el derecho al acceso a las garantías jurisdiccionales. Por tanto, genera vulneración al artículo 25 de la CADH y artículos 86, 87, 88, 89 de la Constitución Ecuatoriana. Además, su implementación transgrede los derechos: a la seguridad jurídica que se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes⁸⁰ y al derecho a la igualdad⁸¹, ya que, restringe el acceso a las garantías jurisdiccionales a las personas privadas de libertad, de tal modo que inclusive, inobserva que la Constitución ecuatoriana determina que estas forman parte de los grupos de atención prioritaria y por lo tanto, deben recibir atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado.⁸²

8. Sobre la situación de adolescentes infractores

El artículo 127 de la *Ley Orgánica Reformatoria a Varios Cuerpos Legales para el Fortalecimiento de las Capacidades Institucionales y la Seguridad Integral* sustituyó el artículo 322 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, por el siguiente:

“Art. 322.- Separación de adolescentes. - El adolescente que se encuentre detenido, internado preventivamente o cumpliendo una medida socioeducativa de privación de libertad, lo hará en centros de adolescentes infractores que serán espacios diferenciados que aseguren su separación de personas privadas de libertad adultas. En el caso que los adolescentes que se encuentren cerca de cumplir la mayoría de edad cometan delitos mientras se encuentren detenidos, internados preventivamente o cumpliendo una medida socioeducativa en un centro de adolescentes infractores, el proceso seguirá bajo el régimen aplicable en función de la edad, pero en caso de ser sentenciados, la pena por el delito cometido con mayoría de edad se ejecutará después de cumplir la medida socioeducativa impuesta.”⁸³ (Énfasis propio)

Ante esto es importante señalar que el artículo citado infringe derechos constitucionalmente reconocidos a un grupo de atención prioritaria como son considerados los adolescentes, quienes además de los derechos comunes propios a la dignidad humana, tienen reconocidos derechos específicos.

El Comité de Derechos del Niño ha establecido que en todas las decisiones que se adopten en el contexto de la administración de la justicia de niños, niñas y adolescentes, el interés superior del niño deberá ser una consideración primordial. En este sentido, ha manifestado que:

*Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños. **La protección del***

⁸⁰ Constitución del Ecuador 2008, art. 82

⁸¹ Constitución del Ecuador 2008, art. 11 #2

⁸² Constitución del Ecuador 2008, art.35

⁸³ Ley Orgánica Reformatoria a Varios Cuerpos Legales para el Fortalecimiento de las Capacidades Institucionales y la Seguridad Integral 2023

interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes.⁸⁴ (Énfasis propio)

En cuanto a la separación de adolescentes infractores el Comité de los Derechos del Niño refiriéndose de manera específica a esta situación ha interpretado la regla de separación por edades, en virtud del interés superior del niño, de la siguiente manera:

Esta norma no significa que un niño internado en un centro para menores deba ser trasladado a una institución para adultos inmediatamente después de cumplir los 18 años. Debería poder permanecer en el centro de menores si ello coincide con el interés superior del niño y no atenta contra el interés superior de los niños de menor edad internados en el centro.⁸⁵ (Énfasis propio)

Es menester señalar que, de acuerdo con las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113 (Reglas de Beigin) *se entiende por menor toda persona de menos de 18 años de edad.*⁸⁶ En este sentido, el artículo 175 de la Constitución Ecuatoriana establece que las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, así como a operadores de justicia debidamente capacitados, que aplicarán los principios de la doctrina de protección integral.⁸⁷ Del mismo modo el artículo 51, número 6 de la Constitución reconoce a los adolescentes el derecho a recibir un tratamiento preferente y especializado.

El artículo 77 numeral 13 de la Constitución determina que:

13. Para las adolescentes y los adolescentes infractores regirá un sistema de medidas socioeducativas proporcionales a la infracción atribuida. El Estado determinará mediante ley sanciones privativas y no privativas de libertad. La privación de la libertad será establecida como último recurso, por el periodo mínimo necesario, y se llevará a cabo en establecimientos diferentes a los de personas adultas.⁸⁸

La Corte Constitucional ha establecido que:

En la sentencia No. 9-17-CN/1938, esta Corte afirmó que la Constitución establece un sistema especializado para el juzgamiento de adolescentes infractores, con medidas y finalidades distintas a la justicia penal ordinaria, en cuanto su aplicación está orientada a la protección de los adolescentes y sus derechos, a fortalecer el

⁸⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nro. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 10.

⁸⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 86.

⁸⁶ Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990

⁸⁷ Constitución del Ecuador 2008, art. 175

⁸⁸ Constitución del Ecuador 2008, art. 77 #13

*respeto del adolescente por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y a promover la reintegración del adolescente.*⁸⁹

En este sentido, la Corte ha argumentado que con el fin de cumplir con un sistema especializado para el juzgamiento de menores *los operadores de justicia deben aplicar el principio del interés superior del niño y la doctrina de la protección integral como principios rectores respecto de cualquier decisión o medida adoptada en relación con los adolescentes en conflicto con la ley penal.*⁹⁰

La Comisión Interamericana de derechos humanos ha concluido que *las sentencias que sancionan como adultos a niños que no han cumplido la mayoría de edad, aún cuando sean dispuestas por tribunales especializados en justicia juvenil, son atentatorias a los derechos de los niños y a los principios del sistema de justicia juvenil.*⁹¹

Asimismo, la Comisión considera que cuando los niños privados de libertad cumplen los 18 años debe llevarse a cabo una audiencia de revisión para determinar si corresponde que el joven permanezca privado de su libertad o que sea liberado, o si es posible conmutar la porción faltante de la sentencia privativa de la libertad por una sentencia no privativa de la libertad. La Comisión recomienda que en dicha audiencia se evalúe la posibilidad de someter al joven que ha alcanzado la mayoría de edad a un programa especializado, de tal forma que sus derechos no sean vulnerados al ser transferido a un centro de detención de adultos, pero tampoco se pongan en riesgo los derechos de los otros niños privados de libertad si permanece en el mismo establecimiento.⁹²

Por tanto, el artículo 127 de la *Ley Orgánica Reformatoria a Varios Cuerpos Legales para el Fortalecimiento de las Capacidades Institucionales y la Seguridad Integral* que determina que *“en el caso que los adolescentes que se encuentren cerca de cumplir la mayoría de edad cometan delitos mientras se encuentren detenidos, internados preventivamente o cumpliendo una medida socioeducativa en un centro de adolescentes infractores, el proceso seguirá bajo el régimen aplicable en función de la edad, pero en caso de ser sentenciados, la pena por el delito cometido con mayoría de edad se ejecutará después de cumplir la medida socioeducativa impuesta”*, sin lugar a dudas inobserva los estándares citados anteriormente. Además, no determina lo que es “cerca de cumplir la mayoría de edad” esto significa ¿17 años?, ¿17 años y 6 meses?, ¿17 años y 11 meses? Nuevamente, esta falta de certeza en la Ley Reformatoria abre un espectro de actuación institucional que puede resultar arbitrario y atentatorio de derechos.

Solo para concluir, el artículo 127 entra en contradicción con la reforma del artículo 128 que sustituye el artículo 371 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, por el siguiente: *“Las finalidades de las medidas socioeducativas son distintas a la finalidad de la pena y al Sistema Nacional de Rehabilitación Social.”* Por tanto, la vigencia del artículo infringe los derechos de los adolescentes derivados de su edad, el principio del interés

⁸⁹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 9-17-CN/19 de 09 de julio de 2019.

⁹⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 207-11-JH/20

⁹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos Relatoría sobre los derechos de la niñez. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78 13 julio 2011 Original: Español JUSTICIA JUVENIL Y DERECHOS HUMANOS EN LAS AMÉRICAS 2011

⁹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos Relatoría sobre los derechos de la niñez. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78 13 julio 2011 Original: Español JUSTICIA JUVENIL Y DERECHOS HUMANOS EN LAS AMÉRICAS 2011

superior del niño, la protección integral y los artículos 35, 51.6, 77.13 y 175 de la Constitución.

9. Sobre la zona fronteriza

El artículo 21 de la *Ley Orgánica Reformatoria a Varios Cuerpos Legales para el Fortalecimiento de las Capacidades Institucionales y la Seguridad Integral* planteó reformas a la Ley de Seguridad Pública y del Estado, sustituyendo el artículo 38 bajo los siguientes términos:

*“Art. 38.- De las zonas de seguridad.- Zonas de seguridad de fronteras y áreas reservadas de seguridad: Por zona de seguridad se entiende el **espacio territorial ecuatoriano cuya importancia estratégica, características y elementos que la conforman, requieren de una regulación especial** con la finalidad de garantizar la protección de esta zona ante eventuales graves afectaciones o amenazas a la seguridad objeto de esta Ley.*

Son sujetos de regulación especial los bienes, espacios geográficos, servicios y actividades que se encuentren en esta zona, por lo que, podrán tener regímenes jurídicos específicos y diferenciados.

***Son zonas de seguridad las de frontera**, los centros de privación de libertad en sus diversos tipos, y las áreas reservadas de seguridad que establezca el Presidente o Presidenta de la República, por recomendación del Consejo de Seguridad Pública y del Estado, previo informe elaborado por el Ministerio rector de la defensa nacional o el Ministerio rector de la seguridad ciudadana, protección interna y orden público, según corresponda (...)*

*El Plan Nacional de Seguridad Integral considerará las **acciones de prevención y protección de las zonas de seguridad e incorporará mecanismos, metas e indicadores que permitan ampliar el control en las zonas de seguridad en las fronteras, con énfasis en la supresión de pasos ilegales.**”* (el énfasis nos pertenece)

Asimismo, el artículo 22 de la Ley Reformatoria sustituye el artículo 39 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado y señala que:

Art. 39.- De la delimitación de zona de frontera.- La zona de seguridad de frontera abarca el espacio terrestre de cuarenta (40) kilómetros desde los límites fronterizos hacia el interior del territorio nacional, el espacio marítimo de diez (10) millas náuticas, y el espacio aéreo correspondiente.

La reforma de estos artículos implica por un lado la incorporación de “regímenes jurídicos y diferenciados” en las zonas de seguridad de frontera y por otro la incorporación de “mecanismos, metas e indicadores que permitan ampliar el control en las zonas de seguridad en las fronteras, con énfasis en la supresión de pasos ilegales”. A esto se suma la ampliación de la zona de seguridad de frontera de 20 km a 40 km desde los límites fronterizos hacia el interior del territorio nacional.

Estas reformas implican el accionar de la fuerza pública del Estado en territorio fronterizo con el fin de “*garantizar la protección de esta zona ante eventuales graves afectaciones o amenazas a la seguridad*”. Sin embargo, a lo largo no solo de este articulado sino de la Ley Reformatoria se omite la presencia de los pueblos indígenas asentados en frontera, así como cuáles serían no solo las medidas de coordinación y cooperación sino cuáles serían estas medidas de protección hacia dichas comunas, comunidades, pueblos

y nacionalidades indígenas. Esto supone una afectación a los derechos colectivos planteados tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Se conoce que existen al menos 14 pueblos indígenas en la zona fronteriza compartida entre Colombia, Ecuador y Perú⁹³ como: “Awá, Inga, Quillacinga, Pastos, A’i Kofán, Eperara Siapidaara, Kamentsá, Murui, Kichwa, Siona, Secoya, Coreguaje, Nasa y Embera Chamí”⁹⁴ Shuar y Achuar, pueblos indígenas en aislamiento (PIA) Tagaeri Taromenane, cultural y lingüísticamente vinculados a la nacionalidad Waorani, y otros grupos en aislamiento que habitan en la recientemente creada reserva Napo Tigre, cuyas zonas de movilidad están en la frontera entre Ecuador y Perú.

Esto implica que el Estado bajo su premisa de ser intercultural y plurinacional garantice los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas establecidos en el artículo 57 de la Constitución, lo cual reza:

Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

20. La limitación de las actividades militares en sus territorios, de acuerdo con la ley.

Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley.

El Estado garantizará la aplicación de estos derechos colectivos sin discriminación alguna, en condiciones de igualdad y equidad entre mujeres y hombres.

Sobre la consulta prelegislativa

La ampliación de la zona fronteriza; la presencia de la fuerza pública en territorio indígena asentado en frontera; la incorporación de los mecanismos, metas e indicadores para ampliar el control; y, la incorporación de regímenes jurídicos y diferenciados implica una afectación a los pueblos indígenas de frontera; sin embargo, la omisión de ser consultados durante el tratamiento de la Ley Reformatoria implica una vulneración de derechos colectivos.

El Convenio 169 de la OIT, en su artículo 6 señala que una de las obligaciones de los gobiernos será:

⁹³ <https://amazonfrontlines.org/es/chronicles/situacion-pueblos-fronterizos-critica/#quote-reference-4>

⁹⁴ <https://amazonfrontlines.org/es/chronicles/crisis-multidimensional-de-la-pandemia-covid-19-para-los-pueblos-indigenas-amazonicos-transfronterizos-en-colombia-ecuador-y-peru/#quote-reference-6>

“consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (...) Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr”⁹⁵

En el mismo tenor el artículo 18 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante DNUDPI) señala que *“Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.”⁹⁶*

La Corte Constitucional analizó la naturaleza de la consulta prelegislativa y determinó que es *“un derecho constitucional colectivo, un requisito previo sine qua non que condiciona la constitucionalidad de cualquier medida de índole legislativa que pudiera afectar cualquiera de los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador”⁹⁷*

A esto se suma la Sentencia No. 20-12-IN/20 de la Corte Constitucional en la cual se advierte que la falta de cumplimiento de la consulta prelegislativa implicaría una inconstitucionalidad de la norma, bajo los siguientes criterios:

*Esta Corte reconoce que la **consulta prelegislativa es un requisito de forma previo a la expedición de medidas legislativas o administrativas**, en cuanto constituye una fase de su procedimiento de aprobación. No obstante, esta Corte también reconoce que la **consulta prelegislativa es un derecho constitucional de carácter sustantivo**. En consecuencia, este Organismo considera que la **falta de realización de consulta prelegislativa puede dar lugar a una inconstitucionalidad por la forma**, en tanto constituye una omisión en el proceso legislativo; y **a su vez a una inconstitucionalidad por el fondo**, en tanto el contenido de las disposiciones de un acto normativo que han sido emitidas sin consulta vulnera el mencionado derecho constitucional.⁹⁸(el énfasis nos pertenece)*

En consecuencia, los artículos 38 y 39 de la ley Reformativa vulneran los derechos colectivos contemplados en el artículo 57 numeral 17 ya que los pueblos indígenas asentados en la zona fronteriza no han sido consultados respecto al tratamiento de la presente Ley en lo que respecta a una posible afectación a sus derechos, lo que acarrearía una inconstitucionalidad no solo por la forma sino también por el fondo.

Sobre la limitación de actividades militares en territorios indígenas

El artículo 57 de la Constitución, en su numeral 20, consagra el derecho de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a *“la limitación de las actividades*

⁹⁵ Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales, adoptada por la Organización Internacional del Trabajo en 1989; ratificado por el Ecuador (Registro Oficial No. 206, 7 de Junio 1999)

⁹⁶ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2017; ratificada por el Ecuador (Registro Oficial 18, 15 de agosto 2019)

⁹⁷ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 001-10-SIN-CC, de 18 de marzo de 2010

⁹⁸ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 20-12-IN/20, de 01 de julio de 2020, párr. 99

militares en sus territorios, de acuerdo con la ley". En ese mismo sentido, el artículo 30 de la DNUDPI señala que:

1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una amenaza importante para el interés público pertinente o que se hayan acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado.

2. Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares.

En ese sentido, la Corte Constitucional señala que:

Cuando se trata de intervenciones militares en territorios ancestrales, el consentimiento de los pueblos y comunidades resulta obligatorio. Lo anterior guarda relación con la amenaza que podría devenir de una intervención militar por el depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en tierras o territorios indígenas⁹⁹

Una contribución realizada a la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos señala que:

Se debe tomar en cuenta a demás medidas de protección y aplicación para prevenir el desplazamiento interno de pueblo indígenas asentados en las riveras del cordón fronterizo de la frontera norte, así como evitar el maltrato por parte de elementos militares, que permanentemente patrullan dichos sectores y que se han dedicado a la ingrata tarea de estigmatizar a los pueblos de frontera, especialmente a las comunidades indígenas tildándolas de terroristas, guerrilleros narco-traficantes, allanando sus viviendas, pidiendo el alias de las personas, realizando censos sin autorización del organismo pertinente como es el INEC, revisando los tatuajes de hombres y mujeres, todo lo cual viola los derechos humanos.¹⁰⁰

Es por ello que la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) recomendó que:

Igualmente, es urgente que los Estados adopten las medidas necesarias, en conjunto con los pueblos indígenas, para garantizar que mujeres, niños, niñas y adolescentes y jóvenes indígenas gocen de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación. Adquiere particular relevancia el combate a la violencia relacionada con los conflictos socioambientales y los contextos de criminalización y militarización en los territorios indígenas¹⁰¹

Finalmente, se hace alusión a la importancia de limitar, en la medida de las posibilidades, la presencia militar en territorio indígena y mucho más cuando existen poblaciones

⁹⁹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 20-12-IN/20, de 01 de julio de 2020, párr. 142

¹⁰⁰https://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/expertmechanism/3rd/docs/contributions/defensoriapueblo_ecuador.doc

¹⁰¹ Comisión Económica para América Latina (CEPAL), 2014, "Los pueblos indígenas en América Latina Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos". Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37050/4/S1420783_es.pdf

indígenas asentadas en frontera que se caracterizan por su aislamiento voluntario, lo cual implica incluso una garantía mucho más rigurosa por parte del Estado.

IV Pretensión

En base a los argumentos expuestos y amparados en las disposiciones constitucionales y legales, solicitamos que:

- 4.1 Se declare la inconstitucionalidad de los artículos 21, 22, 53, 60, 67, 68, 69, 70, 71, 73, 74, 76, 77, 78, 79, 83, 84, 85, 103 y 127 de la “Ley Reformatoria a varios cuerpos legales para el fortalecimiento de las capacidades institucionales y la seguridad integral” publicada en el Registro Oficial No. 279 del 29 de marzo de 2023.
- 4.2. Se declare la inconstitucionalidad de las normas conexas que la Corte estime necesarias.
- 4.3. Se ordene las medidas de reparación que la Corte estime necesarias.

V Petición de medida cautelar

Amparados en el artículo 79 numeral 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se solicita la suspensión provisional de la *Ley Reformatoria a Varios Cuerpos Legales para el Fortalecimiento de las Capacidades Institucionales y la Seguridad Integral* aprobada por la Asamblea Nacional del Ecuador y publicada en el Registro Oficial No. 270 de 29 de marzo de 2023, hasta que se dicte la correspondiente sentencia.

En ese sentido, la Corte Constitucional¹⁰² se ha pronunciado respecto a cuáles son los presupuestos necesarios para la procedencia de las medidas cautelares, señalando las siguientes: i) hechos creíbles o verosimilitud; ii) inminencia; iii) gravedad; y, iv) derechos amenazados o que se están violando.

- i. Para el 2021, fecha del último reporte por la Fiscalía General del Estado se detuvieron 7786 armas ilícitas, que fueron el objeto material para el cometimiento de delitos contra la vida, la seguridad nacional, la libertad, etc. Para el 2021, se detuvieron 90622 personas en todo el país con delitos y contravenciones según la Fiscalía General del Estado. Ecuador figura por primera vez en la lista de ciudades más peligrosas en el puesto 24 con 44.77 de tasa en homicidios. Estos son algunos de los datos estadísticos que alertaron al legislador a crear la ley reformativa que en un total de 8 cuerpos legales busca desesperadamente encontrar una solución al ambiente de inseguridad y terror que se vive actualmente en el Ecuador, **los hechos creíbles** hacen referencia a la institucionalidad que “se vería fortalecida”

¹⁰² Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 66-15-JC/19

con esta ley, sin embargo, debido al mismo ambiente de inseguridad lo que se avecina más bien son futuras violaciones en contra de los adolescentes infractores, personas privadas de libertad y a los ciudadanos en sí mismo, fundamentando el punto anteriormente expuesto se demuestra que la Fiscalía ha demostrado el apoyo a la ley reformativa por medio de un comunicado publicado el 03 de abril del 2023 a pesar de no entrar en vigencia la ley por ser de materia penal ya que entraba el 29 de abril del 2023.

- ii. La ley entraba en vigencia el 29 de marzo del 2023, para las materias extrapenales y entraba en vigencia en el término de 30 días expresada en la ley mismo, Disposición Transitoria Séptima. - Las reformas al Código Orgánico Integral Penal entrarán en vigor en el término de treinta (30) días posteriores la publicación de la presente Ley en el Registro Oficial. La inminencia hace referencia a un presupuesto relacionado con el tiempo y la relación entre un hecho u omisión con la violación del derecho tiene que ser estrecha. La violación del derecho tiene que estar pronto a suceder o estar sucediendo, en el caso se encuentra respaldada por la misma Fiscalía General del Estado que fue empleada antes de cumplir el termino por lo que las violaciones están prestas a pasar.
- iii. **Gravedad**, este presupuesto habla de tres categorías de las cuales esta ley cumple dos de ellas, el daño es intenso cuando es profundo, importante, como cuando produce dolor o su cuantificación es considerable o difícil de cuantificar. Una violación es frecuente cuando sucede habitualmente e incluso cuando se puede determinar un patrón en la violación. Esto debido que como se demostró anteriormente la ley va en contra de la Constitución de la Republica y resulta complicado cuantificar el daño que puede causar la ley, sin embargo, es claro que una vez surta efectos existirán violaciones de derechos constitucionales, a su vez, la ley reforma un total de 8 cuerpos legales que busca “mejorar” la seguridad del país, sin embargo, si existiría un patrón en el sentido que las reformas son de fondo en los procesos detrás del actuar estatal.
- iv. **Derechos amenazados o que se están violando**, en este caso es importante destacar que los derechos amenazados se han mencionado anteriormente, que están consagrados en tanto el bloque de constitucionalidad como en el bloque de convencionalidad, incluyendo derechos como la seguridad jurídica, el debido proceso, la libertad e incluso la integridad. Es por eso por lo que además de argumentar desde la ley, existen estándares jurisprudenciales que se ven violentados al entrar en vigor y aplicar esta ley desde las instituciones del estado.

VI Notificaciones

La compareciente designa como abogadas patrocinadoras a Sofía Carolina Llerena Pérez con matrícula profesional 17-2022-19, Rosa Andrea Bolaños Arellano con matrícula profesional 17-2020-309 y Annie Cuji con matrícula profesional 17-2021-648, a quienes se las autoriza para que, en su calidad de profesionales del derecho, en mi nombre y representación suscriban los petitorios que en el presente proceso sean necesarios.

Las notificaciones que me correspondan las recibiré en los correos electrónicos: proteccion@inredh.org ; derechos@inredh.org ; legal@inredh.org

Suscribimos,

Ingrid Lizardo García Minda
C.C. 1724991805

Rosa Andrea Bolaños Arellano
Mat 17-2020 -309

Sofía Carolina Llerena Pérez
Mat. 17-2022-19

Annie Alejandra Cuji Siguenza
Mat. 17-2021-648