



Universidad
Católica
de Cuenca

REPÚBLICA DEL ECUADOR
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

**TÍTULO: “LA TRANSGRESIÓN EN LA QUE INCURREN LOS JUECES
DE GARANTÍAS PENALES AL DICTAR PRISIÓN PREVENTIVA EN LA
MAYORÍA DE LOS CASOS QUE LLEGAN A SU CONOCIMIENTO”**

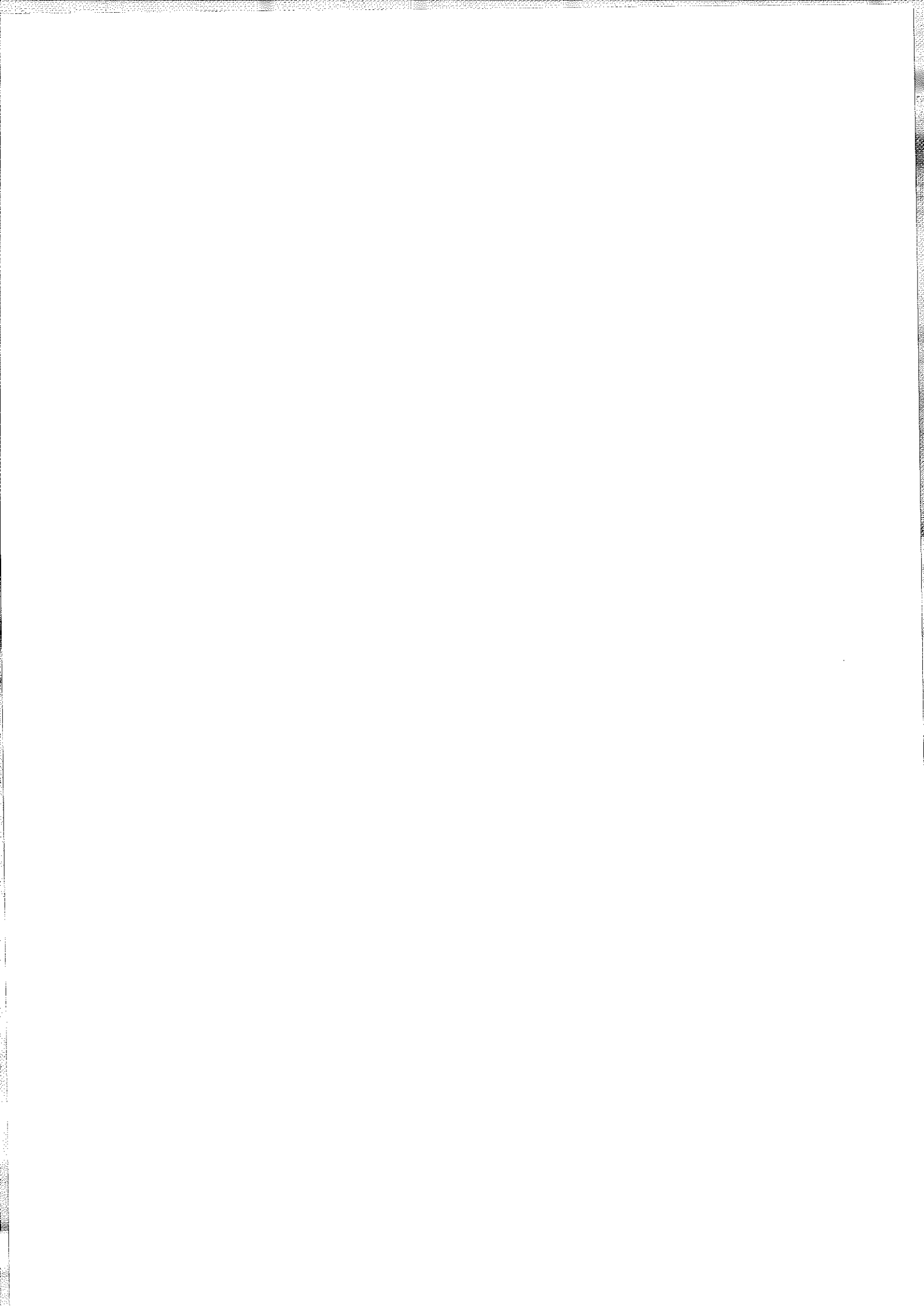
Trabajo de Investigación
previo a la obtención del
Título de Abogada de los
Tribunales de Justicia de
la República

AUTORA: Sonia Maritza Jiménez Cumbicos

Número de Cedula: 1900382753

TUTOR: Dr. Milton Alejandro González Gutiérrez, Mgs.

Año: 2020



DEDICATORIA

A Dios por el inmenso regalo de la vida.

A mis Padres por su amor y a su apoyo.

A mis Hijos porque son mi fortaleza y la razón principal para luchar por seguir adelante, como una pequeña muestra de mi amor infinito hacia ellos.

Sonia Maritza

AGRADECIMIENTO

Mi gratitud a la Universidad Católica de Cuenca, en la persona de las autoridades y docentes de la Carrera de Derecho.

A mis maestros, por todo lo que me enseñaron.

A mis compañeros, por todo lo que compartimos.

A las personas que comparten conmigo este triunfo.

Sonia Maritza

ÍNDICE

DEDICATORIA	I
AGRADECIMIENTO	II
ÍNDICE	III
RESUMEN	1
PALABRAS CLAVE	1
ABSTRACT	2
KEYWORDS:.....	2
INTRODUCCIÓN.....	3
Capítulo I	6
Aspectos generales sobre el proceso penal.....	6
1.1. El derecho penal.	6
1.2. El derecho procesal penal.....	7
1.3. El proceso penal.	8
1.3.1. Concepto	8
1.3.2. Finalidades.	10
1.3.3. Sujetos que intervienen en el proceso penal.....	10
1.3.3.1. La persona procesada.	11
1.3.3.2. La víctima.....	13
1.3.3.3. La fiscalía general del Estado.	14
1.3.3.4. La defensa.	19
1.4. El debido proceso penal.....	20
1.4.1. Concepto.	20
1.4.2. Principios fundamentales del debido proceso penal.....	21
Capítulo II	26

La prisión preventiva como medida cautelar	26
2.1. Las medidas cautelares.	26
2.1.1. Concepto.	26
2.1.2. Clasificación.....	27
2.1.2.1. Clasificación de las medidas cautelares personales.	27
2.1.2.2. Medidas cautelares reales.	28
2.2. La prisión preventiva.	29
2.2.1. Concepto.	29
2.2.2. Finalidad.	30
2.2.3. Características.....	32
2.3. El ius puniendi.....	33
2.4. La mínima intervención penal.	34
2.5. El principio de última ratio.	36
2.6. La prisión preventiva y los derechos del procesado.....	37
2.6.1. El derecho a la libertad.....	37
2.6.2. La presunción de inocencia.	39
Capítulo III	41
La prisión preventiva en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y la transgresión en la que incurren los jueces de garantías penales al dictarla en la mayoría de los casos que conocen	41
3.1. La prisión preventiva en la Constitución de la República del Ecuador.....	41
3.2. La prisión preventiva en los instrumentos internacionales suscritos por el Ecuador.....	43
3.2.1. Declaración universal de derechos humanos.	43
3.2.2. Convención americana sobre derechos humanos.....	44
3.3. La prisión preventiva en el Código Orgánico Integral Penal.	45

3.4. Revocatoria de la prisión preventiva.....	48
3.5. Sustitución de la prisión preventiva.....	50
3.6. La caución.....	51
3.7. Caducidad de la prisión preventiva.....	54
3.8. Procedimiento para dictar la prisión preventiva.....	54
3.9. Posiciones doctrinarias sobre la prisión preventiva y sus consecuencias.....	55
3.10. La transgresión en la que incurren los jueces al aplicar la prisión preventiva en la mayoría de los procesos penales que llegan a su conocimiento.....	59
3.10.1. Análisis de casos en los que se hace un uso arbitrario de la prisión preventiva en el Ecuador.....	70
Conclusiones.....	73
Recomendaciones.....	74
Bibliografía.....	76
Anexos.....	84

RESUMEN

La Constitución de la República del Ecuador y el Código Orgánico Integral Penal, establecen que la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal que se aplicará de manera excepcional, con la finalidad de garantizar la comparecencia de la persona procesada a su juzgamiento y el cumplimiento de la pena. Se trata de una medida excepcional, sin embargo, se aplica de una manera arbitraria, por ello considero que se vulneran derechos fundamentales como la libertad personal y la presunción de inocencia del procesado, además de quedar estigmatizado en la sociedad, los detenidos son una carga para el Estado que debe asumir los altos costos erogados para cubrir las necesidades de las personas privadas de la libertad. A pesar que las normas constitucionales, los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos y normas procesales son concordantes al considerarlo a esta medida de seguridad excepcional o de última ratio los jueces de garantías penales en el Ecuador, conceden a pedido de los fiscales como de primera opción la privación de libertad en la mayoría de los casos, lesionando de esta forma los derechos de la persona procesada a defenderse en libertad y el derecho a la presunción de inocencia.

En este estudio se analiza el problema de la transgresión de los derechos de las personas procesadas a quienes se les imponen esta medida de seguridad por parte de los jueces penales que inobservan las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva generando además una sobrepoblación carcelaria de presos sin sentencia con estadísticas y datos específicos sobre esta problemática, respecto de la cual al final de la investigación se presentan algunas conclusiones y sugerencias.

PALABRAS CLAVE: PROCESADO, PRISIÓN PREVENTIVA, EXCEPCIONALIDAD, ÚLTIMA RATIO, LIBERTAD, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

ABSTRACT

The Ecuadorian Constitution and the Comprehensive Criminal Code, establishes that pretrial detention is a precautionary measure taken on an exceptional and personal basis, in order to guarantee the presence of the prosecuted individual at trial and the execution of the sentence. This is an exceptional measure, however, is being applied in an arbitrary matter, and therefore considered that such basic rights as freedom and the presumption of innocence of the accused are being violated, in addition being stigmatized by society, people in detention represent a cost burden for the State, which has to cover the high expenses involved in addressing the needs of people deprived of their freedom. Despite the fact that constitutional regulations, international human rights agreements and conventions, and procedural laws are consistent with this measure, which is considered an exceptional or a last ratio for judges in charge of criminal justice in Ecuador, grant, by request of the prosecutors, the deprivation of freedom as a first instance in most cases, thus violating the rights of the prosecuted to defend themselves in full freedom and the right of the presumption of innocence.

This research analyses the issue of the infringement by criminal judges of the rights of prosecuted individuals on whom this measure has been applied which fail to comply with alternative precautionary measures to pretrial detention, thereby causing an overpopulation of unsentenced prisoners with statistics and specific data concerning this issue, and at the end of the research several conclusions and suggestions are outlined.

KEYWORDS: PROSECUTED, PRETRIAL DETENTION, EXCEPTIONALITY, LAST RATIO, FREEDOM, PRESUMPTION OF INNOCENCE.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad los ecuatorianos vivimos bajo el régimen de un Estado constitucional, de derechos y de justicia, por ende, estamos amparados por una serie de derechos cuya protección y vigencia constituye la prioridad esencial del Estado y de las instituciones a través de las cuales ejerce su poder.

En materia de derechos, el Estado reconoce a las personas el derecho a la libertad personal, el cual consiste en que el individuo pueda realizar todas las acciones que desee de acuerdo con su voluntad, siempre y cuando no vulnere el orden jurídico y no lesione los derechos de las demás personas. Esta libertad solo puede ser limitada o restringida, cuando la persona adecúa su conducta a una de las infracciones que están tipificadas en el Código Orgánico Integral Penal, y en consecuencia se le puede imponer una de las cinco medidas de seguridad previstas en el Art. 522 como preferentes a la prisión preventiva como lo dice la norma: "La o el juzgador podrá imponer una o varias de las siguientes medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada y se aplicará de forma prioritaria a la privación de libertad". Lo que significa que se debe aplicar las contenidas en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, sin perjuicio de medidas de protección y medidas cautelares sobre bienes que garantizan la presencia de la persona procesada en el proceso penal, el cumplimiento de la pena y la reparación integral, en caso de sentencia de condena.

Esta medida cautelar de prisión preventiva es concedida por el juzgador cuando es motivada por el fiscal, en la audiencia de formulación de cargos, y es cuando el investigado ostenta la calidad de procesado, ya que jurídicamente no procede una prisión preventiva en contra de un investigado en la fase de investigación previa, en donde solo cabe la detención con fines investigativos con las restricciones previstas en el

COIP, las medidas cautelares extremas no son la solución al fenómeno llamado delito.

La prisión preventiva es una medida que, de acuerdo con lo establecido en la propia Constitución, en los Instrumentos Internacionales suscritos por el Ecuador y en las normas procesales penales, sólo puede aplicarse de manera excepcional, incluso la Jurisprudencia Interamericana sobre la prisión preventiva, en cuyo informe concluye, que el uso no excepcional de la prisión preventiva es uno de los problemas más graves y extendidos que enfrentan los estados miembros de la OEA, en cuanto al respeto y garantía de los derechos de las personas privadas de libertad, el uso excesivo o abusivo de esta medida es uno de los signos más evidentes del fracaso del sistema de administración de justicia, y es una situación inadmisibles en una sociedad democrática, en la que se respete el derecho de todo ciudadano a la presunción de inocencia.

Efectivamente, el uso de la prisión preventiva es el elemento que de manera más clara da cuenta del buen o mal funcionamiento de un sistema procesal penal; prácticamente todas las distorsiones del sistema de justicia penal se expresan en el funcionamiento de esta medida cautelar, debido a ello, la prisión preventiva se ha convertido en el tema central del debate sobre la justicia penal y su eficiencia.

Si bien la prisión preventiva, como tal, no está prevista en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, hay dos normas que indirectamente la regulan, el artículo 7.3 de la Convención que establece que "nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios", y el artículo 8.2 que dispone que "Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad".

De estas dos normas convencionales, la Corte Interamericana ha

derivado una rica jurisprudencia en torno a la prisión preventiva, de la cual podemos extraer, al menos, cinco reglas o principios fundamentales:

- 1) La prisión preventiva constituye una medida excepcional;
- 2) La prisión preventiva debe ser proporcional;
- 3) La prisión preventiva debe ser necesaria;
- 4) La prisión preventiva no puede estar determinada por el tipo de delito;
- y
- 5) La prisión preventiva no puede estar determinada por la gravedad del delito (Gómez M. , 2017)

La prisión preventiva es una medida cautelar que está en contradicción con el derecho a la presunción de inocencia, pues se impone respecto de una persona cuya culpabilidad no ha sido demostrada en el juicio, e implica una especie de pena anticipada.

A pesar de su limitación en nuestro sistema se concede de forma muy frecuente por parte de los jueces de garantías penales en el proceso penal ecuatoriano por varios factores, falta de independencia de la Función Judicial, la deficiente formación y la casi inexistente carrera judicial de los integrantes de las judicaturas en los diferentes niveles; varias concepciones que dejan a un lado la legalidad para dar paso a la arbitrariedad y discrecionalidad en las decisiones judiciales, todo lo cual contribuye al abuso y a la inseguridad jurídica, politización de la función judicial, presiones sociales, linchamiento mediático de la prensa escrita, hablada y televisada entre otros factores que han generado una crisis del sistema judicial ecuatoriano (Rivadeneira, 2011).

La investigación concluye con el planteamiento de conclusiones y recomendaciones en base a un estudio sólido y exhaustivo.

Capítulo I

Aspectos generales sobre el proceso penal

Para sustentar desde la teoría, el desarrollo del estudio propuesto es necesario enfocar algunos aspectos de carácter general cuyo conocimiento es requisito para avanzar en el estudio particular del tema que es abordado como aspecto central de la investigación.

1.1. El derecho penal.

De acuerdo con López (2012, pág. 12), el derecho penal es una disciplina que forma parte del derecho público interno de cada Estado, y que está integrado por el conjunto de normas jurídicas destinadas a la definición de los delitos y a la determinación de las penas y medidas de seguridad que serán impuestas a las personas que con su conducta rompen o alteran el orden social, y provocan daño a los intereses de la sociedad toda. Es la ciencia jurídica a través de la cual se puede ejercer el poder punitivo del Estado, y su consolidación como disciplina obedece a la necesidad social de organizar la vida en comunidad, es decir de establecer normas claras para que el ser humano pueda tener una adecuada convivencia con sus semejantes.

Respecto a esta cita considero que en efecto el derecho penal es la ciencia jurídica a través de la cual se ejerce el poder punitivo del Estado, a través de los órganos jurisdiccionales establecidos en la Constitución y las leyes, un país sin leyes sería una anarquía, y un caos social, en efecto debe haber normas claras para que exista seguridad jurídica en todo Estado más si nuestra Constitución de la República del Ecuador, dice que es un Estado Constitucional de Derechos y justicia.

El derecho penal es la disciplina jurídica estructurada por las reglas que el Estado dicta con la finalidad de garantizar el control y el orden social

y la paz de todos los integrantes, estos preceptos normativos tienen un elemento descriptivo que consiste en el detalle de las conductas que pueden atentar contra los derechos de las personas particulares y de la sociedad en general, y un elemento sancionador que consiste en la pena que ha de imponerse en caso de establecer responsabilidad o participación en una de estas conductas.

El derecho penal permite que el Estado ejerza su poder punitivo, sancionando estrictamente las conductas descritas de forma previa en la ley como infracciones y aplicando las penas que ella contempla, en ningún caso ese poder podrá ser ejercido de forma arbitraria y en desconocimiento de los derechos de las personas, pues aún quienes son procesados por su participación en el comedimiento de una infracción son seres humanos que merecen ser tratados respetando sus derechos fundamentales.

1.2. El derecho procesal penal.

El Derecho Penal, y la finalidad que persigue de proteger a las personas frente a los posibles ataques de que puedan ser objeto en cuanto a sus derechos y a sus bienes jurídicos, sólo puede hacerse realidad mediante la existencia de normas procesales, las cuales son objeto del denominado Derecho Procesal Penal, disciplina que será definida en este trabajo considerando los criterios que se han expuesto desde la doctrina.

El derecho procesal penal se considera como el conjunto de normas que han sido establecidas con la finalidad de regular la actuación de los actores del proceso representados por los sujetos procesales y sujetos al control de legalidad por parte de los jueces, entre los cuales durante la sustanciación del procedimiento se establecen una serie de relaciones, que se verifican con la finalidad de poder lograr una decisión que solucione el conflicto derivado del cumplimiento de una norma penal (González & Gutiérrez, 2016, pág. 4).

El Derecho Procesal Penal es en definitiva, aquella rama del derecho procesal que describe la forma en que ha desarrollarse el proceso penal, y la participación de los sujetos procesales así como de los juzgadores en la sustanciación del procedimiento que deberá cumplirse con la finalidad de probar si existe o no una infracción, y si una persona tiene o no participación en el cometimiento de un hecho delictivo, en caso de comprobarse los presupuestos procesales de existencia de la infracción y de responsabilidad de la persona sometida al proceso deberán aplicarse las sanciones que para el efecto están contempladas en las normas penales que hayan sido infringidas.

El Derecho Procesal Penal forma parte del derecho público, por cuanto sus normas tienen el propósito esencial de permitir que el Estado pueda cumplir con su potestad sancionadora, y que a través de los órganos de administración de justicia competentes en la materia pueda perseguir y sancionar aquellas infracciones penales que afectan derechos fundamentales de las personas y que generan también una conmoción social, pues toda infracción tiene repercusiones sociales que justifican la acción del Estado al perseguir a las personas responsables y procurar que ellas sean sancionadas con la finalidad de persuadir al resto de ciudadanos para que no cometan infracciones.

1.3. El proceso penal.

1.3.1. Concepto

Antes de entrar de manera directa a la conceptualización del proceso penal, es bueno tener un criterio acerca de la definición de la palabra "proceso" en general desde la perspectiva jurídica.

El proceso es de acuerdo con Morán (2009, pág. 85) el conjunto de todos aquellos actos, diligencias y solemnidades que deben cumplirse dentro de un litigio, sometido a la resolución de la administración de justicia, y que permiten la sustanciación del mismo desde que nace hasta que concluye con la expedición de la sentencia judicial correspondiente. Por lo señalado, lo cataloga como el universo de la controversia judicial, ya que constituye el conjunto de las actuaciones de todos los participantes en la dinámica procesal, es decir de los sujetos procesales, de los jueces como garantistas de los derechos de los justiciables, de los órganos auxiliares de justicia, de los peritos, testigos, etc. Todas las actuaciones que se cumplen dentro del desarrollo de un proceso se encuentran debidamente normadas en las leyes de procedimiento que establecen la forma en que deberán cumplirse cada una de ellas.

Tomando en consideración el aspecto antes señalado, se entiende que el proceso penal es el conjunto de actos desarrollados tanto por las partes o sujetos procesales como por los juzgadores, que deben adecuar sus actuaciones dentro del proceso a lo prescrito en las normas aplicables para el efecto, dichos actos tienen la finalidad de activar a los órganos jurisdiccionales, sustentar la pretensión presentada por la Fiscalía o la presunta víctima, ejercer el derecho a la defensa, y aportar los elementos probatorios necesarios para que el juez o tribunal correspondiente puedan tomar una decisión que declare la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado, o que en su defecto confirme su estado de inocencia, el proceso debe ajustarse a los derechos fundamentales de los sujetos procesales involucrados y a las normas procesales establecidas para regularlo.

El proceso penal es el procedimiento de carácter jurídico que se lleva a cabo para que un órgano estatal aplique una ley de tipo penal en un caso específico. Las acciones que se desarrollan en el marco de estos procesos

están orientadas a la investigación, identificación y eventual castigo de aquellas conductas que están tipificadas como delitos en el COIP.

En concreto, podemos establecer que todo proceso penal ordinario en nuestra legislación se compone de una fase de investigación previa, y tres etapas procesales que de acuerdo con el Art. 589 del referido Código son la instrucción, evaluación y preparatoria de juicio; y, juicio.

1.3.2. Finalidades.

Conforme al criterio planteado por Vaca (2010, pág. 27) la finalidad del proceso penal, no puede ser considerada como exclusiva y única, sino que debe ser delimitada considerando específicamente los propósitos que persigue el desarrollo de este procedimiento.

Así, identifica el autor antes mencionado que existe una finalidad inmediata, que es la de posibilitar la realización de las diligencias que sean pertinentes con la finalidad de concretar la verdad histórica, respecto de cómo se produjeron los hechos y los resultados, y determinando de forma individual la participación de cada una de las personas que concurrieron y los grados de dicha participación.

De igual forma habla de una finalidad mediata, que se encuentra en la aplicación justa de las leyes penales, como mecanismo para garantizar la seguridad a los ciudadanos, mediante la ejecución de actos realizados con un orden sistemático, la actuación de los órganos de administración de justicia y la decisión del proceso aplicando la ley penal en tutela de los derechos de los ciudadanos otorga tranquilidad social.

1.3.3. Sujetos que intervienen en el proceso penal.

El proceso penal al considerarse como la sucesión de actos sistemáticos y ordenados realizados por las partes que intervienen en su sustanciación, requiere obviamente la participación de sujetos, es decir de personas cuya cualidad específica es la de ser titular de la capacidad jurídico-procesal, y con aptitud, de ejercicio de dicha capacidad. La regla es que esa capacidad de ejercicio la concreta por sí; y sólo excepcionalmente en los casos taxativamente previstos en la ley, puede hacerlo por intermedio de otra persona (García, 2015).

Los sujetos procesales. Según el Art. 439 del COIP, son cuatro.

1. La persona procesada.
2. La víctima
3. La Fiscalía
4. La Defensa. (Código Orgánico Integral Penal , 2019)

A continuación, se realiza un análisis particular de cada uno de estos sujetos.

1.3.3.1. La persona procesada.

Uno de los sujetos procesales que intervienen de forma indispensable en el desarrollo del proceso penal, es la persona procesada a quien, en la fase de investigación previa, se le denomina como investigado o sospechoso y cuando se le formula cargos en la sustanciación del correspondiente procedimiento se la denomina como procesado.

Al respecto el doctrinario Juan Salazar al referirse al procesado señala que (2015, pág. 33) el procesado es la persona en contra de la cual el Fiscal ha iniciado la instrucción, en razón de que ha encontrado indicios sobre la existencia de una infracción y existen elementos de convicción, de

que dicha persona pudiera tener la condición de autor, cómplice del delito cuya responsabilidad deberá ser debida y suficientemente demostrada en el desarrollo del juicio.

De acuerdo con lo que está previsto en el Art. 440 del COIP, el procesado es la persona natural o jurídica, contra la cual el fiscal realiza la formulación de cargos, es decir resuelve iniciar una instrucción fiscal en razón de contar con elementos suficientes para presumir su participación en el cometimiento de la infracción que se investiga. Conforme a lo establecido en el mismo artículo antes señalado, a la persona procesada le asisten todos los derechos que le son reconocidos en la CRE, en los Instrumentos de Derechos Internacionales suscritos por el Estado ecuatoriano, y los que contempla el COIP.

De lo expuesto de la norma en cita el procesado, es el sujeto procesal debidamente identificado contra quien se está ejerciendo una acción penal, por parte del fiscal como persecutor penal estatal, por la presunción de haber perpetrado un comportamiento infractorio de la norma jurídico-penal. Con el pleno derecho a una defensa técnica y garantizada en la Constitución, Convenios y Tratados Internacionales de Derechos Humanos y en la ley, cuya omisión acarrearía la nulidad del proceso (García, 2015).

Sin mayor inconveniente se entiende que la persona procesada es aquella contra la cual el Estado dirige su acción punitiva, y a la cual el Fiscal ha decidido formular cargos por presumir que tiene alguna participación en la infracción penal que se investiga. Es evidente que, las partes procesales, los sujetos auxiliares, y sobre todo los juzgadores están en la obligación de observar, garantizar y cumplir todos los derechos que tiene la persona procesada, ya que no se puede hacer un ejercicio arbitrario de la potestad de castigar.

1.3.3.2. La víctima.

Otro de los sujetos procesales que intervienen en el desarrollo del proceso penal es la víctima.

La víctima es la persona en contra de quien recae el daño, la ofensa o la vulneración de los bienes jurídicos que son tutelados por la norma penal, cuyo presupuesto se verifica al cometerse la infracción penal.

Además de la persona en la que directamente recae el daño, se consideran como víctimas a otras personas, que de forma indirecta reciben un perjuicio a consecuencia de la infracción penal. Se trata la víctima del sujeto pasivo de la conducta delictiva, es decir de quien de una forma directa o indirecta es perjudicada con la actuación de la persona que comete el delito, es por lo tanto el titular del bien jurídico que es protegido con la ley penal (Bracamontes, 2017, pág. 87).

El COIP, no presenta una definición específica acerca de la víctima, sin embargo, si señala a las personas a quienes se les otorga esa consideración dentro del proceso penal ecuatoriano, manifestando que son las siguientes:

1. La personas naturales o jurídicas, que han sufrido daño a algún bien jurídico de forma directa o indirecta.
2. La persona que ha sufrido alguna agresión física, psicológica, sexual o cualquier daño o perjuicio a sus derechos a consecuencia de la infracción penal.
3. El cónyuge, pareja en unión de hecho, ascendientes o descendientes, dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad con las víctimas directas de la infracción penal.

4. La persona que comparta el hogar de la persona agresora o agredida, en aquellos delitos cometidos en contra de la integridad sexual y reproductiva, integridad personal o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar
5. La persona que tenga la condición de socio o accionista en una compañía constituida en legal forma, que haya sido afectada por infracciones penales cometidas por sus administradores.
6. El Estado y las entidades públicas o privadas que resulten afectadas a consecuencia de una infracción penal.
7. Las personas que tengan interés directo en casos relacionados con infracciones que afecten derechos difusos o colectivos.
8. Las comunas, nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas en las infracciones que afecten de manera colectiva a los miembros del grupo.

Se debe dejar claro que la condición de víctima surge desde el cometimiento de la infracción penal, que provoca la vulneración de un bien jurídico o de un derecho, independientemente de que se logre procesar y de ser el caso sancionar a la persona que cometió la infracción al margen del hecho que pueda existir algún vínculo familiar entre la víctima y el infractor, puede denunciar en caso de violencia intrafamiliar, sexual o de género.

1.3.3.3. La fiscalía general del Estado.

El Art. 195 de la CRE, dice: "La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el

proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y, cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley". (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), en su Art. 282 de una forma más explícita detalla cuáles son las funciones de la FGE, y las delimita en las siguientes (Código Orgánico de la Función Judicial, 2018):

- Dirección e impulso de la investigación en la fase procesal y en las etapas procesales penales, en los casos de delitos de acción pública, función que puede ejercerla de oficio o a instancia de parte; si encuentra méritos la fiscalía debe acusar a las personas cuya responsabilidad presume en la infracción penal, ante el Juez competente, y sustentar esa acusación en el desarrollo del proceso.
- Dirección y coordinación de las actuaciones de la Policía Judicial, en la investigación previa y en las etapas del proceso penal.
- Garantizar la intervención de la defensa de las personas procesadas, en todas las diligencias desarrolladas en la investigación previa y en las etapas procesales en los procesos por delitos de acción pública, para ello serán notificados con la finalidad de que puedan intervenir

en las diligencias y aportar con elementos de descargo, si se actúa alguna diligencia en contravención con esto la misma no tendrá ninguna eficacia como prueba por quedar en indefensión y no poder contradecir.

- Dirección, coordinación y supervisión, de las actividades de intercambio de información y elementos probatorios, sobre personas nacionales o extranjeras que tengan alguna participación en delitos cometidos en territorio extranjero conforme a los instrumentos internacionales suscritos para el efecto.
- Dirección y coordinación, del Sistema Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que contará con la participación de organismos de gobierno y no gubernamentales, para poder definir en base a criterios técnicos y científicos, los procedimientos aplicables para que se ejecute la práctica de las pericias médico legales.
- Conceder y revocar, las designaciones, acreditaciones y habilitaciones al personal de la Policía Judicial.
- Expedición de manuales procedimentales y normativa técnica para la actuación de los miembros de la Policía Judicial, función que se cumplirá con la participación de la Policía Nacional.
- Brindar apoyo técnico a las personas que ingresan a realizar sus prácticas profesionales en las dependencias de la FGE.
- Organización y dirección del sistema de protección a víctimas, testigos y otras personas que tengan alguna participación en el proceso penal.

En el Art. 442 del COIP, se determina que la FGE se encarga de dirigir la investigación pre procesal y procesal penal, y que participa en el desarrollo del proceso hasta la culminación del mismo, se señala como obligación del Fiscal, la de instruir a la víctima respecto de los derechos que le asisten y en particular acerca de su participación en el correspondiente procedimiento.

En cuanto a las atribuciones de la FGE, el COIP reproduce casi de forma textual lo señalado en el COFJ, agregando de manera específica que debe garantizar la participación de Fiscales especializados en la investigación de aquellas infracciones catalogadas como delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, crímenes de odio, delitos cometidos en contra de personas que corresponden a los grupos de atención prioritaria reconocidos en la CRE, y en las materias que requieren una mayor protección (Código Orgánico Integral Penal , 2019).

El Art. 444 del COIP, recoge en específico las atribuciones del Fiscal, las que básicamente están relacionadas con: la recepción de denuncias en los delitos de acción pública; el reconocimiento de lugares, huellas, señales, armas, objetos, instrumentos con la participación de personal especializado; la formulación de cargos e impulso de la acusación; la disposición al personal especializado en investigación de las diligencias necesarias para esclarecer el hecho, la supervisión del cumplimiento de las disposiciones al personal especializado en investigación; la recepción de versiones de la víctima, y de personas que conozcan el hecho o a sus autores, y de la persona procesada; la solicitud al Juez competente para la recepción de testimonios anticipados y de los de las víctimas de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, trata de personas y violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar; impedir que las personas que tengan información necesaria para el esclarecimiento de la infracción se ausenten del lugar en que se cometió la misma; ordenar que la persona

procesada aprehendida en flagrancia sea puesta a órdenes de los jueces competentes, para que su situación jurídica sea resuelta; disponer al personal especializado en investigación, la identificación de la persona sospechosa o del procesado cuando la víctima o los testigos no sepan su nombre y apellido, pero puedan identificarla al verla; solicitar al juez que dicte las medidas cautelares y de protección necesarias para proteger a las víctimas y restablecer el derecho, de igual forma podrá solicitar la revocatoria o cesación de dichas medidas; ordenar la práctica de peritajes integrales de todos los indicios recopilados en la escena del delito, garantizando que se preserven y manejen de manera adecuada dichas evidencias; aplicación del principio de oportunidad; disposición de todas las diligencias investigativas que estime que son pertinentes y necesarias en el proceso (Código Orgánico Integral Penal , 2019).

De igual forma el fiscal está facultado para emitir un dictamen abstentivo, en el caso de que los elementos recaudados en la etapa de instrucción fiscal no le permitan presentar un dictamen acusatorio. El dictamen abstentivo deberá estar adecuadamente fundamentado y será notificado al Juez para que a su vez notifique a los sujetos procesales, esto de conformidad con el Art. 600 del COIP.

Cuando el cumplimiento de las atribuciones del Fiscal, implique una restricción a los derechos de las personas, se requerirá indispensablemente para ejecutarlas la orden de parte del juez competente, esto en razón de que es el juez el garante de los derechos de las partes.

De la recopilación y análisis de las normas constitucionales, legales y procesales que tienen relación con la FGE, se determina que este es el órgano que ostenta el monopolio de la investigación preprocesal y procesal penal, en la investigación previa, en la instrucción fiscal, orienta su investigación en forma objetiva, que le permitan formular cargos y demostrar la existencia de la infracción penal y la participación de la

persona procesada, en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, tiene dos opciones emitir dictamen o de abstención fiscal, para cuyo caso se estará a lo que dispone el Art. 600 del COIP. Y para a la audiencia de juicio a lo que dispone el Art. 609, ya que sin acusación fiscal no hay juicio, en definitiva, el Fiscal tiene un rol esencial, es representante de la sociedad, y por tanto también garante de los derechos de la víctima y el procesado, y es el único que ejerce la acción en delitos denominados de acción penal pública.

1.3.3.4. La defensa.

La persona procesada tiene derecho a la defensa, el cual debe ser ejercido mediante el patrocinio de un defensor técnico sea de la defensoría pública o privado, igual derecho le asiste a la víctima.

Desde una perspectiva general la defensa es la actividad orientada a garantizar el cumplimiento de los derechos de la persona procesada, y se basa en el derecho que le asiste a ser escuchado sea personalmente o a través de un abogado, pese a gozar del principio de inocencia y la carga de la prueba le corresponde al fiscal, por la libertad probatoria puede presentar lo que crea pertinente

La posibilidad de contar con un abogado defensor, es un derecho reconocido a las personas involucradas en un proceso penal, por la Constitución de la República del Ecuador, este derecho debe ser ejercido desde el momento que se apertura la fase de investigación previa, tan es así que el investigado al ser llamado a rendir su versión, debe contar con la presencia de un abogado privado o de la defensoría pública. quien debe ejercer la defensa técnica en la investigación previa y en todas las etapas del proceso hasta que concluya de forma definitiva el mismo (Vaca, 2010).

De acuerdo con el Art. 451 del COIP, la Defensoría Pública debe garantizar el acceso a la justicia de todas las personas, que por su condición económica no puedan acceder a los servicios de un defensor privado, derecho que debe cumplirse a plenitud y en igualdad de condiciones a favor de todas las personas en estado de indefensión, o que por su situación económica, cultural o social no pueden acceder a un defensor particular. Ningún defensor público, puede excusarse de ejercer la defensa de una persona, salvo los casos de excusa legal.

La asistencia de un defensor público que asuma la defensa técnica debe cumplirse desde la investigación previa y hasta que finalice el proceso, siempre y cuando no exista un defensor privado que se haga cargo de la defensa.

Las personas involucradas en un proceso penal, siempre recibirán instrucción respecto de su derecho a elegir otro defensor público o privado, y el juez, puede relevar de la defensa al defensor público cuando su ejercicio sea evidentemente deficiente, esto previa petición de la persona que así lo requiera.

Por su parte el Art. 452 del COIP, señala que la defensa de las personas involucradas en el proceso penal, será asumida por el abogado que ellas elijan, sin perjuicio del derecho a que se le asigne un defensor público.

En los casos en que el defensor privado no asista se designará un defensor público para el desarrollo de la audiencia, la inasistencia del abogado particular será informada al Consejo de la Judicatura, con la finalidad de que se le aplique las sanciones que correspondan.

1.4. El debido proceso penal.

1.4.1. Concepto.

Para tener una idea de lo que es el debido proceso, se debe analizar lo que al respecto dice Zavala (2012, pág. 24) el debido proceso, es aquel que empieza, se sustancia y concluye, observando en su desarrollo, los derechos, principios y normas que están contemplados en las normas constitucionales, en los instrumentos internacionales y en las leyes vigentes en el Ecuador, así como los principios de orden general que inspiran al derecho procesal penal, de modo que la administración de justicia sea justa, y que la actuación de los juzgadores se ajuste a una criterio de racionalidad y seguridad jurídica, que permita que la decisión judicial se tome en consideración al derecho y a los derechos fundamentales de las partes que intervienen en el proceso.

El debido proceso penal es aquel que se desarrolla garantizando el cumplimiento de los derechos fundamentales de las partes procesales, es decir tanto de la víctima como del procesado, observando para ello las garantías y principios que están reconocidos en la CRE, así como los principios y normas contemplados para el desarrollo de cada uno de los actos, fases y etapas procesales en el COIP, respetando ante todo la dignidad de los seres humanos que actúan como sujetos procesales.

1.4.2. Principios fundamentales del debido proceso penal.

Los principios y garantías fundamentales del debido proceso penal en el caso del Ecuador, se encuentran recopilados en la CRE bajo el nombre de derechos de protección, y a ellos se hará referencia tomado como base para el análisis el actual texto constitucional.

En el Art. 75 de la CRE, se reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, que garantiza que todas las personas puedan acceder de forma gratuita a la justicia, y obtener de los órganos competentes una respuesta que se ajuste a los principios de intermediación y

celeridad procesal. Esta norma prohíbe que las personas queden en indefensión, y declara que quien incumpla las decisiones pronunciadas por parte de los jueces, serán sancionados en la forma que contempla la Ley.

Las garantías básicas del debido proceso, aplicables en todos los procesos en los cuales se resuelva sobre los derechos y obligaciones de las personas, están previstas en el Art. 76 y son las que se mencionan a continuación:

1. Toda autoridad judicial o administrativa debe garantizar que se cumplan con las normas legales y los derechos de las partes que participan en el proceso.
2. La presunción de inocencia, según la cual toda persona será tratada y considerada inocente, hasta que su responsabilidad no esté debidamente declarada en una sentencia ejecutoriada.
3. Ninguna persona podrá ser juzgada ni sancionada por conductas que al momento de su cometimiento no estén debidamente tipificadas como infracciones penales o de cualquier otra naturaleza en una ley promulgada de forma previa, ni tampoco podrá imponérsele una sanción que no esté debidamente contemplada en la Constitución o en las leyes. El juzgamiento de una persona sólo se hará ante el juez competente en observancia y cumplimiento de trámite establecido en la ley para cada procedimiento.
4. Las pruebas que se obtengan o actúen violando los preceptos constitucionales o legales no tienen ninguna validez y por lo tanto no son eficaces como medios probatorios.
5. Cuando exista conflicto entre dos leyes que establezcan sanciones distintas para un mismo hecho, se aplicará la que sea menos

drástica, aun si fue promulgada con posterioridad a la infracción. Si existe duda en el juzgador respecto a las normas que contienen sanciones, se aplicará aquella que sea más favorable a la persona que cometió la infracción.

6. La ley deberá contemplar la necesaria proporcionalidad entre la infracción cometida y la pena aplicable.
7. El derecho a la defensa de las personas involucradas en el proceso penal, el cual contempla algunas garantías que por su importancia se puntualizan en los siguientes literales:
 - a. Ninguna persona podrá ser impedida de ejercer su derecho a la defensa, en ninguna de las etapas o fases en que se desarrolle el proceso.
 - b. Contar con el tiempo necesario y los medios propicios para preparar la defensa.
 - c. Ser escuchado dentro del proceso en el momento procesal adecuado y en condiciones de estricta igualdad.
 - d. Los procedimientos serán públicos, salvo aquellos que por disposición de la Ley deben ser privados. Las partes que intervienen en el proceso tendrán acceso a todas las actuaciones y documentos que formen parte del mismo.
 - e. Ninguna persona podrá ser interrogada, ni aún con fines investigativos por ninguna autoridad, sin la presencia de un abogado particular, los interrogatorios no podrán realizarse fuera de los lugares que han sido autorizados para cumplir ese propósito.

- f. Contar con la asistencia gratuita de un traductor o intérprete en los casos en que no hable o no comprenda el idioma que se utiliza para la sustanciación del proceso.
- g. En los procesos judiciales, contar con la asistencia de un abogado particular de su elección, o de un defensor público, tendrá pleno derecho a la comunicación en privado y de manera libre con su defensor.
- h. Realizar la presentación de las razones o argumentos que considere oportunos y contradecir los que presente la otra parte, de manera verbal o escrita, así como presentar prueba y contradecir aquellas que sean presentadas en su contra.
- i. Ninguna persona podrá ser juzgada más de una vez por la misma causa y materia, esta garantía será aplicable también en aquellos casos en que haya existido un proceso y una resolución por parte de los órganos de la justicia indígena.
- j. Los testigos y peritos, están en la obligación de comparecer ante los jueces competentes y responder el interrogatorio que se les formule.
- k. La persona será juzgada por jueces competentes, independientes e imparciales en ningún caso se crearán juzgados o tribunales de excepción ni comisiones especiales para juzgar a una determinada persona.
- l. Todas las resoluciones tomadas por los poderes públicos deberán contar con la correspondiente motivación, es decir se mencionarán las normas y principios que fundamentan la decisión judicial, y la explicación de cómo los preceptos se aplican a la infracción. Aquellos actos que no tengan la debida

motivación serán nulos, y los servidores responsables de los mismos serán sancionados en la forma prevista en la Ley.

- m. Finalmente se establece la garantía de que las personas puedan interponer los recursos correspondientes ante los fallos o resoluciones que se tomen en aquellos procesos en los que se decidan respecto de sus derechos.

En el Art. 77 de la CRE, se establecen algunas garantías básicas que se observarán en proceso penal en el caso de que la persona se encuentre privada de la libertad, sin embargo, por su relación con el tema de investigación serán revisadas más adelante.

Como garantías para las personas que tienen la condición de víctima en el proceso penal, el Art. 78 de la CRE, les reconoce el derecho a no ser revictimizadas, específicamente en los procedimientos que tienen relación con la obtención y valoración de pruebas, además serán protegidas frente a cualquier amenaza o forma de intimidación que pueda ejercerse en su contra. En el proceso deberán aplicarse los mecanismos para que exista una reparación integral de la víctima, lo cual comprende que se conozca la verdad de los hechos constitutivos de la infracción, la rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Además, se establece la existencia de un sistema de protección a las víctimas a los testigos y las demás personas que participan en el proceso.

Capítulo II

La prisión preventiva como medida cautelar aplicable en el proceso penal en el Ecuador

2.1. Las medidas cautelares.

Las medidas cautelares, se les conoce también como medidas de seguridad en doctrina, pueden ser de orden personal y real, dicho de otra manera, son limitaciones a la libertad personal y a los bienes

2.1.1. Concepto.

Zavala (2005, pág. 6) de forma textual afirma lo siguiente: “Es pues la medida cautelar aquella que tiende a controlar el cumplimiento de los fines inmediatos y mediatos del proceso penal, para evitar los riesgos que pudieran presentarse si no se adoptara tales precauciones”.

Para entender el criterio anterior es bueno considerar cuáles son los riesgos que pueden presentarse en el proceso penal, el primero y más obvio que la persona procesada evada la acción de la justicia a través de la fuga u ocultación; el segundo que a través de la enajenación de sus bienes asegure el cumplimiento del pago de la reparación integral a la víctima por los daños causados. Para evitar el primer riesgo se dictan medidas contra la persona del procesado como la prisión preventiva, para evitar el segundo riesgo se imponen otras medidas contra los bienes de la persona procesada, como el secuestro, la incautación, la retención, y la prohibición de enajenar

Las medidas cautelares son los mecanismos de los que se sirve el juzgador con el propósito de asegurar las finalidades del proceso penal, y que procuran garantizar que el procesado comparezca a su juzgamiento y

que existan los medios suficientes para garantizar también la reparación integral de la víctima, respecto de los daños que sufrió a consecuencia de la infracción penal.

En el Art. 519 del COIP, se encuentran establecidas de forma específica las finalidades que persigue el juzgador al ordenar una medida cautelar dentro del proceso penal y son básicamente las siguientes: a). Proteger los derechos de la víctima y demás personas que participan en el proceso penal; b). Garantizar que la persona procesada esté presente en el proceso penal, que cumpla con la pena y con la reparación integral a la víctima; c). Evitar la destrucción u obstaculización en la práctica de pruebas con la finalidad de desaparecer los elementos de convicción; y d). Garantizar que exista una efectiva reparación integral para la persona que tiene la condición de víctima de la infracción que se juzga en el proceso (Código Orgánico Integral Penal , 2019).

2.1.2. Clasificación.

2.1.2.1. Clasificación de las medidas cautelares personales.

De acuerdo con Ricardo Vaca (2010, pág. 659), las medidas cautelares personales están relacionadas directamente con el ejercicio de la acción penal y la sustanciación del proceso, pues pretenden vincular al procesado a la gestión investigativa desarrollada dentro del mismo. Estas medidas, están dirigidas y son aplicables en contra el sujeto contra el cual se dirige la acción investigativa y punitiva del Estado, es decir contra la persona procesada, quien es privada de su libertad, se trata de mecanismos subjetivos que tienen la finalidad de garantizar la imposición de una eventual sanción al responsable.

De forma muy precisa se puede señalar que las medidas cautelares personales son las que recaen sobre la humanidad de la persona

procesada, e implican una restricción de su derecho fundamental a la libertad.

De acuerdo con el Art. 522 del COIP, las medidas cautelares personales que pueden dictarse en contra de la persona procesada, tienen la finalidad esencial de asegurar su presencia, y son principalmente las siguientes: a). La prohibición de salir y ausentarse del país; b). La obligación de presentarse de forma periódica ante el juez a cargo del proceso o ante la autoridad o institución que él ordene; c). El arresto domiciliario; d). Portar un dispositivo de vigilancia electrónica en su cuerpo; e). La detención; y f). La prisión preventiva (Código Orgánico Integral Penal , 2019).

Expresamente aclara la norma antes mencionada que la prisión preventiva será el último recurso a aplicarse por el juzgador, en cuanto se refiere a medidas cautelares personales, por eso menciona que de forma prioritaria se aplicará las medidas que no implican privación de libertad.

2.1.2.2. Medidas cautelares reales.

Además de las medidas cautelares personales, de acuerdo con lo previsto en la legislación procesal penal ecuatoriana, es posible que el juez recurra a la aplicación de medidas cautelares reales.

Medidas cautelares reales las que se dictan sobre los bienes, muebles o inmuebles, que son propiedad del procesado, estas medidas implican una limitación en cuanto se refiere a la libre administración y disposición sobre esos bienes, y se imponen con la finalidad de asegurar todas aquellas consecuencias económicas y responsabilidades pecuniarias que pueden derivarse del cometimiento de la infracción, tanto en favor de la persona que tienen la condición de víctima como del mismo Estado en el caso de que tales medidas se imponen con la finalidad de garantizar el

cumplimiento de multas y otras sanciones que implican un rubro patrimonial (Salcedo, 2006, pág. 66).

En definitiva, las medidas cautelares reales, recaen sobre los bienes de propiedad de la persona procesada y se dictan por el Juez competente, con la finalidad de asegurar que, en caso de determinarse su responsabilidad en el cometimiento de la infracción, pueda resarcirse a la víctima. Estas medidas atienden siempre a la finalidad de que la víctima reciba una reparación pecuniaria por el daño sufrido a consecuencia del delito.

De acuerdo con el Art. 549 del mencionado Código, las medidas que el juzgador puede ordenar sobre los bienes de la persona procesada, sea ésta natural o jurídica son las siguientes: a). El secuestro; b). La incautación; c). La retención; y d). La prohibición de enajenar (Código Orgánico Integral Penal , 2019).

Es oportuno establecer como criterio final, que existe una diferencia entre medidas cautelares personales y medidas cautelares reales, puesto que las primeras recaen sólo sobre la persona natural que tiene la condición jurídica de procesado dentro del proceso penal; mientras que las medidas cautelares reales pueden imponerse tanto en contra de las personas naturales como de las personas jurídicas que se encuentran siendo sometidas a un proceso penal.

2.2. La prisión preventiva.

2.2.1. Concepto.

En la doctrina ecuatoriana, la prisión preventiva ha sido asumida como un acto cautelar, que es dispuesto por el juez penal, cuando se cumplen los presupuestos que de manera específica están contemplados en la ley, que se dicta con la finalidad de que la persona procesada, sea

provisionalmente privada de su libertad. Esta privación de la libertad, subsiste hasta que estén vigentes los presupuestos que sirvieron para sustentar la decisión del juzgador al dictarla, hasta que se dicte sentencia condenatoria, o hasta que se encuentren elementos necesarios para suspender esta medida (Zavala, 2012, pág. 220).

De acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) la prisión preventiva es entendida como todo el tiempo de privación de la libertad de aquella persona que es sospechosa de haber cometido un delito, y que es ordenada por la autoridad judicial competente, previo a la existencia de una sentencia en firme (2013, pág. 13) .

La prisión preventiva, es una medida cautelar personal, que implica la restricción total de la libertad ambulatoria de la persona procesada, por lo que se trata de un medio cautelar de connotaciones muy graves, al significar su internamiento en un centro de privación de la libertad, mientras se sustancia el procedimiento para determinar su responsabilidad en la infracción que se investiga. Esta medida se reemplaza por una condena en caso de ser declarado responsable, o por la libertad obtenida al ratificarse su estado de inocencia. No puede prolongarse en ningún caso más allá de los límites temporales establecidos en la Constitución y en la Ley, puesto que de hacérselo se estaría incurriendo en una privación ilegal de la libertad de la persona, que se encuentra sancionada drásticamente en el ordenamiento jurídico del Ecuador.

2.2.2. Finalidad.

De acuerdo con el Art. 519 del COIP, las finalidades por las que el juzgador puede ordenar una o varias medidas cautelares son; proteger los derechos de la víctima y de los demás partícipes del proceso penal; garantizar la presencia del procesado en el proceso, el cumplimiento de la pena y la reparación integral a la víctima; evitar la destrucción u

obstaculización en la práctica de pruebas o la desaparición de elementos de convicción; y, garantizar la reparación integral a las víctimas.

La prisión preventiva como medida cautelar personal, persigue dos objetivos precisamente de cautela, que son garantizar que el proceso penal se desarrolle y que se cumpla con la eventual ejecución de la pena; estos propósitos se logran exclusivamente si el juez se asegura de evitar el riesgo de fuga del procesado y los obstáculos para que pueda averiguarse de forma contundente la verdad.

Si se utiliza la prisión preventiva con fines distintos se pierde su finalidad y naturaleza, por eso no puede ser utilizada con la finalidad de mitigar una alarma social, anticipar el cumplimiento de la pena, ni impulsar a que la Fiscalía en representación del Estado actúe instruyendo al procesado, toda función que no esté acorde con los fines legítimos de la prisión preventiva, que no son otros que los procesados, hacen que la decisión del juzgador al ordenarla se convierta en injusta e ilegal (Del Río, 2018, pág. 100).

La finalidad de la prisión preventiva, es absolutamente concreta, al recaer sobre la persona del procesado, procura que éste comparezca al proceso y que, en caso de ser declarado responsable de la infracción, cumpla la pena que le corresponde de acuerdo con la sanción contemplada en el tipo penal al que ha adecuado su conducta infractora y por la que ha sido procesado aplicando el principio de congruencia.

Es claro que el propósito por el cual se dicta la prisión preventiva de la persona procesada, es evitar que ésta, estando en libertad, opte por evadir la acción de la justicia y se fugue, restando o anulando de esta forma la posibilidad de que el Estado ejerza su poder punitivo y sancione al responsable del cometimiento de una infracción. Obviamente, la fuga de la persona procesada lesionaría gravemente los derechos de la víctima, a ser

resarcida por los perjuicios que le fueron causados a consecuencia de la infracción (Jiménez, 2011).

2.2.3. Características.

Es una medida cautelar personal: Se trata de una medida cautelar que recae exclusivamente sobre la persona del procesado, restringiendo su libertad ambulatoria (Bastidas, 2014, pág. 53).

Es facultativa. Sólo puede ser ordenada por parte del juez o tribunal de garantías competente dentro la sustanciación de un proceso penal.

Debe cumplir con el principio de legalidad. Debe dictarse por parte del juez, en los casos y con el cumplimiento de los requisitos y formalidades establecidos en la norma procesal.

Es excepcional. Se aplica con el carácter de excepcional, y debe imponerse sólo en casos extremos, y observando siempre los derechos fundamentales y las garantías constitucionales de los ciudadanos.

Es subsidiaria. Se aplica solo en aquellos casos en que las otras medidas cautelares contempladas en la legislación procesal penal ecuatoriana sean insuficientes para garantizar la comparecencia del procesado.

Es temporal. No puede prolongarse arbitrariamente en el tiempo, existen normas constitucionales y legales que establecen límites temporales para la vigencia de esta medida, estableciendo plazos que una vez cumplidos provocan como efecto la caducidad.

Es revocable. El juez como titular del proceso penal, puede disponer la revocatoria de la prisión preventiva, cuando a su criterio se

hayan desvanecido los presupuestos legales que dieron lugar a la imposición de esta medida, se revoca también cuando se ha dictado el sobreseimiento, o cuando se han cumplido los plazos constitucionales y legales de vigencia de esta medida.

Es sustituible. La ley contempla la posibilidad de que la prisión preventiva sea sustituida por cualesquier otra de las medidas cautelares personales contempladas en la legislación procesal penal.

Debe ser motivada. La decisión judicial que la contiene tiene que estar perfectamente motivada por parte del juzgador que dispone la aplicación de esta medida cautelar.

Debe cumplir con el criterio de proporcionalidad. Debe ser dispuesta por el Juez atendiendo al criterio de coherencia y racionalidad que debe existir entre la gravedad de los hechos que se investigan y la afectación de los derechos fundamentales que esta medida implica.

Es imputable a la pena. Todo el tiempo que la persona haya permanecido privada de la libertad abajo el régimen preventivo, será imputable al cumplimiento de la pena (Galarza, 2009, págs. 84-88).

Las anteriores son las características principales que se identifican como elementos diferenciadores de la medida cautelar de la prisión preventiva

2.3. El ius puniendi.

El proceso penal, es una forma de ejercer el ius puniendi, es decir el derecho del Estado de perseguir y sancionar todas aquellas conductas que puedan afectar el orden y la tranquilidad social, pero con las limitaciones que la Constitución y la ley le imponen esto es la aplicación del principio de

mínima intervención penal y el principio de oportunidad y evitar el abuso del poder sancionador del Estado

La aplicación de la prisión preventiva, como una medida cautelar que restringe derechos fundamentales, si no se ajusta a los postulados constitucionales y legales para que el juzgador pueda imponerla, representa un exceso en el ejercicio del ius puniendi que no puede permitirse en el Estado de derecho. La facultad de castigar debe ser ejercida exclusivamente, cuando se ha establecido en forma coherente, lógica y ajustada de manera estricta a los medios probatorios, una verdad histórica, que le permite al juzgador tener la certeza absoluta de la responsabilidad y culpabilidad de la persona procesada, sólo allí deberá imponer una condena. Pensar que la prisión preventiva permite anticipar el ius puniendi es antijurídico y ningún juez garantista debería actuar sobre esa premisa, únicamente se garantiza las finalidades del proceso, pero el derecho de castigar sólo se ejercerá cuando este concluya y de manera categórica se establezca que se debe sancionar a una persona al cumplimiento de una pena (Viteri, 2004).

La prisión preventiva, no debe ser asumida en ningún momento como una de las formas de ejercer la potestad de castigar que le asiste al Estado para mantener el orden social (Ríos & Bernal, 2018).

El ius puniendi, debe ser ejercido en contra de las personas que han sido declaradas responsables de una infracción penal que ha lesionado derechos individuales y ha alterado el orden social, entonces la prisión preventiva debe aplicarse de la forma más legal y racional como sea posible, atendiendo al criterio de justicia y respeto a los derechos fundamentales de las personas.

2.4. La mínima intervención penal.

El principio de mínima intervención penal, implica que el derecho penal como uno de los mecanismos coercitivos de los que el Estado disponer para la resolución de los conflictos de orden social y para el cumplimiento de sus decisiones, será empleado en caso de necesidad estricta e infranqueable (Osafrán, 2014, pág. 39).

El principio de mínima intervención penal es mencionado en forma expresa en el Art. 195 de la CRE, que impone al fiscal el ejercer la acción pública en base a este principio (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

La mínima intervención penal está considerada también como uno de los principios generales en el Art. 3 del COIP, el cual establece el precepto, de que la intervención penal será legítima siempre y cuando exista la estricta necesidad de aplicarla para proteger a las personas. Aquí mismo se incorpora el principio de última ratio, al establecer que se trata del último recurso, cuando para cumplir el propósito antes indicados no son suficientes y efectivos los mecanismos legales de naturaleza extrapenal (Código Orgánico Integral Penal , 2019).

Zambrano (2009, pág. 41), el respeto a un derecho penal mínimo, y a la mínima intervención penal, se da cuando el Juez, utiliza la prisión preventiva como un recurso extremo es decir para dentro de los procesos penales en los que se persiguen las infracciones más graves, pero esto no significa que a través de la sustitución de esta medida se ponga en libertad a personas responsables de conductas delictivas realmente graves.

La mínima intervención como principio esencial del derecho penal y procesal penal, determina que la prisión preventiva sea utilizada únicamente cuando su aplicación sea estrictamente necesaria para cumplir con la finalidad del proceso, cuando por la gravedad del daño ocasionado a la víctima, la peligrosidad de la persona procesada, la naturaleza de la

infracción y algunos otros factores, el Juez llegue al convencimiento pleno de que se debe restringir el derecho fundamental a la libertad de la persona, mediante la aplicación de esta medida.

2.5. El principio de última ratio.

“última ratio” significa última razón, o último recurso. De este significado se entiende que el principio al que se hace referencia ahora, implica que el derecho penal, será el último recurso, y se acudirá a él sólo cuando los demás mecanismos de control social hayan resultado ineficaces. Por este principio es obligatorio recurrir a mecanismos menos drásticos, para la protección de los bienes jurídicos individuales y de los intereses de la sociedad. El de última ratio, es un principio que condiciona la labor del legislador al momento de crear normas penales de control social, como a los jueces que intervienen en la aplicación de los preceptos penales y procesales penales a los casos que son puestos a su juzgamiento, obviamente también está sometido a este principio el Estado representado por la Fiscalía, que en ejercicio de sus potestades deberá decidir si la formulación de cargos y el inicio de un proceso es el mecanismo más adecuado para garantizar la vigencia de los derechos y el cumplimiento de los fines sociales relacionados con la justicia y la paz (Moreno, 2015, pág. 1332).

La prisión preventiva es de última ratio, y debe recurrirse a ella cuando el juzgador tenga el convencimiento de que las demás medidas cautelares contempladas en el proceso penal, son insuficientes para garantizar las finalidades del mismo, quedando como único e ineludible camino privar de la libertad a las personas procesadas. En la determinación de la necesidad de aplicar la prisión preventiva es importante que el Fiscal demuestre que los demás mecanismos cautelares no son suficientes, el Juez por su parte debe evaluar todos esos razonamientos, y decidir si efectiva y contundentemente, la comparecencia del procesado y

el cumplimiento de la posible sanción, no se garantizan de manera suficiente con los mecanismos cautelares distintos a la prisión preventiva (Velecela, 2019).

La prisión preventiva es una medida cautelar personal de última ratio, pues como ya se manifestó anteriormente en el COIP, en su Art. 522 se hace constar que todas las medidas cautelares personales que no impliquen una restricción absoluta de la libertad se aplicarán de forma prioritaria a la prisión preventiva.

2.6. La prisión preventiva y los derechos del procesado.

2.6.1. El derecho a la libertad.

Sobre la prisión preventiva como una medida restrictiva del derecho fundamental a la libertad personal López (2014), se ha referido en la siguiente forma:

“No cabe la menor duda, que la prisión preventiva es la medida de mayor lesividad contra el derecho a la libertad personal, por eso, tal medida extrema, sólo tendría justificación cuando se cumplen estrictamente los presupuestos materiales y formales que la ley establece para su aplicación” (pág. 54).

En efecto, de las medidas cautelares personales contempladas en el COIP, es la prisión preventiva la que mayor afectación representa para el derecho a la libertad personal del procesado, por eso es obligación principal de los juzgadores, dictar esa medida únicamente en aquellos casos en que se cumplen todos los presupuestos y la estricta necesidad de recurrir a ella para garantizar las finalidades del proceso.

Resulta a todas luces evidente que el derecho fundamental que más directamente se afecta a consecuencia de la aplicación de la prisión preventiva, es el derecho a la libertad.

Cuando un Juez o Tribunal, ordenan la aplicación de esta medida cautelar de carácter personal, el procesado debe permanecer internado en los centros de rehabilitación social, entonces su capacidad ambulatoria se ve restringida a los espacios físicos con los que cuentan estos centros que son demasiado limitados e incómodos

Además la persona privada de la libertad, bajo el régimen de prisión preventiva no puede realizar otras actividades, que están directamente relacionadas con el ejercicio de su derecho a la libertad personal, así no puede tener una vida familiar y social normal, no puede realizar sus actividades laborales ni económicas, no puede participar de la vida cultural y social de su entorno, etc., todas estas situaciones implican una restricción a la libertad personal que resulta como consecuencia directa de la aplicación de la prisión preventiva.

La restricción de la libertad y el internamiento de una persona para que cumpla con la medida cautelar de prisión preventiva, pone en riesgo también todos los derechos relacionados con la dignidad humana, puesto que son bien conocidas y bastante difundidas las condiciones del sistema penitenciario ecuatoriano actual, lo que implica que toda persona que viva en un centro de rehabilitación social, está sometida a un trato injusto.

Por lo antes expresado es indispensable que la medida cautelar de carácter personal, de prisión preventiva, cumpla estrictamente con todos los requisitos indispensables para su procedencia, y que el juzgador la dicte cuando tenga el convencimiento pleno y absoluto de que su aplicación es infalible e ineludible para garantizar las finalidades del proceso, pero si existen otros mecanismos procesales es obligación principal del juzgador recurrir a ellos en lugar de privar de la libertad a la persona procesada.

2.6.2. La presunción de inocencia.

La CRE, en su Art. 76, num. 2 establece: "Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada" (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

A través del precepto constitucional anterior, se instituye el derecho a la presunción de inocencia, que deberá ser respetado y observado por el Estado en favor de todas aquellas personas respecto de las cuales se presume su participación en una infracción penal y están siendo juzgadas para determinar si son o no responsables de este acto, y en caso de verificarse esta hipótesis someterlas a la sanción prevista en la ley penal, en caso contrario ratificar su estado de inocencia.

Se vulnera la presunción de inocencia a través de la aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar personal, por cuanto la persona procesada, a quien no se la ha declarado culpable todavía, empieza a asumir una consecuencia penal, que es la privación de la libertad mientras se resuelva su situación jurídica.

Esto debe ser mirado desde el punto de vista de los prejuicios de orden social, pues para el común de los ciudadanos la persona que está detenida es delincuente, lo que provoca una grave afectación de carácter psicológico y emocional para la persona procesada, especialmente y con más razón en aquellos casos en que es inocente de la infracción por la que se le persigue e instaurado el proceso.

La presunción de inocencia debe ser el principio fundamental, que tiene que ser considerado por los jueces al momento de aprestarse a dictar las medidas cautelares dentro del proceso penal, pues si se deciden por

imponer la prisión preventiva como la medida más drástica se lesionará gravemente este derecho, ya que el propio procesado incluso asume la privación provisional de su libertad como un castigo injusto que el Estado le impone, especialmente si está absolutamente convencido de su inocencia.

El trato que en el sistema penitenciario reciben las personas que están sometidas a una orden de prisión preventiva, no es diferente al trato que tienen las personas que ya han sido condenadas, es decir que una vez que la persona es recluida en un centro penitenciario para ella acaba su estado de inocencia, por cuanto el tratamiento dentro de las cárceles no admite ninguna diferenciación, de igual forma será tratado desde la perspectiva social, en donde como ya se ha mencionado se estima que toda persona que se encuentra recluida en un centro de rehabilitación social es porque tiene participación de un delito, es decir la presunción de inocencia es vulnerada de una forma directa al dictarse la prisión preventiva (Cabezón, Mauci, Araneda, & Ríos, 2013).

Sería indispensable que para garantizar la presunción de inocencia y para cambiar los estigmas que existen en la sociedad respecto de que si una persona recibe una orden de prisión preventiva en su contra, es porque es culpable de un ilícito; se revise el régimen jurídico de esta medida cautelar y su aplicación por parte de los jueces y tribunales de garantías penales en el Ecuador, y que además se establezca un tratamiento diferenciado para las personas que están cumpliendo una prisión provisional hasta que se resuelva el proceso penal en su contra, esto con la finalidad de evitar consecuencias tan graves como la reproducción de las conductas delictivas en la sociedad.

Capítulo III

La prisión preventiva en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y la transgresión en la que incurren los jueces de garantías penales al dictarla en la mayoría de los casos que conocen

3.1. La prisión preventiva en la Constitución de la República del Ecuador.

El Art. 77 de la CRE, en su num. 1, empieza estableciendo la excepcionalidad de la prisión preventiva, declarando que la privación de la libertad será la excepción y no la regla general, y que se aplicará con el propósito exclusivo de garantizar la comparecencia de la persona procesada, el derecho de la víctima a una justicia oportuna, y el cumplimiento de la pena.

Toda restricción de la libertad procederá con orden escrita del Juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades previstas en las normas legales.

El num. 2 del artículo comentando, señala que ninguna persona será recibida en los centros de privación de la libertad, sin que exista la orden escrita del juez competente, salvo en los casos de flagrancia. Las personas procesadas, permanecerán en centros de privación provisional de la libertad, legalmente escogidos.

Esta norma constitucional no se cumple de manera efectiva e integral en la sociedad ecuatoriana, pues existen muchos centros de rehabilitación en donde las personas no condenadas debe compartir los mismos espacios de internamiento que aquellos que ya han sido sentenciados, lo que implica un grave atentado a sus derechos constitucionales y un riesgo para su

integridad personal, además de tener otras consecuencias de tipo negativo como la posibilidad del contagio delincencial, es decir que la persona procesada mientras permanece internada aprenda nuevas conductas delictivas o se involucre en ellas.

En el num. 3 de la disposición constitucional comentada, se determina que toda persona al momento de ser detenida deberá conocer de forma clara y sencilla, las razones por las cuales le detienen, la identidad del juez que emitió la orden correspondiente y la de quienes la ejecutan.

Exclusivamente en lo relacionado con la prisión preventiva el num. 8 del Art. 77 de la CRE, establece que, bajo la responsabilidad del juez a cargo del proceso, esta medida no podrá exceder de seis meses en las causas sustanciadas para perseguir delitos sancionados con prisión, ni de un año en delitos sancionados con reclusión, una vez excedidos estos plazos la orden de prisión preventiva queda sin ningún efecto.

La decisión del juez de ordenar la prisión preventiva, se mantiene vigente en el decurso del plazo antes manifestado, pero se suspenderá, si la persona procesada a través de cualquier medio retarda, impide o evade su juzgamiento.

Si la dilación en el proceso y la caducidad de la medida es imputable a acciones u omisiones de los jueces, fiscales, defensor público, peritos, o servidores de órganos auxiliares dentro del proceso, se les sancionará por haber incurrido en una falta gravísima.

Obviamente una vez que se produce la caducidad de la prisión preventiva, o que en la sustanciación del proceso se dicta sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento, la persona procesada deberá recobrar de forma inmediata su libertad, esto de conformidad con el num. 10 de la disposición constitucional que se revisa.

El num. 11 del Art. 77 de la CRE, le impone al Juez, la obligación de aplicar medidas cautelares alternativas a la privación de la libertad, dichas medidas se aplicarán conforme a los casos, plazos, condiciones y requisitos que se encuentran contemplados en las normas legales.

3.2. La prisión preventiva en los instrumentos internacionales suscritos por el Ecuador.

3.2.1. Declaración universal de derechos humanos.

Esta declaración es el principal instrumento internacional de reconocimiento y protección de los derechos humanos, y en su Art. 3, proclama que toda persona tiene derecho a la libertad (Declaración Universal de los Derechos Humanos , 2015).

A través de este reconocimiento, se reafirma el hecho de que la libertad es un derecho humano fundamental de todas las personas y que todos los Estados que han suscrito esta Declaración, están obligados a desarrollar las normas jurídicas y los mecanismos procesales internos para protegerlo y garantizarlo.

El Art. 9, declara que ninguna persona podrá ser arbitrariamente detenida, presa, ni desterrada. A través de este precepto el instrumento jurídico internacional analizado prohíbe que los seres humanos sean arbitrariamente detenidos o tomados presos, esta prohibición impide que la prisión preventiva sea dictada de una forma arbitraria, por lo que los jueces están en la obligación de acatar de manera puntual, todos los requisitos, presupuestos, elementos fácticos y demás que justifiquen el uso racional y justo de esta medida cautelar de orden personal.

En el Art. 11, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de manera específica se hace un reconocimiento al derecho a la presunción de inocencia, de las personas que están siendo acusadas del cometimiento de un delito, este derecho deberá garantizarse y respetarse conforme el contenido del precepto analizado, hasta que se no pruebe la culpabilidad de la persona procesada en aplicación estricta de la ley y conforme al desarrollo de un juicio que debe cumplir con todas las garantías necesarias para que pueda ejercer su defensa.

De esta forma se plantean los lineamientos generales que constan en la Declaración estudiada y que guardan relación con la prisión preventiva.

3.2.2. Convención americana sobre derechos humanos.

El Art. 7, reconoce las garantías del derecho a la libertad personal de las personas, y establece que todos tienen derecho a la libertad.

Se impone en el num. 2 del Art. antes mencionado, la prohibición en el sentido de que ninguna persona podrá ser privada de su libertad personal, excepto que se trate de causas y condiciones que se encuentran establecidas de forma previa en la Constitución o en las leyes promulgadas conforme a sus preceptos.

El num 3., proclama que ninguna detención o encarcelamiento serán dispuestos ni ejecutados de forma arbitraria; este precepto obliga a los juzgadores a ponderar y justificar de manera legal el empleo de las medidas que dispongan la privación de la libertad de las personas.

También se incorporan algunas garantías importantes de obligatorio cumplimiento respecto de la prisión preventiva, como por ejemplo que a toda persona detenida deberá informársele las razones de su detención y

de la acusación que se realiza contra ella; que toda persona detenida deberá ser llevada ante los jueces competentes y juzgada en un plazo razonable. Incluso se contempla la posibilidad de que sea puesta en libertad, cuando existan mecanismos que permitan garantizar su comparecencia al proceso, permitiendo así que la prisión preventiva pueda ser sustituida por medidas alternativas que no impliquen la restricción del derecho a la libertad; se establece la posibilidad de que la persona privada de la libertad, pueda recurrir ante los tribunales competentes, respecto de la legalidad de su detención, sin que este recurso pueda ser limitado y mucho menos negado.

En el num. 2 del Art. 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, se establece como una garantía judicial, el derecho a la presunción de inocencia, que subsistirá hasta que no se establezca de forma legal su culpabilidad en el cometimiento de la infracción penal.

3.3. La prisión preventiva en el Código Orgánico Integral Penal.

Respecto a la característica de que la prisión preventiva es imputable a la pena en el caso de que el procesado sea condenado, el Art. 59 del COIP en su inciso segundo claramente determina que el tiempo de privación de la libertad que se haya cumplido por la vigencia de la prisión preventiva, será computado en su totalidad para el cumplimiento de la sentencia.

En el Art. 522, se hace referencia a la prisión preventiva, como una de las medidas cautelares que puede ser impuesta por el Juez, en esta medida se aclara que la privación de la libertad será el último recurso al que deberá acudir, por lo que de forma prioritaria y conforme a las circunstancias del caso, se deben aplicar las demás medidas cautelares que contempla el COIP.

El Art. 534 del COIP, empieza mencionando cual es la finalidad de la prisión preventiva, al señalar que esta medida será adoptada por el Juez, para garantizar que la persona procesada comparezca al proceso y que se cumpla la pena.

Para dictar la prisión preventiva conforme a la norma antes mencionada, se requiere que exista solicitud fundamentada de parte del Fiscal, y que se verifiquen puntualmente los siguientes requisitos.

- a. “Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción” COIP (2019).

Este requisito exige que el Fiscal cuente con indicios concretos y graves, de que se ha cometido un delito que conforme a las normas del COIP es de acción pública. Para entender esta situación conviene recordar que con excepción de los delitos de ejercicio privado de la acción que de conformidad con el Art. 415 del mismo Código son: calumnia, usurpación, estupro y lesiones que causen una incapacidad o enfermedad de hasta treinta días, excepto de aquellos que estén relacionados con sucesos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, en los que no se puede dictar prisión preventiva, pues el proceso inicia por decisión exclusiva de la víctima mediante querrela.

Los demás delitos son de ejercicio público de la acción, es decir su persecución corresponde a la Fiscalía sin necesidad de denuncia, entre estas infracciones están por ejemplo: asesinato, violación, cohecho, etc.

- b. “Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción” COIP (2019).

De acuerdo con este requisito, el Fiscal debe contar con indicios claros y concretos de que la persona procesada tenga algún tipo de

participación sea como autor o cómplice en la infracción que está siendo investigada.

Para esto se debe tomar en cuenta que tiene la condición de autor inmediato quien comete la infracción de manera directa o quien teniendo el deber jurídico de hacerlo no impide o procura impedir que se ejecute el delito; es autor mediato quien instiga o aconseja a otra persona para que cometa una infracción; quien ordena el cometimiento de la infracción a otra persona por precio, dádiva, promesa, ofrecimiento o cualquier otro medio fraudulento; quien por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo obliga a otro a cometer la infracción; o, quien ejerce un poder de mando en la organización delictiva.

Tiene la condición de coautor, la persona que coadyuva a la ejecución de un delito de modo principal, practicando de forma deliberada e intencional algún acto sin el cual no se hubiere cometido la infracción (Art.42 COIP).

Por lo tanto, no es suficiente que exista una sospecha de participación, los indicios de que la persona procesada ha participado en el cometido del delito deben ser claros y concretos, de lo contrario se promovería una detención arbitraria.

c. “Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena” COIP (2019).

Este requisito exige que tanto el Fiscal como el Juez que conozca del proceso, una vez que se han verificado los requisitos señalados anteriormente, evalúen y analicen de manera fundamentada, si la aplicación de la prisión preventiva es estrictamente necesaria para garantizar que la persona procesada comparezca a su juzgamiento y para

que cumpla la pena que le sea impuesta en caso de una sentencia condenatoria. Se debe analizar de manera mesurada si las demás medidas cautelares, que no representan privación de la libertad, no son suficientes y sólo si se llega a esa conclusión se deberá ordenar la prisión preventiva. En este análisis se tomará en cuenta situaciones como las siguientes: gravedad del delito, gravedad de la pena, riesgo de fuga, las circunstancias de detención del procesado, el incumplimiento previo de medidas cautelares, etc., estos elementos contribuirán a fundamentar la excepcionalidad de la prisión preventiva como la medida adecuada para garantizar que se cumplan las finalidades del proceso penal.

- d. “Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año” COIP (2019).

Este requisito garantiza que la prisión preventiva no puede aplicarse en infracciones cuya pena no sea mayor a un año, con la finalidad de evitar que la aplicación de esta medida resulte más grave que la pena, es decir se busca una proporcionalidad entre la infracción cometida y el perjuicio que ocasiona a la persona procesada la privación de su libertad a consecuencia de esta medida cautelar personal.

Como elemento a ser considerado por el juzgador al momento de dictar la prisión preventiva, se establece la consideración respecto de si la persona procesada, anteriormente incumplió alguna medida alternativa dispuesta en su contra.

3.4. Revocatoria de la prisión preventiva.

Otra de las características que se mencionó cuando se analizó doctrinariamente a la prisión preventiva es la revocabilidad. El Art. 535 del COIP, determina que esta medida podrá ser revocable en cualquier de los siguientes presupuestos:

- a). Cuando los indicios o elementos de convicción que la sustentaron han sido desvanecidos.

Si los indicios respecto de la existencia de la infracción o de la responsabilidad de la persona procesada, que sustentaron la decisión de ordenar la prisión preventiva, se desvirtúan en base a la investigación desarrollada por el Fiscal, debe solicitarse la revocatoria de la prisión preventiva, puesto que mantener esta medida sería un acto arbitrario e injusto en contra del derecho a la libertad.

- b). Cuando se ha ratificado el estado de inocencia o se ha dictado sobreseimiento en favor de la persona procesada.

Si se dicta sentencia absolutoria o sobreseimiento en favor de la persona contra la cual se sustancia el proceso, como efecto inmediato debe revocarse la prisión preventiva dictada en su contra, pues sería injusto mantener privado de la libertad a alguien respecto del cual se ha llegado al convencimiento que no tiene participación alguna en la infracción que se persigue.

- c). Cuando opera la caducidad de la prisión preventiva por haberse cumplido los plazos establecidos en la Constitución y en la Ley, evento en el cual no podrá volverse a dictar prisión preventiva.

Existen plazos para la vigencia de la orden de prisión preventiva, la cual no puede exceder de seis meses en delitos cuya pena privativa de la libertad es de hasta cinco años, ni de un año en delitos que se sancionan con penas mayores a los cinco años. Cumplidos estos plazos de manera inmediata deberá dictarse que dicha orden ha caducado y disponer de manera inmediata la libertad del procesado. En estos casos no puede volver a dictarse la prisión preventiva en contra de la persona procesada.

- d). Por existir una declaratoria de nulidad que afecta a la prisión preventiva.

Si se dicta la nulidad lo actuado en el proceso y esa declaratoria afecta a la prisión preventiva, deberá revocarse esta medida. La nulidad se dicta por ejemplo en los casos en que exista una violación de trámite que influya en la decisión del proceso o que pueda ocasionar la indefensión de la persona procesada.

3.5. Sustitución de la prisión preventiva.

Respecto a la posibilidad de que la prisión preventiva sea susceptible de sustitución, el Art. 536 del COIP, menciona que esta medida cautelar de carácter personal, podrá ser sustituida por las medidas cautelares que están previstas en el referido Código.

No puede aplicarse la sustitución, si se trata de infracciones para las cuales se contempla una sanción consistente en una pena de privación de la libertad por más de cinco años. Cuando se incumpla la medida dictada en sustitución, el Juez dejará sin efecto la misma y ordenará la prisión preventiva de la persona procesada.

Existen algunos casos especiales en que la prisión preventiva podrá ser sustituida por otras medidas como el arresto domiciliario y el uso del dispositivo de vigilancia electrónica, esto sin perjuicio de la pena con la cual se sancione la infracción perseguida, estos presupuestos son los siguientes:

- a). Si la persona procesada es una mujer embarazada y se encuentra hasta dentro de los noventa días posteriores al parto, si el niño nace con alguna enfermedad que requiere cuidados especiales la medida sustitutiva se extenderá hasta noventa días más como máximo.

b). Si se trata de personas procesadas con una edad mayor a sesenta y cinco años de edad.

c). Si se trata de personas procesadas afectadas por una enfermedad incurable en estado terminal, con discapacidad severa o enfermedad catastrófica, o un padecimiento de alta complejidad que no le permita valerse por sí mismo, esta situación deberá ser acreditada por el certificado médico conferido por la entidad pública que corresponda.

Si se trata de infracciones relacionadas con delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, el arresto domiciliario no se cumplirá en el domicilio en el que reside la víctima.

El Art. 538, contempla la posibilidad de suspensión de la prisión preventiva, para lo cual es indispensable que la persona procesada rinda caución. En esta parte del análisis es necesario detenernos un momento para entender en qué consiste la caución.

3.6. La caución.

La caución de acuerdo con los preceptos del COIP que la regulan (Art. 543 – Art. 548), tiene la finalidad de garantizar la presencia de la persona procesada en el juzgamiento, y provoca la suspensión de los efectos de la prisión preventiva, y puede consistir en dinero en efectivo, póliza, fianza, prenda, hipoteca, o carta de garantía que sea otorgada por una entidad financiera. Podrá ser rendida con bienes de la persona procesada o con los de quien se presente como garante.

Existen ciertos casos en los cuales no se admite la caución, y son puntualmente los siguientes: cuando las víctimas del delito, son niñas, niños, adolescentes, personas con discapacidad o adultos mayores;

cuando se trata de delitos sancionados con una pena superior a cinco años de privación de la libertad; cuando la persona procesada ha ocasionado la ejecución de la caución; cuando se trate de delitos de violencia contra la mujer o los miembros del núcleo familiar.

Para que el juez pueda disponer la caución, es necesario que se cumpla un trámite que está previsto en el Art. 545 del COIP, conforme al siguiente detalle: se presentará la solicitud de caución que será analizada y resuelta en audiencia oral en la cual se discutirá la modalidad de caución; si se trata de caución pecuniaria, se determinará su monto considerando las circunstancias personales de los sujetos procesales, la infracción que se juzga y el daño ocasionado a la víctima; si se acepta una caución consistente en prenda o hipoteca, serán otorgadas mediante escritura pública que deberá ser inscrita gratuitamente en el correspondiente registro; la caución y el garante podrán ser sustituidos previa autorización del juez, manteniendo el mismo monto; si un juzgador admite caución que no cumpla con los requisitos establecidos en la Ley, será responsable civil, penal o administrativamente de acuerdo al caso.

En cuanto a las formas de caución que podrá solicitar la persona procesada, el Art. 546 del COIP admite las siguientes: caución hipotecaria; caución prendaria; caución pecuniaria; caución por póliza de seguro de fianza; garante.

Se ejecutará la caución de acuerdo con el Art. 547 del COIP, en los siguientes casos:

- a. Si el procesado no comparece a la audiencia del juicio, en cuyo caso se ordenará de inmediato la prisión preventiva y se ejecutará la caución.

- b. Cuando existiendo un garante el procesado no comparece a la audiencia, se ordenará la prisión preventiva y se establecerá un plazo para que el garante lo presente, el cual en ningún caso será mayor de diez días. Si el garante no presenta al procesado en ese plazo, se ejecutará la caución.

Cuando se hace efectiva una caución, el monto será destinado a la reparación integral de la víctima, si existe algún excedente éste será devuelto a la persona obligada.

El proceso no se suspenderá por el hecho de que se haya efectivizado la caución, continuará hasta su conclusión, y si el procesado es absuelto, no se devolverán los valores que se cancelaron por motivo de haberse ejecutado la caución.

El Art. 548 del COIP, habla de la cancelación de la caución, que tendrá como efecto la devolución de la misma y se aplica a casos como los siguientes: a. Cuando el garante pide que se cancele la caución y presenta al procesado; b. Cuando se dicta sobreseimiento o sentencia absolutoria; c. Cuando muere la persona procesada; d. Cuando se ejecutoria la sentencia que impone una pena que no implica privación de la libertad y se hace la reparación integral a la víctima; e. Cuando se revoca la orden de prisión preventiva; f. Cuando se declara prescrito el ejercicio de la acción.

Hay casos en los cuales no es procedente que el juzgador ordene la prisión preventiva, y puntualmente se habla de delitos de acción privada, contravenciones, delitos cuyas penas privativas de la libertad no son superiores a un año. Todas las decisiones relacionadas con la prisión preventiva, tienen que ser resueltas por el juzgador de forma motivada, y en una audiencia que cumpla con las características de ser pública, oral y contradictoria.

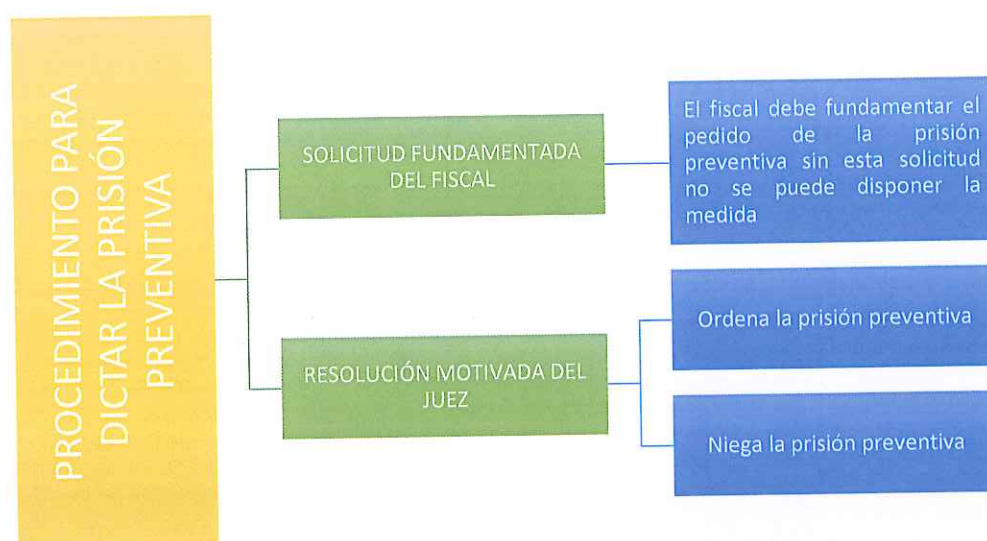
3.7. Caducidad de la prisión preventiva.

El Art. 541 del COIP contempla lo relacionado con la caducidad de la prisión preventiva y puntualmente establece que, no podrá exceder de seis meses en aquellos delitos que se sancionan con una pena de privación de la libertad de hasta cinco años; y no puede ser mayor a un año, en los delitos que se sancionan con pena de privación de la libertad mayor a cinco años.

Finalmente, concluyendo con el análisis de las normas pertinentes del COIP, que tienen relación con la prisión preventiva, es necesario señalar que el Art. 542, determina que cuando se incumpla por parte del procesado una medida cautelar no privativa de la libertad, el fiscal deberá solicitar al juez una medida privativa de la libertad.

3.8. Procedimiento para dictar la prisión preventiva.

El procedimiento para dictar la prisión preventiva en el COIP, se regula con las siguientes normas que tienen relación con esta medida, para lo cual se ha establecido el siguiente gráfico:



La prisión preventiva conforme consta en la gráfica anterior sigue el siguiente procedimiento:

1. El Fiscal puede solicitar al Juez, de manera fundamentada que ordene la prisión preventiva, para presentar esta solicitud deben concurrir todos los requisitos establecidos en el Art. 534 del COIP, que son los siguientes: elementos de convicción suficientes, sobre el cometimiento de un delito de acción pública, elementos claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice de la infracción, indicios según los cuales las medidas no privativas de la libertad no sean suficientes para asegurar que el procesado comparezca al juicio y que cumpla la pena, que se persiga una infracción cuya pena sea mayor a un año.
2. Recibida la solicitud el Juez en audiencia resolverá de manera motivada si dicta o no la prisión preventiva en contra de la persona procesada.

3.9. Posiciones doctrinarias sobre la prisión preventiva y sus consecuencias.

Existen importantes planteamientos respecto a la prisión preventiva y su aplicación en el proceso penal y en cuanto tiene que ver con las consecuencias que esta medida representa para la persona procesada, así como para la vigencia de los derechos fundamentales que constituyen la premisa para el reconocimiento de la dignidad humana en los textos constitucionales actuales.

Por su importancia las posiciones de los tres autores cuyos comentarios se han escogido para sustentar este trabajo serán citados de forma textual.

En primer lugar, se cita a López (2014, págs. 55-56) quien manifiesta:

“Lamentablemente, el instituto jurídico de la prisión preventiva, muchas veces no ha sido usado ni aplicado debidamente, así podemos afirmar con certeza, que, de manera especial en América Latina, ha existido un uso abusivo de la prisión preventiva, pues, la han convertido en la práctica en un adelantamiento de la pena, haciendo que el injusto de su aplicación afecte no solamente al privado de la libertad sino a su entorno familiar.

De este modo, podemos afirmar que la ley no proscribe el uso de la prisión preventiva, sino su abuso, pues, no olvidemos que la prisión preventiva es la injerencia más grave del poder público a la libertad individual. Entonces el Estado debe buscar siempre un equilibrio entre su potestad sancionadora y los medios para evitar su ejercicio arbitrario. Por eso, y como la libertad no es ni puede ser un derecho absoluto, la prisión preventiva se desarrolla dentro del marco derivado, por una parte, de la obligación que tiene el Estado de respetar los derechos fundamentales como “la libertad personal y la presunción de inocencia”; y, por otra parte, del deber de garantizar la eficacia en la actuación del sistema penal persiguiendo y sancionando las infracciones que se cometan, y es justamente ahí donde se debe encontrar un equilibrio para evitar el uso arbitrario de la prisión preventiva.

Hemos indicado con claridad que la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal, la misma que sólo puede ser dictada por el juez competente cuando existen razones suficientemente motivadas, en consecuencia, las normas que rigen la prisión preventiva deben ser interpretadas de manera restrictiva, ya que esta medida tan extrema y lesiva al derecho a la libertad personal es de carácter excepcional, provisional y de última ratio.

Por lo tanto, el juzgador debe privilegiar el derecho a la libertad, para ello siempre podrá dictar otras medidas cautelares personales y sólo cuando considere insuficientes dichas medidas alternativas podrá recurrir a la prisión preventiva como la última opción”.

El autor Zavala (2005, págs. 81-82), plantea su opinión sobre la prisión preventiva y los aspectos negativos que la utilización de esta medida puede representar, al señalar lo siguiente:

“Nosotros opinamos que la prisión provisional, como medida cautelar de carácter personal, se encuentra justificada sólo en casos especiales que deben ser claramente señalados por las leyes de procedimiento y sujeta dicha medida a un límite temporal. Posteriormente desarrollaremos los argumentos fundamentales en que nos apoyamos para aceptar la prisión provisional como una medida cautelar que, en forma excepcional, limitada, generalmente subsidiaria y con presupuestos de admisibilidad legalmente previstos debe mantenerse en nuestra realidad procesal penal.

Por lo pronto destacamos los aspectos negativos de la prisión provisional. Ante todo, provoca efectos desintegradores de la familia y causa la miseria de la misma cuando el afectado con la medida cautelar es el sostén económico del núcleo familiar y es privado de su libertad. Por otra parte, la persona sometida a la prisión provisional, por la naturaleza de la medida, no es favorecida con los planes resocializadores, como se supone los reciben los internos, esto es, los que ya se encuentran condenados y están cumpliendo la pena. Sin embargo, la prisión preventiva provoca los mismos efectos nocivos y estigmatizadores de la pena, sin recibir ningún beneficio, como lo recibe el penado. Finalmente, uno de los efectos más perturbadores es el contagio delincencial, cuando se mezclan los internos y los

presos provisionales. Se victimiza al preso eventual de la misma manera como se victimiza al interno.

En nuestro medio se ha "masificado" la prisión provisional, pues ha sido tomada como un instrumento fundamental en la lucha contra la delincuencia cada vez más agresiva y globalizadora. No se duda que considerar la prisión provisional en el sentido antes indicado es enervar la verdadera naturaleza de la mencionada institución limitativa de la libertad individual, además de que en caso alguno puede cumplir la tarea que artificial y rústicamente se le quiere asignar o se le ha asignado ya como una medida de seguridad".

Ferrajoli, (2009, págs. 555-556) hace un planteamiento respecto de la prisión preventiva relacionándola con la presunción de inocencia y con la inseguridad que ella significa para el procesado, este autor señala lo siguiente:

"Si no se quiere reducir la presunción de inocencia a puro oropel inútil, debe aceptarse esa provocación de Manzini, demostrando que no sólo el abuso, sino ya antes el uso de este instituto es radicalmente ilegítimo y además idóneo para provocar, como enseña la experiencia, el desvanecimiento de todas las demás garantías penales y procesales. Por desgracia la provocación ha sido rechazada por toda la doctrina procesalista italiana, que ha retrocedido tímidamente frente a ella. De nuevo, como en el pensamiento liberal clásico, se ha vuelto a invocar la "dura necesidad" y a lamentar la dolorosa "contradicción"; no sin temor a las "consecuencias extremas" de una interpretación literal de la presunción constitucional de no culpabilidad. Y más que preguntarse si de verdad algún fin puede justificar el medio, se ha ido en busca de fines que de cualquier manera lo justifique, como si el medio fuera un

fenómeno natural, que no precisa justificarse, sino tan sólo ser explicado y a lo sumo delimitado.

Por otra parte, todo arresto sin juicio ofende al sentimiento común de la justicia, al ser percibido como un acto de fuerza y de arbitrio. No existe, en efecto, ninguna resolución judicial y tal vez ningún acto de poder público que suscite tanto miedo e inseguridad y socave tanto la confianza en el derecho como el encarcelamiento de un ciudadano sin proceso, en ocasiones durante años”.

En los momentos actuales y dadas las circunstancias del derecho procesal penal ecuatoriano, no es admisible que se derogue la prisión preventiva como medida cautelar personal, pues existen casos en que obligatoriamente se debe recurrir a privar de la libertad al procesado, lo que si debe hacerse de manera indispensable especialmente por parte de los jueces y tribunales de garantías penales, es observar con absoluta racionalidad y empleando adecuadamente la técnica jurídica, los límites constitucionales y procesales para la imposición de esta medida y sobre todo la justa aplicación de la misma dadas las circunstancias particulares de cada caso.

3.10. La transgresión en la que incurren los jueces al aplicar la prisión preventiva en la mayoría de los procesos penales que llegan a su conocimiento.

Para corroborar la transgresión en la que incurren los jueces de garantías penales al hacer un uso arbitrario de la prisión preventiva en la mayoría de los procesos sometidos a su conocimiento, presentaré algunas referencias de orden teórico acerca de cómo esta medida viene siendo utilizada en el Ecuador.

Como primer referente se tomará el estudio titulado “La Prisión Preventiva en el Ecuador”, elaborado por Stefan Krauth (2018), y editado

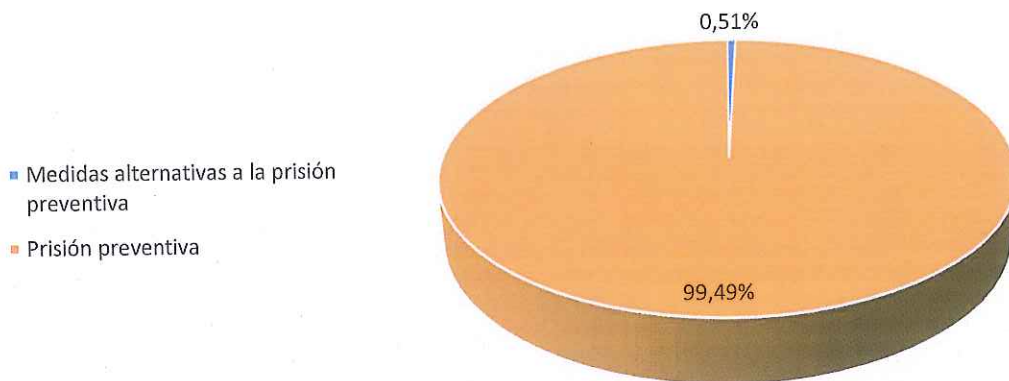
por la Defensoría Pública del Ecuador, en el mes de mayo del año 2018, del cual se han extraído algunos datos importantes que se resumen a continuación.

- El estudio aborda el análisis de 379 procesos penales sustanciados en las diferentes judicaturas del país, desde el 10 de agosto del 2014 hasta el 31 de diciembre del 2016.
- El análisis realizado permite establecer que sólo en 19 casos los jueces aplicaron medidas alternativas a la prisión preventiva, mientras en 360 casos se dictó prisión preventiva, lo que significa que en el 99.49% de los casos analizados la prisión preventiva fue la principal medida cautelar adoptada por los jueces.
- En el 28% de los casos analizados, la prisión preventiva ha sido declarada sin condena posterior, es decir no se dictó sentencia condenatoria en contra de la persona procesada.
- En el 92% de los casos estudiados, no existió por parte del juez la debida fundamentación de la resolución a través de la cual se dicta la prisión preventiva, lo que significa que en todos estos procesos ni la persona procesada ni su defensa, podían enterarse de forma clara, el motivo por el cual se dictó esta medida.
- En el 100% de los casos los jueces atribuyeron la carga de la prueba, es decir la presentación de elementos para demostrar que no era indispensable la aplicación de la prisión preventiva, al propio procesado y a su defensa, contradiciendo de esta forma los postulados vigentes tanto en el COIP como en los instrumentos internacionales, de que es quien ejerce la acusación quien debe demostrar fundamentadamente la necesidad de que se dicte la prisión preventiva.

- El 78% de las solicitudes de prisión preventiva, presentadas por la Fiscalía, no cumple con los requisitos de fundamentación que exige la ley.
- El 99% de las decisiones de los jueces, que contienen la orden de prisión preventiva no cumplen con el deber de motivación que impone la norma constitucional y el COIP.
- El 100% de las decisiones de ordenar la prisión preventiva, que adoptan los jueces de garantías penales ignoran el principio de proporcionalidad y necesidad de esta medida en relación con las circunstancias particulares de cada caso.
- En el 4.72% de los casos analizados se determina que la prisión preventiva duró más de 300 días.
- En el período de tiempo en que se realizó el análisis 10 de agosto del 2014 hasta 31 de diciembre del 2016, la Defensoría Pública, tuvo 23.707 casos de privaciones de la libertad, es decir un promedio de 30.8 privaciones de la libertad diarias.

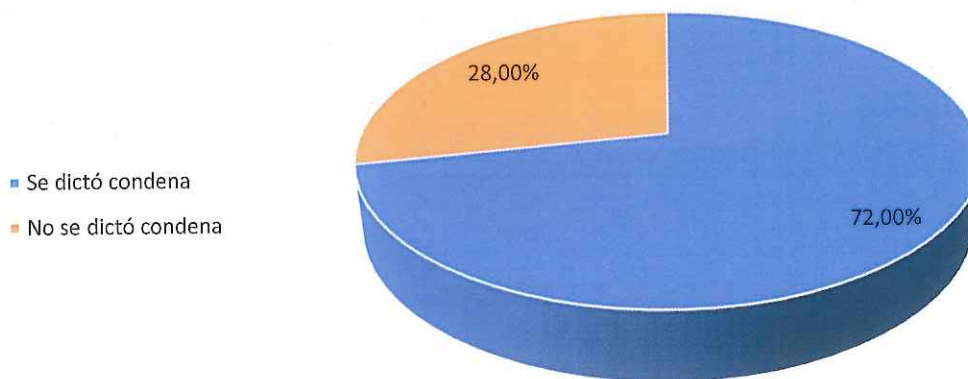
Con la finalidad de poder entender de mejor forma la transgresión en la que incurren los jueces respecto de la aplicación preventiva como una medida de carácter excepcional y de última ratio, los datos que se han mencionado anteriormente son trasladados a las siguientes presentaciones gráficas, reiterando que la información corresponde a un estudio auspiciado por la Defensoría Pública Nacional de la República del Ecuador, realizado en el año 2018 por Stefan Krauth, puesto que no existen otras referencias estadísticas que permitan establecer el uso abusivo y arbitrario de esta medida en los procesos penales sustanciados en las diferentes judicaturas competentes en esta materia en el territorio nacional ecuatoriano.

GRÁFICO N° 1. UTILIZACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA, FRENTE A UTILIZACIÓN DE MEDIDAS ALTERNATIVAS



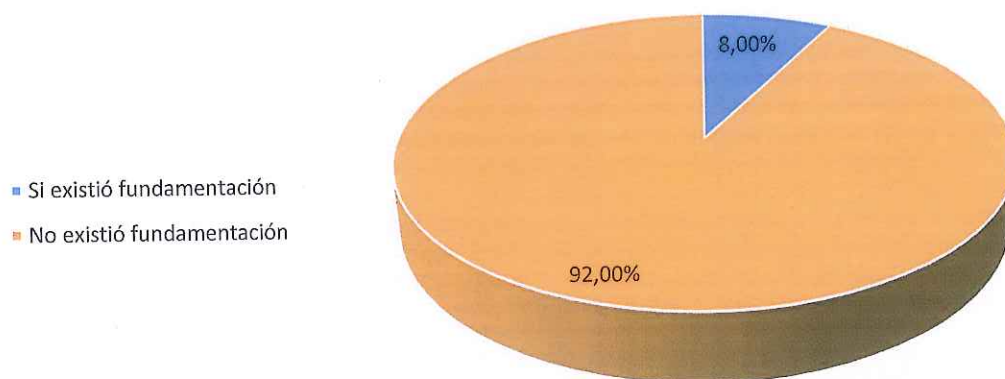
FUENTE: Stefan Krauth, "La Prisión Preventiva en el Ecuador" (2018)

GRÁFICO N° 2. CASOS EN LOS QUE SE DICTÓ CONDENA EN CONTRA DE LA PERSONA PROCESADA SOMETIDA A PRISIÓN PREVENTIVA



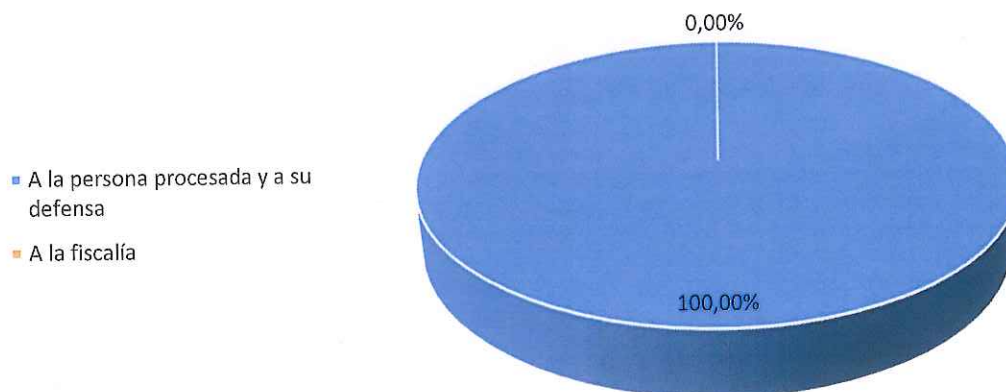
FUENTE: Stefan Krauth, "La Prisión Preventiva en el Ecuador" (2018)

GRÁFICO N° 3. FUNDAMENTACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DEL JUEZ EN QUE SE DICTA LA PRISIÓN PREVENTIVA



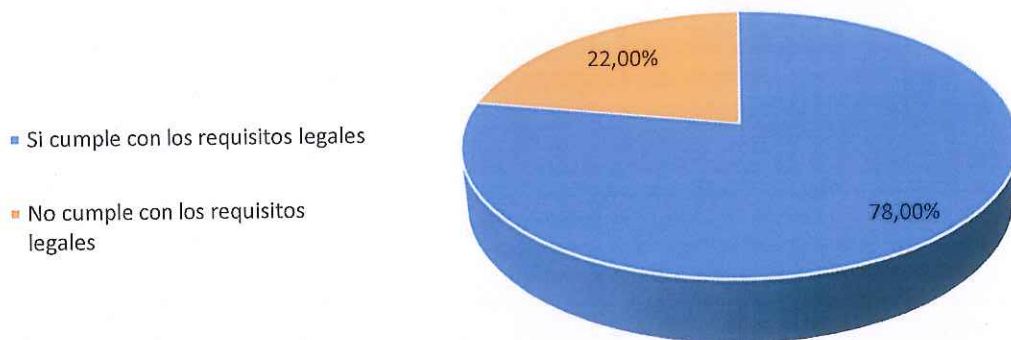
FUENTE: Stefan Krauth, "La Prisión Preventiva en el Ecuador" (2018)

GRÁFICO N° 4. A QUIEN ATRIBUYERON LOS JUECES LA CARGA DE LA PRUEBA SOBRE EL HECHO DE QUE NO ERA NECESARIO DICTAR LA PRISIÓN PREVENTIVA



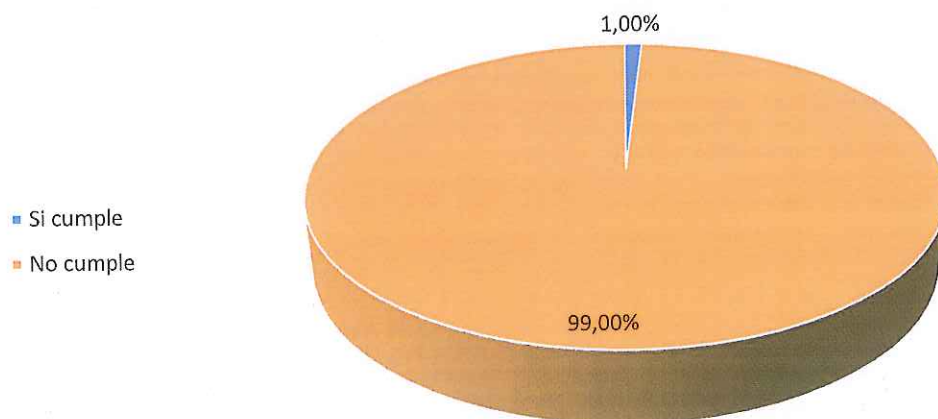
FUENTE: Stefan Krauth, "La Prisión Preventiva en el Ecuador" (2018)

GRÁFICO N° 5. LA SOLICITUD DE PRISIÓN PREVENTIVA PRESENTADA POR PARTE DE LA FISCALÍA, CUMPLE CON LOS REQUISITOS DE FUNDAMENTACIÓN EXIGIDOS EN LA LEY



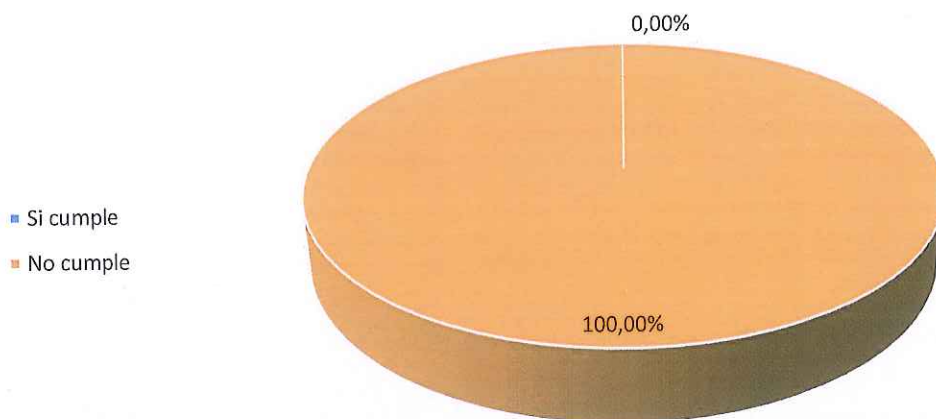
FUENTE: Stefan Krauth, "La Prisión Preventiva en el Ecuador" (2018)

GRÁFICO N° 6. LA DECISIONES JUDICIALES QUE CONTIENEN LA ORDEN DE PRISIÓN PREVENTIVA, CUMPLEN CON EL REQUISITO DE MOTIVACIÓN



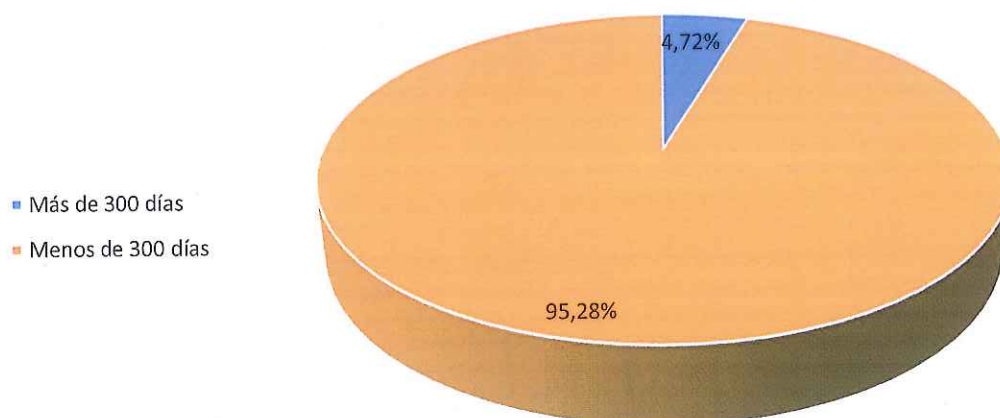
FUENTE: Stefan Krauth, "La Prisión Preventiva en el Ecuador" (2018)

GRÁFICO N° 7. LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA CUMPLE CON EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN RELACIÓN A LAS CIRCUNSTANCIAS DE CADA CASO



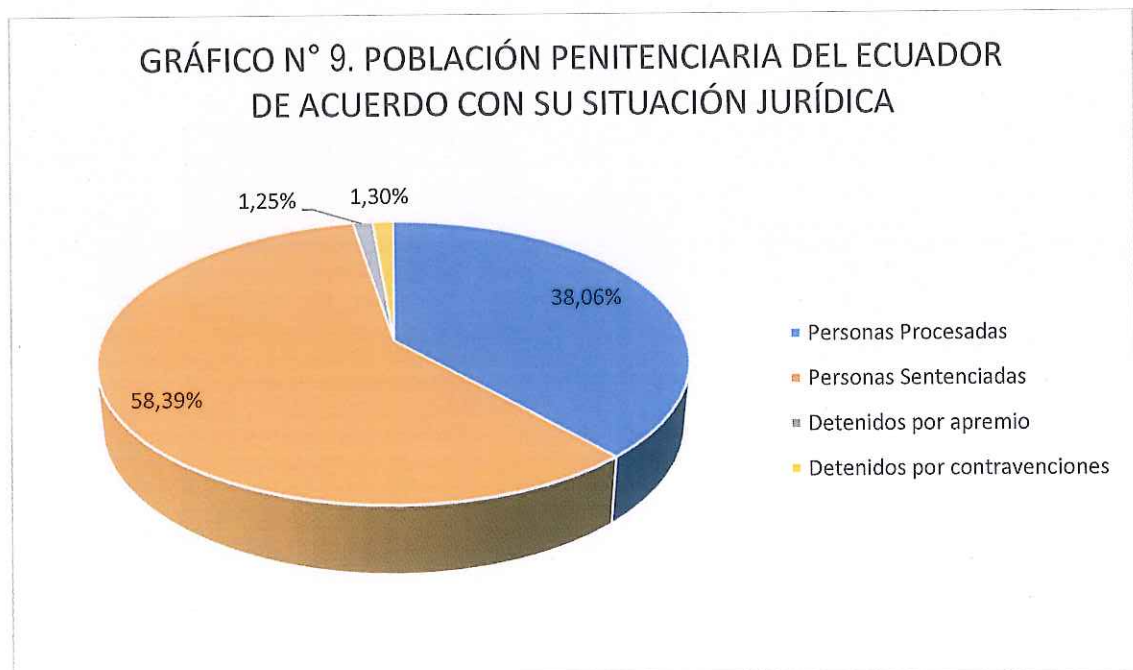
FUENTE: Stefan Krauth, "La Prisión Preventiva en el Ecuador" (2018)

GRÁFICO N° 8. TIEMPO DE DURACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA



FUENTE: Stefan Krauth, "La Prisión Preventiva en el Ecuador" (2018)

Existe también un estudio realizado por la Defensoría del Pueblo del Ecuador, que se titula “Informe temático sobre la prisión preventiva desde la prevención de la tortura y otros malos tratos en el Ecuador” (Ojeda, y otros, 2018), en el que se establece un uso excesivo de la prisión preventiva en el Ecuador, como se puede observar en el gráfico siguiente que se ha elaborado con los datos que constan en el referido estudio.

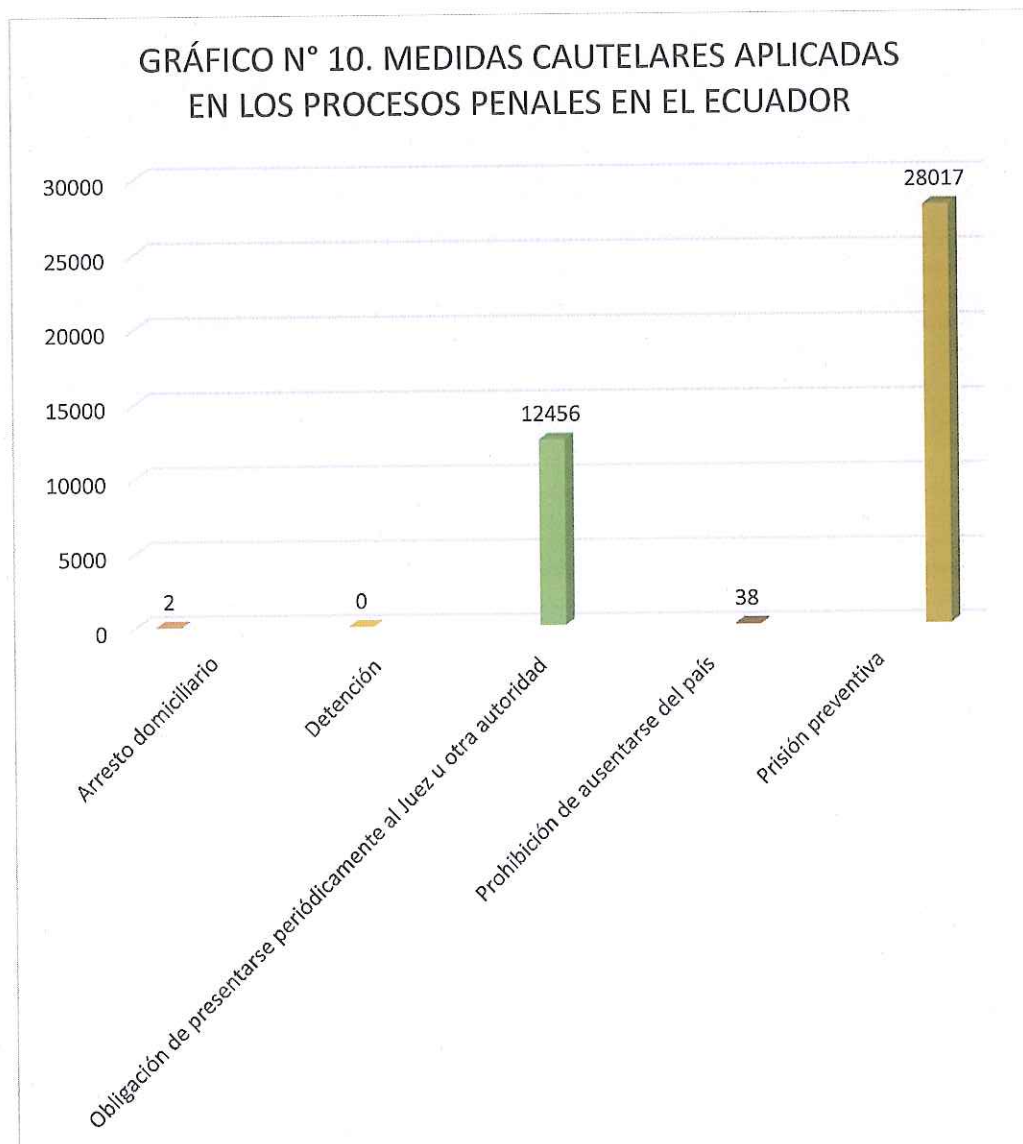


FUENTE: Defensoría del Pueblo del Ecuador (2018), Informe Sobre la Prisión Preventiva. Datos tomados de la información reportada por el Ministerio del Interior con corte a septiembre de 2017

Existe un porcentaje significativamente alto de personas privadas de la libertad que tienen la condición jurídica de procesados, es decir que no han sido declaradas culpables de la infracción por la cual se ha instaurado un proceso penal en su contra. Estas personas se encuentran cumpliendo una prisión preventiva que subsiste hasta que se resuelva su situación jurídica, si recibe sentencia condenatoria continuará cumpliendo el tiempo

de condena que se le imponga y si es declarado inocente recobrará inmediatamente su libertad, la medida cautelar se cumple dentro de los mismos centros de privación de la libertad en los que se encuentran reclusas las personas que ya han sido sentenciadas.

Sobre las medidas cautelares que se dictan en los procesos penales conforme a un reporte que al respecto presenta el Consejo Nacional de la Judicatura, y que se hace constar en el informe preparado por la Defensoría del Pueblo del Ecuador, que se ha tomado como referencia, se presenta el siguiente gráfico.



FUENTE: Defensoría del Pueblo del Ecuador (2018), Informe Sobre la Prisión Preventiva. Datos tomados de la información reportada por el Consejo de la Judicatura con corte a septiembre de 2017.

Los datos anteriores permiten establecer que la prisión preventiva se aplica con mucha arbitrariedad en el proceso penal ecuatoriano, y que los operadores de justicia y los representantes de la fiscalía acuden a esta medida en la mayoría de los casos que llegan a su conocimiento, situación que representa una grave afectación a los derechos de las personas procesadas, y una lesión innecesaria, injusta e ilegal a los preceptos constitucionales y legales que imponen restricciones a la prisión preventiva para que esta sea utilizada como último recurso dentro del proceso penal, demostrando que lo que sucede es precisamente lo contrario, se recurre a ella como la principal medida empleándose en muy pocos casos las medidas alternativas, lo que confirma que por el empleo arbitrario de esta medida el proceso penal genera consecuencias graves para las personas procesadas, que pese a ser titulares del estado de inocencia, son recluidas en los centros de privación de la libertad.

La información presentada llaman imperiosamente a la reflexión de la forma en que se está utilizando la prisión preventiva en el Ecuador, más si consideramos el hecho de que un número superior a la cuarta parte de personas contra las que se dispone esta medida, al concluir el proceso son considerados inocentes, entonces no se justifica de ninguna forma la actuación ilegal, injusta e inhumana de los operadores de justicia que de forma muy displicente y sin mayor análisis imponen la prisión preventiva bastando para esto únicamente que exista la solicitud formulada por el Fiscal, que como se precisa en el estudio tomado como referencia en la mayoría y casi totalidad de los casos, no fundamenta en legal y debida forma esta petición.

Nadie más que los jueces y fiscales conocen la realidad penitenciaria del sistema de rehabilitación social del Ecuador, entonces es deber esencial analizar pormenorizadamente y anteponiendo las normas constitucionales, internacionales, legales y procesales que rigen en el

proceso penal ecuatoriano, dictar la prisión preventiva sólo de manera excepcional y como último recurso, es decir cuando no exista ningún otro mecanismo idóneo para asegurar las finalidades del proceso. No está por demás señalar que la prisión preventiva debe aplicarse únicamente en casos donde concurra tal gravedad respecto de la infracción, de la personalidad del procesado, de los resultados lesivos para la víctima y de la conmoción social, que haga imposible recurrir a medios cautelares menos graves, en los demás casos es indispensable para garantizar los derechos fundamentales del procesado, de los integrantes de su entorno familiar y social, para cuidar los intereses sociales y precautelar los del Estado, que el juez constitucional y legalmente acuda a la aplicación de medios alternativos a la privación de la libertad.

La referencia más actualizada que me ha sido posible encontrar acerca de la situación de la prisión preventiva en el Ecuador, consta en una publicación de Diario El Comercio, en donde de forma textual señala lo siguiente:

“Según datos del Servicio de Rehabilitación Social, de 39 440 presos en Ecuador, 11 767 se encuentran reclusos sin una sentencia, es decir se encuentran con prisión preventiva. Eso significa que el 30% de internos, hasta el 14 de agosto del 2019, no ha sido juzgado.

Según las autoridades, otra de las causas para el incremento de la población carcelaria se da porque los jueces no aplican medidas alternativas a la prisión en delitos leves. En abril pasado, una joven universitaria sustrajo una blusa de un local. Al salir del lugar fue descubierta y la Policía la detuvo. En la audiencia de flagrancia, un juez ordenó prisión preventiva y fue llevada al centro de rehabilitación de Cotopaxi” (2019).

La cita anterior permite precisar dos cosas, primero el hecho de que el 30% de las personas reclusas en las cárceles, son personas que tienen la condición jurídica de procesadas, pues no han recibido sentencia, entonces se trata de personas que están privadas de su libertad cumpliendo una prisión preventiva dictada en su contra; y segundo que este problema obedece a un hecho sustancial que es la no aplicación por parte de los jueces de medidas alternativas a la prisión preventiva, casos como el referido suceden a diario en las diferentes judicaturas del Ecuador, ya que los jueces ordenan prisión preventiva por delitos que no representan una grave afectación a la víctima y mucho menos generan una alarma social, sino que se trata de infracciones leves, en donde es injusto para el procesado, para el sistema judicial y para la sociedad, ordenar el internamiento preventivo.

Obviamente la información recopilada permite establecer que no hay un trato diferenciado para las personas procesadas que permanecen internas bajo el régimen de prisión preventiva, ellas también permanecen reclusas en las cárceles o centros de privación de la libertad, por lo tanto sus derechos fundamentales son drásticamente conculcados, debido a las condiciones en las que se cumple el encarcelamiento, situación que es absolutamente injusta sin consideramos que una gran cantidad de ellos son declarados inocentes al momento de que los jueces emiten la correspondiente sentencia que pone fin al proceso.

3.10.1. Análisis de casos en los que se hace un uso arbitrario de la prisión preventiva en el Ecuador.

Existen algunos casos en los cuales el Estado ecuatoriano ha sido declarado responsable de un uso arbitrario de la prisión preventiva por organismos internacionales de protección de derechos humanos como la CIDH, a continuación, se hace una breve referencia al respecto.

1. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador.

En el presente caso la CIDH, en sentencia de fecha 21 de noviembre del 2007, declaró al Estado ecuatoriano responsable de la violación del derecho a la libertad personal de los accionantes (2007).

En relación con el empleo de la prisión preventiva en el presente caso, la CIDH, determina que, para restringir el derecho a la libertad personal a través de la aplicación de esta medida, deben existir indicios suficientes que permitan suponer fundadamente que la persona procesada tiene participación en el ilícito investigado.

La CIDH, señala que el Estado no debe proceder a detener a una persona para luego someterla a un proceso investigativo, sólo debería privarse de la libertad cuando exista el conocimiento suficiente de que esa persona puede ser llevada a juicio.

En alusión específica la aplicación preventiva en el caso analizado, la CIDH, advierte que el auto que ordenó esta medida, no contiene una descripción, de las circunstancias en que supuestamente una de las personas detenidas participó en el cometimiento de la infracción, ni tampoco se indica la acción u omisión que se le atribuye. Respecto de otro de los procesados, el juez que dicta la medida cautelar personal no justifica las razones por las que creía que la misma era indispensable para garantizar la inmediación del procesado y permitir que se desarrolle el procedimiento, y lo que es más grave omite señalar el tipo penal al que supuestamente habrían adecuado su conducta las personas contra las que se dictó la prisión preventiva, por lo que la CIDH concluya que la prisión preventiva dictada contra ellos fue arbitraria, además advierte que en ningún momento se revisaron los fundamentos de esta medida recalando que las autoridades eran las encargadas de evaluar si era conveniente o no continuar con la vigencia de esta medida (ver Anexo 1).

2. Caso Herrera Espinosa y otros vs. Ecuador.

Este caso fue resuelto por la CIDH, en sentencia de 1 de septiembre del 2016, en donde se resuelve que hubo de parte del Estado ecuatoriano una violación al derecho a la libertad personal de las personas sometidas al proceso penal (2016).

En el presente caso se determina en primer lugar, que el Juez que dictó la prisión preventiva no hizo un análisis ni consideró el carácter excepcional de la medida, ni la justificación de su uso a partir de una necesidad estricta, y ante la posibilidad de que la persona procesada entorpezca el desarrollo del procedimiento o pueda evadir la acción de la justicia.

En la decisión judicial que ordena la prisión preventiva, no se cumplió con las normas internacionales de protección de los derechos de las personas procesadas, por lo tanto, la prisión preventiva a la que se sometió a los procesados, fue arbitraria y se mantuvo en franca violación de los preceptos establecidos en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

Conclusiones

- La prisión preventiva es aplicada de forma arbitraria por los Jueces de Garantías Penales en la mayoría de los procesos penales, conforme consta de la información reportada por la Defensoría Pública con base a los datos proporcionados por el Consejo de la Judicatura, que se presenta en este trabajo.
- Los Jueces de Garantías Penales no cumplen con las normas de la CRE y del COIP, que establecen la aplicación de medidas alternativas a la privación de la libertad, y que señalan la prisión preventiva como último recurso al que debe recurrir el juzgador.
- Los Fiscales que intervienen en los procesos penales como titulares de la acción penal, solicitan la aplicación de la prisión preventiva, sin que dicho pedido esté debidamente justificado conforme a los requisitos previstos en el COIP, esto lesiona los derechos de las personas procesadas.
- La prisión preventiva se aplica en muchos casos por que los defensores públicos o privados encargados de la defensa técnica de la persona procesada no piden al Juez la aplicación de medidas alternativas, y no contradicen el pedido infundado del Fiscal al solicitar la prisión preventiva.
- Las personas procesadas que actualmente se encuentran privadas de la libertad por existir sobre ellas una orden de prisión preventiva, permanecen en las mismas condiciones que las personas sentenciadas, lo que representa un peligro para su integridad y el incumplimiento de las normas legales que establecen un tratamiento distinto para ellas.

Recomendaciones

- A la Corte Nacional de Justicia con la finalidad de que rechace públicamente toda intromisión del Consejo Nacional de la Judicatura o de cualquier otra institución del Estado, en la administración de justicia, e instruya de forma permanente a los jueces sobre la obligación constitucional y legal de aplicar la prisión preventiva como medida cautelar excepcional y de última ratio.
- Al Consejo Nacional de la Judicatura, que se abstenga de intervenir en la decisión que los jueces toman dentro de los procesos que están a su cargo, y especialmente respecto de la aplicación de la prisión preventiva, y en su defecto se monitoree el uso excepcional de esta medida, sancionando a aquellos jueces que hagan un uso arbitrario e irracional de la misma.
- A la Fiscalía General del Estado, con la finalidad de que se implemente como una política institucional a ser observada por todos los Fiscales, la solicitud de la prisión preventiva solamente en los casos en que se cumpla estrictamente los presupuestos establecidos legalmente para el efecto, y que se implementen mecanismos de sanción para los Fiscales que presentan solicitudes sin la motivación suficiente.
- A la Federación Nacional de Abogados de la República del Ecuador y a los Colegios de Abogados del País, con la finalidad de que realicen certámenes académicos, donde se imparta, discuta y analice lo concerniente a la aplicación de la prisión preventiva por parte de los jueces y a la transgresión en la que incurrir al dictarla en la mayoría de los casos, de manera que los profesionales del derecho estén preparados para exigir que esta medida cautelar

personal se aplique conforme a la Constitución y a la Ley, como un recurso de última ratio aplicable sólo en casos excepcionales.

- A las autoridades del Sistema Penitenciario Ecuatoriano, del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, que garanticen un tratamiento diferenciado para las personas procesadas que se encuentran detenidas en cumplimiento de la prisión preventiva, de manera que no sean sometidas al mismo régimen que las personas sentenciadas, puesto que a aquellas les asiste el derecho a la presunción de inocencia.

Bibliografía

- Aguirre, C. (2009). *Competencia, Ámbito e Incidencia del Hábeas Corpus en la Protección de la Libertad en el Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Armenta, T. (2003). *Lecciones de Derecho Procesal*. Madrid: Marcial Pons.
- Bastidas, R. (2014). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Bogotá: Iuslib.
- Bernal, H., & Hernández, S. (2012). *El Debido Proceso Disciplinario*. Medellín : Jurídica LEX.
- Bracamontes, A. (2017). *La Víctima Después del Proceso Penal*. México D.F.: Oxford.
- Bravo, R. (2010). *La Prueba en Materia Penal*. Cuenca: Universidad de Cuenca .
- Cabanellas, G. (2001). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L.
- Cabezón, A., Mauci, S., Araneda, S., & Ríos, E. (2013). *Prisión Preventiva en América Latina: Enfoques para Profundizar el Debate*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- Cevallos, N. (2014). *Procedencia de las Medidas Cautelares como Garantía Constitucional de Protección*. Quito: Universidad de las Américas.
- Colavolpe, E. (2014). *Garantías Constitucionales del Proceso Penal: Presunción de Inocencia*. Córdoba: Universidad Empresarial del Siglo XXI .

- Cueva, L. (2011). *El Debido Proceso*. Quito: Ediciones Cueva Carrión.
- De Mata, J. (2007). *La Reforma Procesal Penal de Guatemala*. Barcelona : Universidad Autónoma de Barcelona.
- Del Río, G. (2018). La Prisión Preventiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Anuario de Derecho Penal*, 97-121.
- Ferrajoli, L. (2009). *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011). *Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Galarza, S. (2009). *La Prisión Preventiva en el Ecuador*. Quito: Universidad de las Américas.
- García, J. (18 de 11 de 2015). *Los Sujetos Procesales en el COIP*. Obtenido de Los Sujetos Procesales en el COIP: <https://www.derechoecuador.com/los-sujetos-procesales-en-el-coip>
- Gómez, G. (2019). *¿Cómo Escuchar a la Víctima?* Jujuy: XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal Penal.
- Gómez, M. (15 de 06 de 2017). *La Jurisprudencia Interamericana Sobre Prisión Preventiva*. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3817/11.pdf>
- González, F. (2017). *El Derecho Procesal Penal: Análisis General*. México, D.F.: Oxford.

González, T., & Gutiérrez, A. (2016). *Los Delitos Económicos y el Proceso Penal Cubano*. La Habana: Nacional.

Humanos, C. I. (2013). *Informe Sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas*. Madrid: Organización de Estados Americanos.

Jiménez, P. (2011). La Prisión Preventiva, Prevención o Sanción. *Matices Jurídicos*, 85-93.

Krauth, S. (2018). *La Prisión Preventiva en el Ecuador*. Quito: Defensoría Pública del Ecuador.

LLarena, P. (2015). *Medidas Cautelares Personales y Reales*. Catalunya: Universidad Oberta de Catalunya.

Londoño, H. (2014). *La Detención Preventiva en las Jurisprudencias de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia*. Buenos Aires: Astrea.

López, S. (2012). *Derecho Penal I*. México: Red Tercer Milenio.

Lopez, W. (2014). *La Prisión Preventiva en el Estado Constitucional. Estudio Doctrinal y Jurisprudencia*. . Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.

Lorca, A. (2006). *Derecho Procesal Penal* . Madrid: Tecnos.

Loza, C. (2013). *La Prisión Preventiva Frente a la Presunción de Inocencia en el NCPP*. Lima: Jurídica Nacional.

Machuca, A. (2008). *La Prisión Preventiva como Medida Cautelar en la Legislación Penal Ecuatoriana*. Cuenca: Universidad del Azuay.

- Maier, J. (2002). *Derecho Procesal Penal: Fundamentos*. Buenos Aires: Editores Del Puerto S.A.
- Martínez, R. (2014). *Manual de Derecho Procesal Penal*. México D.F. : Oxford S.A.
- Milanese, P. (2011). *El Moderno Derecho Penal y la Quiebra del Principio de Intervención Mínima*. Buenos Aires: Ascendis S.A.
- Mir, S. (2003). *Introducción a las Bases del Derecho Penal* . Buenos Aires: B de F Ltda. .
- Molina, R. (2010). *La Conformidad en el Proceso Penal (Análisis Comparado Entre las Legislaciones Española y Colombiana)*. Sevilla : Universidad de Sevilla.
- Morán, R. (2009). *Derecho Procesal Civil Práctico*. Guayaquil: Edilex S.A.
- Moras, J. (2004). *Manual de Derecho Procesal Penal* . Buenos Aires-Argentina : Abeledo Perrot.
- Moreno, M. (2015). *Principios Rectores en el Derecho Penal Mexicano*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Nogueira, H. (2002). *La Libertad Personal en el Ordenamiento Jurídico*. Santiago: Estudios e Investigaciones.
- Núñez, R. (2017). La Prueba Ilícita en las Diligencias Limitativas de Derechos Fundamentales en el Proceso Penal Chileno. Algunos problemas. *Ius et Praxis*, 195-246.

Obando, O. (2018). *Las Tensiones Entre la Eficacia Procesal y la Presunción de Inocencia*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

Ojeda, M., Caicedo, S., Rosero, T., Rodríguez, P., Oclez, J., Cortez, L., & Abad, S. (2018). *Informe Temático Sobre la Prisión Preventiva Desde la Prevención de la Tortura y Otros Malos Tratos en el Ecuador*. Quito: Defensoría del Pueblo del Ecuador.

Ortiz, E., & González, J. (2004). *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Nicaragua: CAJ/FIU-USAID.

Osafráin, G. (2014). *Principios Procesales Penales*. Bogotá: Lexluris.

Osorio, J. (2011). *Análisis Jurídico y Doctrinario de la Inconstitucionalidad del Párrafo Segundo del Artículo 388 del Código Procesal Penal , Decreto 51-92 del Congreso de la República del Guatemala*. Ciudad de Guatemala : Universidad San Carlos de Guatemala.

Quesada, M. (2011). *In Dubio Pro Reo: Contradicción con el Estado de Inocencia*. San José: Universidad de Costa Rica.

Regalado, M. (2017). *Manual de Derecho Procesal Penal* . Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Ríos, G., & Bernal, O. (2018). *La Prisión Preventiva como Expresión del Simbolismo Penal e Instrumento del Derecho Penal del Enemigo*. Lima: Universidad San Martín de Porres.

Rivadeneira, H. (28 de 07 de 2011). *La Crisis del Sistema Judicial en el Ecuador* . Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/la-crisis-del-sistema-judicial-en-el-ecuador>

- Rodríguez, F. (2014). *Carcel Electrónica Versus Prisión Preventiva*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.
- Salazar, J. (2015). *La Presunción de Inocencia y Prisión Preventiva en el Proceso Penal Ecuatoriano*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Salcedo, E. (2006). *Las Medidas Cautelares en el Arbitraje*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- San Martín, C. (2018). Las Medidas Cautelares Reales en Sede Preliminar: La Incautación. *Ius Et Veritas* , 238-249.
- Sanz. (2017). La Forma de la Imputación y Sus Grados de Exigibilidad en las Distintas Etapas del Proceso Penal. *Gaceta Penal y Procesal Penal* , 205-212.
- Urbina, J. (2012). *De las Penas por Negligencia, Impericia e Imprudencia en los Accidentes de Tránsito*. La Maná: Universidad Nacional de Cotopaxi.
- Vaca, R. (2010). *Manual de Derecho Procesal Penal* . Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Velecela, W. (2019). *Constitucionalización de la Prisión Preventiva Para Evitar la Pena Anticipada* . Cuenca: Universidad de Cuenca.
- Vera, M. (2017). *Análisis Comparativo de las Medidas Cautelares Reales en la Legislación Penal Ecuatoriana*. Riobamba: Universidad Nacional de Chimborazo.

Vitale, G. (2009). *Persecución Penal de la Pobreza*. Córdoba: Universidad Blas Pascal.

Viteri, M. (2004). *Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal Ecuatoriano*. Quito: Sodamar S.A.

Zaffaroni, E. (2006). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar.

Zambrano, A. (2009). *Uso Racional del Derecho, Respecto de la Prisión Preventiva*. Perú: Edilex S.A.

Zavala, J. (2004). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Guayaquil: Edino.

Zavala, J. (2005). *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo VI*. Guayaquil: Edino.

Zavala, J. (2012). *El Debido Proceso*. Guayaquil: Edino.

Referencias legales

Código Orgánico de la Función Judicial. (2018). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código Orgánico Integral Penal. (2019). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. (2015). Quito: Edijur.

Referencias jurisprudenciales

Sentencia de 1 de septiembre del 2016. (2016). México D.F.: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

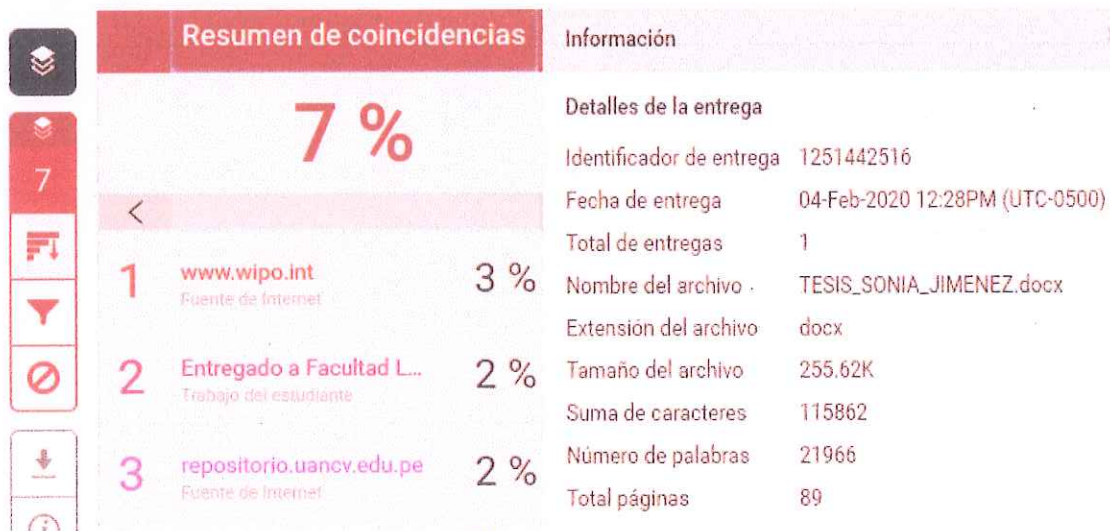
Sentencia de 21 de noviembre del 2007. (2007). San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Anexos

Cuenca, 04 de enero de 2020.

Que, de acuerdo al software de antiplagio Turnitin, identifica como resultado del trabajo de investigación titulado: . **“LA TRANSGRESIÓN EN LA QUE INCURREN LOS JUECES DE GARANTÍAS PENALES AL DICTAR PRISIÓN PREVENTIVA EN LA MAYORÍA DE LOS CASOS QUE LLEGAN A SU CONOCIMIENTO”** Desarrollado por: **SONIA MARITZA JIMÉNEZ CUMBICOS**, con cédula: **1900382753**; un índice de similitud del 7%.

Es todo en cuanto se puede informar.



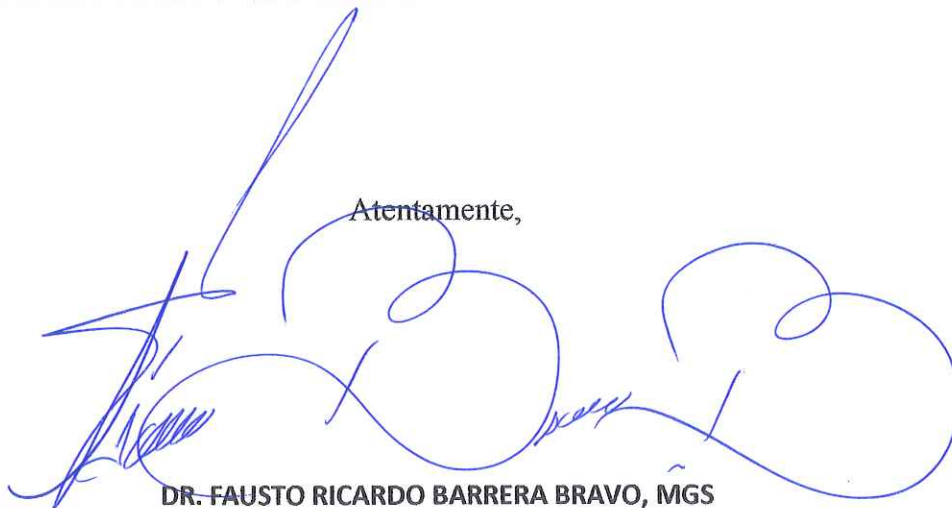
The screenshot shows a Turnitin similarity report interface. On the left is a navigation sidebar with icons for home, a list of 7 items, a search icon, a filter icon, a refresh icon, a download icon, and a help icon. The main content area is titled 'Resumen de coincidencias' and displays a large '7%' similarity score. Below this, a table lists three sources of similarity:

Rank	Source	Similarity %
1	www.wipo.int Fuente de Internet	3 %
2	Entregado a Facultad L... Trabajo del estudiante	2 %
3	repositorio.uancv.edu.pe Fuente de Internet	2 %

To the right of the table is an 'Información' section with the following details:

Detalles de la entrega	
Identificador de entrega	1251442516
Fecha de entrega	04-Feb-2020 12:28PM (UTC-0500)
Total de entregas	1
Nombre del archivo	TESIS_SONIA_JIMENEZ.docx
Extensión del archivo	docx
Tamaño del archivo	255.62K
Suma de caracteres	115862
Número de palabras	21966
Total páginas	89

Atentamente,



DR. FAUSTO RICARDO BARRERA BRAVO, MGS

CENTRO DE IDIOMAS

RESUMEN

La Constitución de la República del Ecuador y el Código Orgánico Integral Penal, establecen que la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal que se aplicará de manera excepcional, con la finalidad de garantizar la comparecencia de la persona procesada a su juzgamiento y el cumplimiento de la pena. Se trata de una medida excepcional, sin embargo, se aplica de una manera arbitraria, por ello considero que se vulneran derechos fundamentales como la libertad personal y la presunción de inocencia del procesado, además de quedar estigmatizado en la sociedad, los detenidos son una carga para el Estado que debe asumir los altos costos erogados para cubrir las necesidades de las personas privadas de la libertad. A pesar que las normas constitucionales, los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos y normas procesales son concordantes al considerarlo a esta medida de seguridad excepcional o de última ratio los jueces de garantías penales en el Ecuador, conceden a pedido de los fiscales como de primera opción la privación de libertad en la mayoría de los casos, lesionando de esta forma los derechos de la persona procesada a defenderse en libertad y el derecho a la presunción de inocencia.

En este estudio se analiza el problema de la transgresión de los derechos de las personas procesadas a quienes se les imponen esta medida de seguridad por parte de los jueces penales que inobservan las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva generando además una sobrepoblación carcelaria de presos sin sentencia con estadísticas y datos específicos sobre esta problemática, respecto de la cual al final de la investigación se presentan algunas conclusiones y sugerencias.

PALABRAS CLAVE: PROCESADO, PRISIÓN PREVENTIVA, EXCEPCIONALIDAD, ÚLTIMA RATIO, LIBERTAD, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.



CENTRO DE IDIOMAS

ABSTRACT

The Ecuadorian Constitution and the Comprehensive Criminal Code establishes that pretrial detention is a precautionary measure taken on an exceptional and personal basis, in order to guarantee the presence of the prosecuted individual at trial and the execution of the sentence. This is an exceptional measure, however, is being applied in an arbitrary matter, and therefore considered that such basic rights as freedom and the presumption of innocence of the accused are being violated, in addition being stigmatized by society, people in detention represent a cost burden for the State, which has to cover the high expenses involved in addressing the needs of people deprived of their freedom. Despite the fact that constitutional regulations, international human rights agreements and conventions, and procedural laws are consistent with this measure, which is considered an exceptional or a last ratio for judges in charge of criminal justice in Ecuador, grant, by request of the prosecutors, the deprivation of freedom as a first instance in most cases, thus violating the rights of the prosecuted to defend themselves in full freedom and the right of the presumption of innocence.

This research analyses the issue of the infringement by criminal judges of the rights of prosecuted individuals on whom this measure has been applied which fail to comply with alternative precautionary measures to pretrial detention, thereby causing an overpopulation of unsentenced prisoners with statistics and specific data concerning this issue, and at the end of the research several conclusions and suggestions are outlined.

KEYWORDS: PROSECUTED, PRETRIAL DETENTION, EXCEPTIONALITY, LAST RATIO, FREEDOM, PRESUMPTION OF INNOCENCE.



CENTRO DE IDIOMAS

Cuenca, 10 de enero de 2020

EL CENTRO DE IDIOMAS DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA, CERTIFICA QUE EL DOCUMENTO QUE ANTECEDE FUE TRADUCIDO POR PERSONAL DEL CENTRO PARA LO CUAL DOY FE Y SUSCRIBO



**Dr. Wladimir Quinche Orellana MSc.
SECRETARIO CENTRO DE IDIOMAS**



Cuenca, 1 de febrero de 2020

Señor Doctor
Ernesto Robalino Peña Mgs.
DECANO DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

De mis consideraciones:

MILTON ALEJANDRO GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, docente de la carrera de Derecho de la Universidad Católica de Cuenca, en mi calidad de tutor de la estudiante SONIA MARITZA JIMÉNEZ CUMBICOS, con número de cédula 1000382753, quien realizó su trabajo de Titulación denominado **“LA TRANSGRESIÓN EN LA QUE INCURREN LOS JUECES DE GARANTÍAS PENALES AL DICTAR PRISIÓN PREVENTIVA EN LA MAYORÍA DE LOS CASOS QUE LLEGAN A SU CONOCIMIENTO”**, debo informar a usted que dicho trabajo ha sido realizado bajo los parámetros, disposiciones legales y reglamentarias correspondientes al área de Titulación de la Universidad Católica de Cuenca.

De acuerdo al Art. 10 literal c) del Reglamento de la Unidad de Titulación de Grado y Programas de Postgrados de la Universidad Católica de Cuenca, previo a la sustentación y defensa, el estudiante deberá presentar solicitud para revisión final del trabajo de titulación, dentro de este proceso se le asignaron docentes revisores quienes proporcionaron el criterio de aprobado al antes mencionado Trabajo de Investigación.

Por lo antes expuesto y dando cumplimiento al Reglamento debo de asignar la nota de 40/40 correspondiente a la parte escrita del Trabajo de Titulación, además de emitir mi criterio favorable para que se proceda a la sustentación y defensa del mismo.

Es todo cuanto puedo informar respecto a mis labores como tutor de la mentada estudiante.

Atentamente


Dr. Milton Alejandro González Gutiérrez


DOCENTE TUTOR



PERMISO DEL AUTOR DE TESIS PARA SUBIR AL REPOSITORIO
INSTITUCIONAL

Yo, Sonia Maritza Jiménez Cambicos portador(a) de la
cédula de ciudadanía N° 1900382753 En calidad de autor/a y titular de los derechos
patrimoniales del trabajo de titulación
"LA TRANSGRESION EN LA QUE INCURREN LOS JUECES DE
GARANTIAS PENALES AL DICTAR PRISION PREVENTIVA EN LA
MAYORIA DE LOS CASOS QUE LLEGAN A SU CONOCIMIENTO" de
conformidad a lo establecido en el artículo 114 Código Orgánico de la Economía Social de los
Conocimientos, Creatividad e Innovación, reconozco a favor de la Universidad Católica de
Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra,
con fines estrictamente académicos, Así mismo; autorizo a la Universidad para que realice la
publicación de éste trabajo de titulación en el Repositorio Institucional de conformidad a lo
dispuesto en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 3 de febrero del 2020


F:



SOLICITUD PARA:

Beca o ayuda económica, Justificación de faltas, Justificación de pruebas, Justificación de trabajos, Justificación de lecciones, Justificación de prácticas, Licencia eventual, Examen postergado, Examen supletorio, Segunda matrícula, Tercera matrícula, Matrícula especial, Matrícula extraordinaria, Record académico, Hojas certificadas, Examen suficiencia, Tutorías, Rectificación de nombres, Malla curricular, Reposición de título, Otros

Fecha: 30 de octubre
 Dirigido a: Mes. Ernesto Ravalino Peña
 Decano de la Unidad Académica de Ciencias Sociales
 Solicitante: Sonia Jimenez Cambicos
 Carrera: Derecho
 Año/Ciclo: Décimo Paralelo:
 Asunto: Solicito a Ud y por su digno intermedio al Consejo Directivo la aprobación de la rectificación del título de mi tema que queda "Análisis de la transgresión en la que incurren los jueces de garantías penales al dictar prisión preventiva en la mayoría de los casos que llegan a su conocimiento, tiempo aprobado solo de hacer el cambio del tema."
 x
 Solicitante

Constancia de Presentación.- Fecha: Cuenca 30 octubre del 2019.
 Hora:
 Resolución:

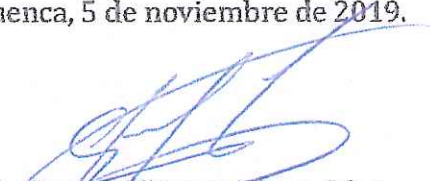
Valor \$ 5,00

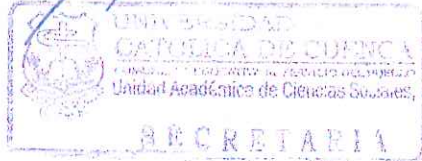
Nº 0181797



VISTA LA PRESENTE SOLICITUD, EL H. CONSEJO DIRECTIVO DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES, EN SESION REALIZADA EL 31 DE OCTUBRE DE 2019. RESUELVE APROBAR EL PERFIL DE TESIS PREVIO A LA OBTENCION DEL TITULO DE ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICI DE LA REPUBLICA DEL SR. (A): SONIA MARITZA JIMENEZ CUMBICOS, TITULO: "LA TRANSGRESION EN LA QUE INCURREN LOS JUECES DE GARANTIAS PENALES AL DICTAR PRISION PREVENTIVA EN LA MAYORIA DE LOS CASOS QUE LLEGAN A SU CONOCIMIENTO". TUTOR: DR. MILTON ALEJANDRO GONZALEZ GUTIERREZ, MGS.

Cuenca, 5 de noviembre de 2019.


Ab. Xayler Iniguez Vivar, Mgs.
SECRETARIO - ABOGADO



17/2019
20 OCT 2019



**UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CUENCA**
COMUNIDAD EDUCATIVA AL SERVICIO DEL PUEBLO

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

DISEÑO DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA

**TÍTULO: LA TRANSGRESIÓN EN LA QUE INCURREN LOS JUECES DE
GARANTÍAS PENALES AL DICTAR PRISIÓN PREVENTIVA EN LA MAYORÍA
DE LOS CASOS QUE LLEGAN A SU CONOCIMIENTO.**

AUTOR: SONIA MARITZA JIMÉNEZ CUMBICOS

TUTOR: DR. MILTON ALEJANDRO GONZÁLEZ GUTIÉRREZ MGS.

AÑO 2019

1. TEMA

Derecho Penal.

2. TÍTULO DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

"Análisis de la transgresión en la que incurren los jueces al dictar prisión preventiva que es de última ratio y se lo aplica como de primera ratio, en la mayoría de casos que llegan a su conocimiento".

3. MARCO CONTEXTUAL

En este trabajo de investigación, abordaremos un tema trascendental que contempla la Constitución de la República del Ecuador del 2008, Art. 175, respecto a que la investigación preprocesal y procesal, en los delitos de ejercicio de acción penal pública, se sujeta entre otros principios al de mínima intervención penal, que literalmente traducido el Art. 3 del COIP, explícitamente nos indica que la intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales.

Esto quiere decir que el derecho penal es de última ratio, por ello se analiza y mucho el Derecho penal mínimo, de otra parte la Carta Fundamental, prevé los MASC en el Art. 190 y en el Art. 662 y siguientes del COIP; dicho esto, si el derecho penal que ejerce el Estado a través del *ius puniendi*, se limita la potestad punitiva, no se diga la prisión preventiva, que definitivamente es de última ratio, por ello en las modalidades de las medidas cautelares para asegurar la presencia



de la persona procesada está en el sexto lugar (último) mi afirmación lo respalda también el contenido de los artículos 77 numeral 1 y 11 de la Constitución de la República del Ecuador, en mi criterio también se limitaría la presunción de inocencia es una garantía constitucional, concordante con los Tratados de y Convenciones de Derechos Humanos suscritos por el Ecuador, por lo tanto ninguna persona podrá ser tratada como culpable de un hecho delictivo esto mientras no exista contra ella una resolución firme o sentencia ejecutoriada.

La prisión preventiva es una medida cautelar de orden personal, que lo dicta el juez, pero con una condicionante no es imperativa, sino facultativa, cuando dice: *"La o el juzgador podrá imponer una o varias de las siguientes medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada y se aplicará de forma prioritaria a la privación de libertad"* (COIPAsambleaNacionaldelEcuador, 2014), esto quiere decir que prioritariamente se pedirá por parte del representante de Fiscalía General del Estado, quien deberá motivar y fundamentar, los presupuestos procesales del Art. 534 del COIP, pero tomando en cuenta que hay cinco alternativas a la prisión preventiva, como textualmente lo dice el Art. 522.

- 1.-Prohibición de ausentarse del país.
2. Obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe"
3. Arresto domiciliario.
4. Dispositivo de vigilancia electrónica.
5. Detención.
6. Prisión preventiva. (COIPAsambleaNacionaldelEcuador, 2014)

Es más, la jurisprudencia interamericana sobre la prisión preventiva, concluye que, el uso excepcional de la prisión preventiva es uno de los problemas más graves y extendidos que enfrentan los Estados miembros de la OEA en cuanto al respecto y garantía de los derechos de las personas privadas de libertad. El uso excesivo o abusivo de esta medida es uno de los signos más evidentes del fracaso del sistema de administración de justicia, y es una situación inadmisibles en una sociedad democrática, en la que se respete el derecho de todo ciudadano a la

presunción de inocencia, que concuerda con el presente estudio donde se analizará como los señores jueces, no dan prioridad a lo establecido en la Constitución ni lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos el COIP al analizar las conductas penalmente relevantes también dice que no se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales. (Pérez, 2014)

Refuerza lo dicho el Art. 11 numeral 2 inciso segundo de la Constitución en 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" (Constituyente, 2008)

Nadie podrá ser discriminado por el pasado judicial. Por lo expuesto considero que "LA APLICACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR DE PRISIÓN PREVENTIVA, ESTABLECIDA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, VULNERA EL PRINCIPIO DE INOCENCIA Y DE ULTIMA RATIO" (Isaías 2017) que será abordado a través de tres capítulos fundamentales a saber. En el marco teórico se indaga temas y subtemas debidamente fundamentados, mediante la doctrina y bases legales sobre el problema planteado, convirtiéndose en pilares fundamentales para la realización de un análisis de ¿cómo? y en ¿qué forma? la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva, vulnera el principio de inocencia y de última ratio las cuales sobrelleva a consecuencias jurídicas, como por ejemplo la vulneración del derecho a la inocencia, la cual está amparada en nuestra constitución y manifiesta: ninguna persona podrá ser tratada como culpable de un delito, esto mientras no exista contra ella una resolución firme o sentencia ejecutoriada. (Isaías, 2017)



4. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿La orden de prisión preventiva como medida cautelar de carácter personal produce la violación de los derechos fundamentales del procesado al que se le confirma el estado de inocencia?

5. OBJETO DE ESTUDIO

Derecho Procesal Penal.

6. CAMPO DE ACCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La prisión preventiva como medida cautelar de última ratio.

7. LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

Derecho Procesal Penal.

8. OBJETIVO GENERAL

Establecer las causas por las que los Jueces de Garantías Penales dictan prisión preventiva como medida cautelar de primera ratio en la mayoría de los casos que llegan a su conocimiento.

9. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Estudiar desde el punto de vista jurídico lo relacionado a la prisión preventiva y los derechos fundamentales del procesada en base a la doctrina, jurisprudencia, la Constitución de la República, los Tratados, Acuerdos Internacionales y la Ley.



- Analizar casos en los que se ha aplicado la prisión preventiva.
- Verificar si se cumple con los parámetros establecidos en la Constitución y Código Orgánico Integral Penal, en relación a la aplicación de la prisión preventiva, como medida cautelar de última ratio.

10. TIPO DE INVESTIGACIÓN

CUALITATIVO

El enfoque cualitativo lo que nos modela es un proceso inductivo contextualizado en un ambiente natural, esto se debe a que en la recolección de datos se establece una estrecha relación entre los participantes de la investigación sustrayendo sus experiencias e ideologías en menoscabo del empleo de un instrumento de medición predeterminado.

En este enfoque las variables no se definen con la finalidad de manipularse experimentalmente, y esto nos indica que se analiza una realidad subjetiva además de tener una investigación sin potencial de réplica y sin fundamentos estadísticos. (Samipieri, 2006; Samipieri, 2006)

Se dedican a la descripción de fenómenos y se detiene sobre sus características e incluye, por ejemplo, pensamientos, opiniones, modalidades, actitudes, comportamientos, etc, se diferencia de la investigación cuantitativa, que busca datos medibles y comparables como porcentajes, cantidades y probabilidades. (Características.co., 2018)



11. MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL

Al hablar de Derechos Humanos, decimos que Derecho es el poder o facultad de actuar, obrando en un determinado sentido, o exigiendo una conducta de otro sujeto, y humanos porque es del hombre de cada uno de nosotros, siendo el hombre el único destinatario de este derecho, por ende, reclaman reconocimiento, respeto, tutela y promoción de parte de todos, y especialmente de la autoridad. (Femadda, 2015)

El penalista Noguera Humberto sobre el derecho a la libertad personal nos dice:

Es el derecho de toda persona a que los poderes públicos y terceros no interfieran en la esfera de autonomía personal, vale decir, de disponer de su propia persona y de actuar determinado por la propia voluntad sin otras limitaciones que imponen el medio natural, los derechos de los demás y el ordenamiento constitucional. (Nogueira, 2002, pág. 286)

Por lo tanto puedo decir que el derecho a la libertad personal es aquella facultad que tiene la persona para movilizarse libremente de un lugar a otro, sin restricción alguna, más que aquellas limitaciones establecidas por la ley y el medio natural en donde se desarrolla, también los instrumentos internacionales de derechos humanos, se refieren a todo tipo de personas privadas de libertad, existiendo, en las medidas cautelares personales de prisión preventiva reglas especiales, las cuales se acordaron en el Congreso de la Organización de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Diciendo que en este instrumento internacional se estableció que la prisión preventiva de las personas que han de ser juzgadas, no ha de ser la regla general, que estas personas deben ser tratadas humanamente y con el respeto a su dignidad, así como que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley, ya que la prisión ayuda al deterioro de las condiciones de vida y conscientes que la prisión preventiva causa daños físicos y psicológicos a las personas sometidas a ella; entonces por lo tanto recurrir a la prisión preventiva sólo cuando ello sea necesario, así lo dice numerales 1 y 11 del



artículo 77 de la Constitución de la República, lo que implica que la prisión preventiva no debe ser la regla general y en ningún caso se lo debe considerar como de primera ratio.

Para Cepeda Manuel sobre la privación del derecho a la libertad personal estima que:

Las causas de privación de libertad únicamente pueden ser aquellas que posibilita el texto Constitucional, en armonía con los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Ecuador; fuera de los cuales no son admisibles otros supuestos de privación de libertad. (Cepeda, 2004, pág. 171)

Entonces la privación de la libertad de una persona procede cuando se encuentra claramente enunciado dentro del ordenamiento jurídico de cada país, previstos por lo general como conductas que permiten establecer una sanción penal, ordenar la detención preventiva para la investigación de un delito o decretar una medida de coerción para garantizar la correcta administración de justicia más allá del principio de necesidad y proporcionalidad, ya que es facultativo de juzgador un requisito eminentemente subjetivo, cuando considera el numeral 3 del Art. 534 del COIP, indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de una pena. Surge entonces otro cuestionamiento a esta medida cautelar de última ratio, el COIP, no prevé los arraigos, para sustituir esta medida de seguridad que priva la libertad al procesado. Otro argumento más para reforzar lo que sostengo.



Al hablar de la definición del privado de su libertad para el tratadista José García al definir a la persona privada de su libertad señala: La prisión preventiva es una medida cautelar que afecta el derecho de libertad personal durante un lapso más o menos prolongado, la cual sólo procederá cuando las demás medidas fueren insuficientes para asegurar los objetivos del procedimiento penal. Cuando se dicta la prisión provisional, el procesado o acusado de un delito es obligado a ingresar en prisión, durante la investigación criminal, hasta la celebración del juicio. (García, 2009, pág. 21)

La definición del tratadista dice que la privación de libertad de una persona, ordenada por el juez, en establecimiento distinto a los de los condenados, con el objeto de asegurar su presencia en juicio o para evitar la obstaculización de la verdad; el encarcelado preventivamente debe en las condiciones indicadas que son indicios racionales de responsabilidad penal del procesado, que exista peligro de fuga es el peligro de que el procesado evada su comparecencia ante la justicia; desde su conceptualización y la esencia jurídica de la prisión preventiva no es esa.

El penalista Eduardo Franco Vilar, al referirse a la privación de la libertad define a la privación de libertad desde un punto de vista penal y desde un punto de vista procesal, cuando expresa:

Desde un punto de vista penal, la privación de la libertad o prisión constituye un instrumento coercitivo estatal que emana de la aplicación de una sanción penal tramitada en un juzgado. En un sentido procesal la privación de libertad constituye un instrumento cautelar de que se vale el juez en el proceso para impedir el cometimiento de nuevos delitos por el acusado, para aplicar la sanción penal o para evitar la fuga del procesado, fuera de otros motivos y circunstancias concurrentes en cada caso concreto. (Franco, 2011, pág. 2)

El penalista señala que las fuentes legales de la privación de la libertad, considera que es la aplicación de una sanción penal y la prisión preventiva, dentro de este aspecto el numeral 1 del artículo 77 de la Constitución de la República, en



concordancia con el derecho penal mínimo, establece que la privación de la libertad no debe ser la regla general, pero es aplicada por el juez cuando no exista ninguna posibilidad de aplicar otra medida cautelar personal alternativa que no implique la privación de libertad de la persona. Derechos y garantías de personas privadas de libertad según la Constitución.)

Uno de los deberes del Estado, establecidos dentro de nuestra Constitución de la República en su artículo 3 numeral 1, la garantía efectiva de los derechos humanos sin discriminación de ninguna naturaleza, por lo cual digo textualmente dicha norma legal, la misma que dice: Son deberes primordiales del Estado, garantizar sin distinción alguna el seguro goce de los derechos instituidos en la Constitución e instrumentos internacionales, en particular la educación, salud, alimentación, seguridad social y el agua para sus habitantes. (Constituyente, 2008)

Por lo tanto la Constitución de la República, reconoce todos y cada uno de los derechos fundamentales e inherentes a la naturaleza del ser humano, sin embargo, en lo referente al tema en estudio, es decir, a las personas privadas de la libertad se los agrupado dentro del capítulo III denominado derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, en su sección octava titulada: Personas privadas de libertad, contenida en el artículo 51 de la Constitución de la República en forma expresa y consagra los derechos que se reconoce a las personas privadas de libertad. (Constituyente, 2008)

Pese aquello no significa que los derechos de las personas privadas de la libertad se limite a estos puntualizados, sino que además gozan de todos y cada uno de los derechos contenidos en la Constitución de la República en lo que fuera aplicable, ya que no se les puede impedir su superación personal, por el solo hecho de pensar que con la pérdida de libertad viene la pérdida de los demás



derechos, como lo establece el artículo 11 numeral 7 de la misma Constitución de la República, la cual dice: El ejercicio de los derechos se regirá por los principios como: 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.

En tanto que en la disposición constitucional el Código Orgánico Integral Penal, al tratar los Principios rectores de la ejecución de las penas y las medidas cautelares personales, establece en los artículos 7 y 10, una serie de principios que tiene directa relación con las personas privadas de libertad, entre los cuales destacan:

- a) Que las personas privadas de libertad se alojarán en diferentes lugares de privación de libertad o en distintas secciones dentro de dichos establecimientos de acuerdo a la razón de la privación de libertad, según dispone el artículo 7 inciso 1 del Código Orgánico Integral Penal, disposición que discrepa con el inciso 2 del mismo cuerpo legal, que establece los centros de privación provisional de libertad, en los que permanecerán las personas privadas preventivamente de libertad en virtud de una medida cautelar impuesta por un juez competente, quienes serán tratadas aplicando el principio de inocencia. (COIPA Asamblea Nacional del Ecuador, 2014)
- b) El artículo 10 del Código Orgánico Integral Penal claramente prohíbe la privación de libertad en centros no autorizados legalmente, lo que tiene directa relación, con la medida cautelar personal de prisión preventiva, en el



mismo cuerpo legal se refiere a los derechos y garantías de las personas privadas de libertad. (COIPA Asamblea Nacional del Ecuador, 2014)

- c) En el artículo 12 una serie de principios reconocidos en la Constitución de la República y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, destacando entre ellos:

El derecho a la integridad física, psíquica, moral y sexual. - Derecho el cual tiene relación con el literal a) numeral 3 del artículo 66 de la Constitución de la República la cual no se cumple.

El penalista González Manuel sobre la dignidad de la persona y derechos fundamentales en la Constitución explica que:

La dignidad ya que es inherente a toda y cualquier persona humana, debido a que, en principio, todos, desde el mayor de los criminales, son iguales en dignidad, en el sentido que son reconocidos como personas aun cuando no se porten de una manera igualmente digna en las relaciones con sus semejantes. (González, 2006, pág. 152)

Mi comentario al respecto y considerando el numeral 1 del artículo 12 del Código Orgánico Integral Penal, donde expone de forma amplia en qué oportunidades puede producirse este atenta a la dignidad de la persona privada de libertad, la cual debe respetarse, es en los siguientes casos: Durante los traslados, registros, requisas o cualquier otra actividad; se prohíbe toda acción, tratamiento o sanción que implique tortura o cualquier forma de trato cruel, inhumano o degradante y no pueda invocarse circunstancia alguna para justificar tales actos, disposición que concuerda con el literal c) del numeral 3 del artículo 66 de la Constitución de la República.

12. HIPÓTESIS O IDEAS A DEFENDER

Los Jueces de Garantías Penales al momento que dictan prisión preventiva como medida cautelar lo hacen como de primera ratio en la mayoría de los casos que llegan a su conocimiento, violentan el derecho a la libertad del procesado.

13. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

Analítico. - “Se distinguen los elementos de un fenómeno y se procede a revisar ordenadamente cada uno por separado, es un proceso de desarticulación práctica o metal de todo en sus partes y de reunificación del todo a base de sus partes.” (Sampieri, 2006).

Sintético. - “El método analítico sintético será utilizado para descomponer y estudiar más minuciosamente el problema” (Sampieri, 2006).

Inductivo. - Para Hernández Sampieri, R., et al (2006, p. 107) “el método inductivo se aplica en los principios descubiertos a casos particulares, a partir de un enlace de juicios”. En esta investigación se usa cuando se procesan y se analizan los datos obtenidos de los cuestionarios aplicados y en el análisis e interpretación de la información.

Deductivo. - “Se comprende, de una primera etapa que se caracteriza por la inducción de principios explicativos a partir de los fenómenos observados, y después en una segunda etapa, sobre estos principios se construye enunciados que contengan y se refieran a los fenómenos” (Lanz, 2011).

El método inductivo deductivo será utilizado para analizar desde situaciones particulares a hechos generales.

Las técnicas a utilizar son la revisión bibliográfica porque desde la perspectiva de la realidad actual en la que se desarrolla el problema, y así se demostrará los problemas existentes en nuestra sociedad, revisión de base de datos de datos científicos doctrina y jurisprudencia. (Lanz, 2011)

15. POBLACIÓN Y MUESTRA

La presente investigación es de carácter cualitativo porque se trata de una investigación concluyente, el objetivo principal, realizar un estudio jurídico sobre la prisión preventiva como medida cautelar de carácter personal; para garantizar los derechos fundamentales del privado de su libertad, por lo tanto, no permite el planteamiento de una muestra.

16. CRONOGRAMA:

ACTIVIDADES	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVI
CALENDARIO						
Revisión y selección de la información bibliográfica de las teorías y conceptos	X					
Elaboración de la fundamentación teórica		X				
Elaboración de los instrumentos para la recolección de información		X				
Validación de los instrumentos de recolección de información		X				
Aplicación de los instrumentos de recolección de información			X			
Procesamiento y análisis de información			X			
Elaboración de informe de diagnóstico de la investigación				X		
Contratación con las teorías, elaboración de propuestas, conclusiones y recomendaciones				X		
Elaboración del informe final de la investigación					X	
Presentación del informe final en la Secretaría de la Unidad Académica						X
Sustentación individual ante un tribunal de grado						X



Bibliografía

- Caracteristicas.co. (24 de Septiembre de 2018). *www.caracteristicas.co*. Obtenido de *www.caracteristicas.co*: <https://www.caracteristicas.co/investigacion-cualitativa/>.
- COIPAsambleaNacionaldelEcuador. (2014). *CodigoOrgànicoIntegralPenal, COIP*. Quito: Asamblea Nacional del Ecuador.
- Constituyente, A. N. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Monte Cristi- Manabi : Asamblea Nacional Constituyente .
- Fernadda, C. V. (2015). *LA PRISIÓN PREVENTIVA Y EL RESPERTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL PRIVADO DE SU LIBERTD* . IBARRA .
- Isaías, A. P. (2017). *La aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva, establecida en el código orgánico integral penal vulnera el principio de inocencia y de ultima ratio*. Obtenido de <http://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/5977>
- Lanz, P. M. (2011). *Manual básico de Investigación científica (Segunda ed.)*. Mexico : El manual moderno .
- Pérez, M. G. (2014). *La Jurisprudencia Interamericana sobre Prisión Preventiva* . Mexico : Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Samipieri, H. (s/d de s/m de 2006). *Enfoque cualitativo y cuantitativo*. Obtenido de Portafolio Acadèmico : <https://portaprodti.wordpress.com/enfoque-cualitativo-y-cuantitativo-segun-hernandez-sampieri/>

Referencia

- Caracteristicas.co. (24 de Septiembre de 2018). *www.caracteristicas.co*. Obtenido de *www.caracteristicas.co*: <https://www.caracteristicas.co/investigacion-cualitativa/>.
- COIPAsambleaNacionaldelEcuador. (2014). *CodigoOrgànicoIntegralPenal, COIP*. Quito: Asamblea Nacional del Ecuador.
- Constituyente, A. N. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Monte Cristi- Manabi : Asamblea Nacional Constituyente .



Fernanda, C. V. (2015). *LA PRISIÓN PREVENTIVA Y EL RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL PRIVADO DE SU LIBERTAD*. IBARRA .

Isaías, A. P. (2017). *La aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva, establecida en el código orgánico integral penal vulnera el principio de inocencia y de ultima ratio.* Obtenido de <http://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/5977>

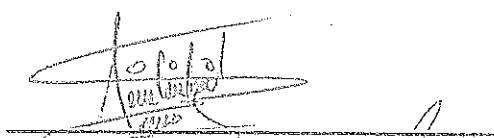
Lanz, P. M. (2011). *Manual básico de Investigación científica (Segunda ed.)*. Mexico : El manual moderno .

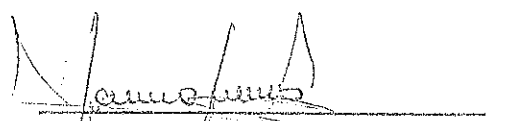
Pérez, M. G. (2014). *La Jurisprudencia Interamericana sobre Prisión Preventiva*. Mexico : Instituto de Investigaciones Jurídicas.

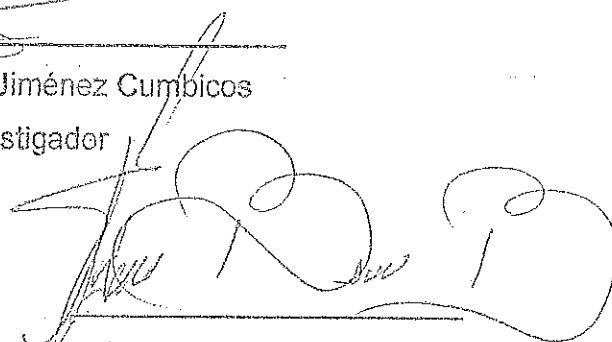
Sampieri, H. (s/d de s/m de 2006). *Enfoque cualitativo y cuantitativo*. Obtenido de Portafolio Académico : <https://portaprodti.wordpress.com/enfoque-cualitativo-y-cuantitativo-segun-hernandez-sampieri/>

Firmas del tutor y del responsable de investigación que aprueba el diseño.

Cuenca, 21 de mayo de 2019


Sonia Maritza Jiménez Cumbicos
Investigador


Dr. Milton González Gutiérrez Mgs.
Tutor


Dr. Fausto Barrera
Responsable de Investigación
Carrera de Derecho

Fecha _____

Aprobado en sesión del H. Consejo Directivo de fecha: _____

Asesor Jurídico

Anexo 1. Texto tomado de la Sentencia de 21 de noviembre de 2007 de la CIDH (en la que declara la arbitrariedad de la prisión preventiva dictada en el presente proceso).

“b) prisión preventiva de los señores Chaparro y Lapo

...101. La Corte ha establecido que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso haya participado en el ilícito que se investiga.

102. En el mismo sentido, la Corte Europea ha señalado que “la razonabilidad de las sospechas sobre las que se debe fundar una detención constituye un elemento especial de la garantía ofrecida por el artículo 5.1 del Convenio Europeo contra las privaciones de libertad arbitrarias”, añadiendo que “[la existencia] de sospechas razonables presupone la [...] de hechos o información capaces de persuadir a un observador objetivo de que el encausado puede haber cometido una infracción”.

103. Para esta Corte, la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados con palabras, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio. Sin embargo, aún verificado este extremo, la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar, como se señaló anteriormente (supra párr. 93), en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia.

104. El artículo 170 del Código Procesal Penal ecuatoriano vigente al momento de los hechos sólo permitía al juez ordenar medidas cautelares “[a] fin de garantizar la inmediatez del acusado con el proceso”, mientras que el artículo 177 disponía que el juez, “cuando lo creyere necesario”, podía dictar auto de prisión preventiva siempre que aparezcan los siguientes datos procesales: a) indicios que hagan presumir la existencia de un delito que merezca pena privativa de libertad; y b) indicios que hagan presumir que el sindicado es autor o cómplice del delito que es objeto del proceso. Además, el mismo artículo ordenaba que “[e]n el auto se precisará los indicios que fundamentan la orden de prisión”.

105. En el auto que ordenó la prisión preventiva de las víctimas (supra párr. 100) no consta una descripción, aunque sea somera, de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el señor Lapo supuestamente cometió el ilícito, ni la indicación de la acción u omisión atribuida que precise los elementos que caractericen la imputación. En lo que respecta al señor Chaparro, la autoridad judicial no fundamentó las razones por las cuales creía que su prisión preventiva era indispensable para “garantizar la

inmediación” del acusado o para permitir el desarrollo del procedimiento. Además, no se señaló el tipo penal supuestamente infringido por las dos víctimas. Por consiguiente, la prisión preventiva dictada contra los señores Chaparro y Lapo fue arbitraria.

106. Aún cuando lo anterior es suficiente para declarar la violación del artículo 7.3 de la Convención, la Corte considera importante referirse a lo alegado por la Comisión en el sentido de que durante el proceso penal seguido en contra de las víctimas en ningún momento se revisaron los fundamentos de la medida privativa de la libertad. El Estado no presentó argumentos concretos sobre este punto.

107. El Tribunal recalca que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer la fundamentación suficiente que permita a los interesados conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad. Para determinar lo anterior, es necesario analizar si las actuaciones judiciales garantizaron no solamente la posibilidad formal de interponer alegatos sino la forma en que, sustantivamente, el derecho de defensa se manifestó como verdadera salvaguarda de los derechos del procesado, de tal suerte que implicara una respuesta motivada y oportuna por parte de las autoridades en relación con los descargos. Al respecto, el Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias⁵⁶. La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. En este entendido, la Corte reseña los argumentos ofrecidos por las víctimas para conseguir su libertad y la respuesta que obtuvieron de las autoridades competentes.



Anexo 2. Texto tomado de la Sentencia de 1 de septiembre del 2016 de la CIDH. (Se declara la arbitrariedad de la prisión preventiva).

148. De acuerdo con los hechos establecidos, el 17 de agosto de 1994 el Juez Duodécimo de lo Penal de Pichincha dictó el auto cabeza del proceso y ordenó la prisión preventiva de las cuatro presuntas víctimas, con base en el artículo 177 del Código Procesal Penal (supra párr. 62). El citado artículo 177 dejaba en manos del juez la decisión sobre la prisión preventiva solo con base en la apreciación de "indicios" respecto a la existencia de un delito y su autoría, sin considerar el carácter excepcional de la misma, ni su uso a partir de una necesidad estricta, y ante la posibilidad de que el acusado entorpezca el proceso o pudiera eludir a la justicia.

149. Además, el referido artículo 114-A (supra párr. 147) vedaba la posibilidad de libertad de personas en prisión preventiva en relación con procesos seguidos por delitos "sancionados por la Ley de Sustancias Estupeficientes y Psicotrópicas"¹⁴⁰. Esta determinación de privación preventiva de la libertad en forma automática a partir del tipo de delito perseguido penalmente, resulta contraria a las pautas referidas (supra párr. 143), que mandan a acreditar, en cada caso concreto, que la detención sea estrictamente necesaria y tenga como fin asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia.

150. En razón de lo expuesto, este Tribunal constata que los artículos 177 y 114-A referidos resultaron contrarios al estándar internacional establecido en su jurisprudencia constante respecto de la prisión preventiva (supra párr. 143).

151. En el caso, el "auto cabeza de proceso" por el que se dispuso la prisión preventiva de los señores Revelles, Herrera Espinoza, Jaramillo González y Cano se basó, en forma acorde al artículo 177 antes aludido, en la apreciación de la existencia de indicios sobre la existencia de un delito y su autoría, sin justificar que dicha medida fuera utilizada porque las presuntas víctimas podrían entorpecer el proceso o eludir a la justicia. Por otra parte, la revisión de la medida resultaba prácticamente imposible durante el tiempo que, mientras estuvo vigente el texto indicado del artículo 114-A del Código Penal, duró la prisión preventiva de cada una de las presuntas víctimas.

152. **La Corte advierte el argumento estatal de que la fuga de dos de las presuntas víctimas evidenció en el caso la necesidad de la prisión preventiva. No obstante, aun cuando podría eventualmente ser posible evaluar que había motivos fundados para determinar la necesidad de la medida, lo cierto es que la prisión preventiva se dictó y desarrolló, en los términos indicados, sin acreditar esa necesidad, y su aplicación estuvo enmarcada en legislación contraria a la Convención Americana.** Por ende, el argumento estatal no resulta suficiente para considerar acorde a la Convención a la privación preventiva de la libertad de las presuntas víctimas.

Anexos

Anexo 1. Texto tomado de la Sentencia de 21 de noviembre de 2007 de la CIDH (en la que declara la arbitrariedad de la prisión preventiva dictada en el presente proceso).

“b) prisión preventiva de los señores Chaparro y Lapo

...101. La Corte ha establecido que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso haya participado en el ilícito que se investiga.

102. En el mismo sentido, la Corte Europea ha señalado que “la razonabilidad de las sospechas sobre las que se debe fundar una detención constituye un elemento especial de la garantía ofrecida por el artículo 5.1 del Convenio Europeo contra las privaciones de libertad arbitrarias”, añadiendo que “[la existencia] de sospechas razonables presupone la [...] de hechos o información capaces de persuadir a un observador objetivo de que el encausado puede haber cometido una infracción”.

103. Para esta Corte, la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados con palabras, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio. Sin embargo, aún verificado este extremo, la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar, como se señaló anteriormente (supra párr. 93), en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia.

104. El artículo 170 del Código Procesal Penal ecuatoriano vigente al momento de los hechos sólo permitía al juez ordenar medidas cautelares “[a] fin de garantizar la inmediación del acusado con el proceso”, mientras que el artículo 177 disponía que el juez, “cuando lo creyere necesario”, podía dictar auto de prisión preventiva siempre que aparezcan los siguientes datos procesales: a) indicios que hagan presumir la existencia de un delito que merezca pena privativa de libertad; y b) indicios que hagan presumir que el sindicado es autor o cómplice del delito que es objeto del proceso. Además, el mismo artículo ordenaba que “[e]n el auto se precisará los indicios que fundamentan la orden de prisión”.

105. En el auto que ordenó la prisión preventiva de las víctimas (supra párr. 100) no consta una descripción, aunque sea somera, de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el señor Lapo supuestamente cometió el ilícito, ni la indicación de la acción u

omisión atribuida que precise los elementos que caractericen la imputación. En lo que respecta al señor Chaparro, la autoridad judicial no fundamentó las razones por las cuales creía que su prisión preventiva era indispensable para “garantizar la inmediación” del acusado o para permitir el desarrollo del procedimiento. Además, no se señaló el tipo penal supuestamente infringido por las dos víctimas. Por consiguiente, la prisión preventiva dictada contra los señores Chaparro y Lapo fue arbitraria.

106. Aún cuando lo anterior es suficiente para declarar la violación del artículo 7.3 de la Convención, la Corte considera importante referirse a lo alegado por la Comisión en el sentido de que durante el proceso penal seguido en contra de las víctimas en ningún momento se revisaron los fundamentos de la medida privativa de la libertad. El Estado no presentó argumentos concretos sobre este punto.

107. El Tribunal recalca que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer la fundamentación suficiente que permita a los interesados conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad. Para determinar lo anterior, es necesario analizar si las actuaciones judiciales garantizaron no solamente la posibilidad formal de interponer alegatos sino la forma en que, sustantivamente, el derecho de defensa se manifestó como verdadera salvaguarda de los derechos del procesado, de tal suerte que implicara una respuesta motivada y oportuna por parte de las autoridades en relación con los descargos. Al respecto, el Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias⁵⁶. La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. En este entendido, la Corte reseña los argumentos ofrecidos por las víctimas para conseguir su libertad y la respuesta que obtuvieron de las autoridades competentes.

Anexo 2. Texto tomado de la Sentencia de 1 de septiembre del 2016 de la CIDH. (Se declara la arbitrariedad de la prisión preventiva).

148. De acuerdo con los hechos establecidos, el 17 de agosto de 1994 el Juez Duodécimo de lo Penal de Pichincha dictó el auto cabeza del proceso y ordenó la prisión preventiva de las cuatro presuntas víctimas, con base en el artículo 177 del Código Procesal Penal (supra párr. 62). El citado artículo 177 dejaba en manos del juez la decisión sobre la prisión preventiva solo con base en la apreciación de “indicios” respecto a la existencia de un delito y su autoría, sin considerar el carácter excepcional de la misma, ni su uso a partir de una necesidad estricta, y ante la posibilidad de que el acusado entorpezca el proceso o pudiera eludir a la justicia.

149. Además, el referido artículo 114-A (supra párr. 147) vedaba la posibilidad de libertad de personas en prisión preventiva en relación con procesos seguidos por delitos “sancionados por la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas”¹⁴⁰. Esta determinación de privación preventiva de la libertad en forma automática a partir del tipo de delito perseguido penalmente, resulta contraria a las pautas referidas (supra párr. 143), que mandan a acreditar, en cada caso concreto, que la detención sea estrictamente necesaria y tenga como fin asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia.

150. En razón de lo expuesto, este Tribunal constata que los artículos 177 y 114-A referidos resultaron contrarios al estándar internacional establecido en su jurisprudencia constante respecto de la prisión preventiva (supra párr. 143).

151. En el caso, el “auto cabeza de proceso” por el que se dispuso la prisión preventiva de los señores Revelles, Herrera Espinoza, Jaramillo González y Cano se basó, en forma acorde al artículo 177 antes aludido, en la apreciación de la existencia de indicios sobre la existencia de un delito y su autoría, sin justificar que dicha medida fuera utilizada porque las presuntas víctimas podrían entorpecer el proceso o eludir a la justicia. Por otra parte, la revisión de la medida resultaba prácticamente imposible durante el tiempo que, mientras estuvo vigente el texto indicado del artículo 114-A del Código Penal, duró la prisión preventiva de cada una de las presuntas víctimas.

152. La Corte advierte el argumento estatal de que la fuga de dos de las presuntas víctimas evidenció en el caso la necesidad de la prisión preventiva. No obstante, aun cuando podría eventualmente ser posible evaluar que había motivos fundados para determinar la necesidad de la medida, lo cierto es que la prisión preventiva se dictó y desarrolló, en los términos indicados, sin acreditar esa necesidad, y su aplicación estuvo enmarcada en legislación contraria a la Convención Americana. Por ende, el argumento estatal no resulta

suficiente para considerar acorde a la Convención a la privación preventiva de la libertad de las presuntas víctimas.

153. Consecuentemente, la Corte considera que la prisión preventiva a la que estuvieron sometidos los señores Eusebio Domingo Revelles, Jorge Eliécer Herrera Espinoza, Emmanuel Cano y Luis Alfonso Jaramillo González fue arbitraria y constituyó una violación del artículo 7.3 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento.

